

NATANIEL RICCI



EXECUÇÃO FORÇADA:
***Uma reflexão necessária sobre objeção de
executividade e juízo de admissibilidade***

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em direito econômico e social do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

NATANIEL RICCI

EXECUÇÃO FORÇADA: Uma reflexão necessária sobre *objeção de executividade e juízo de admissibilidade*

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em direito econômico e social do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Sergio Shimura
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Roberto Catalano Ferraz
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 30 de julho de 2002

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho à memória de meu pai, Augusto Ricci; sua ausência prematura é suportada pelo silêncio da saudade;

A Helena, Janice e Ana Letícia, mãe, esposa e filha, dádivas de Deus, são pessoas nas quais encontro amor verdadeiro, afeto, alegria e compreensão;

Aos familiares Ana Maria, Anésio, David (*in memória*), Tilza, Nelson (*in memoria*) Josué, Olga, Cláudio, Wilson, Neuza, Claudionor, Vanda, Irondi, José Agostinho, Érica, Cezar, Nívea Cibele, Vitor e demais parentes, minha eterna gratidão pela confiança e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor orientador Luiz Rodrigues Wambier pela paciência, humildade, sabedoria e utilíssimas orientações;

A professora Teresa Arruda Alvim Wambier pelo apurado senso de reflexão e pelo exemplo de dedicação à ciência do direito processual;

Ao professor Roberto Catalano Ferraz pelo inestimável incentivo e

Ao professor Marcelo Lima Guerra pelos valiosos ensinamentos.

EPÍGRAFE

“Um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da *indiferença inicial* a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa ser iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que a sua decisão poderá conduzir”.

Cândido Rangel Dinamarco

“Direito sem conteúdo coativo ou sem natureza obrigatória não é direito”.

Sergio Shimura

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
1 APRESENTAÇÃO.....	1
2 PROCESSO DE EXECUÇÃO E O PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	6
AUTONOMIA E DIFERENÇAS TEOLÓGICAS	
3 O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	14
4 OS EMBARGOS DE DEVEDOR E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	19
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EMBARGOS.....	23
4.2 EMBARGOS DE DEVEDOR E A EXIGÊNCIA DE SEGURANÇA DO JUÍZO.....	32
5 OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE (OU EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE).....	38
5.1 DENOMINAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.....	41
5.2 DO CABIMENTO DA OBJEÇÃO.....	53
5.3 OBJETO.....	68
5.4 A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS.....	76
5.5 LEGITIMIDADE PARA OPOR OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE....	84
5.6 A FORMA.....	85
5.7 PROCEDIMENTO (A PROVA E SUA LIMITAÇÃO).....	87
5.8 OS EFEITOS DA ARGÜIÇÃO.....	92
5.9 OPORTUNIDADE.....	95
5.10 NATUREZA DA DECISÃO QUE JULGA OBJEÇÃO DE	

EXECUTIVIDADE.....	99
5.11 RECURSOS CABÍVEIS NA OBJEÇÃO.....	101
5.12 COISA JULGADA E A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE.....	108
5.13 CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS DE ADVOGADO.....	117
6 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PARA A EXECUÇÃO FORÇADA.....	120
6.1 OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA E DE REGULARIDADE NA EXECUÇÃO.....	120
6.2 O TÍTULO EXECUTIVO: PRESSUPOSTO ESPECÍFICO E O EXAME DE SUA APARÊNCIA.....	131
6.3 O INADIMPLEMENTO COMO FENÔMENO INTEGRANTE DA CAUSA DE PEDIR.....	147
6.4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	150
6.4.1 Possibilidade Jurídica da Demanda.....	151
6.4.2 Interesse de Agir.....	163
6.4.3 Legitimidade na Ação Executiva.....	165
6.4.3.1 Legitimidade Ativa na Ação Executiva.....	166
6.4.3.2 Legitimidade Passiva na Ação Executiva.....	170
7 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA EXECUÇÃO FORÇADA.....	183
7.1 OPORTUNIDADE.....	185
7.2 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES QUE PROFEREM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E RECURSOS CABÍVEIS.....	189
8 CONCLUSÃO.....	191
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	196

RESUMO

EXECUÇÃO FORÇADA (UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE)

Esse trabalho teve como objetivo demonstrar que o sistema processual executivo, como processo autônomo, em atendimento ao princípio do contraditório previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, vem sofrendo interferência de um fenômeno denominado *objeção de executividade* (exceção de pré-executividade para a maioria da doutrina e jurisprudência), expediente que, por sua natureza jurídica, não goza de forma nem figura de juízo, podendo ser manejada a qualquer tempo, por qualquer das partes, inclusive por terceiros, com o objetivo de argüir nulidades processuais, ausência de condições da ação ou mesmo nulidade do título executivo judicial ou extrajudicial, ou seja, quando se tratar de matéria de ordem pública, que o juiz *pode e deve* conhecer de ofício. A *objeção de executividade* se justifica, ante a rigidez do sistema, na medida que teratologias podem ocorrer e não seria justo submeter o executado a uma execução nula de pleno direito (porque nunca foi devedor ou porque o título não é ainda exigível ou porque o exequente não é o legítimo credor, etc.), todavia, não falta quem defenda que esse incidente defensivo possa ser utilizado de modo mais amplo, isto é, para argüir matérias que versem sobre direitos disponíveis, como nos casos de pagamento do título, coisa julgada, prescrição, litispendência, etc. O presente trabalho demonstrou, ainda, que o sistema executivo pode assimilar a intromissão da *objeção de executividade*, mesmo para alegar direitos disponíveis, entretanto, essa permissibilidade somente é possível se a questão não demanda pesquisa probatória. Havendo necessidade de investigações mais aprofundadas, ao executado só resta a via dos embargos, instrumento que, dependendo do caso, em situações excepcionais, pode ser oposto sem garantia do juízo, como ficou amplamente demonstrado. Demonstrou-se, de um lado, a viabilidade jurídica da *objeção de executividade*. Noutra ponta, o presente trabalho cuidou de demonstrar e enfatizar sobre a necessidade da realização do *juízo de admissibilidade* na petição inicial executiva, não sem antes passar pela análise dos requisitos de admissibilidade para a execução forçada. Ficou evidente que os pressupostos processuais de existência e de regularidade do processo, o exame da aparência do título executivo (liquidez, certeza e exigibilidade), as condições da ação, são requisitos que devem ser apreciados de ofício pelo juiz da causa, mediante uma decisão interlocutória, se o *juízo de admissibilidade* for positivo (recebe a petição inicial e determina a citação) ou, através de sentença, se negativo (decisão que indefere a inicial). Restou claro que a realização de minucioso *controle de admissibilidade* da petição inicial (ainda que no título executivo de modo superficial), afasta o uso indiscriminado da *objeção de executividade*, o que faz certa a preservação da integridade do sistema executivo tal como foi concebido.

Palavras-chave: Execução; contraditório; embargos à execução; garantia do juízo; objeção de executividade; título executivo; requisitos de admissibilidades; juízo de admissibilidade;

RESUMO

EXECUÇÃO FORÇADA (UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE)

Esse trabalho teve como objetivo demonstrar que o sistema processual executivo, como processo autônomo, em atendimento ao princípio do contraditório previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, vem sofrendo interferência de um fenômeno denominado *objeção de executividade* (exceção de pré-executividade para a maioria da doutrina e jurisprudência), expediente que, por sua natureza jurídica, não goza de forma nem figura de juízo, podendo ser manejada a qualquer tempo, por qualquer das partes, inclusive por terceiros, com o objetivo de argüir nulidades processuais, ausência de condições da ação ou mesmo nulidade do título executivo judicial ou extrajudicial, ou seja, quando se tratar de matéria de ordem pública, que o juiz *pode e deve* conhecer de ofício. A *objeção de executividade* se justifica, ante a rigidez do sistema, na medida que teratologias podem ocorrer e não seria justo submeter o executado a uma execução nula de pleno direito (porque nunca foi devedor ou porque o título não é ainda exigível ou porque o exequente não é o legítimo credor, etc.), todavia, não falta quem defenda que esse incidente defensivo possa ser utilizado de modo mais amplo, isto é, para argüir matérias que versem sobre direitos disponíveis, como nos casos de pagamento do título, coisa julgada, prescrição, litispendência, etc. O presente trabalho demonstrou, ainda, que o sistema executivo pode assimilar a intromissão da *objeção de executividade*, mesmo para alegar direitos disponíveis, entretanto, essa permissibilidade somente é possível se a questão não demanda pesquisa probatória. Havendo necessidade de investigações mais aprofundadas, ao executado só resta a via dos embargos, instrumento que, dependendo do caso, em situações excepcionais, pode ser oposto sem garantia do juízo, como ficou amplamente demonstrado. Demonstrou-se, de um lado, a viabilidade jurídica da *objeção de executividade*. Noutra ponta, o presente trabalho cuidou de demonstrar e enfatizar sobre a necessidade da realização do *juízo de admissibilidade* na petição inicial executiva, não sem antes passar pela análise dos requisitos de admissibilidade para a execução forçada. Ficou evidente que os pressupostos processuais de existência e de regularidade do processo, o exame da aparência do título executivo (liquidez, certeza e exigibilidade), as condições da ação, são requisitos que devem ser apreciados de ofício pelo juiz da causa, mediante uma decisão interlocutória, se o *juízo de admissibilidade* for positivo (recebe a petição inicial e determina a citação) ou, através de sentença, se negativo (decisão que indefere a inicial). Restou claro que a realização de minucioso *controle de admissibilidade* da petição inicial (ainda que no título executivo de modo superficial), afasta o uso indiscriminado da *objeção de executividade*, o que faz certa a preservação da integridade do sistema executivo tal como foi concebido.

Palavras-chave: Execução; contraditório; embargos à execução; garantia do juízo; objeção de executividade; título executivo; requisitos de admissibilidades; juízo de admissibilidade;

ABSTRACT

FORCED EXECUTION (A REFLEXION NECESSARY ABOUT A OBJECTION OF EXECUTIVE AND THE JUDGMENT ADMISSION)

This work had as a main point to demonstrate that executive process system as a autonomous process, in response to the principal of the contradictory previewed by the fifth article of the federal constitution has been suffering the interference of a phenomenon called *the objections of executiveness* (exception of pre-executiveness for the most part of the jurisprudence or even yet) thing that, for it's own nature, does not enjoy of form or figure been passive of change at any moment for any of the parts including the action of a third party with the objective of arguing process nullities lack of conditions for action or even nullities of the executive title judicial or extra-judicial, which means that, when it is of matter of public order the judge can and has the duty of knowing the matter by heart. The objection of executiveness justify it self, when facing the harshness of the system, considering that matters can occur and it would not be fare to submit the executed to a execution null of full rights (because it has never been a lower or because the title is not yet an obligation or even because the one that executes is not the legitimate one for whom the debt is owned), but however, there is no lack of those who take the side to argue that this defensive incident could be utilized in a more global way, that means, for the usage of matters that talk about available rights, like in cases of payment of the titles, judged thing, prescription, litispence, etc. The present work has demonstrated, the executive system can assimilate the intromission of the objection of executiveness, even to pledge for available rights, however, this permissibility is only possible if the question does not demand a research to prove the fact. If the is the necessity of deeply investigation, to the executed one the is left only the way of the embargos, instrument that, depending on the case, in exceptional situation could be opposed without the guarantee of the judged, like it has been widely demonstrated. It has been demonstrated, in one side the judicial viability of the objection of executiveness. On the other hand the present work has taken care of demonstrating and given highlight about the necessity of the realization of judgment of admissibility on the primary executive request, not without passing before by the analyzes of the pre requisites of admissibility for the forced execution. It has been demonstrated that the process presumptions of existence and of regularity of the process, the exam of the looks of the executive title (oblige, sureness), the conditions of the action are requisites that should be appreciated by office by the judge of the case, facing a interlocutory decision, if the judgment o admissibility comes out positively (it receives a primary petition and determinates the situation) or, by a sentence, if negative (decision that in defers the initial). It has left demonstrated that the realization of a very restrict control of admissibility of the primary petition (even dow, only in the executive title, in a superficial way), it turns spare the indiscriminate usage of the objection of executiveness, what makes certain the maintenance of the integrity of the executive system as it was first thought.

Key words: execution; contradictory; embargos to the execution; guarantee of the judgment; objection of executiveness; executive title; requisites of admissibility; judgment of admissibility.

ABSTRACT

FORCED EXECUTION (A REFLEXION NECESSARY ABOUT A OBJECTION OF EXECUTIVE AND THE JUDGMENT ADMISSION)

This work had as a main point to demonstrate that executive process system as a autonomous process, in response to the principal of the contradictory previewed by the fifth article of the federal constitution has been suffering the interference of a phenomenon called *the objections of executiveness* (exception of pre-executiveness for the most part of the jurisprudence or even yet) thing that, for it's own nature, does not enjoy of form or figure been passive of change at any moment for any of the parts including the action of a third party with the objective of arguing process nullities lack of conditions for action or even nullities of the executive title judicial or extra-judicial, which means that, when it is of matter of public order the judge can and has the duty of knowing the matter by heart. The objection of executiveness justify it self, when facing the harshness of the system, considering that matters can occur and it would not be fare to submit the executed to a execution null of full rights (because it has never been a lower or because the title is not yet an obligation or even because the one that executes is not the legitimate one for whom the debt is owned), but however, there is no lack of those who take the side to argue that this defensive incident could be utilized in a more global way, that means, for the usage of matters that talk about available rights, like in cases of payment of the titles, judged thing, prescription, litispence, etc. The present work has demonstrated, the executive system can assimilate the intromission of the objection of executiveness, even to pledge for available rights, however, this permissibility is only possible if the question does not demand a research to prove the fact. If the is the necessity of deeply investigation, to the executed one the is left only the way of the embargos, instrument that, depending on the case, in exceptional situation could be opposed without the guarantee of the judged, like it has been widely demonstrated. It has been demonstrated, in one side the judicial viability of the objection of executiveness. On the other hand the present work has taken care of demonstrating and given highlight about the necessity of the realization of judgment of admissibility on the primary executive request, not without passing before by the analyzes of the pre requisites of admissibility for the forced execution. It has been demonstrated that the process presumptions of existence and of regularity of the process, the exam of the looks of the executive title (oblige, sureness), the conditions of the action are requisites that should be appreciated by office by the judge of the case, facing a interlocutory decision, if the judgment o admissibility comes out positively (it receives a primary petition and determinates the situation) or, by a sentence, if negative (decision that in defers the initial). It has left demonstrated that the realization of a very restrict control of admissibility of the primary petition (even dow, only in the executive title, in a superficial way), it turns spare the indiscriminate usage of the objection of executiveness, what makes certain the maintence of the integrity of the executive system as it was first thought.

Key words: execution; contradictory; embargos to the execution; guarantee of the judgment; objection of executiveness; executive title; requisites of admissibility; judgment of admissibility.

1 APRESENTAÇÃO

A *reflexão* advinda de nossa passagem pela academia,¹ aliada à *experiência* profissional forense como advogado, foram fatores que influenciaram decisivamente na opção que se fez pelo tema sobre o qual passa-se a discorrer. Evidentemente que não se tem a pretensão de ditar lições ou exaurir cada tópico a ser abordado, mesmo porque isso seria impossível.

O objetivo deste trabalho é, inicialmente, realizar um estudo no sentido demonstrar aos estudiosos e particularmente ao intérprete e aplicador do direito processual civil o que está acontecendo com o processo de execução, especialmente com o advento da *objeção de executividade* (ou exceção de pré-executividade), cujo fenômeno, no decorrer do tempo poderá colocar em risco todo o sistema que rege a execução forçada, a continuar a onda de alargamento das hipóteses de cabimento dessa figura. É nesse sentido que o trabalho se desenvolve.

O Código de Processo Civil está estruturado sob três colunas fundamentais: o *processo de conhecimento*, o *cautelar* e o de *execução*. O primeiro tem seu escopo disciplinado no CPC a partir do art. 282, e que por definição, é o processo em que se busca o acertamento, que consiste na sentença, ou seja, tem em vista a pesquisa, a cognição ampla do direito dos litigantes, diferenciando-se, radicalmente, em relação ao dois outros processos.

No processo de conhecimento o juiz recebe a petição inicial e lhe é dada a primeira oportunidade de examinar os seus requisitos, pressupostos processuais de *existência e validade* e as condições da ação. Havendo segurança quanto a existência de qualquer nulidade, desde que insanável, de

¹ Na qualidade de mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

pronto a petição inicial será indeferida. Entretanto, se houver dúvida quanto a certeza da nulidade, ou mesmo tocante a ausência de uma das condições da ação, é até prudente e por medida de economia processual, que o *juízo de admissibilidade* seja prorrogado até a fase do julgamento conforme o estado do processo (art. 329, do CPC). Sem contar com a hipótese em que preliminares podem ser apreciadas até mesmo em sentença final. Esta é a característica da cognição: oferecer ao juiz o amplo conhecimento das diferentes matérias postas em causa.

Portanto, repita-se, enquanto no processo de cognição é dado ao juiz o exame aprofundado das *preliminares* e das razões de fato e de direito que sustentam o pedido, no de execução,² pela sua característica peculiar, a cognição é sumária, ou seja, o juiz conhece da petição inicial (desde que presentes os pressupostos de existência e validade do processo), dos documentos indispensáveis à propositura da ação (o título executivo que representa a obrigação líquida, certa e exigível) e das condições da ação. Considerando que nada há que *acertar*, por força da *certeza abstrata contida do título*, se for o caso, recebe a inicial e determina a citação do executado na forma do art. 652, do CPC,³ recaindo sobre o patrimônio do executado, em consequência disso, toda carga coativa prevista em lei.

E assim é porque o sistema está estruturado para assegurar o resultado prático da satisfação da obrigação em favor do credor, em face do inadimplemento do devedor. O Estado possibilita ao credor, por força de lei, buscar tutela jurisdicional visando o cumprimento da obrigação, e o faz de modo impositivo, mediante atos práticos e coativos, isso para garantir que o título executivo judicial (ou extrajudicial) tenha eficácia e goze de executabilidade, tal como se o devedor pagasse espontaneamente a dívida.

² É indispensável que se diga que o presente trabalho versa sobre execução forçada, pois, como se verá mais adiante, centrou-se atenção na execução de título executivo judicial e extrajudicial, sem que isso signifique desinteresse às demais modalidades. Assim está sendo feito por questões de delimitação do tema, objeto do presente estudo.

³ O devedor é citado para pagar a dívida em vinte e quatro horas, ou nomear bens à penhora, ou ver seus bens penhorados e alienados em hasta pública (art.652).

Se injusta, ilegal ou abusiva a execução, em consonância com o princípio do *contraditório* e da *ampla defesa*, o sistema oferece ao executado (que pode até não ser devedor: porque já quitou a dívida, ou porque nunca foi devedor, ou, ainda, porque a dívida ainda não venceu, etc.) instrumentos variados para desonerar-se de suposta obrigação,⁴ entre eles os embargos de devedor, que é ação de conhecimento, incidente de defesa e que visa, via de regra, desconstituir a obrigação contida no título executivo.

Ocorre que para opor embargos é indispensável *garantir o juízo*, ou seja, o manejo dos embargos se dá somente após a efetivação da penhora, exigência que pode tornar-se numa violência contra os direitos do executado. Veja-se o caso de uma execução, cujo executado é *homônimo*, isto é, o devedor (*o verdadeiro*) é outra pessoa que atende pelo mesmo nome. Nessa hipótese, pelas regras rígidas do sistema, o executado (*que não é o devedor*) somente poderá provar sua condição de homônimo e, portanto, de parte passiva ilegítima, mediante a via dos embargos, com a prévia garantia do juízo. É a regra cogente em vigor.

Diante de tantas teratologias possíveis de ocorrer, a doutrina concebeu e a jurisprudência vem acolhendo, a figura denominada de exceção de pré-executividade (no presente trabalho o nome adotado é *objeção de executividade*). Trata-se de mecanismo, sem forma e figura de juízo, que não tem prazo específico, em que não se exige garantia do juízo, através de um simples expediente, o interessado (em geral a parte passiva) comparece em juízo para alegar nulidades processuais ou do próprio título executivo, sempre que esses vícios se consubstanciem em matéria de ordem pública que não são atingidas pela preclusão.⁵

⁴ PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ações Prejudiciais à Execução*. São Paulo: Saraiva, 2001. A autora apresenta estudo sistematizado a respeito das várias ações prejudiciais à execução, dentre elas, os embargos de devedor, ação declaratória, ação rescisória, ação de consignação de pagamento, ação de prestação de contas, embargos de terceiro.

⁵ Como se verá mais adiante, essas matérias dizem respeito aos pressupostos de existência e validade da relação processual, às condições da ação, nulidades absolutas do título, etc., desde que sejam matérias de ordem pública.

No âmbito da doutrina existem pelos menos duas correntes bem definidas que tratam da *objeção de executividade*. De um lado, a doutrina mais tradicional, posiciona-se no sentido de limitação no uso da objeção somente para as hipóteses (nulidades) em que o juiz pode conhecer de ofício. Outra corrente há que sustenta pelo alargamento do cabimento desse mecanismo, podendo recair, inclusive, sobre direitos disponíveis, matérias de exclusiva iniciativa da parte, como a ocorrência de coisa julgada, prescrição, litispendência, o pagamento da obrigação, excesso de execução, dentre outras, cuja tese a jurisprudência, em alguns casos excepcionais, vem aderindo.⁶

Após analisar os diversos aspectos da *objeção de executividade*, o presente estudo examinará os requisitos de admissibilidade do processo de execução, para ao final sustentar que, ao receber a *petição inicial executiva*, impõe-se ao juiz a realização do *juízo de admissibilidade*, mediante prévia e acurada observação desses requisitos (pressupostos processuais de existência e validade do processo, condições da ação, existência do título executivo e condições objetivas de executabilidade). Se, de plano, observar que estão presentes todos os requisitos necessários e indispensáveis, que se manifeste sobre eles positivamente na forma de uma decisão interlocutória, determinando, por fim, a citação do devedor. Inocorrendo a presença de algum desses requisitos indispensáveis, ou verificada alguma nulidade insanável, impõe-se o indeferimento da inicial mediante decisão fundamentada. Lembrando que para as hipóteses de irregularidades sanáveis aplica-se a a regra prevista no art. 616, do Código de Processo Civil.

O exame minudente e cuidadoso da petição inicial pode evitar que processo nulo ganhe sobrevida por mais algum tempo, quando a inicial levaria ter sido indeferida de plano. Do mesmo modo que a providência do *uízo de admissibilidade* na petição executiva afasta, em sua maioria, a utilização de expedientes defensivos desnecessários como a *objeção de*

⁶ A jurisprudência, em sua maioria, tem sido comedida, entretanto, o estudo da matéria mostra que está havendo uma discreta adesão à tese de ampliação das hipóteses de cabimento da objeção.

executividade, possibilitando a integridade do processo de execução tal como concebido em nosso ordenamento jurídico.

2 PROCESSO DE EXECUÇÃO E O PROCESSO DE CONHECIMENTO: AUTONOMIA E DIFERENÇAS TELEOLÓGICAS

Diante dos conflitos (individuais ou coletivos), como detentor do monopólio da jurisdição, o Estado não age de modo livre e arbitrário, pois o fenômeno coativo existente no processo executivo (existente também nos demais processos), obedece a regras e princípios jurídicos que impõem a formação de uma relação jurídico-processual entre as partes e ao órgão da justiça, tendo como resultado a prestação da tutela jurisdicional.

A atuação do Estado, como acentua Humberto Theodoro Junior⁷, resulta na imposição da solução jurídica para a lide, que passa a ser obrigatória para todos os sujeitos do processo (autor, réu e Estado). Com a finalidade de bem servir seus propósitos, o direito nacional permaneceu fiel à tendência estrangeira, na medida que acolheu em seu sistema processual o modelo autônomo entre *processo de cognição* e *processo de execução*, refugindo da finalidade desse estudo sondagens sobre a origem histórica de cada espécie, eis que importante é delimitar os fins pelos quais o *processo executivo* é autônomo em relação ao *processo de conhecimento*.

A doutrina nacional consagra amplamente a concepção de autonomia do processo executivo: i) Para Frederico Marques a execução forçada, além de não se confundir com o processo de conhecimento, porque é sobretudo instrumento de coação, não constitui com aquele, uma única relação

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, Rio de Janeiro: 2000, p. 4.

processual⁸; ii) Ovídio Baptista⁹, de modo contrário, informa que o processo de conhecimento tem sua origem na noção de jurisdição exclusivamente na *actio*, já que os *interdictas* não eram reconhecidos como atos jurisdicionais, advindo desse contexto a idéia, presente até este século, de que a execução não representa atividade jurisdicional¹⁰; iii) Cândido Dinamarco¹¹ assinala que a distinção fundamental entre o processo de conhecimento e executivo reside, pois, no endereçamento teleológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de acertamento (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam preparar o ato material final satisfativo de direito; iv) Moacyr Amaral Santos¹² lembra que o tema sobre autonomia do processo de execução somente é ventilável quando esta se baseia em título judicial, isto é, sentença condenatória. Filiando-se à corrente dominante, reconhece uma certa conexão entre os dois processos; v) Wambier, Almeida e Talamini,¹³ ensinam que há dois tipos distintos de atividade jurisdicional: a cognitiva e a executória e que não se

⁸ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. IV, Bookseller, 1997, p. 37. “Pode haver processo de conhecimento sem execução – o que ocorre com os processos declaratórios e constitutivos, respectivamente – como pode haver execução sem processo anterior de conhecimento – o que se verifica quando aquela se instaura com base em instituto extrajudicial (...), por outro lado, o processo de conhecimento é processo de sentença, enquanto que o processo executivo é processo de coação...”

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19-20; “O direito medieval, a que, neste ponto ainda se mantinha ligado o direito brasileiro até o Código de 1939, não conheceu o que hoje se denomina Processo de Conhecimento e, não obstante sejam romanos os fundamentos que lhe dão base, também não seria correto afirmar que o direito moderno, ao consumir a criação de tal instituto, haja reproduzido uma categoria jurídica existente no Direito Romano. E não seria correto atribuir-lhe origem romana justamente porque o Direito Romano – a não ser em sua fase terminal – não conheceu um verdadeiro processo jurisdicional executivo tal como o direito moderno o concebe; e a formação do conceito de Processo de Conhecimento liga-se historicamente à simultânea formação do conceito de Processo de Execução, concebido como instrumento jurisdicional exclusivo para a veiculação de todas as pretensões executivas. Na verdade, a construção do conceito deveu-se mais à necessidade teórica de dar fundamento ao princípio da unidade e autonomia dos instrumentos executórios, do que propriamente a uma exigência lógica que tivesse em si mesma a sua justificação final”.

¹⁰ MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargos do executado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 114.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral, *ob. cit.*, vol. 3, p. 214, et seq.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 2, 1998, p. 33/4. “É possível haver processo de conhecimento sem que sequer se cogite de posterior execução. Pense-se nas sentenças declaratórias, que se limitam a reconhecer a existência, inexistência ou conteúdo de uma relação jurídica, e nas constitutivas, acima examinadas (...). Por outro lado, é viável ocorrer processo de execução sem que tenha havido processo de conhecimento, nas hipóteses de título executivo extrajudicial (art. 584...)”.

confunde uma com a outra; vi) Humberto Theodoro Junior,¹⁴ citando Carlo Furno, afirma que no tocante ao mérito da execução, as posições das partes são claras e nítidas. Nada há que acertar ou decidir em contrário; vii) Barbosa Moreira¹⁵ entende que, enquanto o processo de conhecimento visa a formulação, na sentença definitiva, outra é a finalidade do processo de execução; viii) Para Sérgio Shimura¹⁶ “o processo de execução tem existência autônoma, livre e distinta do processo de conhecimento ou mesmo cautelar. Não é mera fase executória do procedimento inaugurado pela ação condenatória, nem sua parte integrante”.

Liebman,¹⁷ ao tratar da autonomia do processo de execução também sustenta que a função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies distintas de atividades, a *cognitiva* e a *executiva* (evidentemente que o autor comentava processo de *conhecimento* em cotejamento com o de *execução*, motivo que é omitido o *processo cautelar*). Para esse autor, de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo que se realize a coincidência entre a regra e os fatos.

Verifica-se algumas hipóteses interessantes que podem ocorrer no processo de conhecimento sem necessidade prática do processo executivo, é o caso de sentença declaratória que visa apenas reconhecer a existência,

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, São Paulo: Ed., Leud, p. 43-45.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 185. “Enquanto o processo de conhecimento visa à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta. Bem se compreende que seja diversa a índole da atividade jurisdicional realizada num e noutro processo. No conhecimento ela é essencialmente intelectual, ao passo que no de execução se manifesta, de maneira preponderante, através de atos materiais, destinados a modificar a realidade sensível, afeiçoando-a, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.”

¹⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11.

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo...*, p. 43-45. Acrescenta o autor: “por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista ao de um historiador quando constrói e avalia os fatos do passado. (...) Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (...)”.

inexistência ou conteúdo de uma relação jurídica, assim como, ao reverso, é possível existência de processo executivo ausente de processo de conhecimento antecedente, como nos casos de títulos executivos extrajudiciais.

Tem-se também a situação peculiar do *processo monitorio*,¹⁸ que se serve de uma fase antecedente de *cognição sumária*, visando a formação e reconhecimento do título executivo extrajudicial, para uma fase conseqüente de execução. Ou, ainda, o manejo simultâneo dos processos cognitivo e executivo nas chamadas ações executivas *lato sensu* (reintegração de posse, despejo, demarcação, divisão, prestação de contas, ou, também, nas hipóteses de deferimento de tutela de urgência no curso do processo de conhecimento, como a antecipação de tutela prevista no art. 273 e 461, parágrafo 3º, do CPC).¹⁹ Hipóteses como essas justificam a posição da doutrina quando afirma que a separação ou unificação (da *cognição* ou *execução*) em um mesmo processo deriva de razões pragmáticas, contingentes e não ontológicas, necessárias, bem diferente do que sustenta Francesco Paolo Luiso²⁰ quando afirma que a jurisdição se manifesta sob três formas, nem tanto por opção do legislador, mas por razões ontológicas.

+ Em síntese, o processo de execução, em que pese a *subsidiária aplicação de normas*²¹ e uma certa interdependência com o de conhecimento,

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28. “A tutela monitoria foi criada exatamente para aquelas situações em que, embora não exista título executivo (em que não haja, *abstracta e previamente*, indicação da probabilidade do crédito a ponto de o próprio legislador haver autorizado desde logo a execução), há *concretamente* forte aparência de que aquele que se afirma credor tenha razão. Através do procedimento monitorio busca-se a rápida formação do ‘título executivo’ – um atalho para o processo de execução -, naqueles casos em que cumulativamente: a) há concreta e marcantemente possibilidade de existência do crédito; b) o réu, regularmente citado, não apresenta defesa nenhuma”.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 34.

²⁰ LUISO, Francesco Paolo. *Appunti di Diritto Processuale Civile (Parte Generale)*, Pisa: EST Editrice, 2ª ed., 1991, p. 10. “Le forme di intervento della giurisdizione sono sostanzialmente tre e non tanto per scelta del legislatore quanto per ragioni ‘ontologiche’, cioè per ragioni che prescindono dai singoli ordinamenti positivi: tutela dichiarativa, tutela esecutiva e tutela cautelare”.

²¹ SANTOS, Ernani Fidelis dos. “*Aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento no processo de execução*”. In Revista de Processo n. 29, janeiro/março/83, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 41-49; “O Código de Processo Civil, no seu art. 598, determina que as disposições do processo de

é processo autônomo, concebido, teleologicamente, no sentido de assegurar o resultado prático da tutela executiva em face do inadimplemento do devedor, diferenciando, fundamentalmente, do cognitivo, em que se busca o julgamento (a sentença final) sobre uma pretensão resistida.

Como já dito, o processo civil nacional está estruturado em três espécies distintas: o *processo de conhecimento*, de *execução* e o *processo cautelar*.

O primeiro é uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir tutela jurisdicional mediante o julgamento da pretensão exposta ao juiz.²²

O processo cautelar visa a prestação da *tutela cautelar*, que tem por finalidade assegurar eficácia (*resultado útil*) tanto no processo de conhecimento como no de execução²³.

Finalmente, através do processo de execução, presta-se a tutela executiva que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo, contra ou independentemente da vontade do devedor, um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação a cumprisse espontaneamente.²⁴

conhecimento sejam subsidiariamente aplicáveis à execução. A regra tem alto sentido prático, pois, ao se tratar de formas de processo, há, realmente, uma série infindável de preceitos comuns, de desnecessárias repetição. A aplicação do princípio da subsidiariedade, porém, requer cuidados, pois não se pode fugir dos princípios elementares que especificam o tipo de processo. Tanto o processo de conhecimento, quanto o de execução e o cautelar têm seus fundamentos próprios, exatamente pela diversidade da forma de provimentos jurisdicionais que, através deles, são postulados” (p. 41); para esse autor a subsidiariedade é regra em aplicável em toda espécie de processo. Também entendemos desse modo, pois as regras do processo de qualquer espécie, vez que, conhecimento, execução e cautelar são espécies do gênero processo; em decorrência, as regras de qualquer um deles aplicam-se subsidiariamente nos autos, sem necessidade de normas expressa que determine. É evidente que a subsidiariedade encontra limites nas regras e princípios específicos de cada processo.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 29.

²³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada - controle de admissibilidade* -. São Paulo: RT, 1995, p. 15-16. “Em outras palavras, através do processo cautelar se pretende assegurar a eficácia prática do resultado final de quaisquer outros tipos de processos, evitando ou mesmo neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, impediriam ou esvaziariam a utilidade daquele resultado final”.

²⁴ Id.

Muito embora integrem uma *unidade* do processo civil, essas modalidades coexistem com autonomia dentro do sistema, por serem *irredutíveis umas às outras*²⁵ e essa autonomia é verificável tanto no sentido formal quanto pela estrutura e finalidade de cada processo. No plano da formalidade em cada um desses processos exige-se petição inicial, citação e decisões distintas, do mesmo modo que o Código de Processo Civil institui as diversas modalidades com estruturas e finalidades diversas, segundo informa cada conceito.²⁶

Mesmo reconhecendo a existência de uma chamada *unidade do processo civil*, não há como negar a autonomia de cada modalidade, tanto nos seus aspectos formais quanto estruturais, podendo, pois, a jurisdição atuar sob a provocação do processo executivo, independentemente da cognição ou mesmo da demanda cautelar.²⁷

O processo de execução é concebido para fazer atuar a jurisdição em *substituição* ao credor que, diante do não cumprimento espontâneo da obrigação por parte do devedor, não podendo esse, *fazer justiça com as próprias mãos*, vale-se dos instrumentos jurídico-processuais colocados à sua disposição, nascendo assim a *execução forçada* que se contrapõe com a idéia de cumprimento voluntário da prestação.

Ao contrário do processo de conhecimento que se apresenta como pretensão *contestada*, o de execução baseia-se numa pretensão não

²⁵ Id. “Essa autonomia se manifesta tanto no plano funcional, por ser cada um desses processos preordenados a prestar um tipo específico de tutela jurisdicional, como também no plano estrutural, o que é, na verdade, uma exigência da própria diversidade funcional. Dessa forma, cada uma das referidas espécies de processo é dotada de uma estrutura peculiar, no sentido de que cada uma é organizada internamente segundo regras próprias e específicas.”

²⁶ O CPC estabelece em seu art. 282 exigências e critérios para a petição inicial no *processo de conhecimento*, do mesmo modo que o art. 614 prevê exigências para a petição inicial no *processo executivo* e, ainda, o art. 801 exige petição inicial no *processo cautelar* com exigências próprias. As diferenças fundamentais existentes em cada modalidade de processo podem ser encontradas, de pronto, na formulação dos respectivos conceitos, abordagem que se torna desnecessária nesse estudo.

²⁷ Seguindo entendimento de nomeada doutrina, essa discussão somente tem sentido na hipótese de processo de execução sobre título executivo judicial, eis que no caso de título executivo extrajudicial o processo executivo nasce sem uma demanda judicial preexistente (exceto no caso de ação monitória).

satisfeita,²⁸ sustentada num título executivo judicial ou extrajudicial, caracterizado pela *certeza do direito* (ainda que *abstrata*) do credor em face do inadimplemento do devedor, sendo a atividade do Estado-juiz *prevalentemente prática e material*. As diferenças entre um e outro são acentuadamente definidas, como se extrai desta síntese:²⁹ a) o processo de conhecimento tem em vista a pesquisa do direito dos litigantes, a certeza a ser expressa na sentença de mérito; o processo de execução parte da certeza e tem em vista a realização do direito do credor. Por isso, seu campo de atividade é o mundo fenomênico, em que o trabalho jurisdicional se concentra em atos tendentes à satisfação do credor; b) o processo de conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o processo de execução transforma o direito em fato; c) o processo de conhecimento é processo de sentença enquanto que o processo de execução é processo de transformação do mundo empírico, sem preocupação com o juízo de veracidade ou de justiça em torno da pretensão do credor; d) no processo de conhecimento o juiz deve conhecer mais que obrar, enquanto no processo de execução deve sobretudo obrar, com variações no mundo sensível; e) no processo de conhecimento, centraliza-se o procedimento em torno do juiz com a finalidade de obter a sentença, e fenômeno inverso ocorre no processo de execução, em que a atividade é “mais dirigida para fora, a fim de serem expropriados os bens do devedor e atingido seu patrimônio”; f) no processo de conhecimento se debate, enquanto no processo de execução se atua; g) no processo de execução a cognição é *rarefeita*, enquanto que no processo de conhecimento a cognição varia em

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Ed. Servanda. Vol. 1, 1999. p. 111. “A classificação do processo sob um segundo aspecto fundamenta-se na diferença entre declaração e atuação das relações jurídicas: há casos em que basta que uma relação seja declarada para que se alcancem os fins do direito, e outros nos quais é necessário, pelo contrário, que se atue, isto é, que a situação material se ajuste à situação jurídica: no primeiro caso, o processo visa declarar o que deve ser, no segundo, obter o que deve ser. (...). Quanto ao processo contencioso, a distinção fundamenta-se na diferença entre lide de pretensão discutida e lide de pretensão insatisfeita (...) para compor o primeiro tipo de lide basta que se saiba se o direito corresponde ou não à pretensão; para compor a lide do segundo tipo, é necessário, entretanto, que se elimine a lesão da pretensão, isto é, que se satisfaça o interesse correspondente”.

²⁹ MOREIRA, Alberto Caminã. *ob. cit.* p. 2-3.

extensão e em profundidade, mas está presente, como ato de inteligência do juiz.

A distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o de execução verifica-se no fenômeno teleológico de cada um deles, pois se no primeiro todas as atividades convergem para um julgamento (sentença de mérito), no segundo os atos (mesmo os eventualmente decisórios) têm por finalidade preparar o ato material final satisfativo de direito.³⁰

Furno³¹ registra que “enquanto o processo de cognição tem por objetivo um julgamento, o de execução visa atingir resultados práticos”, denotando-se em cada processo função e objetivos bem distintos uns dos outros.³² A tese da autonomia do processo de execução em relação ao de conhecimento acha-se pacificada, sobretudo pelas distintas finalidades, estruturas e procedimentos.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução*. p. 114.

³¹ Citado por DINAMARCO, *Cândido Rangel. Execução...*, p. 114.

³² “A certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida na execução (...) a distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teleológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda atividade converge a um ato final de acerto (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam a preparar o ato material final satisfativo de direito”. Muito embora deve-se destacar o posicionamento adicionado pelo jurista quando afirma que “isso permite ver que não coincidem em extensão os conceitos de execução e processo executivo. Não só atos executivos o juiz realiza no processo executivo, assim como o processo de conhecimento contém atividades não-cognitivas, O juiz da execução é também juiz de todos os incidentes desse processo, nos quais ouve as partes, examina provas e profere juízos de valor mediante decisões interlocutórias” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Malheiros, Execução...*, p. 114-115, citando Furno).

3 O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Admitido pela moderna doutrina como essencial ao processo e ao seu próprio conceito,³³ o *princípio do contraditório* encontra-se gravado na Constituição Federal (art. 5º, LV) como uma garantia deferida aos litigantes em geral, em *processo judicial ou administrativo*, constituindo-se numa inafastável manifestação do Estado de direito democrático, podendo ser definido³⁴, em sentido amplo, *como a garantia fundamental de participação e de defesa dos litigantes em processo judicial e administrativo, com a qual se objetiva a realização da justiça*.

Fica evidente que o texto constitucional em vigor não exclui nenhuma espécie de processo,³⁵ donde se conclui que o *processo de execução* é, indiscutivelmente, abrangido pela garantia do *contraditório* firmada na Lei Maior, pois,³⁶ hodiernamente, a incidência do contraditório *in executivis* é tese aceita pela maioria da doutrina, mercê do disposto constitucional,

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 229-230; ainda, ao tratar *jurisdição e defesa*, abordando “defesa” em seu sentido amplo, afirma Marinoni: “O direito de ação, embora constitua a contrapartida conferida ao particular diante da proibição da autotutela, desperta a jurisdição para os seus fins. Entretanto, se a jurisdição constitui manifestação do poder do Estado, e esse poder é exercido através do processo, é imprescindível a existência de um procedimento realizado em contraditório, já que é a participação das partes que legitima o exercício da jurisdição. É necessário, assim que seja garantida a efetividade do direito de defesa, pois sem ela estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder. O direito de defesa, da mesma forma que o direito de ação, é assegurado constitucionalmente.”. Nessa linha são os ensinamentos de DINAMARCO quando afirma que: “O que legitima o ato final imperativo a ser pronunciado pela autoridade estatal, ou seja, o provimento (no caso do juiz, a sentença ou ato satisfativo), é o procedimento realizado segundo os ditames do direito e com observância do devido processo legal. Ali, cada um dos futuros destinatários do provimento será admitido a participar e usar dos meios jurídicos de que disponha, para encaminhar a preparação do provimento e seu encaminhamento segundo seus interesses. Essa participação constitui a essência do contraditório e este é essencial ao processo mesmo e ao seu conceito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 121-122).

³⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Temas do Direito Processual Civil*. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 129.

³⁵ A Constituição Federal (Carta de 1969) revogada trazia em seu art. 153, parágrafo 16, a previsão de garantia do princípio do contraditório, no entanto, essa previsão limitava-se somente ao processo penal, permanecendo silente no tocante aos processos civil e administrativo.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 175.

ressalvando, entretanto, que remanescem abertas questões relevantes sobre a maneira como esse princípio incide sobre a execução, seu grau de intensidade e sua eventualidade. Há que se reconhecer a existência de importantes vozes contrárias, caso de Moacyr Amaral Santos³⁷ quando afirma que “no processo executivo não há contraditório, no sentido de alegação das partes e respectivas defesas, do credor e devedor,” sustentando que esse processo não visa uma sentença, mas tão somente a realização de atos executivos que efetivem a sanção formulada no título executivo, cabendo ao devedor impugnar a execução somente através de embargos do devedor. Essa posição, no direito processual brasileiro, não se sustenta atualmente diante do novo mandamento constitucional.³⁸

Para Liebman³⁹ o executado é chamado no processo somente para colaborar com o juízo, sem que tenha meios de defender-se. Muito próxima dessa opinião é aquela que afirma que o executado exerce no processo de execução um mero “critério de colaboração”, em vez do contraditório.⁴⁰

Nessa mesma linha⁴¹ posiciona-se Alfredo Buzaid ao negar a existência de contraditório no processo de execução, afirmando que a oportunidade do devedor já se exauriu no processo de conhecimento. Os fundamentos de

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, *ob. cit.*, vol. 3, p. 399.

³⁸ Cita-se, dentre outros, LIEBMAN e SATTI, cujas posições são também contrárias à existência de contraditório na execução. “Para os defensores desta corrente, as condições diversas do credor e do devedor impedem que o contraditório faça parte do processo executivo”. (citados por GAMA, Ricardo Rodrigues, *ob. cit.* p. 125).

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo...*, p. 216. “...isso tudo torna claro que o devedor não pode defender-se diretamente na execução invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito, que constituem neste plano armas sem gume. Por exemplo, quando citado inicialmente para execução, não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida. O juiz não pode ouvir e deve mandar prosseguir a execução. O único meio de que o executado dispõe são os embargos, que poderão ser providos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exequente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida (...)”.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 170. Nota de rodapé n. 9. “Afirma este [CELSO RIBEIRO DA SILVA] que o executado é somente chamado a colaborar com o juízo, sem que tenha meios de defender-se (...), numa opinião parecida com a de Furno (*Disegno sistemático*, n. 21, pp. 108-109); para este, o que há no processo executivo é um mero ‘critério de colaboração’, em vez do contraditório. Radicalmente contrário ao contraditório no processo executivo foi o prof. Alfredo Buzaid (...): em aulas a nível de pós-graduação no Largo de São Francisco (‘Fundamentos doutrinários da reforma processual’), dizia que as oportunidades do devedor já ficaram exauridas no processo de conhecimento, já encerrado definitivamente mediante a sentença trânsita em julgado (...)”.

⁴¹ Id.

Buzaid não esgotam eventuais questões oriundas da execução que tenha como base *título executivo extrajudicial*.

Para Alberto Caminã Moreira os embargos não formam uma nova relação processual, porque possuem caráter incidental, eles (os embargos) potencializam a cognição rarefeita existente na execução, propiciando, desse modo, o contraditório.⁴²

La China, Redenti e Mandrioli⁴³ sustentam posição intermediária. Analisam o princípio do contraditório sob dois aspectos fundamentais, sendo eles a *informação* e a *reação*.

Para Sérgio Shimura,⁴⁴ o contraditório tem aplicação ampla no processo de conhecimento, enquanto que no processo de execução esse princípio “existe, mas apenas sob o enfoque *eventual*”.

Com efeito, a teor da majoritária doutrina, a *existência do contraditório* nos processos previstos no Código de Processo Civil é inegável, de tal modo que não reconhecer essa garantia é negar vigência, não só a esse *princípio constitucional*, mas também é desautorizar o *princípio do devido processo legal*, corolário do processo democrático e justo.

⁴² MOREIRA, Alberto Caminã. *ob. cit.*, p. 13 e 17. “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...”; (p.13). “...Com a citação do executado está formada a relação processual da execução, e os embargos vêm na linha de desdobramento decorrente da provocação do credor, ampliando a cognição jurisdicional. O processo de execução contém em germe a cognição, cuja latitude depende da intensidade da provocação e os embargos potencializam a cognição da execução. Por isso nossa ousada discordância de que há contraditório diferido no processo de execução. Os embargos do executado, que têm natureza de ação, majoram a cognição rarefeita da execução, propiciam nela mesma o contraditório, e não em outro processo.” (p. 17).

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 170 (em notas) “No processo executivo, está plenamente presente o primeiro (informação), salvo raros casos em que certos atos se realizam inaudita altera parte (v. o “seqüestro” do art. 653 do CPC); o segundo (reação), porém, que se manifesta através de mecanismos da contestação, exceção, prova, seria estranho à execução.”

⁴⁴ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 10 e 11 Assinala o autor: “O executado é citado para cumprir a sua obrigação, e não para defender-se. É verdade que pode opor embargos, mas estes são um processo incidental e eventual, que veicula uma ação de conhecimento, que corre em apartado, não nos autos da execução. A cognição é, pois, eventual e limitada”. Mais adiante, valendo-se de lições de CÂNDIDO DINAMARCO, aduz o autor: “Sem contraditório, a atividade executiva sequer chegaria à dignidade de ser havida no processo, o seu resultado seria inconstitucional já que o despojamento patrimonial do executado dar-se-ia sem ampla defesa (art. 5º, LV, CF). É preciso que ambas as partes tenham oportunidade de dizer sobre os atos a praticar”.

Todavia, em razão das peculiaridades de cada processo, a incidência do contraditório⁴⁵ na execução é diferente do modo como ocorre no processo de conhecimento, sendo que no processo de execução verifica-se presente uma forte dose de certeza jurídica e o processo se desenvolve em prol da satisfação do crédito do exeqüente.⁴⁶ Portanto, independentemente da anuência ou não do devedor, os atos executórios são realizados no sentido de buscar a finalização do processo com a expropriação do patrimônio do executado até o limite da obrigação, e, nesse caso, o contraditório se manifesta pela via dos embargos e, em casos excepcionais, através de *defesa intraprocessual* (ou *objeção de executividade*), tema que será analisado mais adiante.

Por outro lado, no processo de conhecimento, desprovido, *a priori*, de qualquer grau de certeza, o direito do autor depende de uma sentença de mérito (*accertamento*) para que possa adquirir força de título executivo, sem o que inexistente pretensão executória.

Destarte, repita-se, a questão fundamental não é saber se há ou não contraditório na execução (sabe-se que há) mas, sim, definir os limites em que esse importante princípio incide nesse processo.⁴⁷

Em primeiro lugar, o meio de defesa eficiente de que dispõe o devedor ou mesmo qualquer terceiro interessado, são os embargos. Através dos embargos o devedor *defende-se* nas execuções de títulos executivos judiciais

⁴⁵ Ibid., p. 171. “A doutrina definiu o contraditório como a necessária ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende que seja feito no processo e possibilidade de cooperar e de contrariar. A informação é necessária; a reação, meramente possível”.

⁴⁶ PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré-Executividade contagiante no Processo Executivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58. Para o autor, “a permitida participação do devedor no bojo da execução concebe-se no sentido do atingimento daquele escopo, para verificação dos atos a fim de que lhe sejam menos prejudiciais, dentro daquele princípio de que deve o credor escolher o meio menos gravoso e de que a execução não deve levar o devedor à penúria, ou seja, deve realizar-se a execução de forma que não ocasione uma situação incompatível com a dignidade humana”.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5ª ed., tomo I, São Paulo: Malheiros, 2002, p.128-129. Sustenta o autor que “no processo de execução, que não comporta discussões nem julgamento sobre a existência do crédito – mas comporta com referência outras questões -, o contraditório que se estabelece endereça-se somente aos julgamentos que nesse processo se comportam. Não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório. Por isso, também no processo executivo está presente o trinômio pedir-alegar-provar, ao cabo de cuja realização o juiz decide. (...). O devedor tem, por exemplo, oportunidade para escolher o bem que prefere para sofrer penhora...”.

ou extrajudiciais. Na primeira hipótese, o art. 741 do CPC enuncia as matérias as quais podem ser objetos de embargos, cujas causas são taxativas, *numerus clausus*, não podendo ser ampliadas. Para a segunda hipótese (títulos executivos extrajudiciais), diz o art. 745 que os embargos poderão versar sobre as matérias aludidas no art. 741 e, ainda, podem ser deduzidas todas as defesas alegáveis em processo de conhecimento.

Ainda, como se verá mais adiante, o devedor pode defender-se na execução, de modo excepcional, mediante a utilização de *defesa intraprocessual*, independentemente de embargos e garantia do juízo, nas hipóteses em que caberia o juiz decidir de ofício. Como também, em *situações excepcionais*, é legítimo e é sustentável constitucionalmente, que se assegure ao devedor o direito de embargar a execução mediante dispensa da garantia do juízo, tema que será tratado no tópico *embargos de devedor e a exigência de segurança do juízo* (4.2).

4 EMBARGOS DE DEVEDOR E SUA NATUREZA JURÍDICA

Sendo o *título executivo* o pressuposto fundamental da execução forçada, é nele, como documento que representa uma obrigação *certa, líquida e exigível*, que o *sistema executivo* encontra respaldo para diferenciá-lo, substancialmente, do *processo de conhecimento*. Neste, o processo propicia a investigação da verdade através do diálogo, da discussão, da controvérsia, tendo como fim a sentença de mérito na solução da demanda com a conseqüente formação do título executivo judicial; já naquele, o devedor é citado para cumprir a obrigação inadimplida em face de um direito material anteriormente constituído.

Como é sabido, o *fim imediato* da citação não é o de chamar o executado *para se defender*, mas sim o de se confirmar o *inadimplemento*, pois o credor, portador de um título executivo judicial ou extrajudicial, afirma Amilcar de Castro,⁴⁸ nada mais tem a discutir com o devedor, restando, diante do inadimplemento da obrigação, apenas buscar a satisfação de seu crédito através dos meios coercitivos, materiais e práticos, que o Estado oferece. E, é nesse ambiente de *abstracta certeza* do título executivo que surge a possibilidade de *defesa* por parte do executado (ou de terceiro), seja no tocante à subjacência do título executivo, seja pelo fato de existirem nulidades do processo, mediante o instrumento que é previsto como Embargos do Devedor, segundo os artigos 736 e ss., do Código de Processo Civil, e que se caracterizam como uma ação do devedor que pode se opor à existência e validade do processo e à executabilidade do título.

⁴⁸ CASTRO, Amilcar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X, tomo 2, Forense. Ed. 1963. p. 420.

Afirma-se também que os embargos do devedor são remédio processual de oposição à execução, consoante reza o art. 736, insubstituível por outro, como o mandado de segurança,⁴⁹ e assim é por razões práticas que se afinam com o direito pátrio vigente, pois é assente na doutrina que os embargos constituem ação incidente.⁵⁰

A natureza jurídica dos embargos de devedor é a de uma ação de cognição incidental, de caráter constitutivo, conexa à execução, por estabelecer, como ensina Chiovenda, uma relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução,⁵¹ ou, são ação, em que o executado é autor e o exequente é réu; mais precisamente, é a ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar do título sua eficácia executória.⁵²

Doutrina nacional, majoritariamente, sustenta que os embargos são ação de conhecimento, geradora de processo incidental e autônomo, mediante o qual, com a suspensão da execução, o executado impugna a pretensão creditícia do exequente e a validade da relação processual, e que têm a função de preservar o direito de defesa,⁵³ sendo pois instrumento destinado não só à

⁴⁹ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 1039. “3ª T. do STJ, SMS 1.073-RJ, 26.11.91, Rel. Min. Bueno de Souza, RJSTJ 3/(28)/274.”

⁵⁰ Id. Nesse sentido, Pontes de Miranda, Antonio Claudio Mariz, Mario Aguiar Moura, Ovidio Baptista, Liebman, Salvatore Satta, Mandrioli.

⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 394. Valendo-se de lições de Sérgio Costa, *Manuale de Diritto Processuale Civile*, 1963. p. 591. Para Humberto Theodoro “Não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento. Só aparentemente podem ser tidos como respostas do devedor ao pedido do credor. Na verdade, o embargante toma posição ativa ou de ataque, exercitando contra o credor o direito de ação à procura de uma sentença que possa extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo”. *Ob. cit.* p.394.

⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo...*, p. 216; Ao tratar da natureza jurídica dos Embargos do Executado, assinala o autor: “Embora em todos esses casos o devedor esteja substancialmente em posição de defesa, visando obstar o prosseguimento da execução, pelos motivos que acaba de indicar-se, é a ele que cabe tomar a iniciativa da discussão e do exame da matéria litigiosa que possa surgir. É ele (o devedor) que deve promover o processo incidente de cognição (...) em que o juiz pode tomar conhecimento de suas alegações. (...) Embora se diga geralmente que o executado é o único legitimado a oferecer estes embargos, é necessário entender esta afirmação com a devida amplitude. (...) há terceiros, isto é, pessoas diferentes do vencido, cujos bens podem ser abrangido pela execução que se processa contra o executado em virtude de legitimação passiva equiparada ou secundária”.

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado ...*, p. 286-287.

impugnação do crédito, como também à desconstituição do título executivo e, ainda, capaz de se opor à irregularidades processuais.

Os embargos são ação e se constituem um meio de defesa utilizado pelo devedor (ou terceiro) para atacar a eficácia executiva do título e contra atos de execução,⁵⁴ entretanto, existe posição diametralmente oposta⁵⁵ em que se sustenta que interpretar os embargos do devedor como ação é onerar, de forma injusta e sem qualquer base legal, a parte mais fraca do processo de execução: o executado.

A maioria da doutrina nacional sustenta que os embargos de devedor se constituem numa *ação cognitiva incidental*, oposta no processo de execução com a finalidade (quase sempre) de atacar o título executivo,⁵⁶ visando desconstituí-lo, cuja consequência é a declaração de ineficácia da executabilidade do título e a extinção do processo executivo.

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1189.

⁵⁵ PABST, Haroldo. *Embargos do Devedor e Elitismo Doutrinário*. In Revista de Direito Processual Civil n. 14, Curitiba: Ed., Gênese, 1999, p. 682. O autor, em interessante trabalho, analisa os embargos de devedor sob o enfoque da realidade sócio-econômica nacional. Tece ácidas críticas contra o pensamento tradicionalista da doutrina pátria, afirmando que predomina uma “mera repetição de conceitos estrangeiros, desenvolvidos à luz de outro direito positivo, é vício semelhante ao da repetição mecânica, em primeira instância, de julgados de tribunais superiores. Esse engessamento da cultura e do pensamento deve ser evitado para arejar o ambiente jurídico com novas idéias e criatividade”. (p. 701). Afirma ainda o autor que “interpretar os embargos do devedor como ação é onerar, de forma injusta e sem qualquer base legal, a parte mais fraca do processo de execução: o executado. O legislador precipitadamente lhe pespegou o título de devedor; a doutrina lhe proíbe a simples defesa no processo instaurado pelo pretense credor”. (p.682). O autor prossegue, mais adiante afirmando: “Em nosso (trabalho) Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor (p. 99), já havíamos sustentado que a definição dos embargos do devedor passa pela análise social que se pode extrair da própria lei em vigor. O princípio de que a execução deve ser feita pelo meio menos gravoso para o executado se encontra incrustado em diversos artigos do CPC. A interpretação de que os embargos são mera defesa é a que mais se afeiçoa ao espírito lógico e prático do magistrado, a par de ser a que emana diretamente da norma legal e não de conceito teórico. De outro lado, a crise econômica crônica que vivemos em nosso país, em que as instituições financeiras são favorecidas com juros exorbitantes e desumanos, levando muitas empresas e indivíduos à miséria, e o quadro social difícil em que se move grande parte da população brasileira, não permite tergiversação. Impingir ao cidadão brasileiro, pobre ou rico, devedor ou não, honesto ou mal intencionado, a obrigação de ingressar com uma ação, com todos seus ônus, contra uma execução já aparelhada por um banco, por exemplo, em que se cobram juros escorchantes, taxas e outros títulos abusivos, apenas para dar à doutrina nacional aura de pseudo-modernidade ou de estrangeirismo, é a rendição da magistratura à uma cultura laudatória inaceitável” (p. 700-701).

⁵⁶ Os embargos de devedor também podem se prestar para atacar questões processuais como as condições da ação (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido ou interesse de agir) ou ainda, para argüir inépcia da inicial, incompetência absoluta do juízo, conforme RONALDO CUNHA CAMPOS, citado por MARCELO LIMA GUERRA, *ob. cit.*, p. 57.

Inferre-se do tema controversia a respeito da natureza da sentença que julga embargos.⁵⁷ Subsiste discussão acerca da espécie de ação de conhecimento que se tem nos embargos, ou seja, discute-se se a sentença⁵⁸ que se busca é de natureza *constitutiva* ou meramente *declaratória*?

Sabe-se que a natureza da sentença, quando a ação é julgada procedente, está vinculada à natureza da ação e, nesses casos, a doutrina, em sua maioria⁵⁹, admite que a ação de embargos busca uma sentença de natureza *constitutiva*, ou seja, ao manejar embargos, o devedor tem por objetivo a *desconstituição do título executivo*. É da essência da ação constitutiva a alegação de fatos *extintivos*, *suspensivos* ou *modificativos*, características que, analogamente, se aplicadas à ação executiva, o resultado que se pretende, em regra geral, com os embargos, é a declaração de ineficácia do título executivo visando a extinção do processo, sendo, pois, sua natureza constitutiva negativa⁶⁰.

Com efeito, releva concluir que os embargos de devedor são *instrumento de defesa*, constituem-se em *ação* que busca sentença *constitutiva negativa*, com o fim, de um modo geral, de ver declarada a

⁵⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 57.

⁵⁸ ARRUDA ALVIM, *Sentença no processo civil*. In Revista de Processo 2/42, faz a seguinte e oportuna observação: “A classificação moderna das sentenças liga-se quase que integralmente à das ações e, assim, conhecida a destas, *ipso facto*, entendida será a das sentenças. A congruência entre os tipos de ação e as espécies de sentença, entretanto, opera-se nos casos de procedência da ação, isto é, acolhimento do pedido. Inversamente, a sentença que dê pela improcedência não é congruente à ação. Deve-se esclarecer, pois, que toda sentença que julgue improcedente a ação será necessariamente declaratória-negativa, dado que terá declarado inexistente o direito postulado pelo autor. A única sentença que, dando pela improcedência da demanda, não é declaratória-negativa, é a que julga improcedente ação declaratória-negativa, promovida pelo autor. Neste último caso o autor move ação com o objetivo de ver declarada a inexistência de uma relação jurídica. A sentença, ao julgar diversamente da ação postulada inicialmente (inexiste relação jurídica), afirmar, é lógico, a existência de direito subjetivamente pertencente ao réu, ou pelo menos que existe uma relação jurídica, sendo assim, uma sentença declaratória-positiva”. Trecho citado por MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

⁵⁹ Nessa linha: HUMBERTO THEODORO JUNIOR, MOACYR AMARAL SANTOS, JOSÉ FREDERICO MARQUES, AMILCAR DE CASTRO, MARCELO LIMA GUERRA.

⁶⁰ “Numa antevisão desse aspecto do problema, que se reconhece complicado no estudo do processo de execução, Arruda Alvim sustenta que a ação declaratória incidental tem cabimento nos embargos do executado, opostos com base no art. 745 do CPC [...]”. Trecho citado por GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 59.

ineficácia do título executivo, com a conseqüente extinção do processo de execução.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EMBARGOS

O Código de Processo Civil não propõe nenhuma classificação para os embargos, apenas faz referência aos *embargos contra título judicial* (art. 741), aos *embargos de retenção* (art. 744), aos *embargos contra título extrajudicial* (art. 745), aos *embargos à arrematação e à adjudicação* (art. 746), e aos *embargos na execução por carta*⁶¹ (art. 747).⁶²

Para Liebman,⁶³ acompanhando a sistematização do Código de Processo Civil italiano, dois são os momentos em que o executado pode oferecer embargos: depois da penhora e depois do ato de desapropriação, variando a matéria que pode ser alegada numa e noutra oportunidade, sendo, pois:

- i) *matéria sobre nulidade absoluta da sentença exequiênda*⁶⁴;

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo...*, p. 290; “A divisão inspira-se em critérios mais prático que sistemático: na verdade, tanto os ‘embargos à arrematação e à adjudicação’ quanto os ‘embargos por carta’ podem ser cabíveis quer se funde a execução em título judicial, quer em título extrajudicial, de modo que não constituem espécies autônomas, senão simples subespécies ou modalidades dos regulados nos dois primeiros capítulos”.

⁶² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 138-139. Ao formular crítica sobre a imprecisão terminológica apresentada pelo Código de Processo Civil pátrio, referido autor faz os seguintes comentários: “O Código de Processo Civil comete erro conceitual grave ao optar pela denominação embargos do devedor no Título III, do Livro II (arts. 736 a 747). Na verdade, o termo devedor é unicamente de direito material, porquanto não existe uma presunção absoluta de que o devedor seja o executado do processo de execução; a sua suposição na relação jurídica processual executiva é de apenas demandado” (*Ob. cit.* p. 138, nota rodapé n. 464).

⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo...*, p. 216-219.

⁶⁴ Id., “os defeitos do processo e da sentença são em geral sanados pela coisa julgada; os poucos que lhe sobrevivem podem servir de fundamento à ação rescisória, valendo entretanto a sentença enquanto não for rescindida. A lei prevê, porém, caso de nulidade absoluta que é o da falta ou nulidade da citação inicial do processo em que a sentença se proferiu, se o processo houver corrido à revelia do condenado (...); nesta hipótese o processo deve considerar-se radicalmente nulo e a sentença que nele se proferiu é juridicamente inexistente, de tal forma que qualquer juiz e, portanto, também o da execução, pode declarar este fato e recusar os efeitos da sentença proferida em tais condições”.

- ii) *ausência de pressupostos processuais da execução*⁶⁵;
- iii) *falta das condições da ação*⁶⁶;
- iv) *nulidade dos atos do processo*⁶⁷;
- v) *excesso de execução*⁶⁸ e
- vi) *a extinção do direito do credor por fatos sucessivos à sentença condenatória*⁶⁹.

A classificação proposta por Liebman recebe críticas de Paulo Henrique Lucon,⁷⁰ ao afirmar que o autor italiano divide demasiada e desnecessariamente a classificação dos embargos, “porquanto a falta de pressupostos processuais e a nulidade de atos do processo constituem matéria unicamente processual, conduzindo os embargos do executado a uma única disciplina”. Ademais, afirma Lucon, “as situações que a lei trata como excesso de execução nada mais são do que a ausência das condições da ação”.

Humberto Theodoro Junior⁷¹ adota a classificação italiana que consiste em embargos ao direito de execução (*opposizioni all'esecuzione*) e embargos aos atos de execução (*opposizioni agli atti esecutivi*); enquanto que Araken de Assis⁷² classifica os embargos em três grupos, segundo a cognição se revele plenária ou sumária: a) que atacam a falta de pressupostos gerais da execução, como a ilegitimidade (art. 741), a cumulação indevida de execuções (art.

⁶⁵ Id., “isto é, incompetência, ou suspeição do juiz, incapacidade das partes etc. Sustenta Amílcar de Castro que a incompetência e a suspeição devem ser opostas antes dos embargos, na forma das exceções; isso significaria a possibilidade de sua oposição preliminar em separado e independentemente de seguro o juízo, devendo-se conseqüentemente prorrogar o prazo para embargos. Mas essa opinião não tem base nem na lei nem na tradição, pois sempre se considerou a incompetência como matéria de embargos”.

⁶⁶ Id., “a falta das condições da ação, como seja, a ilegitimidade *ad causam*, os defeitos do título executório (por exemplo, porque ilíquido e não liquidado), etc”.

⁶⁷ Id., “a nulidade dos atos do processo, até a penhora inclusive”.

⁶⁸ Id., “o excesso de execução, que se dá nos casos indicados no art. 1.013 [art. 743]”.

⁶⁹ Id., “(CPC, art. 1010, II [741,VI]; no direito anterior admitia-se a alegação da inexistência do direito também por fatos anteriores à sentença, de modo que os embargos podiam ser infringentes do julgado e ter os efeitos de verdadeiro recurso. Mas o direito vigente oportunamente suprimiu os embargos infringentes, reconhecendo que a autoridade da coisa julgada não permite opor à sentença qualquer fato que podia alegar-se no processo de cognição”.

⁷⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 144.

⁷¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 394.

⁷² ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 1045-1046.

741,IV), a litispendência e a coisa julgada e as nulidades (art. 741, V ou 746, *caput*); b) embargos que atacam ausência de pressupostos específicos da execução, contemplando nesse rol toda matéria relativa ao título executivo e o inadimplemento; c) finalmente, embargos que atacam a obrigação estampada no título.

Para Lucon,⁷³ do ponto de vista científico e pragmático, a única classificação aceitável e concebível é a aquela que sistematiza os embargos da seguinte forma: a) *embargos relativos à matéria processual*; b) *embargos referentes às condições da ação*; e c) *embargos ao mérito do processo de execução* (ou embargos de mérito). Os embargos de forma, esclarece o autor, relacionados com a matéria processual e com as condições da ação executiva, estão previstos nos demais incisos do dispositivo legal mencionado. Assim, apenas exemplificando, a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, que gerou o título executivo (CPC, art. 741,I), a inexigibilidade do título (CPC, art. 741, II), a ilegitimidade das partes (CPC, art. 741,III), e a execução por quantia superior (CPC, art. 741, V), são hipóteses de embargos referentes às condições da ação.

As nulidades processuais tanto podem ser argüidas através de *defesa intraprocessual*, pela via da *objeção de executividade*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, como podem também ser alegadas em sede de embargos, sendo que a decisão de mérito proferida nesse último irradiará efeitos somente para esse processo, sem afetar o direito material.

Desse modo, a “sentença que reconhecer a nulidade (*processual*) é também, por via de consequência, resolutiva da eficácia dos atos atingidos pela nulidade”:⁷⁴

⁷³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p.144.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 146-150 (em nota de rodapé n. 489). “Nesse caso, a eficácia preponderante da sentença proferida nos embargos, reconhecendo a presença de um vício no processo de execução, é desconstitutiva. A mesma situação ocorre no caso de procedência dos embargos à execução fundada em título executivo judicial por falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia (CPC, art. 741, I)”. Os efeitos da sentença que reconhece nulidade no processo de execução, em face de ausência de citação, não se refletem no crédito consubstanciado no título executivo.

- i) *impenhorabilidade*: a argüição de *impenhorabilidade* de um certo bem é matéria processual, como processual é o ato que expropria bens do patrimônio do devedor.⁷⁵ . Havendo previsão legal de que certos bens não podem ser absolutamente penhorados (CPC, art. 649), resulta nulo o ato que expropria quaisquer desses bens.⁷⁶ Nesse mesmo sentido se aplica a regra do art. 650, do CPC, que assegura impenhorabilidade relativa para determinados bens, ou seja, os bens elencados no art. 650 só podem ser penhorados à falta de outros bens (penhoráveis), sob pena de nulidade do ato de constrição.
- ii) *pressupostos processuais*: em sede de embargos, o executado pode, ainda, alegar ausência de um dos *pressupostos processuais do processo de execução*.⁷⁷ São pressupostos processuais *uma demanda regularmente formulada* (CPC, art. 2º), a *capacidade de quem formula*, e a *investidura do juiz*, destinatário da demanda.⁷⁸ “Assim como as condições da ação, os pressupostos processuais pertencem a uma categoria mais ampla, que tem o nome genérico de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito e, sem a presença de qualquer um deles, o órgão

⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo...*, p. 225; “Denomina-se penhora o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo”; (...) “A lei, contudo torna imune à execução (e, portanto, à penhora), em caráter absoluto ou relativo, determinados bens, ditos impenhoráveis”.

⁷⁶ “PENHORA – Impenhorabilidade – Pretendia aplicação do art. 649, VI, do CPC à pequena firma individual – Possibilidade desde que seu titular não tenha outra fonte de renda que garanta sua subsistência” (5ª Câmara Cível do 2º TACivSP – RT n. 773, pp. 269-270). A Lei n. 8.009, de 29.03.90, estabelece em seu artigo 1º que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Entretanto, deixa de existir a proteção legal de impenhorabilidade quando o próprio devedor ofereceu o bem como garantia para cumprimento de uma certa obrigação. Nesse sentido ainda, os créditos trabalhistas e decorrentes contribuições previdenciárias, impostos, taxas e contribuições originários do próprio imóvel.

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, Bookseller, 1998, n. 20, p. 90-96. “Por pressupostos processuais, como vemos compreendem-se as condições para a obtenção de um provimento qualquer, favorável ou desfavorável, sobre a demanda. Para haver sentença sobre a demanda, de recebimento ou rejeição, necessita-se um órgão estatal regularmente competente na causa e subjetivamente capaz de julgá-la; que as partes tenham capacidade de ser parte e a capacidade processual”

⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 287.

jurisdicional não pode examinar a pretensão deduzida pelo demandante, não atingindo desse modo o escopo da atuação da vontade concreta da lei, com pacificação social”.⁷⁹

- iii) *condições da ação*: a concepção de que o Estado desenvolve no processo de execução verdadeira atividade jurisdicional, estimulado pelo exercício de autêntico poder de ação, leva a concluir que “essa ação deve ser estudada pelos mesmos critérios que norteiam o estudo da ação de cognição, sob pena de quebra da unidade do sistema”⁸⁰ Nesse sentido, as *condições da ação* surgem como *requisitos* necessários e indispensáveis ao exercício do direito de ação.

A primeira das condições da ação é conhecida como *possibilidade jurídica*. De origem italiana, esse requisito se subordina à existência da ação⁸¹ e *contrário sensu*, tem-se-na como ausente quando caracteriza a *impossibilidade jurídica*, tradicionalmente admitido como “a admissibilidade, em abstrato, do provimento desejado (Liebman)⁸², ou a existência desse, dentro do ordenamento jurídico (Buzaid),⁸³ ou que só há possibilidade jurídica se o direito objetivo substancial admitir em tese o pedido (Galeno Lacerda).⁸⁴ Esses conceitos, segundo Cândido Dinamarco,⁸⁵ ficam fragilizados e acabam não sendo aceitos, a partir do momento em que se passa a cotejá-los com exemplos práticos, como é o caso do clássico exemplo da pretensão fundada em *dívida de jogo*.⁸⁶

⁷⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 150-151.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 380. “Ou a teoria das condições é válida para a ação em todas as suas manifestações, ou põe-se em dúvida a sua aceitabilidade”.

⁸¹ *Ibid.*, p. 382;

⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. “*L'azione nella teoria del processo civile*”. in *Problemi del processo civile*, Nápoles: Morano, 1962, n. 6, p. 46.

⁸³ BUZOID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, n. 39.

⁸⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Ed., Sulina, 1.953, cap. IV, n. 7, p. 79.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, 382.

⁸⁶ O autor sustenta que quando alguém vai a juízo pedir condenação de outrem, alegando como causa de pedir uma obrigação originada de jogo, nem por isso o provimento que pede é inexistente, alegando que se trata de pedido cujo provimento é condenação por quantia certa, como qualquer outra obrigação (autor citado, in *Execução...*, p. 385).

O segundo requisito das condições da ação executiva que pode ser argüido pela via dos embargos é o *interesse de agir*. Esse requisito não se caracteriza pela simples demonstração de existência do título executivo, mas pela demonstração de necessidade concreta da atuação da jurisdição e pela adequação do provimento desejado.

São cabíveis, ainda, embargos para argüir ilegitimidade de parte, que é também uma das condições da ação.

Dentre as causas de pedir, podem ainda ser opostos embargos para argüir inexigibilidade e iliquidez do título executivo, cumulações de execuções, excesso de execução e ausência de título executivo.

Os pressupostos processuais, condições da ação e demais requisitos de executabilidade serão examinados por ocasião do estudo do *juízo de admissibilidade* na ação executiva.

A lei previu espécies distintas de embargos do devedor, conforme o *momento* em que devam ser propostos e a *matéria* que, diante da autoridade do título executivo, possam veicular.⁸⁷

Denomina-se *embargos à execução*, conhecidos também como de primeira fase, aqueles oponíveis pelo devedor tão logo têm início os atos de constrição patrimonial.

O Código de Processo Civil ao tratar dos embargos de devedor, disciplinou fundamentos diferentes quando dirigidos contra execução fundada em título *judicial e extrajudicial*.

No caso de *título executivo judicial*, o embargante pode embasar sua *defesa* numa daquelas hipóteses previstas no art. 741, sob pena de não ser admitido, sustenta a doutrina⁸⁸, levando em conta que nova discussão sobre o

⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 287.

⁸⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.* p. 60. "É que, no primeiro caso (execução de título judicial) os embargos devem ter como fundamento uma das matérias elencadas no art. 741 do CPC, sob pena de não serem sequer admitidos (CPC, art. 739). Isso é perfeitamente compreensível, tendo em vista que a

direito já julgado e reconhecido encontra barreira em dois fenômenos processuais: a *coisa julgada* e a *preclusão*, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de ação rescisória, segundo a potencialidade prevista do art. 485/CPC.

Entretanto, trata-se de posição parcialmente contestada. Em que pese a *dicção taxativa*⁸⁹ do inciso I, do art. 739, do CPC, algumas hipóteses remanescem que escapam desse rol.⁹⁰ A doutrina recomenda que os embargos à execução fundada em título judicial (art. 741 e seguintes), não podem abordar matérias que foram ou deveriam ter sido objeto do procedimento que levou à formação do título, exceção de uma.⁹¹ De tal sorte que os embargos opostos em sede de execução de título judicial não ficam restritos ao rol de hipóteses previstas no art. 741, CPC, podendo ser oponíveis contra situações

discutibilidade de um direito já reconhecido por sentença é duplamente limitada tanto pela coisa julgada, como pela preclusão...”. Nesse sentido é o posicionamento de MALACHINI, Edson Ribas, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 557. “A limitação da matéria embargante, no caso de “execução fundada em título judicial”, é consequência natural, lógica, do princípio de preclusão. Ora, se houve anterior processo de cognição, parece justo, racional, que toda a matéria que foi ou podia ter sido alegada, discutida e apreciada nesse processo não exsurja novamente no processo executório, em demanda opositiva”.

⁸⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 109-110. “O art. 741 do Código de Processo Civil elenca taxativamente as matérias suscetíveis de serem alegadas em sede de embargos à execução fundada em título judicial.” Entretanto, aduz o autor: “obviamente, se o fato alegado não está relacionado no art. 741 do Código de Processo Civil, mas a matéria é de ordem pública, não há necessidade de oposição de embargos, pois o juiz deve conhecê-la de ofício. Mas não será por esse motivo (falta de necessidade) que os embargos serão rejeitados, pois toda e qualquer via processual é adequada para alegação de matéria de ordem pública, já que há um interesse do Estado no seu reconhecimento”.

⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 1046-1047. “Os embargos do art. 741 não comportam exegese ampliativa (Nota: STS, 1ª Turma, Ag. 23.009-4-SP, Rel. Min. Alfredo Buzaid, publicado no DJU de 23.09.83, p. 14.497). Mas alguns temperamentos se impõe no assunto. Em primeiro lugar, o veto abrange somente as questões dependentes da iniciativa da parte, admitindo-se, p. ex. a recepção dos motivos enunciados no art. 746 (v.g., desde logo, o embargante poderá alegar a nulidade da penhora) e, na execução coletiva, da insolvabilidade (art.756-II). Ademais, o inc. VI do art. 741, ao aludir a “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação”, consagra uma relativa indeterminação das *causae petendi*. Mas, situada esta “qualquer causa” nas impeditivas, modificativas ou extintivas, a abertura não descaracterizada, ao fim de ao cabo, o horizonte definido à cognição judicial. Finalmente, certos títulos judiciais – p. ex. a sentença penal condenatória (art. 584,II) – rejeitam, face à sua natureza, o conjunto desses motivos”.

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 288 e 299-300. “Esta classificação em grupos das hipóteses de embargos que o art. 741 prevê busca demonstrar que a enumeração ali contida não é, em si, exaustiva. O que há de fechado, de taxativo no preceito legal é o elenco de categorias de matérias suscetíveis. Assim, também a falta dos demais pressupostos de existência do processo de conhecimento em que se formou a sentença poderá ser ventilada nesses embargos (exemplos: o processo de conhecimento iniciou-se sem demanda da parte interessada; a sentença foi proferida pelo oficial de justiça, etc). O mesmo se diga quanto a outros pressupostos do processo executivo (exemplos: litispêndência, perempção), outras condições da ação executiva (iliquidez do título), e assim por diante”.

processuais que não foram antes abordadas, desde que não atingidas pela preclusão, caso das condições da ação, pressupostos de existência e validade do processo, dentre outras, ou seja, quando há matéria de ordem pública envolvida.

Já para o caso de execução de título extrajudicial, o CPC, art. 745, prescreve que os embargos tanto podem fundamentar-se no rol contido no 741, como também é lícito alegar quaisquer outras matérias passíveis de serem argüidas em sede de defesa em processo de conhecimento, ou seja, prevalece ampla liberdade de discussão, sobretudo porque a execução não foi precedida de processo cognitivo.

Os embargos podem sofrer maior *amplitude* segundo o *momento* de sua oposição, isto é, se os fundamentos dos embargos estão relacionados a nulidades processuais ou a fatos vinculados com o crédito, que tenham ocorrido até a penhora, inclusive sobre esta. Se, por outro lado, a matéria com a qual pretende o devedor se opor à execução consistir em nulidade da execução como o pagamento, novação, transação ou prescrição supervenientes à penhora, o executado dispõe dos *embargos à arrematação e à adjudicação*, previstos no art. 746 do CPC.⁹²

O art. 585-I, do Código de Processo Civil, enumera os títulos cambiais, os quais devem ser somados àqueles criados pela legislação extravagante e que, em função de limites impostos à atividade de conhecimento do juiz e aos debates das partes, consoante o disposto no direito material, a cognição do juiz será apenas parcial. Nesses casos, o embargante-executado não pode valer do negócio jurídico subjacente à sua criação ou transmissão. A ressalva deve ser feita às duplicatas comerciais, que são por natureza títulos causais,⁹³

⁹² GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.* p. 60.

⁹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 113-114; a respeito da duplicata, valendo-se de lições de Rubens Requião acrescenta: "...sendo certo que aqui a petição inicial do processo de execução deve necessariamente conter a prova da remessa e da entrega da mercadoria ou do serviço prestado. Na verdade, a duplicata é um título apenas em parte semelhante às cambias, consoante o disposto no art. 25 da Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968, que determina a aplicação dos dispositivos legais que disciplinam a

isso porque a petição inicial deve conter a comprovação de que houve a remessa e entrega da mercadoria ou do serviço contratado.

Nos demais casos, afirma Paulo Henrique Lucon, o que não está no título não está no mundo, sendo irrelevante se o que foi pactuado entre emitente e beneficiário é diferente dos elementos negociais que transparecem na redação do título.⁹⁴

O art. 17 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada na Convenção de Genebra, que tem o Brasil como um dos signatários, trouxe para a ordem jurídica o *princípio da inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé*,⁹⁵ ou seja, o executado não pode, na via dos embargos, opor ao exeqüente as exceções fundadas sobre as relações pessoais dele com o sacador ou com portadores anteriores, ressalvada a hipótese de que o portador, ao adquirir o título, tenha procedido conscientemente em detrimento do executado.

Essa regra visa proteger os direitos de eventuais terceiros de boa-fé, favorecendo a circulação do título cambial com segurança necessária às relações negociais.⁹⁶

Os embargos podem atacar matéria processual (são os chamados *embargos de forma*).

Com efeito, ainda que seja o nosso Código de Processo Civil originário de 1.973, portanto antes da atual Constituição Federal, é incontroverso que o executado (*presumido devedor*) encontra assegurado em nosso sistema

emissão, circulação e o pagamento das letras de câmbio. Na execução forçada desse título (CPC, art. 585,I), o negócio jurídico subjacente deve necessariamente fazer-se presente”.

⁹⁴ Ibid., p. 114.

⁹⁵ O art. 17, da Lei Uniforme relativa às letras de câmbio e notas promissórias, aprovada em Genebra, estabelece que “As pessoas acionadas em virtude de uma de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

⁹⁶ Posição contrária ao princípio da inoponibilidade contido no art. 17, da Lei Uniforme é manifestada por Mário Aguiar Moura, quando afirma que “nos embargos à execução alicerçada em título extrajudicial, o ataque pode ser ao próprio título, utilizando-se o devedor-embargante de fatos a eles anteriores, concomitantes e posteriores. Ser-lhe-á lícito discutir a própria ‘causa petendi’, mesmo se o título for da espécie cambial” (Embargos do devedor, teoria e prática, n. 44, p. 185, citação feita por LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 114).

processual executivo, reais possibilidade de defesa, tanto para os casos de *títulos judiciais*, como para os *extrajudiciais*, tal como preceitua os princípios da ampla defesa e do contraditório textualizados no art. 5º, LV, da CF.

4.2 EMBARGOS DE DEVEDOR E A EXIGÊNCIA DE “SEGURANÇA DO JUÍZO”

A ação de embargos de devedor não é diferente das demais previstas no sistema, tanto é que pede requisitos *genéricos*, previstos em qualquer ação como por exemplo, legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido, interesse processual, que são condições das ações em geral, como também exige requisitos que lhes são próprios, *específicos*, tal como a *segurança do juízo* (art. 737-I e II), que se materializa com a efetivação da penhora ou pelo depósito da coisa.

Essa exigência legal vem sofrendo algumas críticas de respeitáveis processualistas, a começar pelo nome,⁹⁷ “*segurança do juízo*”, que lhe emprestou o *caput*, do art. 737, do CPC.

⁹⁷ MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 432 e ss. “...causa certa estranheza a expressão segurança do juízo (“...antes de seguro o juízo”), que, em si, não faz sentido. O que a lei tem em vista, na verdade, não é a segurança ‘do juízo’, sim a segurança do exequente (presumido credor); ou, em outras palavras, a lei quer assegurar para este o resultado útil do processo de execução”. O autor cita texto de GALENO LACERDA em que o jurista faz crítica ao conservadorismo reinante dentre os juristas, *verbis*: “No direito, especialmente no direito processual, há muitas vezes, tendência incoercível e inconsciente para o conservadorismo e o imobilismo da praxe, expressa, em regra, pela manutenção de certas expressões e preconceitos que tiveram sentido lógico nas fontes históricas, mas que, apesar da mudança posterior da legislação, que altera ou esvazia a compreensão originária, se mantém como tabus estratificados e incontáveis. / Um destes tabus no direito processual brasileiro é a expressão ‘segurança do juízo’, ou ‘juízo seguro pela penhora’. Vimos que no direito das Ordenações ela guardava sentido, porque restrita às execuções de sentença. Então, sim, havia ‘juízo’ para ser garantido, respeitado e ‘assegurado’. / Não se deu conta, porém, o legislador riograndense, ao elaborar o Código estadual de 1908, fonte direta do atual Código nesta matéria, que, ao estender o preceito à execução dos títulos extrajudiciais, cometia grave impropriedade lógica, na qual jamais haviam caído as fontes portuguesas. / É que, na execução direta de título extrajudicial, não há ‘juízo’ a ser garantido. Se alguém necessita de segurança é o credor, e não o juízo inexistente (...)”

Deve-se extrair do texto legal (*caput*, do art.737, CPC), para esse fim, não somente seu aspecto teleológico, ou seja, que essa exigência visa garantir *segurança do exeqüente* (presumido credor) que, em última análise, tem por finalidade a segurança do respectivo crédito, propiciando, desse modo, o *resultado útil* do processo de execução, com a entrega efetiva da tutela jurisdicional.

Se, de um lado, pode-se extrair esse entendimento, de outro vértice, em face do disposto no art. 5º, XXXV, da CF (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), a exigência de *segurança prévia do juízo*, como *requisito de admissibilidade* dos embargos de devedor, pode ensejar limitação ao direito de ação, podendo se caracterizar, com efeito, em inconstitucionalidade,⁹⁸ pois várias hipóteses podem ocorrer na execução em que a efetivação da penhora pode significar um autêntico abuso, uma grave injustiça, como, por exemplo, no caso de executado *que sofre execução nula de pleno direito*, mas que somente poderá atuar em defesa de seu direito mediante penhora prévia.

Não se pode negar que incide nessa hipótese uma elevada dose de injustiça. Como também se torna injusta a situação em que o executado, embora tenha justificadas razões de fato e de direito para argüir nulidade da execução, entretanto, por não dispor de patrimônio suficiente para oferecer à constrição, fica privado do direito de defesa, hipótese que, também, não terá acesso ao direito de ação através dos embargos de devedor⁹⁹.

⁹⁸ Além da garantia constitucional prevista no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, entende-se aquela prevista no inciso LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), também da Lei Maior, deve ser arrolada nesse contexto, isso porque, em abordagem anterior, sustentou-se que a ação de embargos de devedor se caracteriza, ainda, como instrumento de defesa disponibilizado em favor do executado.

⁹⁹ O 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, optando pela interpretação literal do art. 737-I, do CPC: “Embargos do devedor – Oposição sem a prévia garantia do juízo – Inadmissibilidade – Irrelevância de ser o executado beneficiário da justiça gratuita – Inteligência do art. 737,I, do CPC. (...) Nos termos do art. 737-I, do CPC, é inadmissível a propositura de embargos do devedor antes de seguro o juízo, ainda que seja o executado beneficiário da justiça gratuita, caso contrário, seria hipótese de execução desde logo frustrada, porque não há como efetivar-se a responsabilidade do devedor à mingua de bens penhoráveis.” (In *Revista dos Tribunais* n. 748, p. 256-257).

↙ São hipóteses a que o legislador ainda não ofereceu respostas satisfatórias que atendam, de um lado, a garantia da efetividade e da eficácia da justiça sem quebrar a ordem do sistema executivo e, de outro lado, a disponibilização de instrumento para que o executado possa exercer plenamente o direito de defesa sem exigências impossíveis de se cumprir ou extremamente injustas¹⁰⁰.

↘ Essas questões, se não forem eliminadas por completo, pelo menos podem ser minimizadas através de medidas processuais preventivas, de ofício, por parte do juiz, com o fim de reconhecer nulidades processuais ou no título executivo e que podem ser traduzidas como a observância de um rigoroso *juízo de admissibilidade* no processo executivo e, ainda, com a utilização de defesa diretamente no processo de execução, sem a necessidade de manejo dos embargos e sem a garantia prévia do juízo.¹⁰¹ A doutrina nacional, em sua maioria, a partir de um parecer de Pontes de Miranda,¹⁰² vem sustentando a possibilidade de o executado apresentar *defesa (intraprocessual)* no processo executivo nos casos em que o juiz deveria conhecer de ofício *nulidades* do título ou do processo, mas não o fez.

A problemática da *(in)constitucionalidade* dessa exigência, ou seja, limitação do direito de ação mediante exigência de natureza patrimonial, já vem ocupando espaços junto a conceituados processualistas.

¹⁰⁰ Admitindo um certo temperamento no rigor da lei, o acórdão proferido no REsp n. 7.410-MT, julgado em 08.10.91 (DJU 25.11.91), que tem como Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, também inadmite embargos sem a prévia penhora, entretanto faz concessões, em casos excepcionais, em relação ao posicionamento de grande parte da doutrina no tocante à possibilidade de Exceção de Pré-Executividade: “EMENTA – Processo Civil. Execução. Embargos de Devedor. Segurança do Juízo. CPC, art. 737. Duplicatas. Prestação de serviço. Recurso desprovido. I – O sistema processual que rege a execução por quantia certa, salvo as exceções legais, exige a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor. II) – Somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando, se admite a dispensa desse pressuposto, pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução”.

¹⁰¹ A defesa que se possibilita no processo sem oposição de embargos e sem garantia prévia do juízo é também conhecida como Exceção de Pré-Executividade (ALBERTO CAMINÃ MOREIRA, LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO...), Objeção de Executividade (NELSON NERY, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER...) ou mesmo Defesa Intraprocessual (MALACHINI). O tema será tratado mais adiante.

¹⁰² Parecer n. 95 de Pontes de Miranda, citado por SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de Pré-Executividade*. 1997. Lumen Júri. p. 25.

Doutrina italiana¹⁰³ ao tratar do exercício do direito de ação subordinado ao atendimento de ônus patrimonial, sustenta que o problema deve ser dirimido de modo que, *quando de fácil cumprimento e de pequena importância, o ônus deve ser considerado inconstitucional e, sendo de difícil cumprimento, pode ser considerado constitucional* somente se a condição é absolutamente necessária para assegurar a realização de outros *direitos constitucionais prevalentes* ou *equivalente* diante da garantia do direito de ação.

Marcelo Lima Guerra, afirma que “é fácil verificar que a aplicação de tais critérios não conduz a uma caracterização absoluta ou apriorística da imposição de qualquer limitação patrimonial à garantia constitucional da ação,”¹⁰⁴ pois somente pelo exame de cada caso é que se pode concluir pela constitucionalidade ou não desse ônus, eis que, somente é aceitável que uma norma infraconstitucional venha impor limites (*prévia penhora ou depósito, art. 737-I e II, CPC*) sobre uma garantia constitucional (*direito de ação, art. 5º-XXXV, da CF*), na medida que haja uma previsão constitucional que assim determine,¹⁰⁵ justificando essa posição no *princípio da concordância prática*,

¹⁰³ “Com efeito, depois de examinarem em profundidade a jurisprudência da Corte Constitucional italiana (ANDOLINA e VIGNERA) verificam que ela, sem prejuízo de diversas soluções corretas, porém, isoladas, não é capaz, em matéria de ônus patrimoniais processuais, ‘di fornire agli operatori giuridici nessun punto di riferimento sicuro’. Posicionam-se os citados autores, portanto no sentido de que qualquer questão que diga respeito à constitucionalidade da subordinação legal do exercício do direito de ação ao atendimento daqueles ônus patrimoniais, é de ser solucionada à luz dos seguintes critérios: a) quando de fácil cumprimento e de pequena importância, o ônus deve ser considerado *inconstitucional*, na medida em que criar *injustificáveis* obstáculos formais ao exercício do direito de ação; b) quando o ônus é, pelo contrário, de difícil cumprimento, pode ser considerado admissível (i. é. Constitucional) somente se apresenta como condição absolutamente *necessária* para assegurar a realização de outros valores constitucionais considerados *prevalente* ou *equivalentes* à garantia do direito de ação” (Apud, GUERRA, Marcelo Lima, *ob. cit.*, p. 67).

¹⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.* p. 67.

¹⁰⁵ Nessa linha é o pronunciamento de FERRUCCIO TOMMASEO: “L’art. 24 Cost. Garantisce al cittadino di poter far valere in giudizio i propri diritti e interessi legittimi: da ciò il corollario che i limiti posti dal legislatore ordinario al potere d’azione sono, in linea generale, inconstituzionali, purché, s’intende, tali limiti non siano collegati all’attuazione di altri principi, sempre di rango costituzionale, di modo que tali limiti ricevano una ‘ragionevole’ giustificazione” (Trecho citado por GUERRA, Marcelo Lima, *ob. cit.* p. 67).

inspirado por Hesse, citado por Canotilho,¹⁰⁶ cuja posição pode ser adotada em relação ao direito de ação no tocante aos embargos de devedor.

Nosso sistema constitucional assegura o direito de ação tanto para o *credor de título executivo*, como para o (apontado) *devedor*, sendo lícito a este valer-se dos embargos, desde que assegurado o juízo, não se podendo falar em inconstitucionalidade à incidência, genérica, da regra prevista no art. 737, I e II, do CPC. Cabe, pois, ao juiz, avaliar os *casos excepcionais*, conjugados com os demais *pressupostos jurídicos*,¹⁰⁷ exigidos na ação dos embargos e, também, à luz do *princípio da proporcionalidade*.¹⁰⁸

Recomenda-se esse tratamento para a hipótese de executado que não dispõe de bens penhoráveis,¹⁰⁹ sendo que não é justo e tampouco razoável

¹⁰⁶ “Observe-se que, como esclarece Hesse, o princípio da concordância prática decorre daquele da unidade da constituição, na medida em que esse último ‘exige uma labor de optimación’: se hace preciso establecer los limites de ambos los bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima” (citado por GUERRA, Marcelo Lima, *ob. cit.* p. 68).

¹⁰⁷ BARCELOS, Pedro dos Santos. “Possibilidade de admissão de embargos do devedor sem estar seguro o juízo para execução”. In Revista dos Tribunais n. 652, p. 231. “É certo que a lei processual estabelece, de uma maneira genérica, o pressuposto de que os embargos do devedor se fundamentem na concretização da segurança do juízo (art. 737). É evidente que, em alguns casos, mesmo não existindo a garantia do juízo da execução, as condições da ação se fazem presentes e, se faltam alguns dos pressupostos processuais, podem ser suprimidos a qualquer tempo, podem no decorrer do processo. Não se pode dizer da total impossibilidade de oferecimento dos embargos do devedor contra processo executivo. Ainda mais que há o princípio processual de que o réu, após citado e formado a relação jurídica processual, tem o direito de ver concluído o processo contra si proposto e não poderá ficar sujeito à eterna guilhotina do exequente. Se ele, executado, não tem bens para garantir o juízo e pode provar, por meio dos embargos do devedor, que não deve, porque o título executivo é nulo ou possui algum defeito que o descaracteriza como tal, para que suspender o processo de execução, nos termos do art. 791, III, do CPC, e deixar para a eternidade a resolução da questão? Será que o executado que não possui bens para garantir o juízo da execução, se esta é por quantia certa, a fim de provar seu direito material, tem que propor uma ação de conhecimento, nos termos do art. 4º do CPC? O Egrégio TJGO, em recentíssima [sic] decisão, analisando a questão da ação declaratória incidental, assim manifestou: ‘Execução – Ação declaratória incidental – Incabimento. Não havendo decisão no processo executivo e sendo os embargos do devedor a medida processual adequada à defesa do executado, é incabível a declaratória incidente na execução’ (Ap. cível 21.504, rel. Des. Júlio Resplande de Araújo, j. 30.3.89). Se estão presentes as condições da ação, é possível a utilização do processo dos embargos para a defesa no processo executivo”.

¹⁰⁸ O princípio da proporcionalidade será abordado mais adiante, no tópico Cabimento da Objeção de Executividade.

¹⁰⁹ Com o fim de contribuir na discussão do tema, indaga-se: não falta razoabilidade exigir penhora prévia, como condição para os embargos, na hipótese de um executado que demandou em juízo sob o privilégio da Lei n. 1060, de 05 de fevereiro de 1950 (que concede isenção de taxas e custas judiciais, em face do estado de carência econômica)? Ora, se o juiz já reconheceu anteriormente o estado de carência econômica do devedor, não pode, mais adiante (sem que se tenha prova de fatos novos), exigir que esta mesma parte apresente bens (economicamente compatível com o valor da dívida), sob pena de ofensa ao direito de ação (art. 5º, XXXVI, CF). Ainda, é de se destacar o voto do Ministro Athos Gusmão Carneiro, proferido no REsp 7.410 afirmando que “...a segurança do juízo não pode ser imposta naqueles casos em que o título em execução não se reveste das características de título executivo, porque, destarte, a própria

perenizar um processo judicial por conta de um cerceamento que se faz ao direito de *ação defensiva* do executado.

A admissão de embargos, *em situações excepcionais e justas*, sem a necessidade de garantia do juízo¹¹⁰, pelo só fato dessa possibilidade, já afastaria o uso indiscriminado de *defesa intraprocessual (objeção de executividade ou exceção de pré-executividade)*, expediente de reconhecida validade, mas que, pela sua informalidade, vem sendo utilizado em larga escala pelos devedores sem maiores critérios, sob o *manto sagrado* da *ampla defesa* e do *contraditório*. A admissão, em casos excepcionais, de embargos do devedor *sem garantia do juízo*,¹¹¹ além de corrigir injustiça e assegurar as garantias constitucionais do direito de ação e do contraditório, pode contribuir para que o sistema executivo não sofra desnaturação com o uso indiscriminado de defesa informal.

execução estaria sendo ajuizada com abuso de direito por parte do credor, utilizando uma via processual que a lei, em tese, lhe concede. Outra hipótese, em que creio não ser o caso de se exigir a segurança do juízo, é aquele em que o executado, pobre, não dispõe de bens para oferecer à penhora. Não é possível, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, em que se assegura o pleno contraditório, limitá-lo, dessa maneira, contra pessoas economicamente carentes.” (Apud, Theotônio Negrão. *CPC Comentado*. 2001, p. 774, comentários ao art. 737). Jurisprudência recente aponta em sentido contrário, numa demonstração de que a questão não está, ainda, suficientemente debatida: “1º TACivSP. – EMBARGOS DO DEVEDOR – Oposição sem a prévia garantia do juízo – Inadmissibilidade – Irrelevância de ser o executado beneficiário da justiça gratuita – Inteligência do art. 737,I, do CPC”. Diz a Ementa: “Nos termos do art. 737-I, do CPC, é inadmissível a propositura de embargos do devedor antes de seguro o juízo, ainda que seja o executado beneficiário da justiça gratuita, caso contrário, seria hipótese de execução desde logo frustrada, porque não há como efetivar-se a responsabilidade do devedor à mingua de bens penhoráveis”. (*Revista dos Tribunais* n. 748, p. 256).

¹¹⁰ A admissão de embargos do executado sem a prévia penhora (em situações especiais, evidentemente), pode resultar em redução do uso de exceção de pré-executividade, com a diferença que, na primeira hipótese, o executado embargante que incorrer em erro grosseiro, sucumbente simplesmente, ou mesmo os casos de litigância de má fé, pode responder pelas sucumbências, inclusive honorários de peritos e advocatícios, circunstância que viria acrescer ainda mais o montante da dívida, conseqüência, por certo, não desejada pelo executado. O devedor, ciente desse ônus em potencial, sopesará cuidadosamente todos os elementos disponíveis para decidir pela suspensão ou não da execução, pela via dos embargos.

¹¹¹ LACERDA, Galeno. *Execução de título extrajudicial e segurança do 'juízo'*. In *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, vol. 23, nov/1981, p. 7-15. Afirma o autor que “Quando, em face de uma situação concreta, a interpretação e aplicação literal da lei conduzem ao absurdo, deve o Juiz buscar outra exegese, porque o ilogismo e a aberração jurídica jamais estiveram nas cogitações do legislador e na finalidade objetiva da norma.” (...) “Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita de tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes.” (...) “cumpre, pois, afastar a interpretação literal do art. 737,I – aliás, a mais fraca das exegeses, segundo o consenso unânime dos mestres da hermenêutica – para prestigiar-se, como se impõe, o primado do bom senso, e da regra moral do direito”.

5 OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE (ou exceção de pré-executividade)

➤ Independentemente dos embargos, o executado pode valer-se também de *defesa* diretamente no *interior do processo* executivo, através de *objeção de executividade*, instrumento processual informal, sem forma e figura de juízo, consagrado pela maioria da doutrina como *exceção de pré-executividade*.

➤ Segundo uma parte da doutrina,¹¹² a *exceção de pré-executividade* teve origem a partir do Parecer n. 95 do jurista Pontes de Miranda, trabalho que se acha publicado na coleção *Dez Anos de Pareceres*, do mesmo autor.

➤ Referido trabalho foi elaborado sob a égide do Código de Processo Civil de 1.939, atendendo uma consulta formulada pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, no ano de 1966.

Essas afirmações são contestadas¹¹³ sob o argumento de que no dito parecer não se vê a expressão *exceção de pré-executividade* nenhuma vez, assim como nega-se que Alcides de Mendonça Lima e Galeno Lacerda tenham utilizado essa nomenclatura em pareceres sobre matéria semelhante, chamando a atenção, a doutrina, inclusive, sobre *a transposição indevida daquele parecer, emitido no ventre de execução universal*¹¹⁴, para a execução

¹¹² SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de Pré...*, p. 25-26; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 421, dentre outros.

¹¹³ PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.*, p. 117 e ss.

¹¹⁴ Id. "Nem o legislador, nem a doutrina tem tido muito zelo na adoção de terminologia adequada para situar fenômenos novos, às vezes denominando-os por vocábulos já existentes no linguajar técnico com outro significado. Assim é que o CDC (Código de Defesa do Consumidor) criou uma modalidade de execução de índole singular, dando-lhe a denominação de execução coletiva (art. 98 do CDC), expressão esta que na esfera jussatisfativa era empregada para a entrega da prestação jurisdicional satisfativa de caráter insoficial ou falimentar. Assim, para diferenciar, preferimos utilizar a partir de então, quando tratamos do fenômeno distributivo, a expressão universal, também já assimilada, em vez de coletiva, deixando esta,

singular, cujos princípios embaixadores são díspares, protestando, até com certa veemência, sobre o desvirtuamento que parte da doutrina (e por conseqüência a jurisprudência) teria feito do trabalho do processualista Pontes de Miranda.

Em nosso entendimento, essa insurgência goza de parcial razão. É fato incontroverso que referido parecer, em seu longo e bem articulado conteúdo, em nenhum momento cita a expressão *exceção de pré-executividade*. Entretanto, denotam-se de seu corpo, os *fundamentos jurídicos estruturais* que atualmente sustentam a *vida* dessa modalidade de defesa no processo de execução, sem os quais, ela, *provavelmente*, não existiria em nosso direito doutrinário e jurisprudencial.

Não se pode negar que o parecer ganhou notoriedade e acabou sendo paulatinamente adotado por força da *autoridade científica* do jurista que o prolatou. Não fosse a *marca* e a *respeitabilidade* desse autor (sem nenhum demérito ao seu conteúdo), indiscutivelmente, um dos mais acatados juristas brasileiro, *é quase certo* que teria sido apenas mais um parecer ousado, mas, *provavelmente*, sem nenhum reflexo no direito processual pátrio.

Mesmo porque, aquele momento histórico do nosso *direito processual* não permitia tantas *garantias* como as que se sustentam nos dias atuais e, especialmente, por força de uma nova Constituição Federal. Exemplos disso: os princípios do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF), da *ampla defesa* e do *contraditório* (art. 5º, LV, CF), que incidem, atualmente, sobre toda espécie de processo, não importando se *judicial* (civil, penal, penal-militar) ou *administrativo*,¹¹⁵ sob pena de nulidade.

agora, para as ações singulares pluripersonais do CDC e demais leis especiais que dispõe sobre direitos difusos e coletivos”.

¹¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. 1998. Max Limonad, p. 344 (nas conclusões): “Da leitura conjugada do art. LIV, LV, art. 41 e 247, (CF), extraí-se a dimensão do processo administrativo disciplinar dirigido à apuração de ilícitos administrativos cometidos por servidores ou à avaliação de seu desempenho: i) o procedimento e o processo administrativo disciplinar constituem garantias constitucionais objetivas e subjetivas, decorrendo a vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete da Constituição; ii) configuram garantia de meios e resultado, uma vez somente se pode falar em processo quando haja contraditório e ampla defesa com os

É oportuno lembrar que pesquisas mais acuradas dão conta que essa modalidade de defesa não é novidade no direito nacional e tampouco foi inspirada exclusivamente no parecer referido.

Consoante se infere do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que disciplinou a Organização da Justiça Federal, já naquela época era possível o devedor-contribuinte *reagir* no processo fiscal, antes da penhora, sem embargos, portanto, para defender-se das garras do fisco, desde que exhibisse documento autêntico de quitação do débito ou prova de sua anulação.¹¹⁶

Pontes de Miranda foi buscar fundamentos para enriquecer sua tese, dentre outros, no Reg. n. 737, do Reino de Portugal, que permitia alegação de *inexistência, invalidade ou ineficácia da sentença*, antes da expedição do mandado de penhora.

Como quer que seja, não se pode negar que o Parecer 95 trouxe contornos jurídicos importantes para a defesa do executado no interior do processo de execução, cujo fenômeno já mereceu no passado¹¹⁷ e vem merecendo, atualmente, maior atenção e o estudo de inúmeros processualistas.

meios e recursos a ela inerentes; iii) haverá o processo, tal como conceituado, sempre que, no exercício da competência disciplinar, a Administração acuse servidor da prática de ilícito administrativo ou com ele litigue; iv) ou quando a restrição implique restrição da liberdade ou de bens; v) o servidor litigante/acusado detém *status* ativo no processo como sujeito processual; vi) tratando-se de acusados em geral, a garantia processual abrange servidores públicos civis estáveis e não estáveis (qualquer acusado) bem como sanções administrativas de toda natureza (qualquer acusação)”.

¹¹⁶ No tocante ao processo de execução fiscal, dizia o texto legal “Comparecendo o réu para defender-se antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, *salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta*”. “Francisco Wildo Lacerda Dantas dá como raiz histórica da exceção de pré-executividade o Decreto Imperial n. 9.885 de 1888, arts. 10 e 31. O art. 10 rezava: ‘Comparecendo o reo para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salva a hipótese do art. 31’. Esse dispositivo, por seu turno, estatuiu: ‘Considerar-se-ha extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou de termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo ao feito: 1º - Documento autêntico de haver sido paga a respectiva importância na repartição fiscal arrecadadora; 2º - Certidão da anulação da dívida, passada pela Repartição fiscal arrecadadora, na forma do art. 12, parágrafo único; 3º - Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo o arquivamento do processo, em virtude de ordem transmitida pelo Thesouro...’” (Citado por MOREIRA, Alberto Caminã, *ob. cit.* p. 22.)

¹¹⁷ É também muito conhecido dos estudiosos do tema o Parecer prolatado já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, no também conhecido caso da “Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo (COPERSUCAR). Diz a Ementa: “AÇÃO EXECUTIVA – NECESSIDADE DA PENHORA PARA DISCUTIR A EXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS – Ação Executiva – Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria argüível em

5.1 DENOMINAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Outra questão que a doutrina vem debatendo com muito interesse é o *nomen iuris* dessa defesa. Trata-se de discussão em relação a qual não se antevê pacificação para muito breve, já que a matéria não é irrelevante como pode sugerir uma apressada análise, mesmo porque, nesse caso, é a partir do nome que se investiga e se identifica a natureza jurídica dessa espécie.

Como se trata de uma figura processual que surgiu da experiência e do talento intelectual de alguns ilustres juristas em face da prática forense, fato é que não se sabe ao certo quem teria utilizado pela primeira vez a expressão *exceção de pré-executividade*, cabendo a nós outros lidar com a situação já consumada.

Há quem admite que o nome jurídico mais adequado é objeção de pré-executividade¹¹⁸, entretanto não deixa de denominá-la de *exceção*.

Em estudo meticoloso, Edson Ribas Malachini¹¹⁹ afirma que o nome (*exceção de pré-executividade*) é inadequado para a defesa interna do executado.

embargos de devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC” (Apud, PAULO, José Ysnaldo Alves, *ob. cit.* p. 281.).

¹¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 421. “15. Exceção de Pré-Executividade (...) A esse incidente PONTES DE MIRANDA deu o nome de ‘exceção de pré-executividade. Atualmente, a doutrina tem preferido o *nomen iuris* de ‘objeção de pré-executividade”. (citando Dez Anos de Pareceres de Pontes de Miranda, Carlos Furno, Sérgio Shimura e Alexandre Freitas Câmara).

¹¹⁹ MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, de Araken. *Comentários ao Código...*. Assinala o autor, em recomendado estudo: “A restrição ao uso do primeiro termo tem razão de ser. Não é habitual o emprego, entre nós, da palavra *exceção* no sentido amplíssimo de defesa do réu; e o atual Código de Processo Civil só a usou, como se sabe, para significar as três exceções processuais de incompetência relativa, impedimento e suspeição; (nota 247); e é de se concluir que a opção do legislador se deveu, justamente, à polissemia jurídica do vocábulo. Por outro lado, o sentido mais próprio de *exceptio* é, realmente, o das exceções de direito material, como as de prescrição, retenção, *beneficium excessionis*, a *exceptio non adimpleti contractus* – matérias de interesse do réu, de defesa, de que o juiz só pode conhecer se alegadas por ele (nota 248). A elas aludiu o Código no art. 128,2ª parte, evitando, entretanto, o uso da palavra *exceção* (que fora evitado pelo Código de 1939, art. 4º, segunda parte (nota 249), certamente pela razão acima referida, prescrevendo que ‘o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (nota 250)’. (...). “Mas temos que reconhecer que o vocábulo *exceção* também se usa, em direito, em outras acepções (inclusive naquela empregada pelo atual Código de Processo Civil brasileiro) (nota

Afirma esse autor que “nem é exceção nem, necessariamente, defesa prévia (que justificasse o prefixo *pré-*), nem é de executividade”, concluindo tratar-se simplesmente de *defesa intraprocessual*. Muito embora admite que o nome *exceção* possa ser empregado em sentido amplo de defesa em geral, compreendendo tanto as *exceções* propriamente ditas, de direito material, caso da prescrição, como ainda, aquelas matérias de natureza exclusivamente *processuais* como as nulidades relativamente aos pressupostos processuais, ou, mesmo as condições da ação. Afirma ainda, que “nesse sentido, até se pode dizer que a palavra exceção é melhor que a outra que tem sentido de *objeção*”, diz o autor.

252) e, entre elas, na acepção ampla *defesa* de defesa, dizendo-se que à ação se contrapõe a *exceção*; nesse sentido, a exceção seria a ‘ação’ de defesa do réu, sua ‘ação declaratória negativa’, exercida para que o juiz, simplesmente, declare a inexistência do direito, da pretensão e da ação (de direito material) (nota 253) do autor. Seria, pois, a outra face do direito (público subjetivo) à tutela jurídica; ao direito de ‘ação’ correspondendo o direito de exceção (nota 254). Então, apesar da ressalva feita, não seria de recusar o vocábulo *exceção*, entendido, aí, no sentido amplo de *defesa* em geral; e compreendendo, pois, tanto as exceções *propriamente ditas* (de direito material, tal a prescrição); quanto os *atos impeditivos* (ou *obstativos*), *modificativos* ou *extintivos* (dos arts. 22, 326 e 333) do direito alegado do autor (ex: o cumprimento da obrigação); como, ainda, matéria exclusivamente processual (assim as concernentes a nulidades, pressupostos processuais, ‘condições da ação’). Nesse sentido, até se pode dizer que a palavra exceção é melhor que a outra que tem sido sugerida, *objeção*, pois compreende os casos representativos desta (como o cumprimento, a novação, a dação em pagamento), enquanto esta não abrange as exceções em *sentido próprio* (ou *stricto sensu*), de direito substancial, das quais o juiz não pode conhecer de ofício (como a prescrição de pretensões patrimoniais – CC, art. 166; CPC, arts. 128 e 219, 5º)”. Tocante a expressão *pré-executividade*, afirma, a expressão completa é, gramaticalmente, insustentável. “...O prefixo *pré*, equivalente a *pré-*, denota ‘anterioridade’ (ex: preexistir) e *executividade* significa: qualidade, caráter, atributo de *executivo*: o que é próprio, o modo de ser da *ação executiva*, da *execução*, e poderíamos acrescentar: a possibilidade de executar (*executoriedade*, *executabilidade* ou *exequibilidade*); e a *eficácia executiva*. Assim, no único sentido gramatical, lógico, *exceção de pré-executividade* só poderia significar: exceção que se opõe para sustentar, defender, argüir a *executividade prévia*. E o que poderia ser *executividade prévia*, ou *pré-executividade*? Só poderia ser, evidentemente, *executividade*, *exequibilidade* – ou seja, possibilidade de execução – existente antes do processo (*pré-processual*): isto é, nada senão aquilo que é conferido pelo *título executivo*, que sempre foi exigido exatamente para demonstrar liminarmente tal possibilidade (*Nulla executio sine titulo*). Não se pode atribuir a essa expressão – sob pena de atentar-se contra a lógica da linguagem – o sentido que lhe tem sido atribuído: de exceção que se opõe à aludida possibilidade de execução. Quando se apresenta petição para alegar que o juízo *não é* competente, fala-se em exceção de incompetência (...). Por conseguinte, *exceção de pré-executividade* – ou, eliminando-se o desnecessário prefixo, *exceção de executividade* – não pode significar *oposição* à possibilidade de execução, negação dela; tem de significar, ao contrário, logicamente, *alegação*, *afirmação* dessa possibilidade – assim como *exceção de prescrição* significa *afirmação* de ter ocorrido a prescrição; (...) Para significar *oposição* àquela possibilidade, *negação* dela, teríamos de usar a expressão: exceção de inexecutividade – assim como se fala de *exceção de incompetência* de juízo. Ninguém defenderia a idéia de que se poderia usar a expressão *exceção de competência*...(...). Assim, se quisermos manter a inadequada denominação que vem sendo adotada para a defesa do executado no próprio processo de execução, teremos (...) de corrigi-la (abolindo o desnecessário prefixo *pré-*), empregando a expressão exceção de inexecutividade. (...) Então, para abranger todas as situações, a denominação deveria ser algo como *pré-exceção intraprocessual*. (...) Mas será que se justifica, mesmo, a denominação de exceção? Parece-nos que, com mais singeleza e propriedade – evitando-se a polissemia – pode-se falar em *simples defesa*, *defesa nos autos*, *requerimento nos autos*, *petição nos autos*, *defesa por simples petição* (*petitio simplex*) ou por *simples requerimento*, *reclamação*; ou (...) O nome, como na maior parte dos casos, não é o mais importante; (...) De nossa parte, propomos, então – e passaremos a dela usar nestes comentários – a denominação genérica *defesa intraprocessual* (...) que se trata de qualquer meio de defesa do executado, exercido no próprio processo de execução...” (*ob. cit.* p. 165-196).

José Carlos Barbosa Moreira¹²⁰, com o costumeiro rigor terminológico que sempre o caracterizou, lança precedente crítica contra a nomenclatura adotada (*exceção de pré-executividade*), entretanto, não se verifica em citado texto qualquer sugestão de nome.

Admitindo-a como direito de defesa do devedor, e sem alterar radicalmente entendimento anterior,¹²¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹²² apontam a existência de três modalidades de defesa do devedor no processo de execução, a saber: a) *exceção de executividade*; b) *objeção de executividade*; c) e os *embargos*, sendo que, neste momento, em nosso estudo, o interesse recai somente sobre as duas primeiras.

A *exceção de executividade* é admitida pelos citados autores nos casos em que não há demanda de *dilação probatória*, a fim de que o executado demonstre que a execução não pode prosseguir; que o exequente não tem execução contra o executado. Justificam o nome *exceção*, afirmando que se

¹²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119-121. “Vem-se generalizando na linguagem processual o emprego da locução “exceção de pré-executividade” (...). Começamos pelo complemento (“de pré-executividade”). O substantivo abstrato “executividade” (...) indica a qualidade daquilo que é executivo. Ora, que é que se concebe, neste contexto, que seja executivo? Naturalmente, o processo, ou o título em que ele busca fundamento. Sem temer a redundância, diremos que “processo executivo” e “título executivo” significam, respectivamente, processo e título dotados de executividade. O prefixo “pré”, por sua vez, expressa, como é notório, anterioridade, precedência, anteposição. “Pré-contrato” é ato jurídico que se realiza antes de um contrato. (...) Pois bem, logicamente, “pré-executividade deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. (...) Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo “pré-executivo” e, em vez de um título executivo, um título “pré-executivo”? (...) Se o título é judicial, o que existe antes da execução é, em regra, a sentença condenatória, proferida em processo de conhecimento. Fará sentido, por isso, apelidar tal processo de “pré-executivo”? E que existirá, antes de instaurar-se a execução, se se trata de título extrajudicial? Poderá haver o próprio título; mas esse ou já é executivo (não simplesmente “pré-executivo”), ou nada será que interesse diretamente à execução. (...) Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia – a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar de triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro...”.

¹²¹ O autor, em sua obra *“Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”* (5ª ed. 1999, RT, p. 137), sustenta, de modo breve, que “o correto seria denominar esse expediente de *objeção de preexecutividade*, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável *ex officio* pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão”. Já na 6ª edição da obra (2000), NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, reexaminando o tema, concluem tal como se acha exposto no CPC Comentado (2001). Em nossa opinião, os autores não mudaram de posição, apenas aprofundaram o exame da matéria veiculada nas obras de publicações anteriores.

¹²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. RT., 2001, p. 1.187. “1. Defesas na Execução. No processo de execução o devedor pode defender-se por meio de três instrumento: a) exceção de executividade; b) objeção de executividade; c) embargos do devedor”.

trata de “instrumento de defesa de direito material, que contém matérias que o juiz somente pode examinar a requerimento da parte. São argüíveis por meio de exceção de executividade: a prescrição, o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (*adimplemento, compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação, etc.*), desde que demonstráveis *prima facie*”¹²³.

Paralelamente, sustentam os autores, quando a defesa do executado se fundar em *matéria de ordem pública*, o instrumento processual adequado é a *objeção de executividade*. Como *matéria de ordem pública*, entende-se, para esse fim, todos os casos que o juiz tem o *poder-dever* de conhecer *ex officio* (nulidades do título executivo, ausência de pressupostos processuais, condições da ação, etc.), como aquelas elencadas no art. 267-IV, V e VI, do CPC.

A *exceção de executividade*¹²⁴ pode ser oposta até o *dies ad quem* estabelecido para interposição dos *embargos do devedor*. Sustentam que assim é porque as matérias que podem ser argüidas pela via da *exceção* “são as mesmas que podem fundamentar os embargos, vale dizer, são de direito disponível, que dependem da alegação do devedor para que o juiz possa decidir, e, portanto, devem obedecer o prazo legal para tanto, que é o do CPC 738, salvo se o objeto da exceção for a prescrição”¹²⁵.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ “...Como os embargos são um misto de ação e de defesa, a eles se aplica o sistema de contestação. Caso não argüida a prescrição nos embargos, o devedor poderá alegar em momento posterior, como por exemplo, no procedimento da apelação contra sentença proferida nos embargos, conforme autorizam o CPC 303 III e o CC 162. O CPC 302 exige que sejam alegadas todas as matérias de defesa na contestação (princípio da eventualidade). O CPC 303, estabelecendo casos em que não incide o princípio, permite que outras matérias possam ser alegadas depois da contestação, como as relativas a fato ou direito superveniente, as de ordem pública e as que a lei expressamente autorizar. O CC 162 autoriza expressamente a alegação da prescrição a qualquer tempo e grau (ordinário) de jurisdição, de modo que o devedor pode alegar a prescrição depois de oferecido ou ultrapassado o prazo dos embargos” (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, p. 1.188).

▮ Já a *objeção*¹²⁶ pode ser argüida pela primeira vez, em qualquer tempo, instância ou grau de jurisdição, salvo nos casos de recursos extraordinário ou especial, cujas matérias, as normas constitucionais (CF, arts 102-III e 105-III), exigem tenham sido decididas pelas instâncias inferiores, atendendo assim, o requisito do *pré-questionamento*.

A expressão *exceção de pré-executividade* não é, tecnicamente, a mais adequada para denominar a defesa do executado no interior da execução, especialmente porque o Código de Processo Civil atual especificou claramente as modalidades de *exceções* (consideradas em sentido estrito).

Entretanto, se considerada em sentido amplo, o termo *exceção* pode significar toda e qualquer possibilidade de *defesa do réu*¹²⁷ (nesse caso, defesa do *executado*), como, aliás, já admite a mais recente doutrina.

▮ Não se pode recusar o fenômeno pela inadequação de seu nome, pois, como *exceção*, *objeção* ou mesmo como *defesa intraprocessual*, o que existe de fundamental nessa questão é o direito de o executado peticionar no processo de execução, informalmente, independentemente de segurança do juízo, para pedir que o juiz decida sobre matérias (de ordem pública) as quais deveria ele conhecer de ofício.

¹²⁶ "...Pode ser oposta a partir do ajuizamento da execução. O *dies a quo* do prazo, portanto, é a data do ajuizamento da execução. O devedor pode opor objeção mesmo antes da citação. Intervindo no processo, contudo, dá-se por citado. Como seu conteúdo são matérias de ordem pública, que não são alcançáveis pela preclusão, a objeção de executividade pode ser oposta enquanto pendente a execução. Mesmo já tendo sido opostos os embargos do devedor, as matérias de ordem pública podem ser alegadas a qualquer momento e em qualquer grau ordinário de jurisdição. Portanto, nada obstante tenha havido sentença nos embargos, o devedor pode opor objeção de executividade alegando nela as matérias de ordem pública. Podem ser alegadas, pela primeira vez, em apelação (CPC 513) e em embargos infringentes (CPC 530). Nos recursos excepcionais (RE e REsp), as matérias de ordem pública não podem ser alegadas pela primeira vez, pois a CF 102 III e 105 III exige, para a admissão dos RE e REsp, que a matéria tenha sido 'decidida' pelas instâncias ordinárias". (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil...*, p. 1.189).

¹²⁷ LIMA, Alcides Mendonça. *A nova sistemática das exceções*. In Revista de Processo n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1977, p. 61-76. Em precedente texto ensina: "A exceção, seja qual for sua modalidade e sua espécie, é variante do direito de defesa do réu. É um meio do réu elidir o ataque do autor. O direito de ação e o direito de defesa mantêm estreita paridade. O mesmo direito subjetivo que ao autor é conferido para impetrar o exercício da atividade jurisdicional também é outorgado ao réu, para se opor à pretensão do autor. (...) A defesa do réu tem o nome amplo de exceção, que seria usado, assim, como sinônimo daquele termo. (...) Em face da iniciativa do autor, uma das três atitudes o réu pode tomar: a) inércia (decorrente da revelia); b) *resistência* (defesa em suas várias modalidades); c) reação ou contra-ataque (reconvenção). A exceção enquadra-se na hipótese b".

Rosalina P. C. Rodrigues¹²⁸ sustenta que, pela técnica adotada pelo Código de Processo Civil atual, relativamente à execução forçada, *exceção* limita-se à modalidade de *defesa indireta* de rito, dirigida ao órgão julgador (*incompetência do juízo*) ou contra pessoa (*impedimento* ou *suspeição do juiz*), contudo, adverte, o nome encontra-se consagrado pela prática forense, chegando até o ponto de indagar se existem vantagens, no caso de mudança desse nome.

Identificar essa modalidade de defesa como *exceção*, além da impropriedade técnica, significa admitir, implicitamente, a criação de uma nova espécie de *exceção* e, com efeito, a ampliação do rol de *exceções* previstas no CPC (art. 304) é vedada pela Constituição Federal, força do art. 22-I (CF), que estabelece que é de competência exclusiva da União legislar sobre matéria processual.

Qualquer ampliação nesse quadro somente seria possível através de lei processual ordinária emanada do legislativo federal. Além do óbice constitucional, levam-se em conta conseqüências que podem ser geradas no interior do processo. A *exceção*, uma vez oposta, *suspende* o curso do processo principal, *até que seja definitivamente julgada* (CPC, 304 e 306); ainda, permite dilação probatória (de cognição reduzida e especial, é verdade,

¹²⁸ PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ob. cit.* p. 407-411. Em preciosa obra que se ocupa no exame acurado sobre *as ações prejudiciais à execução*, sustenta a autora: “A palavra ‘exceção’ é originária do direito romano e surgiu ligada à proteção do direito material. O uso dessa expressão como um direito alegado pelo demandado é observável na *exceptio pacti conventi*, *exceptio quod metus causa*, sendo alguns institutos ainda de uso corrente, como a *exceptio non adimplementi contractus*. [citando Eduardo Couture]. Na evolução do direito romano, a palavra ‘exceção’ passou a ser meio de argüir os defeitos do processo. [cita Alfredo Buzaid]. Em sentido amplíssimo, pelo termo ‘exceção’ entende-se qualquer defesa do réu, de natureza processual ou de mérito. Couture utiliza a palavra ‘exceção’ para designar o próprio direito de defesa em todas as suas manifestações: ‘El poder jurídico Del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor há aducido ante los órganos de la jurisdicción’ [Couture] (...). Em sentido mais estrito, a palavra ‘exceção’ é designada para denominar toda e qualquer defesa *indireta*, quer de processo, quer de mérito. (...). Por conseguinte, dentro da técnica do Código de Processo Civil em vigor, exceção é apenas a defesa indireta de rito, que se refere, tão-só, ao órgão julgador (como entidade – incompetência; ou como pessoa – impedimento ou suspeição). Trata-se, conforme observa Alcides de Mendonça Lima, de matéria eminentemente processual, que não se confunde com a substancial. (...). De fato, a expressão ‘exceção’ não se coaduna com a sistemática do Código, que restringe a concessão desse tipo de tutela apenas à defesa dilatória contra o processo. No entanto, a se adotar o sentido amplo da palavra ‘exceção’ como toda defesa que deva ser argüida pela parte, na forma como inicialmente foi usada por Pontes de Miranda, adequado é o referido termo, que, ademais, já se consagrou na prática forense, estando consolidado pela doutrina e jurisprudência pátrias, sendo de questionável vantagem a mudança de nome.” (p. 407-411).

mas permite), fenômenos que perturbariam o sentido teleológico da execução, cujo sistema foi *criado e estruturado* para responder com celeridade, eficácia e efetividade a pretensão executiva do credor, diante do inadimplemento do devedor.

Por essas razões, a boa técnica recomenda firmar posição contra o uso inadequado do termo *exceção* para o caso de defesa interposta diretamente no interior do processo de execução forçada. Advirta-se que, as questões que se discute nessa quadra não se restringem, exclusivamente, ao *nome jurídico* dessa defesa, porquanto, nesse caso, o *nome* contribui decisivamente para informar sua *natureza jurídica e hipóteses de cabimento*, com conseqüências jurídicas importantes para o processo de execução.

Segundo o modelo do nosso sistema de execução forçada, não há como sustentar a criação de uma nova modalidade de exceção sem desnaturá-lo, ainda que em sentido amplo, na medida que essa espécie de processo não comporta cognição fora dos embargos. A celeridade e a efetividade na prestação da tutela jurisdicional (executiva) é o mínimo que se espera do Estado e, o que se prevê para o futuro breve, é a ampliação das hipóteses de cabimento e o uso indiscriminado desse instrumento, transformando o processo de execução numa via de conhecimento, subvertendo por inteiro sua finalidade. Com isso, estar-se-á *revogando* os embargos e a exigência da garantia do juízo, retirando a eficácia (abstrata) do título executivo.

Ademais, o surgimento de mais uma exceção, ainda que em sentido amplo, pode criar confusão na identificação de uma ou de outra das exceções já previstas no sistema, pois é sabido que as *exceções*, estrito senso, gozam de características próprias e especiais, enquanto que a de *pré-executividade* não tem forma e nem figura de juízo, mesmo porque, o Código de Processo Civil vigente tratou de purificar o conceito de exceção, excluindo do rol das exceções as alegações de coisa julgada, de litispendência e até mesmo a

alegação de incompetência absoluta do juízo. Admite a exceção somente nos casos de *incompetência relativa, impedimento e suspeição*.

Nesse sentido, considerando que essa modalidade de defesa se caracteriza por *simples requerimento, defesa nos autos, mera reclamação, embargos nos próprios autos*,¹²⁹ *defesa intraprocessual*,¹³⁰ *embarginhos* ou mesmo assemelhado a um *pedido de reconsideração*, sem forma ou figura de juízo (em que pese a posição da maioria da doutrina e a jurisprudência dominante), fica mais adequado à sistemática processual, inclusive mais próximo de sua natureza jurídica, a denominação de *objeção de executividade*,¹³¹ cujo nome será adotado doravante.

A análise da bipartição desse *expediente em exceção e objeção*, conforme a natureza da matéria sob defesa, segundo propõem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, também analisada por J.J. Calmon de Passos,¹³² resta prejudicada no âmbito do presente trabalho, isso porque, como se verá mais adiante, pugna-se pela delimitação do uso desse instrumento tão somente para os *casos conhecíveis de ofício pelo juiz*, que contenham matéria de *ordem pública* (salvo em hipóteses restritas em que não

¹²⁹ MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Ob. cit.* p. 185-186.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e, WAMBIER, Luiz Rodrigues, sob o título “*Sobre exceção de pré-executividade*”. In “Processo de Execução e Assuntos Afins”. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 404-412. Os autores também adotam essa expressão.

¹³² “Após a defesa de rito, deve o réu formular, se existir, a defesa indireta de mérito. Como já exposto (n. 173), constituem-na os fatos extintivos ou impeditivos de natureza substancial. Esses fatos extintivos ou impeditivos ora se revestem da natureza de exceções, ora configuram objeções. O que sejam uma e outras é o que precisaremos a seguir. A palavra exceção, em direito processual civil, é utilizada por alguns autores, para designar o próprio direito de defesa em todas as suas manifestações... assim fazia o código revogado, que denominava exceção (n. 4º) os fatos extintivos e impeditivos de natureza substancial, e de exceção igualmente denominava certas defesas indireta de rito, como a arguição de incompetência, de suspeição, de litispendência ou de coisa julgada (art. 182). O termo *objeção* é de uso apenas doutrinário e de emprego recente entre nós. Tem sido utilizado para significar coisa diversa do que pretende expressar nesse passo. Afigura-se-nos, porém, conveniente e correto restringi-lo para categorizar determinados fatos extintivos ou impeditivos não caracterizáveis como exceção. (...) “Os fatos extintivos ou impeditivos de natureza substancial, portanto, ora se apresentaria como exceções, ora como objeções. Uma das primeiras características distintivas é a de que a exceção não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto que tratando-se de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exerce com vistas a elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado”. (citado por PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.*, p. 121-122.).

demandam dilação probatória, como na prescrição,¹³³ pois não seria sensato, apesar de o art. 166 do Código Civil, exigir do executado oposição de embargos para argüição desse fenômeno). Possíveis nulidades o juiz tem o *poder-dever* de enfrentá-las, independentemente de manifestação das partes, até mesmo como forma de afastar eventuais abusos processuais, evitando que o executado sofra o constrangimento de haver-se, injustamente, com essa *coativa e feroz* espécie de processo, que é o de execução, inclusive com constrição de seu patrimônio.

Como já analisado anteriormente, é mais lógico e razoável sustentar que o sistema (em casos excepcionais!) pode se suportar íntegro com a oposição de embargos sem prévia garantia do juízo, do que permitir incursões, no processo civil, por meio de instrumentos estranhos, perturbadores e que realimentam a procrastinação e a quebra dos princípios de ordem pública.¹³⁴

Em atendimento ao *princípio do contraditório*, de ordinário, o instrumento adequado que o Código de Processo Civil disponibiliza para o executado defender-se na *execução forçada* são os *embargos do devedor*.

¹³³ MALACHINI, Edson Ribas. *Ob. cit.*, p. 230. Ao tratar das exceções de direito material, assim assinalou: “Primeiro é preciso dizer que, quanto ao processo de execução, a prescrição é matéria típica de embargos (arts. 741, VI, e 745)”.

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70. “...Ocorre que as regras do processo não foram feitas para, somente, a comodidade das partes, em detrimento dos princípios de ordem pública que as norteiam. É preciso que as regras cogentes sejam observadas por todos aqueles que atuam no processo, ou seja, pelas partes e seus advogados, intervenientes, Ministério Público, juiz e auxiliares”. Na execução destaca-se os princípios da *autonomia*, da *patrimonialidade*, do *título*, do *resultado*, da *adequação* (ARAKEN DE ASSIS, *ob. cit.*, p. 99-106); HUMBERTO THEODORO JUNIOR ensina que a execução forçada rege-se por alguns princípios e que podem ser assim classificados: i) *toda execução é real* (a execução incide sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor); ii) *toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do exequente* (a execução deve atingir apenas os bens necessários ao pagamento da dívida); iii) *a execução deve ser útil ao credor* (é intolerável execução apenas para causar prejuízo ao devedor); iv) *toda execução deve ser econômica* (a execução deve se realizar pelo modo menos gravoso para o devedor); v) *a execução deve ser específica* (o credor deve obter exatamente aquilo que ele obteria se a dívida fosse paga espontaneamente); vi) *a execução não deve levar o executado a uma situação de indignidade humana* (a execução não pode causar fome ou desabrigo do devedor e de sua família, motivo pelo qual é vedado a penhora do único bem imóvel quando ser de moradia do devedor; são também impenhoráveis o salário, instrumentos de trabalho, pensões, etc., cfe. Art. 649, do CPC); vii) *livre disponibilidade do processo de execução* (o credor é livre para desistir de processo de execução, bem como de alguma constrição patrimonial). (autor citado, *Processo...*, p. 54-56).

No entanto, mesmo antes de opor embargos, sem garantir o juízo, pode o devedor valer-se da *objeção de executividade* com o fim de atacar nulidades que versem sobre matéria de ordem pública ou mesmo em casos dispositivos como de prescrição, eis que, não é justo, no caso de execução nula, antes, *proceder a invasão no patrimônio do executado* para, ao final, e, somente ao final (de uma eventual ação de embargos), o juiz reconhecer a impossibilidade de prosseguimento do processo.

É, numa linguagem singela, um *expediente* consagrado pela doutrina (e recepcionado pela jurisprudência), que visa opor-se à execução sem necessidade de penhora, com o fim de argüir irregularidade formal no título executivo, no órgão julgador ou no processo (irregularidade insanável na citação, incompetência absoluta do juízo, ilegitimidade manifesta de parte, dentre outras), todas inseridas no rol das matérias de *ordem pública*, cuja natureza não pode ser confundida e tampouco aproximada com *contestação*,¹³⁵ pois se algum assemelhamento pode ser feito, nesse caso, que se faça com o *pedido de reconsideração*¹³⁶ e não com a *contestação*.

No caso, deve-se considerar, para o fim dessa análise, mais as *hipóteses de cabimento* que sua própria *natureza jurídica* que se lhe empresta o caráter de *defesa incidental*.¹³⁷

¹³⁵ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.* p. 41. Referido autor afirma que “embora não se trata de contestação propriamente dita, cuja ausência implica a revelia, inexistente no processo de execução, força é convir que a exceção de pré-executividade aproxima-se bastante da contestação, principalmente quando esta contém alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No processo de conhecimento, a contestação é a principal peça defensiva (...). No processo de execução não há *iter* previsto, na lei, para a exceção de pré-executividade, de modo que não há ônus...”.

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “*O Novo Regime do Agravo*”. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Ao tratar da *preclusão* e do *pedido de reconsideração*: “O pedido de reconsideração é figura que, em hipótese alguma pode, a nosso ver, como dissemos, ser ignorada pelo estudioso do direito, pois a sua função é a de criar teoria *útil*, e só se cria teoria *útil* se se tem como um dos pontos de partida a *realidade*. Os pedidos de reconsideração são freqüentíssimos e, muitos deles, têm êxito”, (p. 306). (...) “São, os pedidos de reconsideração, desprovidos, pois, de significado de status de instrumento jurídico, pois só podem existir quando de decisões, em relação às quais não há preclusão para o juiz, se tratar. Estes pomposamente chamados de pedido de reconsideração equivalem a um pedido oral da parte para que o juiz ‘pense melhor’, em relação a uma decisão que ele poderia modificar sem que houvesse ‘pedido de reconsideração’ algum. Não se trata, como à primeira vista pode parecer, de uma prática ilícita, salvo quando empregada indevidamente, mas de algo que não tem relevância técnica alguma.” (p. 338-339).

¹³⁷ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.* Afirma que a exceção tem caráter defensivo incidental.

É oportuno examinar, ainda que de modo breve, o caráter de *semelhança e utilidade* que o *pedido de reconsideração*¹³⁸ guarda com a *objeção de executividade*, pois é inapropriado tentar aproximar, pelas ontológicas diferenças, esse *expediente* com os *embargos do devedor* ou mesmo com a *contestação*.

Embora sem previsão legal,¹³⁹ nem um nem outro *expediente*¹⁴⁰ apresenta ilicitude quando de seu manejo, desde que, evidentemente, utilizados de modo justificado e adequadamente. Para ambos, não há previsão legal no CPC. Não exigem prazo para interposição. Não prejudicam eventuais defesas ou recursos legalmente previstos. Uma vez utilizados, não fazem incidir preclusão sobre a matéria em discussão. Não demandam forma nem figura de juízo. Não exigem preparo. São expedientes que assumem, em sentido amplo, caráter de *incidente defensivo*.

Quanto à *utilidade*, tanto a *objeção* quanto o *pedido de reconsideração*, ambos têm finalidade de chamar atenção do juiz para determinada situação ou matéria, no processo: a) que *não foi decidida* e, portanto, reclama decisão (é o caso da *objeção*); b) ou, houve *decisão*, mas, diante do gravame (ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade, etc) que apresenta, pede reforma ou revogação (é o caso do *pedido de reconsideração*).

Assim, em linhas gerais, parece que o ponto discrepante e significativo entre um e outro, está no fato de, na *objeção*, o executado reclama de uma decisão que ainda não foi proferida pelo juiz (salvo a determinação da citação), enquanto que, no *pedido de reconsideração*, a decisão, objeto do

¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson, em sua obra “Princípios Fundamentais...”, p. 68-76, também chama o pedido de *reconsideração de expediente*.

¹³⁹ O artigo 523, do CPC, que trata do Agravo Retido, alterado pela Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, em seu parágrafo 2º, permite ao juiz reformar sua decisão, em 5 (cinco) dias, após audiência da parte contrária. Entretanto, não há falar aqui em *pedido de reconsideração*, exclusivamente, tal como tratado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, já que a possibilidade de reforma da decisão, nesse caso, vem amparada em recurso de Agravo Retido, hipótese que não é a mesma do *expediente* que se trata. Lembrando que, a reforma da decisão por parte do juiz prolator, ou seja, a *reconsideração do decisum*, pode também ocorrer no caso de interposição de recurso de *Agravo de Instrumento*, mesmo diante de seu ajuizamento e processamento diverso daquele e, isso pode se dar no momento que o agravante cumprir com o disposto no art. 526, CPC. Aliás, em nosso sentir, único motivo que justifica aquela exigência.

¹⁴⁰ A *objeção de executividade* e o *pedido de reconsideração* serão tratados como *expedientes*.

expediente, já foi exarada, pretende-se sua reforma ou revogação, restando claro que a *objeção de executividade* está mais próxima do *pedido de reconsideração* do que da *contestação*¹⁴¹ ou mesmo dos embargos.

Todavia, essas circunstâncias não afastam o caráter *de incidente defensivo* encartado na *objeção*, tal como amplamente apontado pela doutrina.¹⁴²

Em conclusão, pode-se afirmar que o nome mais adequado é *objeção de executividade* e, em face da sua finalidade e hipóteses de cabimento,¹⁴³ é marcadamente um *incidente defensivo* e é manejável nos casos que podem ser apreciados, de ofício, pelo juiz.

¹⁴¹ Muito embora nenhum autor tenha afirmado, taxativamente, que a *objeção* (ou exceção em sentido amplo) é uma *contestação*, o tema já foi objeto de exame por parte da 4ª Câmara do 1º TACivSP, tendo proferido a seguinte decisão: “CONTESTAÇÃO – Apresentação em execução por título executivo extrajudicial – Inadmissibilidade – Hipótese de Embargos à Execução, cuja inicial deve obedecer ao estipulado no art. 282 do CPC – Circunstância que impede a aplicação do princípio da fungibilidade, pois caracteriza erro grosseiro: Ementa da Redação: Por tratar-se de erro grosseiro, a inicial dos embargos à execução deve obedecer ao estipulado no art. 282 do CPC, com menções à causa de pedir, pedido e valor da causa, razão pela qual tem-se como erro grosseiro, a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade, a apresentação de contestação em execução por título executivo extrajudicial” (*Revista dos Tribunais* n. 782, p. 265).

¹⁴² Para citar alguns: ALBERTO CAMINÃ MOREIRA (*Defesa Sem Embargos do Executado*) afirma que “A contestação é assim designada independentemente da matéria aduzida (preliminar – objeção – ou mérito), isto é, o nome não se vincula ao objeto. Quem quer dar nome à possibilidade de defesa no processo de conhecimento expressa-se com a contestação. Certamente o mesmo raciocínio merece ser empregado no processo de execução (p. 37); mais adiante, aduz o autor: “Embora não se trate de contestação propriamente dita, cuja ausência implica a revelia, inexistente no processo de execução, força é convir que a exceção de pré-executividade aproxima-se bastante da contestação, principalmente quando esta contém alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor...” (p.41). CAMINÃ é seguido por ROSALINA P. C. RODRIGUES PEREIRA (*ob. cit.* p. 413). NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*CPC Comentado*, p. 1.187), admitem o caráter de defesa à *objeção*, ao lado da exceção e dos embargos do devedor. Sustentam os autores que a exceção e a *objeção de executividade* “são meios de defesa *stricto sensu*. Para opor embargos, que são um misto de ação e defesa (defesa *lato sensu*), o devedor precisa segurar o juízo pela penhora ou depósito da coisa (CPC 737)”; ARAKEN DE ASSIS sustenta, também, que é defesa. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, trata-se, também, de *objeção*.

¹⁴³ PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.*, p. 119, aponta como sendo “virtual a natureza jurídica” desse expediente, posição que, com o devido respeito, discordamos. Se o CPC não oferece dispositivo específico para sustentar sua natureza jurídica, é recomendável que se busque na Constituição Federal (art. 5º, LV) as razões jurídicas de sua existência, pois a todo litigante, em processo judicial ou administrativo, é dado o direito do *contraditório* e da *ampla defesa*, ressalvado, evidentemente, o modelo em que está estruturado o processo de execução, cuja defesa, exceto nos embargos, recebe tratamento bem diferente daquele garantido no processo de cognição.

5.2 DO CABIMENTO DA OBJEÇÃO

É sabido que o Código de Processo Civil adotou como *modalidade de defesa* (defesa em seu sentido amplo), no processo de execução forçada, como remédio universal e único, a ação incidental de embargos,¹⁴⁴ condicionando-o à penhora ou ao depósito prévios, segundo o art. 737-I e II.

Evidentemente que não se está falando das exceções previstas no art. 304, do CPC, eis que, como já dito, não se confundem com a figura da objeção.

Se, de um lado, o executado não goza da mesma amplitude de defesa encartada no processo de conhecimento, não se pode olvidar do efeito suspensivo que esse remédio provoca na execução, muito embora, como adverte Araken de Assis,¹⁴⁵ em alguns casos essa suspensividade se torne inútil.

De todo modo, apesar dos problemas, os embargos ainda se oferecem como o instrumento mais eficiente e eficaz para garantir *defesa plena* do devedor, conforme assegura a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV.

Além dessa *ação incidental*, como já observado, a doutrina vem admitindo a possibilidade de *defesa intraprocessual* na execução, sem embargos e sem a *prévia garantia do juízo*, através da chamada *objeção de executividade*, com ampla aceitação pela jurisprudência sob a denominação jurídica, para uma parte da doutrina, de *exceção de pré-executividade*.

O fenômeno não é novidade em alguns sistemas estrangeiros similares, bastando ver a chamada *oposição por simples requerimento* que se oferecia no direito português em alternativa ao agravo, contra a decisão exordial do juiz

¹⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 501.

¹⁴⁵ Id. “Em contrapartida, conferiu efeito suspensivo ao contra-ataque do executado, que é a característica frisante desse remédio, porque ele inexistente nos demais meios de reação do devedor contra a execução injusta (...). Inúmeras vezes, porém, a suspensividade dos embargos se revela inútil. O depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio pode acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras conseqüências imprevisíveis”.

que deferia a execução, isso quando a matéria controvertida limitava-se a *quaestio juris*, ou envolvesse questão de fato e a matéria ficasse circunscrita somente à prova documental, segundo ensina Araken de Assis.¹⁴⁶

Resta, com efeito, quase incontroverso que a defesa no processo de execução pela via da *objeção* (ou *exceção*), é permitida, sem que essa *interferência* signifique uma subversão no sistema, *contanto que, admitida e mantida nos estreitos limites de sua conveniência e finalidade para a qual foi inicialmente concebida e aceita*.

Na via da contrariedade ao cabimento da *objeção* está Alcides de Mendonça Lima¹⁴⁷ com seu parecer sobre o caso da COPERSUCAR, cuja ementa retrata fielmente o que vem no corpo e nas suas conclusões: “*Ação executiva – Necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos. Ação Executiva – Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivo por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos de devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC*”.

Muito embora o caso específico, objeto do parecer, tratasse de ausência de requisitos essenciais de título executivo (extrajudicial), ou seja, de matéria prejudicial substancial e não de questões prejudiciais meramente processuais, concluiu o jurista pela inadmissibilidade de qualquer modalidade de defesa na execução fora dos embargos do devedor. Mais ainda: inadmissível qualquer *expediente* de defesa ausente da indispensável garantia do juízo; o autor pugna pela interpretação e aplicação literal e restritiva dos arts. 586, 652, 736 e 737, todos do CPC, sem considerar algumas imperfeições que o sistema pode proporcionar, especialmente no tocante à admissibilidade do processo.

¹⁴⁶ CASTRO, Artur Anselmo de. *A Ação Executiva Singular, Comum e Especial*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, n. 69, 1977, p. 313-314. (Citado por ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 501.).

¹⁴⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. “*Ação Executiva*”. In Revista dos Tribunais n. 575, p. 63-71. Agravo do Devedor contra despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade...; (parecer elaborado sob a égide do CPC de 1973, para melhor esclarecer e contrapor-se ao parecer 95, de Pontes de Miranda, elaborado sob o CPC de 1.939).

Na linha de Alcides de Mendonça Lima, porém de modo mais moderado, encontra-se Marcelo Lima Guerra. Através de trabalho científico interessante, segundo consta um dos pioneiros da nova geração a se opor à exceção de pré-executividade, afirma em suas conclusões que “tendo em vista a função que lhe é própria, a característica marcante da estrutura do processo de execução está em que nele inexistente lugar para controvérsias quanto à real existência do direito substancial feito valer em juízo. Dada a estrutura peculiar do processo executivo, o direito de defesa do devedor contra a execução proposta somente poderá ser exercido fora do processo de execução, através de ação própria de conhecimento (embargos do devedor)”.¹⁴⁸ Muito embora, ao final, admitindo a incidência do contraditório também na execução, termina por reconhecer que, “sem a quebra da técnica processual, é possível minimizar a rigidez do sistema do CPC, para admitir que o devedor, no próprio processo de execução e independente de embargos, possa opor-se à execução, para argüir certos vícios ou falhas relacionados à admissibilidade da execução requerida. A chamada ‘exceção de pré-executividade’ não pode ser aceita em toda a plenitude com que vem sendo sustentada em sede doutrinária”.¹⁴⁹

Em texto elaborado a partir da preocupação com a integridade do sistema executivo, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier¹⁵⁰ assinalam que “vem-se entendendo, todavia, e esse entendimento vem cada vez mais sendo assimilado pela jurisprudência, que o devedor pode alegar, no bojo da própria execução, independentemente de embargos à execução, e, portanto, de garantia do juízo, o que foi apresentado e qualificado como título executivo, na verdade, não é título executivo, por qualquer razão. Assim, e por isso, deve o juiz decidir antes de tudo este incidente, e, se for o caso, extinguir a execução, não determinando penhora

¹⁴⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p.159.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p.169.

¹⁵⁰ 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. p. 404 e 412.

sobre bens de quem não estava sujeito a processo executivo”. Mais adiante ressaltam: “vem sendo paulatinamente trabalhado e melhor entendido pela doutrina certo expediente de que se pode valer o executado para obstar a execução, apontando defeitos relativos ao seu juízo de admissibilidade, que tem sido chamado de exceção ou objeção de pré-executividade”, concluindo pela possibilidade da objeção, independentemente dos embargos do devedor.¹⁵¹

Para Pontes de Miranda, o executado antes mesmo da penhora (no caso específico que examinava, dentro das vinte e quatro horas fixadas pelo *art. 299 do CPC*)¹⁵², portanto, antes da expedição do mandado de penhora, podia alegar *inexistência, invalidade* ou *ineficácia* do título executivo, escorando seu entendimento, inclusive, em regras jurídicas dispostas no Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1.850, arts. 310 e 510, e nos arts. 918, 992 e 998 do CPC de então.¹⁵³

Posição idêntica adota Galeno Lacerda¹⁵⁴ ao afirmar que “na (defesa) do executado, há exceções prévias, *lato sensu*, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe executoriedade do

¹⁵¹ Id. A respeito, ponderam os autores: “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. Este 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 dos 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 de 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 inexistente”.

¹⁵² O autor funda seu parecer em dispositivo no Código de Processo Civil de 1.939; fosse com base no atual (CPC 1973), referir-se-ia ao art. 652 cuja redação é a seguinte: “O devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

¹⁵³ Verifica-se do Parecer de Miranda: “Pergunta-se: - Nas vinte e quatro horas, que é o prazo fixado pelo art. 299 do Código de Processo Civil, para que o devedor pague sob pena de penhor, pode a empresa, contra a qual se move a ação, alegar falsidade do título, independentemente do oferecimento de bens à penhora? Respondo: - Sim. A respeito da própria execução das sentenças, a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença, é alegável antes da expedição do mandado de penhora, isto é, no prazo legalmente fixado conforme o estilo do Reino de Portugal, do Reg. 737, de 25 de novembro de 1.850, arts. 310 e 510, e do Código de Processo Civil, arts. 918, 992 e 998 (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, 66/77)”. (Parecer citado por PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.* p. 278).

¹⁵⁴ LACERDA, Galeno. *Execução de Título Extrajudicial...*, p. 7-15.

título. Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparece o seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo se há de dizer, com mais razão, se o título for falso. Será iniquidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se em tal hipótese, impusesse-se à defesa o grave ônus da penhora”.

Para esse autor,¹⁵⁵ se o atual Código de Processo Civil exige, no art. 737-I, a *segurança prévia do juízo* pela penhora, para a admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória, acrescentado, se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa, se acaso não possuir bens penhoráveis, concluindo, “se se aceitar tal absurdo, qualquer empresa ou pessoa de bem estará exposta à sanha de aventureiros. Basta que contra ela forjem um título falso, de alto valor, acima do patrimônio da vítima, para que lhe tolham toda e qualquer oportunidade de defesa, pela insuficiência de penhora”.

De se destacar, também, a posição de Luiz E. A. Bojunga¹⁵⁶ ao tratar do tema, quando assinala que “os processos subordinam-se a inúmeros pressupostos. A verificação dos mesmos deverá ser rigorosamente observada pelo magistrado ao tomar contato com a pretensão executiva, cumprindo ao executado a fiscalização. Quando ocorre violação de um ou mais pressupostos processuais na execução, sem que o juiz tenha condição de perceber, o que Calamandrei define como vício *in procedendo*, abre-se ao executado, em qualquer fase do procedimento, a oportunidade do oferecimento da exceção de pré-executividade”, afirmando, em síntese, que se as alegações de nulidades ou vícios pré-processuais e processuais resultarem em ineficácia do título

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A Exceção de Pré-Executividade*. In Revista de Processo n. 55, p. 62-70.

executivo, é cabível, antes ou após a citação, argüição de objeção de executividade.

Cândido Dinamarco¹⁵⁷ sustenta que “a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição *in executivis* constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples *objeção do executado*, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento”, restando claro quanto ao engajamento desse processualista em favor do cabimento desse expediente. O autor, mesmo antes das alterações do art. 604 do CPC já admitia¹⁵⁸ a possibilidade de o executado alegar eventual excesso no cálculo, mediante apresentação de memória discriminada, evitando-se, com isso, futuros embargos desleais e protelatórios.

A propósito, em consonância com as necessidades do nosso tempo e somando-se a outras vozes, Luiz Rodrigues Wambier,¹⁵⁹ em artigo veiculado na *Revista de Processo*, ao tratar da reforma do Código de Processo Civil (2ª fase), também sustentou a necessidade de alteração da regra do art. 604 do CPC,¹⁶⁰ a fim de que, havendo fortes indícios de excesso, possa o juiz,

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 450.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *As Três Figuras da Liquidação de Sentença*. In *Liquidação de Sentença - Coletânea de doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (publicado também na obra *Estudos de Direito Processual*, em memória de Luiz Machado Guimarães. Coordenação de José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense. p. 85-112). “...terá o executado a faculdade de alegar eventual excesso mediante seus embargos à execução...mas tem o executado o ônus de indicar desde logo o valor que entender devido, com apresentação de seus próprios cálculos e precisa determinação do excesso, sob pena de inépcia. Esse ônus é simetricamente oposto ao que tem o credor, de apresentar sua memória discriminada e atualizada, quem alega excesso precisa demonstrá-lo com números. Não fora assim, abrir-se-ia caminho para embargos desleais e protelatórios...”.

¹⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. In *Revista de Processo* n. 87, p. 100-102. As alterações propostas ao art. 604, CPC, podem ser resumidas no seguinte texto: “Art. 604 (caput).; Parág. 1º – Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo até trinta (30) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem apresentados no prazo assinado, ou no de eventual prorrogação, aplicar-se-á o disposto no art. 601; Parág. 2º – Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador”. Ver também “Liquidação de Sentença”, *Revista dos Tribunais*, obra do mesmo autor e que vem se tornando indispensável em qualquer acervo jurídico. O tema também é tratado pelo autor em sua recomendada obra “Liquidação de Sentença” (RT), p. 189 e ss.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Robson. *Sobre revisão do art. 604 do CPC*. In *Revista de Processo* n. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 2001, p. 241-259. Em comentário de jurisprudência fornece uma clara visão sobre o problema, cujas conclusões são estas: “1. A apresentação de demonstrativo atualizado do débito

antes da citação, remeter a memória do cálculo ao contador judicial, recaindo a penhora sobre o valor encontrado por esse último, com o fim de evitar a oposição de embargos, nesses casos, onerosos ao devedor e prejudiciais ao credor. Proposta nesse sentido foi apresentada junto à Câmara Federal ainda no ano de 2001.

Recentemente, o legislador federal, ao promover diversas alterações no Código de Processo Civil, através da Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, acrescentou os parágrafos 1º e 2º no art. 604;¹⁶¹ o parágrafo segundo prescreve que, antes de determinar a citação, se o juiz verificar que o valor constante da planilha, apresentado pelo exequente é, aparentemente, superior àquele fixado na sentença exequenda, pode valer-se de seu contador para adequação dessa irregularidade; se o credor não concordar com o novo *quantum* a execução será processada pelo valor inicial, mas a penhora terá por base o valor apurado pela contadoria do juízo. Aplica-se o mesmo procedimento para as hipóteses de assistência judiciária gratuita.

A inovação não sugere ampliação para o conhecimento de ofício (pelo juiz) de outras matérias as quais só podem ser apreciadas se argüidas pela

é matéria de ordem pública que se enquadra no juízo de admissibilidade da execução. 2. A exigência legal deve ser cumprida em sua essência, ou seja, através de demonstração analítica e pormenorizada de todos os critérios utilizados para apuração do valor executado. 3. A falta de cumprimento da determinação legal deve dar ensejo à emenda à petição inicial e, em caso de recalcitrância do credor, ao indeferimento da petição inicial com a conseqüente extinção do processo por carência de ação fundada na inadequação do provimento jurisdicional buscado. 4. O juiz deve conhecer de ofício e está autorizado a balizar cálculos absurdos, quando se tratar de erros materiais ou erros de cálculo, hipótese em que deverá assumir a oposição de objeção de pré-executividade com o mesmo fim. 5. É possível ao magistrado na própria execução servir-se do auxílio de contador ou de perito para aferição do excesso abusivo de cálculos. 6. O v. acórdão em exame está em consonância com o atual e moderno entendimento que vem sendo adotado pela doutrina e pelos tribunais pátrios na adequada exegese que se deve dar ao art. 614, II, CPC” (p. 258).

¹⁶¹ Os acréscimos ao *caput* do art. 604, do CPC, apresentam as seguintes redações: “Parág. 1º – Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência”; “Parág. 2º – Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador”. (Lei 10.444, de 07 de maio de 2002).

parte interessada, como a *coisa julgada*, o *pagamento*, a *compensação*, dentre outras.

Também, no sentido favorável ao expediente é a posição de Claudine Camargo Manenti.¹⁶² A autora, tecendo considerações sobre a execução fiscal, admite o cabimento da *exceção* nessa seara, deixando claro que a *exceção* (de pré-executividade) “nada mais é do que a argüição dos requisitos da execução (...) em decorrência do princípio do contraditório e das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla liberdade de defesa”.

De se destacar ainda, a posição de Helena de Toledo Coelho Gonçalves,¹⁶³ ao afirmar que “o direito à ampla defesa quando ‘de execução não se tratar’, sem o ônus da garantia do juízo, é aceno de justiça célere que visa principalmente resguardar os direitos da parte que tem razão, com observância dos princípios constitucionais...”; afirma que as matérias possíveis de serem argüidas são aquelas suscetíveis de apreciação de ofício pelo juiz.

Referida autora apresenta proposta de alteração do art. 652, do Código de Processo Civil¹⁶⁴ e, que, pela importância do tema, ousa-se alguns comentários.

Em que pese nossa discordância quanto aos critérios propostos, a *idéia*, como iniciativa de regulamentar a *objeção de executividade*, tem nossa entusiasmada adesão.

¹⁶² MANENTI, Claudine Camargo. “*Considerações Sobre a Execução Fiscal e a Exceção de Pré-Executividade*”. In *Processo Tributário, Administrativo e Judicial*. Coordenadores MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. Curitiba: Juruá Editora. 2000, p. 530-574.

¹⁶³ COELHO GONÇALVES, Helena de Toledo. “*Objecção de pré-executividade – uma análise principiológica*”. In *Processo de Execução (série Processo de execução e assuntos afins, v. 2)*. Coordenação de Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: 2001, *Revista dos Tribunais*, p. 446-464.

¹⁶⁴ A proposta de alteração do art. 652, do CPC, apresenta o seguinte texto: “Art. 652 – O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro (24) horas, pagar ou nomear bens à penhora. Parág. 1º – Juntamente com a nomeação de bens à penhora pode o executado opor-se à executividade do título em petição fundamentada argüindo nulidade da execução; I – a objeção de pré-executividade não suspende a execução; II – as matérias alegadas em objeção de pré-executividade não podem ser repetidas em embargos do devedor; Parág. 2º – O exeqüente deverá, em cinco dias, falar sobre a objeção de pré-executividade e nomeação de bens à penhora, podendo, se for o caso, emendar a inicial. Parág. 3º – O juiz, antes de decidir sobre a penhora, decidirá a objeção de pré-executividade”.

A proposta, em seu parágrafo 1º (art. 652), diz que a *objeção de executividade* pode ser oposta, porém, *juntamente* com a nomeação de bens à penhora: vale dizer, a *garantia do juízo, através da penhora*, continua sendo exigida, mesmo que para argüir nulidade processual (que pode ser apreciada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição); essa exigência (de vincular a *objeção de executividade à penhora*), por si só já desnatura a configuração jurídica da *objeção* formulada pela doutrina, sobretudo aquela que se extrai de seu conceito.

O inciso I, do parágrafo 1º, da proposta, sugere que a *oposição de objeção de executividade não deve suspender a execução*: em homenagem aos princípios da *efetividade* e da *celeridade processual*, havendo *objeção de executividade* pendente de decisão (e ela pode ser agitada em qualquer momento), é recomendável que os atos executórios se encaminhem *somente até a fase de avaliação do bem* (dela não ultrapassando), evitando, desse modo, movimentação de processo que, em seguida, pode ser extinto em face de nulidade.

Também, sugere a autora que as matérias alegadas em *objeção de executividade* não podem ser repetidas em embargos do devedor: a proposta esbarra na inaplicação do instituto da *preclusão*; sabe-se que a *objeção de executividade* encontra limites na *dilação probatória*, ou seja, o objeto da argüição deve limitar-se na indicação de *nulidades decretáveis de ofício* ou, havendo necessidade de *provas*, não podem essas ensejar, por exemplo, exaustivos debates, perícias, diligências; o executado, em sede de *objeção de executividade*, não goza da mesma amplitude probatória que disporia se se utilizasse dos embargos do devedor. Ademais, a proposta também esbarra no difícil e intrincado problema da *coisa julgada material* no processo de execução, cujo tema será abordado mais adiante.

Constata-se que a doutrina¹⁶⁵ é amplamente favorável à *objeção de executividade*, com algumas discordâncias quanto às hipóteses de cabimento, nome ou rito, contudo, é amplo o rol de estudiosos que escrevem em favor dessa modalidade de defesa no processo executivo, posicionamento que também se assina com as delimitações que o fenômeno sugere, pois não trará nenhum benefício para o direito, justiça e para o cidadão, a subversão do *sistema executivo em processo de conhecimento*, sob o pretexto de que o *princípio do contraditório* deve incidir desmedidamente no primeiro.

Resta bastante claro que o sistema suporta essa interferência. A rigor, essa modalidade de defesa deve ser analisada também à luz do *princípio da proporcionalidade*¹⁶⁶ (ou seja, pertinente valoração de proporcionalidade entre o sacrifício imposto ao sistema e a vantagem geral obtida), na medida em que subsiste conflito de direitos entre as *garantias constitucionais do executado e do exeqüente*.

Numa ponta encontra-se o *credor* na posse de um título executivo (judicial ou extrajudicial), amparado pelo constitucional direito de ingressar em juízo e postular tutela que a lei, em tese, assegura-lhe (art. 5º, XXXV, CF

¹⁶⁵ Afora aqueles já citados, releva colacionar os seguintes autores favoráveis à defesa intraprocessual: ALBERTO CAMINÃ MOREIRA, ANTONIO CARLOS COSTA E SILVA, CARLOS ALBERTO CARMONA, CARLOS HENRIQUE ABRÃO, CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, CLEIDE PREVITALLI CAIS, FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, HERALDO GARCIA VITTA, HUGO BRITO MACHADO, JASSEN FIALHO DE ALMEIDA, JOÃO LACÊ KUHN, JOSE ALONSO BELTRAME, JOSÉ FREDERICO MARQUES, JOSÉ DA SILVA PACHECO, LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA, LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO, MARCOS FEU ROSA, MARIANA TAVARES ANTUNES, MÁRIO AGUIAR MOURA, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, OLAVO DE OLIVEIRA NETO, SÉRGIO SHIMURA, SHUBERT DE FARIAS MACHADO, VICENTE GRECO FILHO.

¹⁶⁶ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade das Normas – E sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*. Lumen Juris. 2000, p. 46-47. “Compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, exigente do equilíbrio justo entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins, públicos a serem alcançados, que também pode ser tomada como um princípio autônomo (...). Tanto a lei, que prevê e autoriza em tese, quanto a ação administrativa, que a concretiza, estão limitadas pela proporcionalidade entre o sacrifício imposto e a vantagem geral obtida. Quando esta relação for desbalanceada, ao ponto de tornar demasiadamente onerosa a prestação, positiva ou negativa, do administrado, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, a força do princípio é desconstitutiva (grifou-se)”; ou ainda, como acentua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 81-82.).

- *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*¹⁶⁷ e, por consequência, *o devido processo legal*, CF., art. 5º LIV). Noutra ponta está o *devedor* amparado no sagrado princípio do *direito de defesa*, insculpido no art. 5º, LV, da mesma *Lei Maior*. A hipótese se caracteriza como um verdadeiro *conflito de princípios*, dilema que a doutrina vem enfrentando com muito interesse.

Muito embora a palavra *princípio*¹⁶⁸ ligue-se às *verdades primeiras*, ou seja, àquilo que está no começo de tudo, nem sempre os princípios jurídicos tiveram, no direito, a importância que atualmente lhes tem sido dada, sendo eles, hodiernamente, integrantes do ordenamento jurídico ao lado da norma,¹⁶⁹ é o que nos diz a doutrina,¹⁷⁰ surgindo com a responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico, com a finalidade de atingir resultados eleitos.¹⁷¹

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil...*, p. 94, et seq.

¹⁶⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia de tratamento paritário das partes*. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUTTI, Revista dos Tribunais, p. 93. “Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível”, apresentando uma função positiva e outra negativa: a primeira “consiste no influxo que exercem nas sucessivas decisões e, desse modo, no conteúdo de regulação que tais decisões criam”; a segunda “consiste na exclusão dos valores contrapostos e das normas que assentam sobre tais valores”

¹⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 59, nota 99. A doutrina diferencia regras e princípios através dos seguintes critérios: “regras são normas jurídicas em que se descreve uma situação fática, que, tendo lugar, leva à sua incidência e normalmente à ocorrência das consequências nela previstas; princípios seriam também normas jurídicas, mas que não descrevem situações, senão que prescrevem um valor, que, assim, adquire positividade”. Para essa autora, princípios são regras, ou normas (embora de formulação genérica e quase abstrata), já que, as duas expressões (normas e regras) são sinônimos.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 157. Nesse sentido BASTOS, Celso Ribeiro Seixas. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 140.

¹⁷¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia de tratamento...*, p. 92. “Utilizado de maneira usual pelos estudiosos e operadores do direito, o termo *princípio* na ciência jurídica até de certa forma vulgarizou-se. Princípio vem do latim *principium* e tem significação variada. Por um lado, quer dizer *começo, início, origem, ponto de partida*; de outro, *regra a seguir, norma*. No plural, o termo *princípios* tem ampla significação, ora se referindo a *elementos*, ora a *rudimentos* ou mesmo a *convicções*. Na ciência jurídica, os princípios têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior às *normas comuns* (ou “*normas não principais*”); servem de bases axiológicas e estruturante do conhecimento jurídico, sendo fontes de sua criação, aplicação ou interpretação. As normas por assim dizer comuns são, como consequência, subordinadas aos princípios. Para o sistema jurídico, se o princípio não for norma nenhuma relação tem com o direito (Cf. Comparado-Grau)”.

O fenômeno da *principialização* da jurisprudência vem sendo tratado pela doutrina com muito interesse, conforme se vê do estudo de Canotilho em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.¹⁷² O autor oferece interessante reflexão a partir de *hard cases*, casos difíceis, que se caracterizam pelas peculiaridades próprias de cada um. Dentre eles, cita-se o caso 2, “*ter ou não ter filhos por usucapião*”¹⁷³ ou então, o “direito à antena parabólica”, anotado como o caso 4, que se passou na Alemanha.

Segundo Canotilho, *conta-se em três palavras*: “um português intentou junto dos tribunais civis uma *acção* contra o senhorio a fim de poder instalar na sua residência uma antena parabólica destinada a possibilitar a recepção de notícias de sua pátria. O senhorio apôs-se e o Tribunal deu-lhe razão. O português resolve lançar mão do amparo da *acção* constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional. Este deu-lhe razão porque nas relações jurídico-civis de arrendamento não deve ser aniquilado o direito fundamental da informação”.¹⁷⁴ Prevaleceu, nesse caso, uma das garantias fundamentais do cidadão, que é o *direito à informação*, em detrimento de eventuais cláusulas jurídicas (*ato jurídico perfeito*) pactuadas no âmbito do direito privado.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A “principialização” da jurisprudência através da constituição*. Revista de Processo n. 98 (abril-junho/2000), p. 84: “...o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um *direito de princípios*. A segunda tese apóia-se na seguinte idéia: o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica* de concretização do direito e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juizes. Em vez de saturar o diálogo com aproximações teóricas e distinções entre regras e princípios, optarei por uma conversa em torno de casos. Como convém numa escola de formação de magistrados!” (p. 84). Em trabalho desenvolvido na escola de magistrados portuguesa – Centro de Estudos Judiciários – CEJ.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 87. “...raramente vimos um caso discutido com tanta veemência e intolerância. Houve mesmo autores que falaram de ‘usucapião de crianças’ (...). Os juizes deixam entrever na sua *ratio decidendi* a controvérsia das opiniões: “não se trata de um desencontro entre ‘amor’ e ‘burocracia’, entre os bons que invocam as razões do ‘coração’ e os maus que exercem um poder injusto e insensível. Está aqui em causa o interesse de muitas crianças. É ‘amor’ e é ‘justiça’ tomar-se a cargo a defesa de todas as crianças”. “Como se poderá deduzir, os juizes apelam para as regras da lei, invocam um espírito da lei e concluem que o seu dever é o de “decidir tendo em conta não só o caso de Serena, mas o de muitas crianças que esta lei é destinada a defender”. “O caso é difícil, mas por ser difícil não deveriam ter sido minimizados princípios tão importantes como os da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade. A regra precisa da lei contra o ‘comércio de crianças’ teria de confrontar-se com outros princípios eventualmente possibilitadores de um *balancing da hoc favorável* à criança em concreto. Os juizes esforçaram-se por interpretar a lei atribuindo-lhe um significado e minimizaram o ‘contrapeso de direito’ e de ‘princípios’ indissociável da justiça da decisão”.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 88. (os grifos não constam do original)

Também, digno de registro o caso “ocorrido no final de 1989, de prisioneiros dos Grupos de Resistência Antifascistas Primeiro de Outubro (Grapo) que corriam risco de vida, por estarem em greve de fome. Levado o problema ao tribunal, decidiu-se no sentido de que os prisioneiros nessas condições deveriam ser alimentados à força, por sonda. Parte dos juízes, todavia, entendeu que só deveriam ser submetidos a esse procedimento aqueles que já tivessem perdido a consciência.”¹⁷⁵

Os *hard cases*, invariavelmente, remetem o julgador a um *choque de princípios*,¹⁷⁶ fazendo-se cada vez mais perceptível a idéia de que a dogmática tradicional, em muitos casos, já não responde mais aos conflitos de interesses (*individuais e coletivos*) dos tempos atuais. Concomitantemente, verifica-se crescente prestígio dos princípios jurídicos, especialmente nos tribunais, numa relativa vitória da moderna metodologia em face da tradicional dogmática.¹⁷⁷

Caso interessante, também, passou-se no Estado de São Paulo,¹⁷⁸ em que se verificou a supremacia dos *princípios constitucionais* sobre *cláusulas constantes em convenção de condomínio* e que enfeixam regras jurídicas e princípios de direito privado: “o condômino foi multado em R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) por não ter tomado medidas para a desocupação

¹⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões...*, p. 63 (citando MANUEL ATIENZA. *As razões do Direito*. In Teoria de argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000, p. 55).

¹⁷⁶ “Hoje se entende que, pelo menos como regra geral, como já se observou acima, os princípios básicos dos ordenamentos jurídicos devam estar sediados nos textos constitucionais. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO alude às opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional, sob forma de princípios que devam nortear a interpretação das normas na procura de solução principalmente para os *hard cases*”; (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Controle das decisões...*, p. 63).

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 203; ao comentar sobre o tema, o autor assinala que “...é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar *princípio da proporcionalidade*, na jurisprudência brasileira”.

¹⁷⁸ Revista dos Tribunais n. 779, p. 278-279 (Apelação Cível n. 570.533-00/4 - 2ª Câmara do 2º Tribunal Alçada Cível do Estado de São Paulo, Rel. Juiz Peçanha de Moraes, j. em 27.03.2000). Ementa: “CONDÔMINIO – Convenção condominial que proíbe que o proprietário de unidade autônoma a alugue para estudantes – Inadmissibilidade – Discriminação que atenta direitos, e assim é ineficaz, porque ilegal – Inteligência dos arts. 5º, XXII e XLI, da CF, e 524 do CC. – A previsão contida em cláusula de convenção condominial, proibindo pura e simplesmente que o proprietário de unidade condominial a alugue para estudantes, traduz discriminação que atenta direitos, e assim é ineficaz, porque ilegal, como se depreende da leitura do art. 5º, XXII e XLI, da CF, e do art. 524 do CC”.

de apartamento de sua propriedade, alugado para estudante, que, por sua vez, admitiu a convivência com outras estudantes, certamente para divisão de despesas”.

O acórdão reconheceu os direitos fundamentais do locatário-estudante (Constituição Federal, art. 5º, XXII e XLI), em confronto com cláusulas restritivas de locações impostas pela convenção do condomínio.

À luz da *principialização* do direito brasileiro, verifica-se a crescente aceitação do *princípio da proporcionalidade*, que a doutrina vem consagrando como o *princípio dos princípios*, ou seja, um princípio concebido *para lidar com outros princípios*, no sentido de preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.¹⁷⁹

Pode-se dizer que o *princípio da proporcionalidade* é uma espécie de *magistrado dos princípios* (ou o *princípio-juiz*), em face do modo como ele faz atuar seu conteúdo sobre demais congêneres. Havendo *conflito de princípios* ou mesmo conflito entre simples *regras jurídicas* (regras que não apresentam nenhum *princípio de direito*), ou, ainda, havendo conflito entre *simples regras jurídicas* e *princípios*, esse princípio (da *proporcionalidade*) pode ser chamado a intervir no conflito, cuja atuação possibilita, através de métodos comparativo e valorativo, identificar as *diferenças gerais* e os *graus de valores* que cada um desses princípios incorporam e tutelam. Essas ponderações se operam pela via do *princípio da proporcionalidade*, sempre na busca do *equilíbrio* e do *maior grau de justiça possível* numa determinada decisão judicial.¹⁸⁰

¹⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das Decisões...*, p. 64; “A doutrina tem aludido com frequência àquele que se poderia chamar de princípio dos princípios e que é, na verdade, uma regra para se lidar com os demais princípios: princípio da proporcionalidade”.

¹⁸⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições – Uma figura sui generis*. São Paulo: ed. Dialética, ed. 13 ed., 2000, p. 47: “Princípios incorporam valores que transcendem a simples técnica positiva do direito, e exprimem algo além das características da incidência, validade, eficácia. Ademais, são formulações abstratas que o tomador da decisão deve levar em conta e apresentam um caráter eminentemente *fuzzy* [vago], impreciso, indeterminado, que abrange situações aparentemente opostas e diferenciadas por graus e não por exclusões. Eles são ponderados, conjugados, na busca de um equilíbrio dinâmico e não simples fruto de uma estética ou de uma arquitetura jurídica”.

Feitas essas considerações, retornando ao tema originário (*do cabimento da objeção de executividade*), convém não descurar também que o sistema executivo, tal como positivado, acha-se integralmente recepcionado pela atual Constituição Federal, até para que não se alegue disciplinamento processual *derrogado* ou em *desconformidade* com o novo ordenamento constitucional.

Se por um lado é forçoso reconhecer que são fortes os argumentos de Alcides de Mendonça Lima, quando lança graves preocupações com a possibilidade de desnaturaçãõ do sistema, com a conseqüente inefetividade da execução (afirma que a dispensa de penhora na defesa provocaria o caos no processo “não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpaçãõ de sua acepçãõ teleológica”¹⁸¹), de outro vértice, aponta caminho Araken de Assis,¹⁸² quando afirma que “realmente, a utilizaçãõ ampla da exceçãõ de executividade, deduzida de má-fé,¹⁸³ gera distorções dignas de nota. Existe o curial risco de dissipaçãõ ou de ocultaçãõ de bens, na dependência de exceçãõ oferecida sem prévio depósito ou penhora. Contrapõe-se a tais situações de perigo, contudo, a possibilidade de o credor obter medida cautelar repressiva, baseado no art. 615, III (...). Assim, dos males o menor, e o que é contrabalançado pela conveniente tutela cautelar” (grifo).

¹⁸¹ LIMA, Alcides Mendonça. Revista dos Tribunais n. 575, p. 63-71. (Parecer proferido no caso COPERSUCAR, oportunidade que o autor tratou das seguintes questões: “*Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegaçãõ de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após penhora – Interpretaçãõ dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC*”).

¹⁸² ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 502.

¹⁸³ A jurisprudência, de um modo geral, tem se mostrado atenta quanto à argüição de objeção com motivação procrastinatória ou mesmo de tumulto: “EXECUÇÃO – Exceção de pré-executividade – Argüição de iliquidez do título executivo, repetida em anterior exceção indeferida, que prescinde de prova para sua demonstraçãõ – Conduta do executado que caracteriza tumulto processual, ensejando a aplicaçãõ de multa nos moldes dos arts. 600, II, e 601 do CPC. Ementa da Redaçãõ: A exceção de pré-executividade é fruto da criaçãõ doutrinária e jurisprudencial sendo admitida em prol da defesa dos executados, sem que haja a prévia garantia do juízo, somente quando resultar nítida a não configuraçãõ da *vis* executiva do título, razão pela qual se a argüição de iliquidez do título executivo, repetida em anterior exceção de pré-executividade indeferida, prescinde de prova para sua demonstraçãõ, tem-se caracterizada a conduta maliciosa do executado a traduzir-se em tumulto processual, ensejando a aplicaçãõ de multa nos moldes dos arts. 600, II, e 601 do CPC” AgIn n. 903.197-8 – 6ª Câmara Cível, 1º TACivSP, rel. juiz Massami Uyeda, j. 15.02.2000; in Revista dos Tribunais n. 781, São Paulo, 2000, RT, p. 271-273.

Nesse sentido, sem perder de vista a incidência, validade e eficácia das regras contidas no Código de Processo Civil, diante da possibilidade de atuação do *princípio da proporcionalidade*, as regras positivas contidas no processo de execução podem suportar o cabimento da *objeção de executividade*, em face dos princípios do *amplo direito de defesa e contraditório*, assegurados ao executado (CF, art. 5º, LV), em contraposição ao fundamental direito de ação e de tutela jurisdicional, consubstanciados também na própria Constituição Federal.

5.3 OBJETO

Ultrapassada a análise sobre a possibilidade de cabimento, é importante, nesse passo, o exame de seu objeto, ou seja, levantar as hipóteses de cabimento da *objeção de executividade*

A coerência e a fidelidade ao atual sistema processual executivo sugerem que essa modalidade de defesa, excepcional por natureza, seja veiculada nos casos em que caberia ao juiz conhecer a matéria de ofício, mas que, por qualquer motivo, deixou de fazê-lo, cabendo à parte a iniciativa de *provocar* o magistrado relativamente a sua omissão, isto é, “em princípio, o elemento comum às hipóteses de exceção reside na iniciativa de conhecimento da matéria, que toca ao juiz, originariamente, cabendo ao devedor suprir sua ocasional inércia”.¹⁸⁴

Eis aqui um dos pontos de controvérsia na doutrina em que não se vislumbra pacificação para muito breve, salvo se houver mudança na legislação processual.

¹⁸⁴ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 503.

Para alguns processualistas a *objeção de executividade* pode ter seu cabimento de modo bem abrangente, *como se fosse uma contestação*¹⁸⁵ introjetada¹⁸⁶ no processo de execução, remanescendo os embargos para os casos em que houver interesse específico do executado ou que seu objeto demanda dilação probatória complexa.

Autores que sustentam essa forma de defesa mais ampliada indicam-na, além dos casos que envolvem matéria de ordem pública, conhecíveis de ofício (nulidades processuais ou substanciais), como também para arguições de fatos *impeditivos, modificativos ou extintivos* da obrigação, tais como o pagamento total ou parcial do título, a prescrição, coisa julgada.

Sustenta também, essa parte da doutrina,¹⁸⁷ que essa modalidade de defesa é possível, desde que desnecessária a dilação probatória complexa, salvo se for de natureza exclusivamente documental.

Humberto Theodoro Junior¹⁸⁸ sustenta que “o que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versar ela sobre questões de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade”.

Em linha idêntica é a posição de Hugo de Brito Machado,¹⁸⁹ ao afirmar que “se o executado, citado, comparece perante o juiz e apresenta prova

¹⁸⁵ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.*, p. 41. “Embora não se trate de contestação propriamente dita, cuja ausência implica a revelia, inexistente no processo de execução, força é convir que a exceção de pré-executividade aproxima-se bastante da contestação, principalmente quando esta contém alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor...”

¹⁸⁶ *Introjetada* – “*Introjeção*: [do ingl. *Introjection*.] S.f. *Psican. Mecanismo psicológico pelo qual um indivíduo, inconscientemente, incorpora e passa a considerar como seus objetos características alheias e valores de outrem; Introjetar. (...) Fazer introjeção*”. (Novo Dicionário Aurélio. 2ª ed. Nova Fronteira. P. 962).

¹⁸⁷ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.*, p. 49. O autor, após trazer fundamentos jurídico-históricos, concluiu: “Essa pincelada histórica permite-nos afirmar que a defesa do executado no próprio processo de execução tem sido admitida desde que formulada com a juntada de prova documental. Antes de concluído o desenvolvimento do que viriam a ser os embargos, admitia-se defesa no processo de execução, desde que ‘passíveis de prova fácil’ (cita Liebman), excluída a prova testemunhal. O processo de execução tem cognição eventual, na dependência de provocação do executado. A mais larga e ampla cognição dá-se por meio dos embargos, que não excluem qualquer tipo de prova...”

¹⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 423.

¹⁸⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Execução Fiscal e Ação Anulatória*. In *Revista de Processo*. 6(24): 110-6; Out./dez., 1981.

inequívoca do pagamento, o juiz deve ouvi-lo. Deve examinar a prova que lhe é apresentada, e determinar que sobre a mesma se manifeste o exeqüente. Não estará, com isso, recebendo embargos, mas oferecendo ao exeqüente uma oportunidade para desistir da execução, se for o caso”, entretanto, a corrente que sustenta a utilização da objeção (exceção) somente para os casos que envolvem matéria de ordem pública, portanto, conhecíveis de ofício pelo juiz, se não é maioria, fazem-no com argumentação muito consistente.

Parte da doutrina¹⁹⁰ admite que existem duas modalidades de *defesas intraprocessuais* na execução, com dispensa de embargos e, conseqüentemente, ausente de garantia do juízo: a primeira é conhecida como *exceção de executividade*; esclarece-a como meio de defesa de que dispõe o devedor, sempre que se revelar desnecessária qualquer dilação probatória que resulte na demonstração inequívoca de que o credor não pode executar o devedor e denomina-se “exceção porque se trata de instrumento de defesa de direito material e contém matérias que o juiz somente pode examinar a requerimento da parte”. Nesses casos, afirmam os autores, o exeqüente não tem execução contra o executado. Selecionam como hipóteses matérias como a prescrição, o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (adimplemento, compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação, etc) (...), advertindo, entretanto, que somente demonstráveis *a prima facie*, eis que, “havendo necessidade de dilação probatória para que o devedor possa demonstrar a existência da causa liberatória da obrigação, ou a prescrição da eficácia executiva do título que aparelha a execução, é inadmissível a exceção de executividade”.

Sustentam também os mesmos autores a existência de uma segunda espécie de defesa na execução, sem embargos, cujo fenômeno se denomina de *objeção de executividade*. Assim, conclui essa corrente, que a *objeção* é manejável quando a “matéria que o devedor pretende alegar como causa para a ilegalidade, nulidade ou descabimento da execução for de ordem pública”,

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, p. 1.187.

mantendo o entendimento de que tais matérias somente podem ser argüidas se conhecíveis de ofício pelo juiz.

No tocante à primeira modalidade, em que pesem os respeitáveis argumentos expendidos, pela sistemática do Código de Processo Civil atual, não é dado à doutrina e tampouco à jurisprudência criar novas figuras de *exceções*, além daquelas já enumeradas em lei. O elenco é taxativo, *numerus clausus*, cujo rol não pode ser ampliado ou reduzido por indicação doutrinária, ainda que, reconhecidamente, luminares da mais elevada qualificação jurídica.

Não se pode abandonar a lição de Alcides de Mendonça Lima, quando ensina que a técnica do Código, baseada no Anteprojeto Buzaid, sob a égide dos princípios éticos que norteiam os modernos diplomas similares, pretende coibir a chicana fundada em exceções (no sentido amplo) absurdas e que não tinham outro objetivo senão o de procrastinar o andamento do feito. Tudo o que o réu tiver contra o autor – direta ou indiretamente ligado ao pedido – deverá ser alegado como defesa, dentro da contestação, na mesma peça. Apenas quando se trata de motivo vinculado ao outro elemento da relação jurídica processual – o juiz – é o que deverá ser suscitado à parte, em peça autônoma. Circunscritas as exceções (sentido estrito) à de incompetência relativa e à de impedimento ou de suspeição, as demais que eram tradicionais, devem ser incluídas como preliminares da própria contestação.¹⁹¹

É de se reconhecer, de outro lado, que *chicanas processuais* não são, eventualmente, praticadas somente pelo devedor, mas também pelo credor quando propõe execução ausente de executividade, às vezes aparelhada com título falso, ou sem a presença dos requisitos de liquidez, certeza ou exigibilidade, impondo ao devedor o ônus da *prova em contrário*, através de embargos, mediante garantia do juízo.

¹⁹¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *A nova sistemática das exceções*. In Revista de Processo n. 5, p. 76.

Nesses casos, à evidência, vislumbra-se autêntica agressão abusiva contra o patrimônio do executado, mediante execução injusta e ilegal e que, em muitas das vezes, com incidência de constrangimentos de natureza moral e prejuízos materiais ao executado, às vezes irreparáveis.

Por essas e outras circunstâncias é que o tema está longe de sugerir exaurimento. O debate está aberto, sem uma solução pacificadora para o futuro breve.

Para Araken de Assis, além dos casos em que o juiz pode conhecer de ofício, por abranger matéria de ordem pública, é cabível, ainda, a defesa intraprocessual (exceção/objeção) em outras hipóteses como “no caso de prescrição, por exemplo, basta ao juiz cotejar dados hauridos do processo com o calendário”. Afirma também o autor que “na hipótese de o executado alegar pagamento, ao juiz somente será possível conhecer da exceção mediante prova documental; a litispendência (...) demonstrar-se-á documentalmente; e assim por diante”.¹⁹²

Nessa linha caminha Rosalina Rodrigues Pereira,¹⁹³ na medida que admite a objeção para os casos de matéria de ordem pública e ainda, nas hipóteses em que pode ser conhecida sem dilação probatória, como os vícios no título executivo constatáveis *prima facie*, extinção da obrigação em face do pagamento, dentre outras.

Mais comedidos, e, portanto, afinados com a lógica do sistema processual executivo, encontram-se alguns autores, dentre os quais destaca-se

¹⁹² ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 504. “...Embora a natureza do processo executivo não seja tão infensa à dilação probatória, pois até audiência o órgão judiciário poderá designar (art. 599,I), a produção de provas mais complexas, a exemplo da perícia, realizar-se-á nos embargos. Talvez se explique, deste modo, a firme rejeição da admissibilidade da exceção no executivo fiscal, em virtude de hipotética incompatibilidade com o art. 16 da Lei 6.830/80, na medida em que, consoante afirmou a 1ª Turma do STJ, o acesso à prova representaria ‘convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário’”. Prossegue o acatado autor: “Seja como for, a exceção é adequada para pôr em causa a certeza, a liquidez e a exigibilidade do título, que é nulidade cominada (art. 618,I), conforme decidiu a 3ª Turma do STJ, e a própria exequibilidade do título apresentado, a exemplo do controvertido contrato de abertura de crédito em conta corrente; porém, ‘não afeta a liquidez do título questões atinentes à capitalização, cumulação de comissão de permanência e correção monetária, utilização de determinado modelo de correção, motivo por que tal matéria deverá ser alegada através de embargos’”.

¹⁹³ PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ob. cit.*, p. 414-430.

Marcos Valls Feu Rosa¹⁹⁴ quando afirma que a execução, como qualquer outro processo, tem seus requisitos que devem ser preenchidos para que possa se constituir, desenvolver-se e chegar ao fim validamente. O preenchimento de tais requisitos deve ser verificado de ofício pelo juiz, sem o que não poderá dar início ou prosseguir com a execução. A prática, contudo, mostra que, por vezes, os juízes não cumprem ou cumprem mal o seu ofício, não conhecendo ou conhecendo mal tais matérias. Essa falha, contudo, é justificada seja pelo excesso de serviço, seja pelo fato de nem sempre a violação de um requisito processual estar estampada na petição inicial, mas insinuada e bosquejada em algum sítio remoto do título executivo, principalmente o extrajudicial, e infirmada no texto da peça vestibular. Nesses casos, pode e deve ser dada ciência ao juiz de seu esquecimento ou de seu equívoco, a fim de que o mesmo examine, ou reexamine, os requisitos da execução. Essa ciência, conforme foi dito, é a finalidade da argüição da ausência dos requisitos da execução.

Sendo assim, as matérias argüíveis são, por conseqüência lógica, as conhecíveis de ofício pelo juiz.

Ainda nessa linha se posicionam Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier,¹⁹⁵ quando sustentam que a figura da objeção de

¹⁹⁴ ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-Executividade* (matérias de ordem pública no processo de execução), 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 58.

¹⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de Execução e Assuntos...*, p. 405-406. “Sabe-se que a regra geral é a de que a execução tenha, em si mesmo, um contraditório a que a doutrina tem chamado de ‘mitigado’, ou seja, que verse sobre questões relativas a como deve dar-se a execução, quais bens devem ser penhorados etc., e que a defesa do executado, na tentativa de desconstituir o título, se dê por meio de uma ação de conhecimento, que se instaura no processo de execução já em curso, os embargos de execução. De acordo com a letra da lei, os embargos do devedor são a única forma através da qual pode o executado opor-se à execução (ARAKEN DE ASSIS). No entanto, a doutrina vem construindo uma figura, que vem sendo cada vez mais aceita pelos tribunais brasileiros, cujo objetivo é possibilitar que o executado, antes e até independentemente de oferecimento dos embargos do devedor, crie incidente destinado a levantar questões relacionadas ao juízo de admissibilidade da execução. (...) Negar ao executado a possibilidade de alertar o juiz quanto à inadmissibilidade da execução seria o mesmo que impor ao executado ônus não jurídico ou impossibilitá-lo de defender-se, caso ele não tivesse bens para garantir o juízo. Tem-se de ter em mente, ainda, a hipótese, não rara, de o devedor ter suas atividades econômicas integralmente paralisadas, em função de um ato de constrição, que seja profunda e evidentemente injurídico. Certo é que esse controle deve ser feito de ofício pelo juiz (nota) e a qualquer tempo, tratando-se, pelo menos em princípio, de atividade solitária e unilateral, mesmo porque, nesse momento, o executado ainda não terá sido citado. Será citado depois de efetivado, pela primeira vez, esse controle (...). Vem-se entendendo,

executividade, obra da doutrina, vem sendo assimilada pela jurisprudência como figura capaz de oportunizar defesa interna no processo de execução, antes da constrição, para os casos em que pode o juiz conhecer de ofício.

Ao tratar do tema, após sustentar que é possível, em casos excepcionais, embargos de devedor sem garantia do juízo, Marcelo Lima Guerra,¹⁹⁶ com muita moderação, admite o cabimento da *objeção de executividade* somente para as hipóteses que versem sobre *matéria de ordem pública*, relacionando esse *expediente ao controle de admissibilidade* do processo executivo.

Fato é que a *objeção de executividade* ou *exceção de pré-executividade* é uma realidade criada pela doutrina nacional e que se acha devidamente *introjetada* no processo executivo, remanescendo acalorada controvérsia a respeito de seu objeto ou da extensão de sua admissibilidade, isso porque, de

todavia, e esse entendimento vem cada vez mais sendo assimilado pela jurisprudência, que o devedor pode alegar, no bojo da própria execução, independentemente de embargos à execução, e, portanto, de garantia do juízo, que o que foi apresentado e qualificado como título executivo, na verdade, não é título executivo, por qualquer razão. Assim, e por isso, deve o juiz decidir antes de tudo este incidente, e, se for o caso, extinguir a execução, não determinando a penhora (...). O raciocínio que se faz é decorrente do próprio sistema processual brasileiro, em que, como regra generalíssima, toda matéria que deve ser conhecida pelo juiz, de ofício, pode e deve ser alegada a qualquer tempo pelas partes. Trata-se de um enunciado elaborado em função do processo de conhecimento, mas perfeitamente compatível e harmônico com o sistema do processo de execução. É na verdade, a aplicação ao processo de execução de regime jurídico muito aproximado àqueles das matérias do art. 301 do CPC (...).”

¹⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 146-158. “Realmente, tal controle, como já se viu, é realizado unilateralmente pelo juiz, até porque o devedor, nessa ocasião, ainda não foi citado e, se quando o for, o será para satisfazer o direito do credor, sob pena de ficar sujeito imediatamente à execução forçada. Isso porque, como se sabe, nos limites estreitos fixados pela sistemática do CPC, não está prevista a participação direta do devedor, dentro do próprio processo de execução, no mencionado controle de admissibilidade. Na previsão legal, a única via de que dispõe para se opor à execução, são os embargos até mesmo para garantir vícios que afetam a regular admissibilidade da própria execução. A situação é tanto pior para o executado, porque, como se sabe, a sujeição aos atos executivos, através da ‘segurança do juízo’, é requisito de admissibilidade dos embargos do devedor. Diante desse quadro, entende-se porque se está firmando uma tendência, assim em doutrina como em jurisprudência, no sentido de romper ou pelo menos minimizar a rigidez do sistema do CPC, para admitir que o devedor, no próprio processo de execução e independentemente de embargos, portanto, possa opor-se à execução, principalmente quando for o caso de vícios ou falhas relacionados com a admissibilidade da execução (...). Dessa forma, parece demonstrado que, nas circunstâncias examinadas acima, por qualquer ângulo que se analise a execução de pré-executividade, na sua concreção prática, ela se revela como uma maneira não apenas inadequada, mas também perigosa, de permitir ao devedor se insurgir, no próprio processo executivo, contra a admissibilidade da execução forçada. De outra parte, na hipótese em que os vícios a serem alegados através de referida exceção, não exigem provas para serem verificados, sendo, portanto, tão manifesto que, segundo um exame apurado do juiz sobre o próprio material aportado pelo credor constituiriam fundamento para o indeferimento da inicial (vícios portanto, que o juiz pode conhecer ‘*ex officio*’), não parece inteiramente descabida a exceção de pré-executividade, desde que adstrita a certos limites intransponíveis”.

acordo com sua limitação ou amplitude, conforme o caso, relevantes conseqüências podem resultar no sistema, inclusive o descrédito do título executivo pela sociedade, causando insegurança nas relações jurídico-negociais.

Com efeito, é passível de serem argüidas pela via da *objeção de executividade*, matérias vinculadas ao *juízo de admissibilidade* da ação executiva, as quais tem o juiz o *poder-dever* de conhecê-las de ofício, a exemplo das condições da ação, pressupostos de regularidade do processo, enfim, nulidades, ilegalidades que, pela natureza e gravidade, dão causa ao indeferimento da inicial.

Como já visto, a doutrina tem admitido que é manejável a *objeção de executividade* (afora as hipóteses conhecíveis de ofício de pelo juiz), cabendo essa iniciativa, entretanto, somente ao interessado, desde que não seja necessária nenhuma pesquisa probatória mais profunda, ou seja, sem dilação probatória, detectável de plano, mediante simples apresentação de documento ou no caso de prescrição, ou mesmo na hipótese de erro na apresentação do *quantum* na inicial.

Os argumentos são substanciosos: por que submeter o patrimônio do executado à constrição quando o fato da *prescrição*¹⁹⁷ (ressalvada a vedação do art. 166 do Código Civil) é verificável numa simples operação numérica entre a data de vencimento do título e o calendário? Ou então, é justo, diante dos princípios constitucionais vigentes (ampla defesa e contraditório), insistir em manter vivo um processo quando, de um superficial exame, pode-se concluir que falta ao título um dos requisitos indispensáveis à sua

¹⁹⁷ O Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em Acórdão n. 34.641, decidiu: “PRESCRIÇÃO – Alegação de que os títulos extrajudiciais estão prescritos – Admissibilidade, independentemente da oposição de embargos – Matéria de ordem pública que pode ser argüida em qualquer fase do processo, desde que não verse sobre direitos patrimoniais – Inteligência do art. 219, parág. 5º, do CPC” (Revista dos Tribunais n. 766, p. 362). A 3ª Turma do Tribunal Federal de Recurso, teve oportunidade de se manifestar: “EXECUÇÃO FISCAL – Prescrição – Reconhecimento de ofício pelo juiz – Inadmissibilidade, por tratar-se de direito patrimonial disponível – Inteligência dos arts. 166 do CC e 219, parág. 5º, do CPC”. (Revista dos Tribunais n. 780, p. 402). Como se vê, os tribunais admitem conhecimento da prescrição de ofício, ou mesmo quando alegada pelo executado, desde que não verse sobre direito patrimonial disponível, a teor do art. 166 do Código Civil.

executabilidade? Mais ainda, é compatível com o *justo processo* inadmitir *objeção de executividade* quando a parte se revela *manifestamente* ilegítima ?

É evidente que a *lógica do direito e da justiça*, o *bom senso*, os princípios da *razoabilidade* e do *justo processo* respondem que não.

Assim como não é justo inadmitir embargos por falta de garantia do juízo, quando o executado, *comprovadamente*, não dispõe de bens penhoráveis, obrigando o devedor à perenidade de um processo injusto.

A fundamentação jurídica para essas situações e outras mais, semelhantes ou análogas, é a mesma: *ao executado é assegurado o sagrado direito de defesa e contraditório, conforme prescreve o art. 5º, LV, da Constituição Federal.*

5.4 A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Como desdobramento da *hermenêutica*,¹⁹⁸ a *atividade interpretativa e julgadora* do juiz não deve limitar-se tão somente a esclarecer, abstratamente, a literalidade da norma jurídica.

¹⁹⁸ “A expressão *hermenêutica jurídica* é tratada com diferente extensão, ou acepção, pelos autores. Com freqüência, vê-se *hermenêutica jurídica* usada como sinônimo de interpretação da lei (...). Outras vezes, é dado aos vocábulos um sentido amplo, que abrange a interpretação e a aplicação (...)”. MIGUEL REALE fala tanto em *hermenêutica* como em interpretação do Direito (*Lições Preliminares de Direito*. Saraiva. 1976, p. 273); PAULINO JACQUES (*Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Forense. 1978, p.154), utiliza de várias expressões para indicar o mesmo sentido: interpretação da lei, *hermenêutica* ou *exegese jurídica*. Para A. L. MACHADO NETO (*Teoria Geral do Direito*. Tempo Brasileiro. 1966, p. 233-234), a expressão *hermenêutica* é sinônimo de interpretação, mas que, tradicionalmente, de modo específico significa também a interpretação, seus processos e sua técnica. PAULO DOURADO DE GUSMÃO (*Introdução ao Estudo do Direito*. Forense, 1978, p. 253) sustenta que a *hermenêutica jurídica* é a parte da ciência do direito que trata da interpretação e aplicação do direito. No entanto, em nosso sentir, quem melhor esclarece o tema é o mestre CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1975, p. 13) que diferencia *hermenêutica* e interpretação, sendo a primeira a teoria científica da arte de interpretar e tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Para esse autor, a interpretação é a aplicação da *hermenêutica*, sendo que, interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. (citados por HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar do Direito*. Forense. 1986, p. 8-9).

No momento de sua aplicação, impende ao julgador revelar o sentido apropriado da norma para a vida real, visando uma decisão justa e reta, na medida que “interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas”.¹⁹⁹ É, pois, em última análise, “indagar da vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência,”²⁰⁰ e, outra não tem sido a preocupação da doutrina e da jurisprudência no desate desse problema.

Os tribunais vêm admitindo o cabimento da objeção de executividade (sob a denominação de exceção de pré-executividade), de modo relativamente controlado.

Inferre-se do Recurso Especial²⁰¹ n. 7.410, em que foi Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, preocupação com a proliferação desordenada da defesa intraprocessual na ação executiva, com ementa que dá bem o tom da sua gravidade:

“O sistema processual que rege a execução por quantia certa, salvo as exceções legais, exige a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor.

II – Somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando, se admite a dispensa desse pressuposto, pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução.”

Vê-se no corpo do acórdão posicionamento de Marcos Afonso Borges, que assinala de modo peremptório:

“Somos daqueles que pensam com Amílcar de Castro, somente após seguro o Juízo pela penhora, ou pelo depósito da coisa, ou de seu equivalente (no plano de sub-rogação da penhora em dinheiro, art. 668) é que poderão ser opostos os embargos. Não se admite, sequer, nem a caução fidejussória, nem nota promissória, “pois

¹⁹⁹ ARTETA, Luis Eduardo Nieto. *La Interpretación de las Normas Jurídicas*. Bogotá. Ediciones Tiempo Presente. 1.996. p. 72. (citação feita por HERKENHOFF, João Baptista. *Ob. cit.* p. 9).

²⁰⁰ VERNENGO, Roberto José. Buenos Aires. *Curso de Teoria General Del Derecho*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 404; Como adverte SONIA MARIA S. SEGANFREDO que o trabalho interpretativo não se limita a decifrar os sinais que os sentidos percebem mas, também, visa à criação e elaboração intelectual, que conduz o intérprete a novas situações quando desentranha o sentido de uma expressão. (citação feita por HERKENHOFF, João Batista. *Ob. cit.* p. 9).

²⁰¹ Recurso Especial n. 7.410. Mato Grosso. STJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. j. 08.10.91.

seria um nunca acabar se, executado o fiador, este, por sua vez, embargasse a execução com outra caução fidejussória, e assim indefinidamente (Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, SP, 1976, pág. 188)”.

Posição idêntica é adotada por Celso Neves, porém admite defesa intraprocessual para as hipóteses teratológicas:

“Pressuposto geral da ação de embargos é estar seguro o juízo. A posição de sujeição em que se encontra o executado obsta ao livre exercício da oposição que, a par dos pressupostos comuns a todas as ações tem, mais, como requisito essencial, a prévia segurança do juízo da execução. Salvo hipóteses teratológicas em que se aprecia, de plano, sem forma nem figura de juízo, a posição do executado, os embargos só podem ser opostos depois da penhora – nas execuções por quantia certa – ou do depósito – nas execuções para entrega de coisa. A redação do art. 1008 do Código de 1939 tinha o mesmo conteúdo normativo do texto do art. 737 do Código atual; ou penhora ou depósito. (...).

Seria contrastante com a própria teleologia do sistema processual da execução que se a permitisse, com a violência que a caracteriza, ainda mesmo quando o executado demonstrasse, de plano, o seu descabimento. Se essa demonstração não se faz, já então só com o remedium iuris dos embargos é possível sobrestar-se o procedimento executório, depois de seguro o juízo.

Exceção à exigência da penhora para ações de embargos do executado está nas execuções contra a Fazenda Pública (arts.730 e 731) e nas de prestações alimentícia a segurança do juízo existe, no primeiro caso pelo requisitório (arts. 830,I) e, no último, pela ordem de desconto em folha. (...)”

Mais adiante aduz o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo:

“In casu, todavia, não se trata das hipóteses excepcionais a cujo respeito parte da doutrina tem recomendado temperamento ao rigorismo legal, haja vista que, como salientado, a intenção do executado foi indubitavelmente de embargar.

Ademais, a entender-se simplesmente dispensável o pressuposto da segurança do juízo em casos como o de que se trata, a propósito da natureza do título em execução, sem qualquer excepcionalidade, subvertido estaria o sistema legal que disciplina a execução, dificultando ainda mais a atuação do credor, em benefício do devedor inadimplente...”.

Oportuno ressaltar na hipótese sob exame em que o executado, segundo depreende-se das conclusões do Ministro Relator, ingressou com embargos de devedor sem oferecer garantia ao juízo, tanto ver que o Ministro Relator

admite, em casos excepcionais, defesa no interior da execução com a dispensa da penhora. Refere-se, evidentemente, à *objeção de executividade*.

Nunca é demais ressaltar que, na aplicação da lei, deve o julgador interpretá-la segundo seu sentido teleológico, ou seja, a cláusula restritiva de ação, prevista no art. 737, I e II, do CPC, pode receber temperamento em face da taxatividade do texto legal, conferindo à norma, a par de uma interpretação teleológica, uma visão moderna, atualizada, em sintonia com a realidade dos tempos atuais.

Decisões mais recentes dos tribunais demonstram que certas resistências estão sendo quebradas e, a admissão da *objeção de executividade* encontra-se hoje praticamente consolidada, sem que isso signifique que é matéria incontroversa, pois não são poucas as dúvidas existentes.²⁰²

Veja-se, pois, o julgado da 7ª Câmara do 2º TACivSP,²⁰³ (em Agravo de Instrumento n. 578.620-0/5, de 25.05.99), cujo caso a *objeção* não foi admitida porque buscava o executado discutir o *quantum* do débito, indicando os embargos como remédio manejável.

“Execução – Exceção de Pré-Executividade – Admissibilidades como modalidade excepcional de oposição do executado, controvertendo pressupostos de validade do processo e da pretensão – Inadmissibilidade para impugnar o quantum, em que cabível somente os embargos à execução”.

O acórdão em tela reconhece a possibilidade de *defesa intraprocessual* diretamente no processo de execução, mas somente em casos excepcionais, como na hipótese de evidente falta de pressuposto processual, inadmitindo-a para casos que controvertem o *quantum* apontado e exigido pelo exequente:

²⁰² REsp n. 124.364-PE, 3ª Turma STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 26.10.98; REsp n. 160.107-ES; 3ª Turma do STJ, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 03.05.99; REsp n. 187.195-RJ, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 17.05.99; REsp n. 194.070-RS, 3ª Turma, STJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 20.09.99.

²⁰³ Revista dos Tribunais n. 767, p. 296-299. Diante da nova redação do art. 604 do CPC (parágrafo 2º), essa posição deve ser revista pelos tribunais, desde que a impugnação ao *quantum* do débito não reclame investigação pericial, eis que, nesse caso, remete-se a discussão para os embargos.

“A hipótese deste recurso não se adequa à invocação da exceção de executividade, vez que a impugnação não se funda nos pressupostos de validade do processo, uma vez que presentes estão os requisitos de capacidade e interesse processuais e a possibilidade jurídica do pedido, assim como os fundamentos do art. 586, do CPC.

É que não se alega nulidade do título com que se calcou a inicial da ação de execução, sua validade, liquidez e certeza, e sim no fato de que os valores exigidos superam aquele referido no contrato de locação, não se podendo admitir que para se chegar àqueles valores se acolha o documento fornecido pelo agravado dando conta da majoração dos locativos, do qual os recorrentes são signatários.

Ora, assim não se há que se falar que a execução não se funda em título certo, líquido e exigível, que esteja ele eivado de alguma nulidade, até porque reconhecem os recorrentes a sua existência e validade, não negando, ademais, que foram signatários daquele outro documento que dá conta da majoração dos locativos e, por conseguinte, dos deveres dos garantes.

Assim, tenho que incabível e impertinentes os argumentos trazidos à colação como exceção de pré-executividade, vez que não pretendem desconstituir o título executivo, pelo contrário...”

Também, a 2ª Turma do STJ, em acórdão que teve como relator o Ministro Antonio de Pádua Lima Ribeiro, no Recurso Especial n. 50.018-4-MT²⁰⁴ (de 28.09.94), observa-se a posição inicial que considerava inadmissível decretação de *prescrição ex officio*, na hipótese de execução fiscal:

“EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE.

I – É inadmissível a decretação, ex officio, da prescrição em execução fiscal. II – CPC, art. 219, 5, Cód. Civil, art. 166. Aplicação. Precedentes do STJ. III – Recurso conhecido e provido”.

A possibilidade de extinção do processo de ofício, pela prescrição, ainda era inadmissível, predominando o entendimento de que esse reconhecimento dependia de iniciativa da parte e que, por dedução, também não acolhia alegação de prescrição pela via da *objeção de executividade*.

²⁰⁴ Revista de Direito Processual Civil n. 5. Gênese. Maio/agosto 1997. p. 491-493.

A posição do STJ era contrária, ou seja, não reconhecia como matéria de ordem pública os casos de prescrição incidentes em execuções fiscais, conforme assinala o voto do Ministro Relator:

“Não encontrado bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz suspenderá o curso da execução. Decorrido o prazo máximo de um ano, serão os autos arquivados, podendo, a qualquer tempo, ser determinado o desarquivamento, para prosseguir a execução. Tratando de litígio de natureza patrimonial, não pode o juiz decretar a extinção do processo, pela prescrição, sem que seja invocada pela parte”.

Mais adiante a jurisprudência alargou aquele entendimento, conforme se vê da decisão proferida pela 1ª Turma do STJ,²⁰⁵ julgado em defesa intraprocessual na execução fiscal, antes da penhora, diante da inexistência de bens passíveis de serem penhorados, conforme denota-se da ementa do acórdão prolatado pelo relator, Ministro Demócrito Reinaldo:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO, ANTES DA PENHORA DE FATOS EXTINTIVOS DO DIREITO (PRESCRIÇÃO). EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS. LIMITES DE SUA APRECIÇÃO”

“Inexistindo bens penhoráveis, circunstância certificada pelo meirinho (e, em consequência, suspenso o processo de execução), desnecessária e prejudicial à economia processual, a indefinida de espera para que o juiz se manifeste sobre a extinção do crédito, em face da prescrição, cuja decretação foi requerida pelo executado, se este se encontra na absoluta impossibilidade de oferecer embargos.

A execução forçada se ultima com a satisfação do seu objeto, que é o pagamento ao credor. Pode, porém, estancar diante de empecos inarredáveis, como, ad exemplum, nos casos de extinção do próprio direito do exequente, podendo, em hipóteses excepcionais, o juiz extinguir o processo executório, antes mesmo de seguro o juízo, com a penhora (...)”

A despeito da exigência do art. 16 da Lei 6.830/80, ainda sobre o mesmo acórdão, a vedação da norma que disciplina a execução fiscal não tem sido obstáculo para admissibilidade de *objeção de executividade*, pois prescreve o art. 16 que o executado não poderá opor embargos antes de garantir o juízo, entretanto, a jurisprudência vem temperando o rigor da lei

²⁰⁵ REsp n. 59.351-4/PR – 1ª Turma do STJ. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. DJU 27.11.96, p. 17.812.

levando em conta o princípio do contraditório e da economia processual, sobretudo quando evidencia do caso a inexistência de bens penhoráveis, conforme dão conta as argumentações expendidas no voto do Ministro relator:

“Todavia, o caso presente é sui generis, e tem certas nuances que devem ser levadas em conta, na interpretação da norma legal. Na hipótese, a Fazenda ajuizou a execução em 1981 e, em fevereiro desse ano, o juiz proferiu o despacho determinando a citação. O mandado, entretanto não foi cumprido já que inexistia a empresa e não foram encontrados os seus representantes e nem bens penhoráveis. A Fazenda requereu a suspensão do processo, pelo prazo de 180 dias. Todavia, expirado o prazo de suspensão, a Fazenda permaneceu inerte, até 1989, quando a executada, em petição, requereu, ao juiz, que decretasse a prescrição, no que foi atendida.

Penso que, no caso, inexistindo bens penhoráveis, não era razoável uma indefinida espera para que o juiz se manifestasse sobre a extinção do crédito. Até a economia processual indicava o arquivamento do feito, já que inútil a sua, permanência em tramitação, havendo também, da parte da executada, impossibilidade absoluta de oferecer embargos, já que bens não haviam para apreensão judicial. Até quando o juiz aguardaria uma definitiva decisão no executivo fiscal, se o crédito tributário já lhe parecia extinto”.

O entendimento, quanto à possibilidade de extinção do processo de ofício, pela prescrição, é contrário àquele do julgado anterior. O STJ não aceitava, como causa de extinção *ex officio*, portanto, não reconhecia como matéria de ordem pública os casos de prescrição incidentes em execuções fiscais, conforme assinala o voto do Ministro Relator:

“Não encontrado bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz suspenderá o curso da execução. Decorrido o prazo máximo de um ano, serão os autos arquivados, podendo, a qualquer tempo, ser determinado o desarquivamento, para prosseguir a execução. Tratando de litígio de natureza patrimonial, não pode o juiz decretar a extinção do processo, pela prescrição, sem que seja invocada pela parte”.

Outra situação curiosa que tem sido submetida ao crivo dos tribunais é a falta de interesse de agir, diante de execução fiscal considerada de valor ínfimo.²⁰⁶

O STF entendeu que não ofende norma constitucional (art. 5º, XXXV, CF) decisão que extingue ação executiva, pela falta de interesse de agir, devido ao seu pequeno valor.

Aqui mais uma hipótese de cabimento de objeção, em face do engenhoso fundamento, eis que apontado pelo acórdão *falta de interesse de agir*, que é *condição da ação* e, como tanto, é *matéria de ordem pública*, podendo ser conhecida de ofício.

Destarte, a jurisprudência, de modo mais comedido que parte da doutrina, vem tratando da matéria com boa dose de cuidado até para evitar falência do sistema processual executivo, sem se descurar, evidentemente, do consagrado direito ao *contraditório*, assegurado ao devedor na Constituição Federal.

²⁰⁶ “EXECUÇÃO FISCAL – Extinção do processo por falta de interesse de agir devido ao baixo valor da ação, confirmada por decisão judicial – Admissibilidade – Inexistência de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CG” (STF, RE 240.852-1/SP – 1ª Turma. DJU de 24.09.99. Rel. Min. Moreira Alves - Revista dos Tribunais n. 772, p. 167-168); ou ainda: “INTERESSE DE AGIR – Descaracterização – Execução Fiscal – Ajuizamento da ação com vistas a cobrar valor ínfimo – Inadmissibilidade, pois congestionaria a máquina judiciária e prejudica o sistema de cobrança da dívida ativa – Voto vencido” (STF, RE n. 240.968-0-SP – 2ª Turma. DJU de 12.11.99 – Rel. para o Ac. Min. Nelson Jobim – Rel. vencido Min. Marco Aurélio)”. Descabe debate sobre o mérito da causa, todavia, pela repercussão que sugere, é importante colacionar algumas ponderações. Advirta-se, a matéria não está pacificada. O que pode parecer causa de entulhamento à máquina do judiciário para uns, pode representar, na somatória do conjunto das ações, parte importante da dívida ativa para outros (?). Além do mais, como bem assinalou o Min. Relator Marco Aurélio, em seu voto vencido: “em segundo lugar, ao apontar como piso para ingresso em juízo 95 Ufirs, o órgão investido do ofício judicante acabou por assumir a posição da própria Fazenda, alcançando, com isso, a autonomia municipal. Por outro lado, considere-se a incongruência no que se condicionou a viabilidade da propositura da ação ao acúmulo de débitos, ao somatório de valores correspondentes a vários exercícios. Tal entendimento conduz à possibilidade de a Fazenda não vir a receber o que devido. Suficiente é que, em prazo alusivo à prescrição, o contribuinte cumpra suas obrigações, não sobrevivendo débito a ser somado ao primitivo para alcançar-se o patamar de 95 Ufirs. A prescrição incidirá e, portanto, fulminada será a ação do fisco. A par desses aspectos, nota-se que a conclusão a que chegou o Órgão julgador resulta, em última análise, em respaldo a atitude do contribuinte no sentido de não satisfazer o tributo...”. (voto vencido, *Revista do Tribunais* n. 776, p. 165-166).

5.5 LEGITIMIDADE PARA OPOR OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE

Levando-se em conta a natureza jurídica da objeção, esse expediente foi concebido, sobretudo, tendo-se em conta os *obstáculos* que o sistema oferece para defesa do executado. Portanto, é pacífico que é legitimado, de ordinário, o executado.

Mas também possuem legitimação para fazer uso desse expediente todos aqueles (terceiros), cujo patrimônio responde direta ou subsidiariamente pela obrigação, ou seja, são legitimados, também, aqueles que o são, ou que poderão vir a ser, para opor embargos e, na medida da defesa do respectivo direito.²⁰⁷

Pode o credor opor objeção de executividade? Levando-se em conta que, como regra geral, a objeção só é manejável nos casos que envolvem *matéria de ordem pública*, nenhum óbice de natureza jurídica pode obstar o exequente de se utilizar desse expediente, sobretudo, quando essa iniciativa é congruente com os interesses do devedor, cabendo ao credor exercer direito de executar pelo meio menos gravoso (art. 620, do CPC). Mas pode ocorrer hipótese que é também de interesse do credor, como por exemplo, o devedor (pessoa jurídica) que é citado irregularmente, através de pessoa estranha, que não goza de representatividade legal para tanto (art. 618, do CPC). Ciente do fato, o credor pode (e deve) manejar *objeção de executividade* para argüir esse vício, sob pena de ter contra si, no futuro, prejuízo indesejado. Nessa hipótese, a objeção não teria a finalidade de extinguir a execução, mas de nulificar o ato de citação para que renovado, subsistisse regular e válido.

Por fim, indaga-se: pode opor *objeção de executividade* pessoa estranha, ilegítima à execução, visando a nulidade da mesma? Sabe-se que são

²⁰⁷ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Ob. cit.*, p. 66: “Não sendo exigível o ajuizamento de embargos, nem segurança do juízo para que o devedor argua nulidades no processo de execução, seria razoável, também, admitir que o terceiro, cujos bens estivessem na iminência de serem penhorados, pudessem se valer da exceção de pré-executividade para ver sustada a ameaça”.

condições da ação a legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir da parte. Todavia, em situações excepcionais, é possível agente estranho à relação jurídica processual atuar positivamente nos autos visando *alertar* o juiz a respeito de nulidade no processo, como é o caso do escrivão, do oficial de justiça, ou do próprio Ministério Público onde não atua como parte e tampouco como fiscal da lei. Novamente invoca-se a natureza da matéria compreendida na objeção.

Tratando-se de iniciativa que tem por objetivo apontar nulidades cuja matéria caberia ao juiz conhecer de ofício, por conta do *princípio da finalidade*²⁰⁸ ou da *instrumentalidade das formas*, é perfeitamente possível pessoa estranha nele se manifestar para esse fim.²⁰⁹ Ora, muito embora se verifique a existência de um explícito disciplinamento jurídico a respeito da legitimação colacionada no CPC, tratando-se de nulidade sobre a qual *pode-deve* o juiz conhecer de ofício, nada obsta que, na omissão do julgador, pessoa estranha ao processo venha, por petição, apontar tais vícios, evitando, desse modo, o prosseguimento de processo nulo com graves repercussões para as partes. Ou seja, tratando-se de vícios decretáveis de ofício pelo juiz, pouco importam os meios e suas fontes.²¹⁰ O importante é a existência de processo regular, saudável, sem nulidades.

5.6 A FORMA

²⁰⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Livraria do Advogado Editora. 1999. p. 187-188; “Se o ato processual for praticado por forma diversa da estabelecida em lei, e mesmo assim atingir a finalidade a que ele se destina, deve ser considerado válido (...). Não se nega o valor da forma. Ela é importante tanto para o exercício da liberdade como para a segurança do devido processo legal. Ocorre, porém, que a forma não é um valor em si, ela exige em razão de uma finalidade. Por isso, se a despeito da violação da forma o ato atinge o resultado pretendido pela norma, então não há falar em nulidade (...)”.

²⁰⁹ Recomenda-se que a manifestação (petição) do agente estranho à relação jurídico-processual não fique entranhada nos autos, pois tudo não passou de um simples *alerta* para a atividade do juiz.

²¹⁰ MARCOS VALLS FEU ROSA sustenta que “são incontáveis as formas extrajudiciais de arguição da ausência dos requisitos da execução, pois incontáveis são os modos através dos quais a notícia de tal ausência pode chegar ao juiz que não conheceu de ofício da matéria” (*Ob. cit.*, p. 56).

Como consequência de sua natureza jurídica, a *objeção de executividade*, como meio de defesa excepcional que é junto ao processo de execução, não exige forma específica ou, usando da linguagem jurídica mais tradicional, *não têm forma e figura de juízo*.

A jurisprudência,²¹¹ acompanhando posição da doutrina, de um bom tempo vem consolidando esse entendimento, todavia, em que pese a unanimidade a respeito de sua informalidade, a matéria não está livre de algumas dúvidas, tais como: é possível argüir objeção verbalmente, em audiência?

O meio através de petição simples deve ser entendido como uma das opções de que dispõe o devedor para argüir nulidades no processo. O Código de Processo Civil, em seu art. 599-I, prevê a possibilidade de audiência, muito embora se sabe de antemão que, na prática os casos são raríssimos, entretanto, da mesma maneira que é possível o *pedido de reconsideração*, é também permitido argüição verbal de nulidade por parte do interessado em audiência.

Marcos Valls Feu Rosa²¹² sustenta nessa linha afirmando que, caso seja determinado pelo juiz o comparecimento das partes, poderão elas, em audiência, argüir sobre os requisitos da execução.

Com efeito, pouco importam os meios, a forma ou através de quem surgiu a notícia sobre nulidades na execução. Relevante para o processo é que o juiz decida sobre matéria que deixou de apreciar de ofício, declarando nulidades e decretando a extinção do processo, evitando, assim, que se constitua e se desenvolva irregularmente, vindo fazê-lo somente após a penhora, em consequência de embargos, postergação que pode causar prejuízos irreparáveis para o executado, em descrédito da justiça.

²¹¹ EXECUÇÃO – Nota Promissória vinculada a contrato – Nulidade do título que pode ser argüida por simples petição, eis que suscetível de exame ‘ex officio’ pelo juiz – Imprescindibilidade dos embargos do devedor somente para conhecimento de matéria relativa ao inadimplemento contratual – (...)” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJU 18.02.91 – *Revista dos Tribunais* n. 671, p. 187).

²¹² ROSA, Marcos Valls Feu. *Ob. cit.*, p. 56.

5.7. PROCEDIMENTO DA OBJEÇÃO (A PROVA E SUAS LIMITAÇÕES)

A análise do *procedimento da objeção* sugere que seja precedida do exame a respeito do cabimento ou não de *prova* e, se cabível, qual sua amplitude e em que circunstâncias o sistema pode tolerar essa perturbação sem sofrer desnaturação.

Como já insistentemente observado, o objeto da objeção, em linhas gerais, é a argüição de nulidades no título executivo ou no processo de execução, as quais tem o juiz o poder-dever de conhecê-las de ofício.

Quando se trata de nulidade identificável, de plano, por meio de simples observação (o título executivo extrajudicial que não venceu ainda é indiscutivelmente *inexigível*), cuja *prova* o próprio credor *cuidou* de colacionar e, por isso mesmo não demanda nenhuma dilação, o caso ajusta-se inteiramente na previsão do art. 618, do CPC, impondo-se ao magistrado, no âmbito do *juízo de admissibilidade*, com ou sem provocação das partes, decretar nulidade dessa execução, com a conseqüente extinção do processo.

Entretanto, as dúvidas começam a surgir quando a matéria argüida, em que pese sua *natureza de ordem pública*, depende de algum tipo de prova, cuja dilação, ainda que reduzida, se admitida, é ônus do devedor (?).

A maioria da doutrina, com maior ou menor restrição, de acordo com as hipóteses de cabimento, inclina-se em admitir como elementos de prova na objeção, *provas pré-constituídas e documentais*.²¹³ Todavia, os *limites da prova* (e por conseqüência, a extensão da *dilação probatória* sobre a *certeza abstrata existente no título*, reconhecida por lei), somente podem ser analisados em cotejo com o *contraditório*, princípio inscrito na Constituição

²¹³ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.*, p. 47-51.

Federal (art. 5º, LV), direito assegurado aos acusados em geral e presente em toda espécie de processo, inclusive, no de *execução forçada*, mesmo porque o direito do devedor, como *réu*, não se limita exclusivamente à citação para pagamento em 24 horas (*informação*), ou nomeação de bens à penhora, ou à oposição de embargos nas diversas fases do processo (*reação*).

Humberto Theodoro Junior²¹⁴ afirma que “o que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versar ela sobre questão de direito ou de fato documentalmente comprovado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade”.

Rosalina Rodrigues Pereira,²¹⁵ em posição mais alargada, sustenta que “além das matérias de ordem pública, pode-se admitir a argüição da exceção de pré-executividade toda vez que se tratar de matéria que possa ser conhecida sem necessidade de dilação probatória”. A autora arrola várias hipóteses que defende como possível de se argüir objeção de executividade, dentre elas a do pagamento já efetuado pelo devedor e a argüição de falsidade do documento que caracteriza o título,²¹⁶ contudo, remete para os embargos os casos que exigem dilação probatória.

A hipótese de argüição de falsidade do título executivo pela via da objeção não é aceita por Teresa Arruda Alvim Wambier e por Luiz Rodrigues Wambier. Afirmam esses autores a alegação de assinatura forjada em título executivo não é vício perceptível *prima facie*. Ao contrário, demanda instrução e contraditório.²¹⁷

²¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 423.

²¹⁵ PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ob. cit.*, p. 417.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 426-430. A Autora cita HUGO DE BRITO MACHADO, para justificar a possibilidade de apresentação de provas documentais: “se o executado, citado, comparece perante o juiz e apresenta prova inequívoca do pagamento, o juiz deve ouvi-lo. Deve examinar a prova que lhe é apresentada, e determinar que sobre a mesma se manifeste o exequente. Não estará, com isso, recebendo embargos, mas oferecendo ao exequente uma oportunidade para desistir da execução, se for o caso” (autor citado, Execução fiscal e ação anulatória).

²¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sobre a Objeção...*, texto publicado na obra “Processo de Execução e Assuntos Afins”. RT. 1998, p. 404-412.

Para Araken de Assis, “embora a natureza do processo executivo não seja tão infensa à dilação probatória, pois até audiência o órgão judiciário poderá designar (art. 599, I), a produção de provas mais complexas, a exemplo da perícia, realizar-se-á nos embargos”²¹⁸

Opondo-se às posições mais flexíveis, seguindo lições de Alcides de Mendonça Lima²¹⁹ e fazendo graves advertências, encontra-se Marcelo Lima Guerra.²²⁰ Afirma esse autor que “como se vê, a *exceção de pré-executividade* reveste-se, portanto, de inquestionável ilegalidade, por configurar hipótese de violação ao princípio do devido processo legal, visto que transformaria, em completa contradição com o próprio sistema processual, um processo de execução em processo de conhecimento, o que, em última análise, significaria o esvaziamento de todo o Livro II, do CPC”.

Idêntica advertência é feita por Paulo Henrique dos Santos Lucon²²¹ ao afirmar que “para aqueles que sustentam a existência das chamadas *exceções de pré-executividade*, parece ser prudente admitir as exceções substanciais (ou *exceções de pré-executividade*) quando forem possíveis de análise desde logo, independentemente de maiores perquirições”.

A jurisprudência dominante,²²² de certa forma, atende a posição moderada da doutrina, quando admite objeção para as hipóteses conhecíveis de ofício pelo juiz e mais aquelas que não necessitam de dilação probatória, como da prescrição ou mesmo da alegação de adimplemento do título.

²¹⁸ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 504.

²¹⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. “*Ação Executiva*”; in Revista dos Tribunais n. 575, p. 63-71. Sustenta o autor: “...A cognição, sua tipicidade, seus princípios, suas regras, sua finalidade, forma o modo como o devedor, nos seus embargos, pode destruir o título executivo portado pelo credor e levado a juízo para exigir, coativamente, o cumprimento da obrigação que nele se contém. Se discussão ou controvérsia o título gera, tudo é matéria para os embargos do devedor; não cabe no processo de execução ou na ação de execução, da qual a ação de embargos é conexa, ambas formando, quando a última é intentada, o processo de execução em sentido amplo”.

²²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 153.

²²¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à...*, p. 239.

²²² “EXECUÇÃO – Exceção de pré-executividade – Inadmissibilidade da arguição se a matéria depende de dilação probatória, própria de discussão em embargos à execução – Ação fundada em escritura pública de contrato de abertura de crédito fixo – Título executivo extrajudicial que goza de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade – Inteligência dos arts. 585, II e 618, do CPC”. (Ap. 22.363 – 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, rel. Des. Orlando de Almeida Perri, j. 16.08.99) *Revista dos Tribunais* n. 774, p. 345-348.

Certo é que o sistema processual (legal), por enquanto, está fechado para o uso deliberado e indiscriminado dessa modalidade de defesa, sendo coerente e lógico seu manejo nas hipóteses que envolvem matéria de ordem pública, conhecíveis de ofício, sem necessidade de dilação probatória.

A doutrina tem sustentado o cabimento de objeção em inúmeras outras hipóteses, desde que não se exige provas ou, se necessárias, como no caso de alegação de pagamento, que sejam inequívocas, sem nenhuma possibilidade de dilação, sob pena de tornar o processo de execução forçada num processo de cognição, descaracterizando-o naquilo que ele tem de mais específico (*sua ontológica vocação*²²³ *para o resultado prático, com celeridade*), além de afrontar a lógica da certeza jurídica (ainda que relativa) conferida aos títulos executivos.

Postas essas considerações, é possível agora estabelecer os limites para o procedimento da objeção.

Uma vez recebida a defesa, com ou sem documentos, impõe-se necessário, em face do princípio do contraditório, audiência do credor, a fim de que possa concordar ou refutar as alegações.

É indispensável essa providência (audiência da parte contrária), mesmo no caso em que o juiz verifique, *prima facie*, razões jurídicas suficientes para indeferir de plano a *objeção de executividade*. Justifica-se essa posição para evitar que o exequente seja surpreendido com uma eventual liminar, isso porque, sabe-se que da decisão que indefere *in limine* a objeção, é cabível o recurso de *agravo de instrumento* à instância superior, com possibilidade de liminar e, não seria *justo* e tampouco *leal*, o exequente tomar ciência do inconformismo do executado somente diante de uma eventual liminar, contra sua pretensão, concedida em instância superior.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 115. O processo considerado como “o conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material”. Conceito apresentado pelo autor.

Com a permissão para o argüente (em geral o devedor) juntar documentos, diante do princípio do *contraditório* e da *isonomia de tratamento entre as partes*, é permitido ao credor, em sua defesa à objeção de executividade contra-atacar as provas do devedor com *novos documentos* e, nesse caso, estar-se-á diante de uma cognição disfarçada. Casos como esses podem surgir com freqüência na prática forense, podendo causar, no futuro, o sepultamento dos embargos do devedor. É oportuno lembrar que não falta quem já apregoa o fim da *garantia do juízo*, indiscriminadamente, para essa ação incidental.²²⁴

A possibilidade de juntar documentos em sede de objeção nem sempre será útil para o processo,²²⁵ podendo resultar num interminável debate entre as partes, retirando desse processo um de seus aspectos fundamentais que é sua celeridade.²²⁶ Por essas razões, as argüições podem ocorrer quando as alegações independem de provas ou, se necessário, juntar documentos que sejam aqueles essenciais e indispensáveis à comprovação da alegação, como o argüente que junta documentos para comprovar que, apesar do nome idêntico (homônimo), ele não é a pessoa do devedor.

²²⁴ ROSA, Marcos Valls Feu. *Ob. cit.*, p. 14. “Assim, por exemplo, o problema da segurança do juízo seria facilmente resolvido com a adoção do procedimento da monitória, segundo o qual o devedor é citado para pagar ou oferecer embargos. Razoável a aplicação desse procedimento ao processo de execução, pois como se conclui com facilidade, independentemente do juízo, seria discutida toda matéria de defesa nos embargos para, rejeitados estes, partir-se, aí, sim, para os atos executivos propriamente ditos”.

²²⁵ *Ibid.*, p. 68. Entende o autor que não só o devedor pode juntar documentos, como pode também o próprio autor da execução, em resposta à objeção de executividade: “Argüida, portanto, ausência dos requisitos da execução, deve o juiz, em qualquer caso, ouvir o seu autor (da execução), para que o mesmo a corrija (a execução), ou se manifeste sobre o requisito considerado ausente pela parte. Em sua manifestação, poderá o autor da execução, além de prestar os esclarecimentos que entender necessários, juntar documentos, ou seja, poderá completar, emendar ou corrigir a sua petição inicial ...”.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. Revista dos Tribunais, 3ª edição, p. 28-29. Afirma o autor: “Um processo que se alonga no tempo além do necessário representa – justamente a partir do momento em que passa a ser desnecessário (a não ser para o réu que abusa do seu direito de defesa) – um custo altíssimo para a administração da justiça. Quanto maior é o número de casos de abuso de direito de defesa, maior é o número de processos em desenvolvimento e, por conseqüência, maior é o número de juízes e funcionários envolvidos e, bem pior do que isso, maior é o congestionamento e a morosidade da administração da justiça no seu todo”.

Casos mais complexos devem ser remetidos às vias dos embargos, com as eventuais conseqüências dos ônus da sucumbência, tanto para embargado como para embargante, conforme o caso.

Com efeito, o procedimento da *objeção* é o mais singelo possível: recebida a petição, com ou sem documento, abre-se vistas ao credor para que, no prazo assinado pelo juiz, venha, querendo, manifestar-se a respeito de seu conteúdo. Com ou sem resposta do argüido, deve o juiz proferir decisão *incontinenti*, encerrando assim, com maior brevidade possível, a vida desse desajeitado expediente.

5.8 OS EFEITOS DA ARGÜIÇÃO

Admitidos como o meio de defesa mais amplo e eficiente junto à execução, os embargos suspendem o andamento do processo, paralisando todos os atos processuais até que se sobrevenha uma decisão. É a regra disposta no art. 791-I, do CPC.

As demais hipóteses que podem suspender o curso da execução estão também previstas nos incisos II e III, do art. 791, CPC, sendo elas aquelas previstas no art. 265, I a III, e, quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

Diante do fenômeno da *objeção de executividade*, surge mais uma dúvida: tem a objeção força para suspender o andamento do processo de execução até sua decisão final? Sob o ponto de vista legal não, eis que inexistente previsão no CPC para esse procedimento.

Entretanto, do ponto de vista prático e até mesmo da utilidade e da finalidade da objeção, não teria sentido admitir-se a interferência do devedor no processo de execução (sem embargos e sem garantir o juízo), para argüir

nulidades, sem que a esse expediente fosse dado, por analogia, o mesmo tratamento que a lei empresta aos embargos do devedor, no tocante aos seus efeitos, posição que parte da doutrina já sustenta,²²⁷ pois parece mais acertado admitir-se a suspensão do processo (pelo menos a partir da *avaliação* do bem penhorado, se houver), senão restaria evidente a possibilidade de ocorrência de privação dos bens sem a observância do *devido processo legal*. Seria incoerente não admitir a suspensão do processo em face da objeção, diante do gravame patrimonial e até mesmo moral que o processo de execução (nulo) pode trazer ao executado. Essa posição encontra resistência.²²⁸

Rosalina Rodrigues Pereira²²⁹ afirma que “se a exceção de pré-executividade não é ação incidental, mas simples petição que não tem previsão legal, ainda que se possa inferir do sistema, a sua simples interposição não pode gerar a suspensão do processo”, aduzindo, para melhor amparar seu posicionamento, lição do processualista Cândido Dinamarco, consistente no fato de que “não é exaustivo o elenco das causas de suspensão na execução, constante no art. 791”. “Esta foi a proposta apresentada por Cândido Dinamarco no Simpósio de Processo Civil realizado em Curitiba, já em 1975, aprovada unanimemente (concl. LXII). Mas a conclusão de que casos de suspensão no processo de execução não se esgotam no art. 791 não significa que a suspensão do procedimento seja ato discricionário do juiz. Para o direito brasileiro a discricionariedade na suspensão do processo executivo, na medida em que existe, é discricionariedade do legislador e não do juiz”.

Curioso notar que existe uma visível contradição entre a tese que admite a objeção de executividade (ou exceção de pré-executividade, como querem outros) e, a sua vez, àquela que refuta seu efeito suspensivo,

²²⁷ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Ob. cit.*, p. 78.

²²⁸ ROSA, Marcos Valls Feu. *Ob. cit.*, p. 81. Contra, dentre outros, os juristas CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ALBERTO CAMINÃ MOREIRA e ROSALINA P. C. RODRIGUES PEREIRA.

²²⁹ PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ob. cit.* p. 438.

especialmente nos casos que se propõe sua proliferação para além das matérias de ordem pública.

Dentre todos aqueles que defendem essa modalidade de defesa, infere-se de seus fundamentos pelo menos um traço comum: *o direito de defesa do devedor (princípio do contraditório) diante do iminente perigo de agressão injusta contra seu patrimônio.*

Ora, admitida a objeção sem a suspensão do processo, é o mesmo que apagar esse *unísono* argumento, posto que a execução terá sua marcha regular e o executado estará exposto à constrição injusta ou até, quiçá, abusiva, de seu patrimônio, podendo, inclusive, ocorrer o ato de alienação definitiva desse patrimônio.

Não fosse isso, conspira contra a tese da *não-suspensividade* o *princípio da economia processual*, já que não é sensato e prudente que se pratique atos importantes, com repercussões jurídicas e econômicas de natureza grave em desfavor do patrimônio do devedor, para que mais adiante, o próprio juízo, tenha que reconhecer nulidades no processo, resultando em esforço inútil, que poderia ter-se evitado para melhor desafogo da máquina do judiciário e, a bem da agilização dos demais processos.

Justificar a *não-suspensividade* da execução sob o fundamento de ausência de previsão legal, incorre o autor dessa tese em nova contradição, porquanto a *objeção de executividade*, tal como aceita pela doutrina e jurisprudência, também subsiste *sem previsão legislativa*, de sorte que, uma vez *profanado* o sistema executivo com o cabimento da objeção, muda-se o *rito da cerimônia* para bem acolher a *intrusa figura*.

Não se pode admitir o direito do devedor parcialmente, conquanto sem previsão legal, a *objeção de executividade* trata, em essência, de matéria de ordem pública, e como tal, deve prevalecer sobre o andamento do processo.

Lembrando que a objeção ativada no processo deve ter vida curta, ficando afastada qualquer hipótese de procrastinação no caso de argüição

indevida, equivocada ou de má-fé, mesmo porque o que se pretende é somente uma decisão no tocante à nulidade do título ou do processo, providência preparatória e indispensável para alcançar as fases subseqüentes.

Com efeito, é prudente e lógico que pelo menos o ato da *penhora* não se efetive até que o juiz decida sobre a *objeção*, podendo os demais atos ter seguimento normal, se for o caso; e, se a penhora já houver sido efetivada, que os atos de execução não ultrapassem a fase de avaliação do bem.

5.9 OPORTUNIDADE

Para Pontes de Miranda,²³⁰ em seu célebre Parecer n. 95, ainda sob vigência do Código de Processo Civil de 1939, “as exceções, em geral, têm de ser opostas antes de expirar o prazo dos três dias, que são os três primeiros dias para a contestação (Código de Processo Civil, at. 182). Como, nas ações executivas, há o prazo do art. 299, o início da oponibilidade é o mesmo da citação, perfazendo-se o prazo de cinco dias, em vez de três dias. Nos Comentários ao Código de Processo Civil (...). As exceções concernentes ao juízo são oponíveis nos prazos legais, contados conforme o art. 182 do Código de Processo Civil, com eficácia suspensiva, pois a regra jurídica concerne a quaisquer ações”. Ou seja, para esse autor, a objeção deveria, na época, guardar analogia com os prazos estabelecidos para as *exceções em geral*, segundo previsão do CPC.

O próprio parecer em exame é fruto de controvérsia, conforme verifica-se do posicionamento da doutrina.²³¹

²³⁰ Parecer n. 95 de Pontes de Miranda, citado por PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.*, p. 275.

²³¹ LACERDA, Galeno. “Execução de título judicial e segurança do ‘juízo’”. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris n. 23, p.14.

Pontes de Miranda condicionou a utilização da *objeção de executividade* no reduzido *prazo de 24 horas*, no intervalo entre a citação do devedor e a efetivação da penhora. Importante ressaltar que o autor elaborou o parecer (95) tendo como questão nuclear a possibilidade ou não de o devedor argüir nulidade do título ou do processo, antes da efetivação da penhora, isto é, em ataque ao despacho inicial,²³² sem que tivesse levado em conta todas as hipóteses atualmente possíveis.

Em que pese a posição desse autor, remanesce atualmente na doutrina discussão a respeito da oportunidade de argüição da *objeção de executividade*. É oponível somente antes da citação? Ou somente após a citação válida? É oponível ainda que tenha havido oposição de embargos? É permitido *objeção* em concomitância com os embargos?

Ao contrário do entendimento de Pontes de Miranda, para Galeno Lacerda²³³ incoorre preclusão para opor *objeção*, tendo em vista a natureza da matéria que pode ser argüida.

Nesse sentido é a doutrina que sustenta pelo seu cabimento quando envolve matéria de ordem pública, conclusão que decorre da lógica, pois, sendo hipóteses que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, não são atingidas pela preclusão e, conseqüentemente, podem ser apontadas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,²³⁴ sustentam que o *dies ad quem* para a oposição de exceção de executividade (*é assim que denomina a defesa do devedor nos casos em que envolve direito disponível*)

²³² “A *ratio legis* está em que seria atribuir-se aos juízes poder incontrolável de executar sem que a pessoa contra quem se expede o mandado de penhora pudesse alegar incompetência de juízo, inclusive *ratione materiae*, ou suspeição do juiz, ou falta de pressupostos para a executividade do título (*lato sensu*). Seria absurdo, por exemplo, que os juízes incompetentes, ou suspeitos, ou por despacho baseado em títulos falsos, ou sem eficácia contra o demandado (e.g. assinado por outrem, que tem o mesmo nome, ou assinado, em nome do demandado, sem que tivesse o subscritor poderes de apresentação ou de representação), pudesse determinar a penhora sem ensejo para alegação.” PONTES DE MIRANDA, trecho do Parecer 95, citado por PAULO, José Ysnaldo Alves. *Ob. cit.* p. 275.

²³³ LACERDA, Galeno. *Execução de título extrajudicial e segurança...*, p.14-15.

²³⁴ NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil...*, p. 1188-1189.

coincide com o fim do prazo para a oposição dos embargos do devedor, concluindo que, após o encerramento desse prazo o devedor não poderá mais opor exceção. Justificam, afirmando que as matérias que podem ser tratadas na exceção são as mesmas argüidas na via dos embargos, traduzindo-se em direitos disponíveis, os quais o juiz só pode decidir na dependência de alegação da parte mediante, portanto, o prazo do art. 738, do CPC. Já para oposição de *objeção de executividade*, sustentam esses autores, inexistente prazo, em razão da não preclusividade das matérias argüíveis, cabendo pela primeira vez, mesmo após sentença em embargos de devedor, na apelação (513, CPC) e em embargos infringentes, ressaltando a impossibilidade de oposição, pela primeira vez, nos casos de recurso especial (art. 102,III) e recurso extraordinário (era. 105,III) da Constituição Federal, em face do requisito do pré-questionamento. Sustentam esses autores que o *dies a quo*, para ambas as hipóteses (*exceção e objeção*), pode se dar com a simples propositura da ação, antes mesma da citação.

Rosalina Rodrigues Pereira,²³⁵ ao tratar dessa questão, segue a bipartição proposta por Nelson e Rosa Nery, afirmando que “de fato, as matérias de ordem pública, não estando sujeitas a preclusão, podem ser suscitadas a qualquer tempo, por simples petição nos autos da execução”, chegando mesmo a afirmar que, nesses casos (*matéria de ordem pública*), não se está necessariamente diante de uma *exceção de pré-executividade* (casos em que para Nelson Nery é *objeção de executividade*), preferindo reservar aquele nome para os casos não conhecíveis de ofício pelo juiz. Enquanto que, para os demais casos que exigem provocação da parte, segundo a autora, só se admite antes da oposição dos embargos, com finalidade de evitar constrição injusta.

Luiz Peixoto de Siqueira²³⁶ faz precedente afirmação quando aduz que “se a exceção de pré-executividade atinge a penhora, é só pelo fato de que

²³⁵ PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ob. cit.* p. 436.

²³⁶ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Ob. cit.* p. 64.

esta não é possível de se efetivar num processo constituído de forma irregular. Impedir efetivação da penhora é consequência e não objetivo da exceção de pré-executividade. Com efeito, a efetivação da penhora não pode constituir-se em óbice à utilização da exceção,” como aliás, prescreve e orienta o art. 267, 3º, do CPC.²³⁷

Sendo a *objeção* cabível somente para os casos que envolvem matéria de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juízo, pode ser agitada, pela primeira vez, em qualquer tempo e grau de jurisdição, em sede de recurso, sem forma e figura de juízo, inclusive após a efetivação da penhora, pois seu objetivo é ver reconhecida nulidade que impede o prosseguimento do processo, atingindo todos os atos porventura praticados, inclusive a penhora. Ressalva se faz para os casos de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, por óbices constitucionais.

Do mesmo modo que pode o devedor insurgir-se contra a execução, pelo fato de apresentar nulidades, a partir da distribuição da inicial, antes mesmo de configurada a relação processual que se caracteriza pela citação.

Alguns outros aspectos vêm ocupando a doutrina, porém são problemas secundários e, por isso, transitam na órbita do principal.

Indaga-se se é possível o manejo de objeção após oposição de embargos? Sim.²³⁸ Pois, como se trata de meio de defesa utilizável em qualquer tempo, mesmo após os embargos já sentenciados.

²³⁷ “Art. 267,3º – O juiz conhecerá de ofício, em qualquer grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que não a alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

²³⁸ Nesse sentido a jurisprudência: “EXECUÇÃO – Exceção de Pré-Executividade – Oferecimento pelo executado após a realização da penhora – Admissibilidade se o procedimento visa o reconhecimento da nulidade do título executivo extrajudicial que ampara o processo de execução”. Ementa oficial: A exceção de pré-executividade consiste na faculdade, atribuída ao executado, de se submeter ao conhecimento do Juiz da execução, independentemente de penhora ou de embargos; assim, ainda que o procedimento tenha sido apresentado após realizada a constrição, na impede seu conhecimento se a exceção visa a declaração da nulidade do título executivo extrajudicial que ampara o processo de execução”. (Agravo de Instrumento n.803.630-6 – 11ª Câmara – 1º TACiv, SP, Rel. Juiz Ary Bauer, j. 24.08.98. Revista dos Tribunais n. 762, p. 282-285).

Outra dúvida que se apresenta é a possibilidade de utilização simultânea de objeção e embargos.

Havendo oposição de embargos, com a respectiva segurança do juízo, o devedor pode suscitar *nulidades* (do título ou do processo) pela via da *objeção*, caso tenha omitido na inicial dos embargos. Nesse caso o devedor (autor dos embargos) pode emendar a inicial, caso o credor não tenha sido ainda citado. Se já foi, diante da impossibilidade de emenda (pelo menos sem o consentimento do réu, art. 294, CPC), ao devedor não resta outra alternativa senão a objeção.²³⁹

Há ainda as hipóteses de *objeção* para alegar matérias de direito disponíveis. Desde que não dependa de dilação probatória, poderá a *objeção* ser utilizada em qualquer momento, durante e enquanto perdurar o andamento do processo de execução, salvo se a matéria já foi alcançada pela preclusão.

Por último, não se pode olvidar da regra prevista no art. 267,3º, *in fine*, do Código de Processo Civil, que remete à responsabilização do réu (nesse caso é o devedor) as despesas decorrentes do retardamento do processo pela não arguição de nulidade na primeira oportunidade que lhe cabia apontar.

5.10 NATUREZA DA DECISÃO QUE JULGA OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE

Ao receber a petição inicial de *execução forçada* deve o juiz proceder minudente e rigoroso exame que consiste no *juízo de admissibilidade*, com o

²³⁹ Embora aceitando a bipartição proposta por NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ROSALINA PEREIRA, em sentido contrário, afirma que “tampouco justificar-se-ia a oposição da exceção de pré-executividade concomitantemente aos embargos. Seguro o juízo, os embargos são o meio processual pelo qual se realiza o contraditório na execução, e portanto meio pelo qual irá ser discutida toda e qualquer matéria que poderia ser suscitada pelo exequente mediante a exceção de pré-executividade, com a considerável diferença que os embargos estão previstos na lei...” (*Ob. cit.*, p. 437).

objetivo de assegurar se contêm todos os requisitos previstos nos arts. 282 e 614, do Código de Processo Civil.

7 Não o fazendo e remanescendo nulidades explícitas ou implícitas, o devedor antes mesmo da citação, pode suscitá-las pela via da objeção, em cujo expediente, após seu brevíssimo trâmite, sem maiores retardamentos, o juiz profere decisão: i) *se acolher o pedido* contido na objeção, a decisão é de *natureza sentencial*, posto que está reconhecendo nulidades (no título ou no processo), com a conseqüente extinção do processo; ii) *se inacolher a objeção*, permanecendo vivo o processo, o ato tem caráter de *decisão interlocutória*.

Segundo a regra do art. 616, do Código de Processo Civil, se o juiz verificar que a petição inicial acha-se incompleta ou não está acompanhada de documentos necessários e indispensáveis à propositura da ação, deve determinar que o credor a corrija no prazo de 10 (dez) dias. Inatendida a ordem, deve o juiz indeferir a petição, cabendo ao credor a possibilidade de intentar nova ação, ressalvado o limite imposto pela *perempção*.

Destarte, se o juiz verificar ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, ou se constatar que faltam condições da ação ou exista alguma nulidade substancial, como inexistência ou falta de requisitos do próprio título executivo, incumbe ao juiz, inicialmente, se possível, mandar emendar a inicial na forma do art. 616, do CPC, em atendimento ao princípio da instrumentalidade do processo, sendo que, não sendo possível ou permanecendo a nulidade, impõe-se o indeferimento da inicial com a extinção do processo, através de sentença (*terminativa* ou *definitiva*).²⁴⁰

²⁴⁰ Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a sentença que reconhece falta de título executivo proferida nos embargos ou no interior da própria execução é meramente terminativa, cabendo ao credor intentar na ação, desde que corrigida a irregularidade. (*Execução...*, p. 381). Ousamos discordar desse entendimento isso porque, quando a objeção vem atacar inexistência de requisito do título, como alegação de pagamento, comprovável *prima facie*, é evidente que a decisão que acolhe a objeção, além da impossibilidade jurídica do pedido, também se manifesta sobre a inexigibilidade (definitiva) do título e, em

Mas pode ocorrer que o juiz não tenha observado criteriosamente os vícios, nesse caso, recebendo a petição e determinando a citação do devedor, o fato possibilita ao executado (antes ou depois da citação), ingressar com defesa interna nos autos argüindo tais vícios, pedindo pela decretação de eventuais nulidades, com as conseqüências cabíveis.

A decisão que acolhe a objeção e extingue o processo é de natureza sentencial, eis que atende, dentre outros, o disposto no art. 267, I, IV e VI, do CPC, sendo essa sentença meramente terminativa ou definitiva, conforme o caso.²⁴¹ No entanto, em qualquer das hipóteses (nulidade processual ou do título), trata-se de sentença que deve atender os requisitos previstos no art. 458, do CPC, consistentes em relatório, fundamentos e dispositivo, sob pena de nulidade.

De outra banda, o ato judicial que indefere *objeção de executividade* tem natureza de *decisão interlocutória*.²⁴² Resulta dessa decisão que o *processo de execução forçada* apresenta-se *regular e válido*, achando-se apto para prosseguir até seu final objetivo. Implica dizer também que as condições da ação estão presentes e o título, em tese, reúne todas as condições de executividade, restando ao devedor a faculdade de rediscutir as mesmas e/ou novas matérias em sede de embargos.

5.11 RECURSOS CABÍVEIS NA OBJEÇÃO

conseqüência, decreta a extinção do processo. Nesse caso, a decisão se manifesta também sobre o mérito da execução, abordando a respeito da satisfação do crédito.

²⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral, Para esse autor “as decisões terminativas são aquelas que decidindo de questão controvertida, de natureza processual, encerram o processo, sem julgamento do mérito. (...) “as sentenças definitivas (...) são as que decidem do mérito da ação, isto é, decidem do pedido, da pretensão deduzida pelo autor, acolhendo-a ou rejeitando-a” (*Ob. cit.*, 1º vol., 1998, p. 286).

²⁴² *Ibid.*, p. 285-286. “Despachos interlocutórios, ou despachos meramente interlocutórios, também conhecidos por decisões interlocutórias, decidem de questões controvertidas de natureza processual, sem encerramento do processo.

Uma vez que as decisões que acolhem ou que indeferem *objeção de executividade* possuem naturezas distintas, distintos são os recursos cabíveis para cada uma.

Sendo *decisão interlocutória* aquela que indefere *objeção de executividade*, o recurso cabível é o de *agravo de instrumento*, na forma e prazo previsto no art. 522 e seguintes, do CPC.²⁴³

A interposição do agravo, diante da nova sistemática desse recurso, é feita diretamente na instância de jurisdição superior e o pedido de liminar pode atender a pretensão do devedor.

Nesse caso, indaga-se: a decisão liminar em sede de *agravo de instrumento* sofre limitações de ordem prática, quanto a sua abrangência? Ou, noutras palavras: qual seria o objeto do pedido liminar? O devedor busca com a *objeção*, como consequência prática e imediata, a paralisação da execução com o fim de evitar constrição patrimonial ou, se já efetivada, a não alienação do bem penhorado e, num plano imediatamente seguinte, no mérito do recurso, busca reforma da decisão agravada, para que o órgão *ad quem* reconheça a alegada nulidade e indefira a inicial do processo de execução.²⁴⁴

²⁴³ “EXECUÇÃO – Exceção de pré-executividade – Indeferimento – Interposição de apelação – Inadmissibilidade – Hipótese de agravo de instrumento, pois trata-se de decisão interlocutória – Inteligência dos arts. 162, parág. 2º, e 522 do CPC. Ementa Oficial: Rejeitada a exceção de pré-executividade apresentada em processo de execução, a decisão indeferitória tem natureza interlocutória, impugnável por agravo de instrumento e não por apelação. Correta a decisão que indefere o processamento da apelação apresentada. Inteligência dos arts....”. (AgIn 583.428-00/9 – 5ª Câmara Cível, do 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, relator Juiz Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.07.99) RT n. 771, pp. 279-280.

²⁴⁴ MARCOS VALLS FEU ROSA debatendo posição de ARAKEN DE ASSIS (“a rejeição do incidente enseja o recurso de agravo de instrumento sem efeito suspensivo”, trecho extraído da obra Manual do Processo de Execução, 1.987, vol.I, p. 347), indaga: “então qual a finalidade do recurso de agravo, no caso de rejeição da argüição da ausência dos requisitos da execução (?). É que o agravo (continua o autor), na hipótese, seria interposto contra a decisão do juiz que rejeitou a argüição da ausência dos requisitos da execução, ou, em outras palavras, contra decisão que rejeitou argüição de matéria de ordem pública”. (ROSA, Marcos Valls. *Ob. cit.* p. 96). Infere-se, todavia, que ARAKEN DE ASSIS, em sua obra atualizada, 6ª edição (2000), faz referência às naturezas distintas das decisões, entretanto não menciona a restrição no tocante a não suspensividade do agravo, como se pode ver do texto atualizado: “Deduzindo a exceção de executividade, o devedor cria incidente, cuja rejeição enseja agravo” (mencionando decisão da 2ª Turma do STJ, no ROMS n. 9.980, DJU 05.04.99). A mais recente posição de ARAKEN DE ASSIS não alude aos efeitos do recurso, de tal sorte que é congruente com a nova sistemática procedimental do agravo de instrumento, imposta pelos arts. 524 e 527, do CPC.

Portanto, em momento de liminar, recomenda a lógica procedimental, que essa decisão atenha-se à suspensão da execução até julgamento em definitivo do recurso, quando então poderá (a liminar) ser cassada ou, se confirmada, poderá a decisão recorrida ser reformada com a declaração de extinção do processo.

Outro aspecto processual que pode refletir no julgamento do agravo é a verificação se o credor foi ou não ouvido sobre a *objeção*, no momento de sua oposição. Ou, a questão posta sob ângulo diferente: a intimação do agravado, através de seu advogado, em cumprimento do art. 527-V, do CPC,²⁴⁵ pode suprir a ausência do contraditório na *objeção* (omitida e constatada) no juízo singular?

Se houve audiência do credor no juízo singular, o princípio do contraditório está atendido e, portanto, o recurso pode ser encaminhado para julgamento de seu mérito. Caso contrário, a matéria deve ser remetida ao juízo *a quo* onde tem sede o primeiro debate, para *instrução da objeção*,²⁴⁶ facultado ao credor impugnar as alegações e documentos do devedor. A inobservância desse procedimento pode causar *supressão de instância jurisdicional*, violando o *princípio do duplo grau de jurisdição*, dando ensejo a eventual *nulidade processual*.

De qualquer modo, a não interposição de agravo contra decisão que não acolhe objeção, em princípio não oferece prejuízo para o argüente, vez que

²⁴⁵ “Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal a naquelas cujo o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial”. (Nova redação dada ao art. 527 do CPC pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001).

²⁴⁶ Entenda-se *instrução da objeção* como a simples e só audiência do credor para responder sobre as alegações e documentos juntados pelo devedor, podendo, excepcionalmente, juntar novos documentos, sem que isso implique em dilação probatória ou em pesquisas mais profundas sobre os elementos probantes, já que esta prática (possibilidade de devedor e credor juntar novos documentos) deve ser vista com reservas, pois somente é tolerável pelo sistema documentos que comprovam, *prima facie*, as alegações. Se, por exemplo, inquinados de falsos e a hipótese está recomendando perícia técnica, a objeção já não serve a essa liberalidade. A matéria somente poderá ser debatida em ampla cognição, em sede de embargos.

como se está tratando de matéria de ordem pública, inatingíveis pelo instituto da preclusão, podem ser suscitadas novamente, em qualquer tempo.

Essa é também a opinião de Marcos Valls Feu Rosa,²⁴⁷ quando afirma pela “inexistência de prejuízo para a parte que não interpuser o recurso de agravo contra tal decisão, pois, como é obvio, não estando as matérias de ordem pública sujeitas a preclusão, poderá rediscuti-la a qualquer tempo”. Para esse autor, valendo-se de lições de José Raimundo Gomes da Cruz, as decisões interlocutórias não atingidas pela preclusão não deveriam ensejar interposição de agravo de instrumento.

Verifica-se nessa posição um certo exagero na política de limitação de cabimento de recursos, aliada, ainda, a dificuldades de ordem prática. Por exemplo: no caso de uma *decisão interlocutória* proferida por juiz de primeiro grau que cause prejuízo jurídico a uma das partes e que reclama reforma urgente, deverá ela, a parte, aguardar a sentença (se lhe for desfavorável), para somente em apelação insurgir-se contra aquela decisão?

Sabe-se que não atende o princípio da economia processual o sucumbente ingressar com quaisquer outras medidas tais como *agravo retido* (que terá o mesmo efeito prático da apelação) ou até *mandado de segurança*, que não é sucedâneo de recurso.

A inovação trazida no inciso II, do art. 527, do CPC,²⁴⁸ pela Lei 10.352/2001, ou seja, a possibilidade de *conversão* do agravo de instrumento em agravo retido não terá nenhuma aplicação prática no caso de recurso (agravo de instrumento) interposto contra decisão que indeferiu *objeção de executividade*. Como se sabe, o processo de execução, ao contrário do

²⁴⁷ ROSA, Marcos Valls Feu. *Ob. cit.* p. 96.

²⁴⁸ O inciso II, do art. 527 do CPC, prescreve que o relator, no tribunal, poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, achando desse modo redigida a regra: “poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provimento jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juiz da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente” (com redação dada pela Lei 10.352/2001).

processo de conhecimento,²⁴⁹ não conduz a um ato final de julgamento, portanto, não tem sentido pensar em agravo retido num processo (de execução) que, somente pelo fato do indeferimento da *objeção*, não subirá à instância seguinte, salvo as peças que servem ao agravo.

Apenas para melhor entendimento, fixa-se no seguinte exemplo: o executado ingressa com objeção de executividade, alegando nulidade do título executivo. O juiz entende que o título preenche os requisitos legais e indefere a objeção. O executado interpõe recurso de agravo de instrumento pedindo que o juízo *ad quem*, liminarmente, determine a paralisação dos atos executivos, em face de manifesta nulidade no título. No processo de execução, recurso de agravo de instrumento que pede liminar para suspender a seqüência de atos executórios, sempre incidirá nas hipóteses de urgência, na possibilidade de grave lesão patrimonial. Assim, salvo melhor juízo, por inaplicação prática, a nova redação do inciso II, do art. 527, do CPC, não faz incidir nenhum reflexo sobre a decisão que julga *objeção de executividade*.

Na hipótese de julgamento favorável à objeção, como se sabe, o recurso cabível é o de apelação e, nesse caso, o processo principal (de execução), se for o caso, será remetido ao tribunal competente, juntamente com o recurso de apelação. Salvo melhor juízo, também nesse caso, parece de nenhuma aplicabilidade prática a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido.

No contexto dessa última hipótese, o juiz que deu procedência à *objeção de executividade*, declarando extinto o processo de execução, por certo, receberá o recurso de apelação somente no *efeito devolutivo*, a fim de

²⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122; “O novo inciso II do art. 527 autoriza o relator a *converter* o agravo de instrumento em agravo retido. (...) Pensamos que, pelo princípio da conversão inviabilizaria a concessão de efeito suspensivo. Esse efeito suspensivo e também o *efeito ativo*, a que se refere o art. 527,III, são efeitos com *vocação para serem efêmeros*, sob pena de acabarem por equivaler ao próprio julgamento do recurso, o que parece não ter sido a intenção do legislador, já que a decisão do art. 527, a esse propósito, é tomada com base em *fumus boni iuris* (= cognição não exauriente). Portanto, não teria sentido uma decisão que alterasse o *status quo*, concedendo o efeito suspensivo ou a providência positiva pleiteada, *durar o tempo que levaria para o agravo ser julgado*”.

evitar atos executórios seguintes nulos ou abusivos.²⁵⁰ O exequente, inconformado com essa situação (*paralisação* da execução), interpõe recurso de agravo de instrumento perante o tribunal, pedindo, liminarmente, que o relator conceda efeito suspensivo à apelação, com o fim de seguir em frente os atos executórios. Sem adentrar no mérito da apelação, seria o caso de reverter o agravo de instrumento em agravo retido? A resposta também é negativa, pois, salvo a possibilidade de retratação por parte do juízo agravado (que se resolve pelo cumprimento do *ônus* previsto no parágrafo único, do art. 526, CPC²⁵¹), o juiz não poderá praticar mais atos decisórios, restando a remessa do processo ao tribunal. Por essas razões de ordem prática, não se *converte* o agravo de instrumento em agravo retido, quando interposto contra decisão que julga objeção de executividade, ou seja, é incongruente com a lógica do sistema executivo a *convertibilidade* de agravo de instrumento em agravo retido.

Seguindo com o tema proposto, atente-se que a possibilidade de *pedido de reconsideração* faz parte da tradição do nosso direito processual civil e é dirigido ao mesmo juiz ou juízo prolator da decisão gravosa, vale dizer: ressalvados os equívocos que são perfeitamente possíveis, diante da falibilidade do juiz, dificilmente o julgador reconsidera uma decisão que acaba de proferir como sendo judiciosa e correta, exceto se houver fatos novos que possam alterar seu entendimento anterior.

²⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves comentários...*, 1ª ed., p. 126; ao tratar da competência para se conceder ou não efeito suspensivo no recurso de apelação, assim ponderam os autores: “Solução no sentido de se admitir que quando se trata de apelação a competência para conceder (ou não) efeito suspensivo seja do juízo *a quo*, e não do relator, não nos parece ser a mais correta, por duas razões: Primeiramente porque a medida seria, na prática, inútil. Em segundo lugar, porque não é de boa técnica exigir-se de um juiz que *v.g.*, proferiu sentença de mérito, baseado em cognição exauriente, dizendo não assistir razão ao autor (julgando improcedente o pedido), que vislumbre *fumus boni iuris* na apelação deste mesmo autor, contrariamente a tudo quanto resolveu na sentença”.

²⁵¹ A Lei 10.352 de 26.12.2001, acrescentou parágrafo único no art. 526 do CPC, que diz: “O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo”. O caput do art. 526, CPC, pede que o agravante faça juntada de cópia da petição do agravo e relação dos documentos, nos autos do processo (agravado), no prazo de 03 (três) dias, contados de sua interposição. Essa providência oportuniza a parte agravada a tomar ciência do conteúdo do agravo, antes mesmo da intimação para contra-arrazá-lo e, ainda, dá ao juiz, em face dos fundamentos argüidos, exercer o juízo de retratação.

Portanto, o *pedido de reconsideração*, na maioria das vezes, não substitui o recurso de agravo de instrumento. A propósito, caso entenda equivocada ou injusta, o juiz *poderá* reconsiderar sua decisão, em havendo a providência prevista no art. 526, parágrafo único, do CPC, ou aquela facultada ao relator do agravo, disposta no CPC (arts. 527-IV e 529²⁵²), fato que prejudicará o julgamento do mérito do recurso.

É também impugnável com agravo de instrumento a decisão que eventualmente acolhe a objeção, sem, contudo, extinguir o processo, conforme prelecionam Nelson e Rosa Nery²⁵³ quando afirmam que “se acolhê-la mas não extinguir a execução é decisão interlocutória, impugnável pelo recurso de agravo (CPC 162, 2º e 522)”.

Outra hipótese interessante ocorre quando o juiz indefere, de plano, a objeção, por entender que a matéria só pode ser suscitada na via dos embargos de devedor.

Como o juiz singular examinou apenas a hipótese de cabimento, sem investigar o mérito da objeção, ou seja, não conheceu da objeção, o recurso de agravo de instrumento deve pedir que o tribunal reforme a decisão recorrida para conhecer da argüição, a fim de que possa o juiz *a quo* examinar seu mérito.²⁵⁴ Não se pode negar, entretanto, a possibilidade de aplicação do art. 515 e seus parágrafos, do CPC, pelo tribunal, na medida o recurso devolve à instância superior o conhecimento de toda matéria impugnada.

²⁵² “Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; Art. 529 – Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo”.

²⁵³ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, p.1188.

²⁵⁴ Nesse sentido é a posição de MARIANA TAVARES ANTUNES, citada por ALBERTO CAMINÃ MOREIRA, quando afirma: “Acrescentamos sobre essa questão a opinião de Mariana Tavares Antunes: ‘Importante ressaltar, todavia, as limitações existentes quanto à apreciação da matéria pelo Tribunal, que não poderá acolher a exceção, extinguindo o processo, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Isto porque o Magistrado de primeiro grau não chegou a apreciar o tema, relegando-o para apreciação posterior, em sede de embargos à execução. O provimento do agravo, com reforma da decisão acatada (sic; a expressão correta deve ser *atacada*), desta forma, tem o condão de determinar que o Juiz de primeiro grau se manifeste sobre o tema, acolhendo ou rejeitando a exceção”. (CAMINÃ, Alberto Moreira, *Ob. cit.* pp. 205-206).

Desse modo, em conclusão, sustenta-se que o agravo de instrumento, de acordo com a nova sistemática, é o instrumento mais adequado e eficiente para se insurgir contra decisão interlocutória gravosa, ainda que a decisão recorrida tenha sido sobre matéria inabrangida pela preclusão.

Já com relação à *decisão que acolhe a objeção*, o recurso cabível é a *apelação*, na forma do art. 513, do CPC. Trata-se de recurso que ataca decisão que põe fim à relação processual e, em consequência, ao processo de execução. Uma vez interposta *apelação*, em quais efeitos deve ser recebida?

O art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil, prevê que o recurso de *apelação*, como regra geral, será recebido nos efeitos *devolutivo e suspensivo*, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos de I a VII, para as quais assegura-se somente o efeito devolutivo.²⁵⁵

O inciso V, do art. 520, (do CPC), excepciona o recebimento de *apelação* somente no *efeito devolutivo* da decisão que *rejeitar liminarmente embargos à execução ou daquela que julgá-los improcedentes*. Vale dizer, da decisão que acolhe embargos para extinguir processo de execução a *apelação* deve ser recebida em ambos os efeitos.

A regra do inciso V (do art. 520), pode ser aplicada analogamente nas *apelações* que recorrem de decisões que acolhem *objeções de executividade* com o fim de extinguir processo de execução, eis que é presente no sistema executivo o prestigiamento, o quanto possível, do critério de *certeza* do título executivo.

5.12 COISA JULGADA E A OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE

²⁵⁵ O rol de *apelações* que são recebidas somente no efeito devolutivo, não se esgota no Código de Processo Civil (art. 520, incisos I a VII, lembrando que o inciso VII, do art. 520, é inovação trazida pela Lei 10.352/2001 – que assegura somente efeito devolutivo na *apelação* interposta contra decisão que confirma a antecipação dos efeitos da tutela). Inúmeras leis extravagantes disciplinam a matéria e se adaptam ao sistema do CPC, como nas hipóteses dos arts. 97,1º e 98,3º, do Decreto-lei 7.661 de 21 de julho de 1945, (Falência e Concordata); Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 58-V (Lei do Inquilinato), dentre outras.

Com forte significação para a segurança jurídica,²⁵⁶ *coisa julgada material*, segundo o art. 467, do Código de Processo Civil é “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Trata-se de instituto jurídico que incide nas sentenças que julgam o mérito da causa (no todo ou em parte), conforme prevê o art. 468, do mesmo Estatuto Processual.²⁵⁷

É assente na tradicional doutrina²⁵⁸ que a *coisa julgada material* tem aplicação somente no processo de conhecimento, eis que, é somente nesse que se busca uma decisão de mérito (*o acerto, a solução da demanda*), visando o fim do litígio. Entretanto, considerando as *peculiaridades* do processo de execução forçada, surgem dúvidas a respeito dessa *hermética* afirmação, especialmente em face da possibilidade concreta de extinção do processo de execução forçada mediante arguição de *objeção de executividade*.

²⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, 4ª ed., vol. 1, p. 640: “Se algo se pode dizer genericamente a respeito da coisa julgada é que se trata de um instituto ligado ao fim do processo e à imutabilidade daquilo que tenha sido decidido. Trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito. O homem sempre está a procura de segurança e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel”. Acrescenta HUMBERTO THEODORO JUNIOR que “entre os dois pesos que equilibram a balança do Direito – o ideal de justiça e o de segurança – a coisa julgada é instituto destinado a dar corpo ao último, pois seria intolerável à humanidade a possibilidade eterna de demandas sobre uma mesma lide” (Cfe. *Processo...*, p. 497).

²⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...*, vol 3, p. 43: Embora o tema seja irrelevante para o presente trabalho, para este autor *coisa julgada formal* “consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou que do recurso se desistiu ou interposto se renunciou”; ou seja, operando-se a coisa julgada formal significa que a sentença não mais poderá ser modificada, “como ato processual dentro do processo”.

²⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. cit.*, p. 501; “Lembre-se que a coisa julgada, no âmbito do processo de conhecimento, só tem a força que ostenta em razão de texto expresso de lei, que faz ostensivamente prevalecer a segurança sobre a justiça em torno da relação litigiosa. Mas, sendo inaplicável a coisa julgada ao processo de execução, como é de geral entendimento, e inexistindo dispositivo legal aplicável à execução forçada similar ao que instituiu a *res iudicata*...”. Mais adiante, em suas conclusões, afirma o autor: “a) O processo de execução não é de índole contraditória e não se destina a nenhum julgamento ou acerto de mérito; b) A coisa julgada material é fenômeno específico das sentenças de mérito, isto é, daquelas que solucionam ou compõem o litígio de pretensão contestada (acerto), ficando sua força ou eficácia restrita ao elemento declaratório do julgado” (p. 513-514). Para ALBERTO CAMINÃ MOREIRA, “grassa o entendimento de que no processo de execução não há formação de coisa julgada material, instituto ligado à segurança jurídica e que seria exclusivo da província do conhecimento” (*Ob. cit.*, p. 24.).

A decisão que julga procedente os *embargos* (que se insurge contra nulidades no título executivo) é atingida pela *coisa julgada material*, porquanto, trata-se de sentença proferida em processo de conhecimento, cujo mérito recebeu o definitivo julgamento.²⁵⁹ A matéria, nesse caso, não comporta futuras discussões (salvo a possibilidade de *ação rescisória*, na forma do art. 485, do Código de Processo Civil). De modo idêntico, a sentença de mérito que julga improcedente os embargos e confirma a regularidade do título executivo, uma vez passada em julgado, faz *coisa julgada material* sobre o quê foi decidido, de modo que o executado não poderá naquele, ou noutro processo, repetir arguições de nulidades já decididas, sob pena de violação de dispositivo constitucional (CF, art. 5º, XXXVI). Uma vez passada em julgado, com o surgimento da *coisa julgada*, a decisão torna-se *irrecorrível* e *imutável*, não podendo o credor intentar nova ação (de embargos ou de qualquer natureza), sob os mesmos fundamentos e pedido.²⁶⁰

²⁵⁹ A propósito, com o intuito de enriquecer a discussão, a falta de provas não acarreta improcedência da ação e não extingue o processo sem julgamento do mérito, conforme já decidiu o STJ: “PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269-I, CPC. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO; I – A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito. II – Como doutrina Humberto Theodoro Júnior, ‘o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes’. Assim, ‘se as partes não cuidam de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência. III – Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 04.02.2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado – investigação de paternidade, etc), entendeu pela relativização da *coisa julgada*”. (REsp n. 330172-RJ, 4ª Turma, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 22.04.2002, p. 00213).

²⁶⁰ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 355-357: Ao analisar a existência de embargos à execução e a influência na ação de conhecimento autônoma, assinala o autor que “...quando da proposição dos embargos, em momento posterior ao da ação declaratória, haveriam de ser extintos sem análise do mérito (art. 267, V), o que arredaria o direito de defesa na ação executiva”. Sustenta corretamente o autor quando afirma que, nesse caso, haveria litispendência: “Se os fundamentos e o pedido forem os mesmos, é preciso admitir a duplicidade de processos, emanado, daí, a qualidade que torna imutáveis os efeitos da sentença, isto é, a *coisa julgada*”. (...) “Se a causa de pedir ou o pedido forem diversos daqueles ventilados nos embargos, a ação é outra, plenamente autorizada pelo nosso sistema processual. A regra da eventualidade e a respectiva substanciação da demanda dizem respeito exclusivamente ao fato essencial (art. 282, III), ou seja, àquele delimitado pelo autor na petição inicial, de sorte que se puder ser deduzida causa petendi diversa, ainda que para o mesmo pedido, não haverá óbice algum para a propositura de outra ação, uma vez que esta não será idêntica à primeira”.

Os *requisitos relativos ao processo* (pressupostos de constituição e de desenvolvimento) quando não atendidos, são capazes de dar ensejo à extinção da execução, contudo, sem o surgimento de *coisa julgada material*: é o caso de petição inicial desacompanhada de documentos essenciais como o título executivo, ou ainda, ausência da regular representação no processo, quando se trata de incapaz (CPC, art. 8º); são hipóteses de decisões, entre tantas outras, que são atingidas somente pela *coisa julgada formal*, uma vez que novas ações poderão ser intentadas sem que o direito substancial do interessado tenha sido atingido de qualquer modo. Com efeito, a questão não encerra nenhum problema interessante que seja merecedor de nota.²⁶¹

A exemplo do que ocorre no *processo de cognição*, em sede de embargos, o *processo de execução* também pode ser extinto em face de ausência de *condições da ação* (impossibilidade jurídica ou falta de interesse de agir); entretanto, aqui, a questão (*da coisa julgada material nas sentenças que decidem sobre carência de ação*) apresenta algumas dúvidas, cujas respostas, sustenta Cândido Dinamarco, podem ser encontradas através da compreensão do significado das *condições da ação* no sistema processual. Esses fenômenos (as *condições da ação*) estão muito próximos do *mérito* e é no direito material que se vai indagar sobre a presença deles, pois as condições da ação apresentam-se como ponto de encontro do *direito material* e *direito processual*, sendo que o primeiro fornece os dados que, elaborados pelos critérios do *processo*, indicam posteriormente se ocorre um fenômeno que lhe é próprio (a ação).²⁶² Para esse fim, então, há que se buscar elementos

²⁶¹ TESHEINER, José Maria. “*Execução Civil (Um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis)*”. In Revista de Processo n. 102, abril/junho/2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 50-51. Ao analisar o “*mérito e a coisa julgada na execução*”, o autor reafirma que “quanto aos pressupostos processuais, parece não haver, na execução, particularidades dignas de nota”.

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 453-455; Afirma o autor que estas questões (carência de ação e coisa julgada material) devem ser tratadas de modo uniforme tanto para o processo de conhecimento como para o de execução, ressaltando: “São de três ordens as questões que, em tese, podem surgir diante do juiz: de mérito, meramente processuais e relativas às condições da ação. Tal é o *trinômio* de questões, a que repetidamente alude a doutrina. É pacífico que as decisões da primeira espécie são suscetíveis de adquirir a imutabilidade julgada material, enquanto que as da segunda espécie não. A dúvida é quanto às decisões da terceira espécie, referente às condições da ação”. (o autor esclarece que *no processo* de execução, “...vedado o conhecimento do mérito e das questões a ele relativas, tem-se somente um *binômio*, representado

no processo de conhecimento, respeitadas, evidentemente, as peculiaridades do processo de execução.

Não falta quem entende que, do mesmo modo como ocorre no processo de conhecimento, sobre algumas sentenças proferidas em *embargos à execução*, que decidem sobre as *condições da ação* no processo de execução, em tese, pode incidir *coisa julgada material*,²⁶³ todavia, trata-se de questão cercada de grande polêmica e de muita complexidade, cuja discussão não cabe nos limites do presente trabalho.

A questão a ser analisada aqui é com relação à incidência ou não de *coisa julgada (material)* nas decisões que julgam *objeção de executividade*.

A decisão que julga *objeção de executividade* e extingue o processo pela *ausência de pressupostos processuais ou carência de ação*, é atingida pela coisa julgada material? A decisão que rejeita a *objeção de executividade* produz coisa julgada material ou sobre ela só recai coisa julgada formal? A decisão, *de ofício*, que extingue a execução por qualquer vício processual ou

pelas questões relativas às condições da ação e pelas referentes ao processo em si mesmo”). Em sua obra *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, ao tratar especificamente “do mérito no processo executivo”, Cândido Dinamarco faz uma séria advertência ao afirmar que “vem de um preconceito irracional o pensamento de que o mérito seja idéia inerente e exclusiva ao processo de conhecimento, não guardando pertinência com o executivo”. Afirma que esse preconceito tem origem na impossibilidade de julgamento da pretensão executiva, dentro do mesmo processo, ou seja, porque a pretensão executiva (o mérito da execução) é atacada em sede de embargos à execução, isto é, fora do processo de execução (...); “O afastamento das *questões de mérito* não significa, porém, que inexista *mérito* no processo executivo”. (...) “O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que mérito inexista naquele processo” (In autor citado, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. 1, p. 259-260); JOSÉ MARIA TESHEINER, ao tratar da questão afirma: “... Quanto às condições da ação, pode-se reproduzir, na execução, o debate sobre a admissibilidade ou não dessa categoria intermediária, entre os pressupostos processuais e o mérito, bem como sua exata significação. Há mérito na ação de execução? Mérito é juízo sobre a procedência ou improcedência do pedido do autor. Na execução, há juízo de mérito sempre que o juiz afirma ou nega o direito de o autor executar o réu. A distinção entre condições da ação e mérito é importante, na medida em que serve para distinguir os casos em que se produz daqueles em que não se produz coisa julgada. Em princípio, a execução não produz coisa julgada, o que torna menos importante a distinção”. (*Execução Civil – Um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis*). In Revista de Processo n. 102, abril/junho-2001, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 50).

²⁶³ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob cit.*, p. 211: sustenta o autor que “...é possível reconhecer, em algumas hipóteses, a existência de coisa julgada no processo de execução, como no acolhimento de argüição de pagamento, prescrição e decadência”. Também, favorável à possibilidade de existência de *coisa julgada material* no processo de execução, encontra-se Cândido Rangel Dinamarco, (*Execução Civil*, p. 455); afirma o autor que “Assim, pois, são em tese capazes de obter a autoridade da coisa julgada material as *sentenças* sobre as condições da ação (tanto no processo de conhecimento, quanto no executivo)”. Mas, adverte o autor, o fenômeno não ocorre com todas as decisões.

mesmo carência de ação, faz coisa julgada material ou somente formal? Produz *coisa julgada material* decisão que reconhece e declara prescrição ou decadência? Quais os requisitos para formação de coisa julgada material? E a sentença proferida em *objeção de executividade* que reconhece *nulidade do título executivo* e extingue a execução, é atingida pela coisa julgada material?

Segundo estudo de Alberto Caminã Moreira,²⁶⁴ para a ocorrência da *coisa julgada material*, exige-se os seguintes requisitos: i) incidência da preclusão sobre as questões propostas e a conseqüente formação da *coisa julgada formal* (entendida esta como pressuposto da *coisa julgada material*); ii) que não haja impedimento legal para a formação da *res iudicata*, reconhecendo que se trata de instituto de natureza prática, que se subordina à discricionariedade legislativa, muito embora a coisa julgada tenha suas raízes fincadas na Constituição Federal (exemplo: sentença de improcedência do pedido proferida em ação popular por falta de provas não produz coisa julgada material); iii) ocorrência somente em processo *contencioso* (não incide sobre decisões proferidas em procedimento de *jurisdição voluntária*; entretanto, valendo-se da opinião de José Eduardo Martins Cardoso, o autor adverte, que o art. 1.111 do Código de Processo Civil, ao assegurar a imutabilidade dos efeitos já produzidos e ao admitir a modificação somente em casos de nova causa de pedir – superveniente –, oferece a conclusão irretorquível de que o fenômeno tipificado no art. 1.111 é o da coisa julgada.); iv) é fenômeno que ocorre em decisão sob os auspícios do *contraditório* (a coisa julgada é instituto vinculado à segurança do direito que se reflete na *imutabilidade* das decisões judiciais; o *contraditório* é apontado como a necessidade de se oportunizar o diálogo entre as partes; o autor afirma que o Processo Civil admite a possibilidade de formação de coisa julgada material sem o contraditório, ex. quando o juiz indefere a petição inicial reconhecendo prescrição ou decadência, arts. 295, IV e 269 – contudo, adverte, é anomalia o indeferimento da inicial, com decreto da prescrição, sem audiência da parte

²⁶⁴ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.*, p. 211-213.

contrária); v) ocorrência sobre litígio de fundo, ou seja, matéria de *mérito* (o autor reconhece, entretanto, que nem toda sentença atinge o mérito, como é o caso das terminativas, de cognição incidente apenas sobre questões processuais; sobre estas não incide coisa julgada); vi) por fim, cognição exauriente da matéria discutida no processo (no processo de execução a cognição é *rarefeita* – isso se se mantiver o processo em sua característica *natural*, pois, se for introduzida cognição, através de *exceção de pré-executividade*, forma-se, nesse caso, *bolsa de cognição*, e, que, segundo sua profundidade e extensão, pode ocorrer coisa julgada material).

Portanto, partindo desses pressupostos, pode-se dar início a breve análise sobre tão intrincado problema.

Não é simples nem fácil a questão da eventual coisa julgada material relativa à carência de ação²⁶⁵ (no processo de conhecimento) e as dificuldades se multiplicam se o tema é analisado sob o ângulo do processo de execução (forçada), especialmente se a questão é tratada nos estreitos limites da *objeção de executividade*.²⁶⁶

Como já mencionado anteriormente, várias respostas para as muitas dúvidas poderão ser encontradas através da compreensão do significado das condições da ação no sistema processual,²⁶⁷ sendo que a verificação da ocorrência de coisa julgada material fica na dependência do conteúdo de cada decisão proferida,²⁶⁸ ou seja, o fenômeno jurídico (a coisa julgada) somente

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 454.

²⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de...*, p. 216: Em que pese a ampla aceitação da objeção de executividade por parte da doutrina brasileira, Liebman, ao sustentar que o único meio de defesa do executado no processo de execução são os embargos, permite concluir que, *coisa julgada (material)*, no *processo de execução forçada*, surge somente através da decisão proferida nos embargos: “Isso tudo torna claro que o devedor não pode defender-se diretamente na execução invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito, que constituem neste plano armas sem gume. Por exemplo, quando citado inicialmente para a execução, não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida. O juiz não pode ouvir e deve mandar prosseguir a execução. O único meio de que o executado dispõe são os embargos, que poderão ser promovidos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exequente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida (CPC, art. 1.008 [art. 737])”.

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 454.

²⁶⁸ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.*, p. 214. Ao analisar a incidência de coisa julgada no processo de execução, argumenta o autor que “...a ocorrência de coisa julgada fica na dependência do teor da decisão proferida. Se, por exemplo, o juiz, à vista da argumentação do executado e da documentação juntada,

pode ser identificado através de raciocínio prático, segundo o conteúdo de cada decisão.

Se o juiz julga *objeção de executividade* e declara o exequente carecedor de ação *por impossibilidade jurídica do pedido*, uma vez superada a causa dessa *impossibilidade*, é permitido ao credor intentar de novo a ação de execução,²⁶⁹ fazendo concluir que, nesse caso, não se opera a *res iudicata (material)*.

Hipótese curiosa pode surgir quando o filho propõe ação de execução de título, cujo crédito pertence a seu pai. Em sede de objeção de executividade o exequente é considerado parte ilegítima. Tempos mais tarde, sem que execução anterior tenha sido proposta, o filho torna-se credor do título pelo falecimento do pai (art. 567-I, do CPC). Nesse caso, que tratamento deve ser dado à *coisa julgada* reconhecida anteriormente? Entende-se que a imutabilidade da decisão que reconheceu ilegitimidade de parte ativa operou sua eficácia enquanto perdurou a situação jurídica existente na época; com o falecimento do pai, alterada aquela realidade (com o falecimento do pai), o filho ingressa em nova situação jurídica, a de *herdeiro*, legitimado, portanto, para promover execução do crédito.

No caso de decisão (fala-se de decisão proferida em *objeção de executividade*) que julga improcedente objeção e reconhece a *existência dos pressupostos processuais* no processo de execução, produz somente coisa

limita-se a extinguir a execução, não haverá formação de coisa julgada, pois a decisão cinge-se à extinção do processo. Todavia, se o juiz declarar, pronunciar, na sua decisão, que ocorreu a prescrição, que ocorreu a decadência, ou que ocorreu o pagamento, essa declaração faz coisa julgada material”.

²⁶⁹ Embora se refira a pedido de Habilitação de Crédito em Falência, o julgado serve de modelo para análise da matéria sob estudo; REsp n. 25297-SP, 4a Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 20.03.95: “Processo Civil. Pedido de Habilitação em Falência. Extinção do Processo por impossibilidade jurídica (Art. 267, VI, CPC). Transitado em julgado. Renovação do Pedido. Viabilidade (art. 268, CPC). Doutrina. Recurso parcialmente acolhido. A extinção do processo com fundamento em impossibilidade jurídica do pedido não obsta a que o autor venha posteriormente renová-lo em juízo, nos moldes preconizados pelo art. 268, CPC, sendo de assinalar-se, a título de justificativa, que uma determinada pretensão pode, em certo momento, não encontrar respaldo no ordenamento jurídico e o mesmo não se verifica após o transcurso de certo tempo, em virtude de alterações legislativas ou da própria evolução do entendimento jurisprudencial”.

julgada formal, sobretudo porque a irregularidade (processual) pode ser corrigida e nova ação de execução pode ser proposta.²⁷⁰

Parte da doutrina sustenta que determinadas decisões, em sede de *objeção de executividade*, podem ensejar coisa julgada material sem que tenha havido o contraditório. São os casos de *prescrição e decadência*. Afirma Alberto Caminã que “admitindo que só a prova documental pode instruir pedido de extinção da execução por meio de exceção de pré-executividade, é certo que, sobre ela, a cognição, quanto à profundidade, será exauriente. A limitação existente para o executado está nas matérias que se pode deduzir, mas, uma vez alegadas, passam pelo crivo da cognição plena e exauriente”.²⁷¹ O autor, finalizando, afirma que se tais exigências, no processo de execução, forem atendidas (*presença do contraditório*), a decisão do juiz que acolhe prescrição ou decadência produz coisa julgada material.²⁷² Barbosa Moreira também entende que pode ocorrer formação de coisa julgada material no processo de execução, caso haja reconhecimento de prescrição.²⁷³

Quanto à possibilidade de ocorrer *coisa julgada material* da decisão que confirma *nulidade* do título executivo, a questão parece remanescer sem maiores dúvidas: se houve o *contraditório* no trâmite da *objeção de executividade* (audiência da parte contrária e a controvérsia não demandava dilação probatória), nesse caso, a decisão que reconhece e declara nulidade do título executivo é atingida pela *res iudicata*, salvo se a nulidade não é absoluta. Sendo, pois, a nulidade sanada, a execução pode novamente ser proposta.

²⁷⁰ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p.507. Afirma o autor que “Apesar de rejeitada a exceção, ao devedor afigurar-se-á lícito alegar a matéria, outra vez, nos embargos. É que, em caso de rejeição, só ocorrerá preclusão, fenômeno interno ao processo executivo, jamais a eficácia da coisa julgada (467), inexistente, sob qualquer circunstância, sob domínios executivos”.

²⁷¹ MOREIRA, Alberto Caminã. *Ob. cit.* p. 212. “Há, é verdade, em nosso Código de Processo Civil, a possibilidade de formação de coisa julgada material sem o contraditório. Tal ocorre quando o juiz indefere a petição inicial reconhecendo a prescrição ou a decadência (art. 295-IV e 269)”.

²⁷² *Ibid.*, p. 213-214.

²⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. 5, p. 115-116.

5.13 CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Sendo a *objeção de executividade* simples petição, sem forma e figura de juízo, não deve sobre essa modalidade de defesa incidir custas processuais, pelo menos no juízo originário.²⁷⁴

Em grau de recurso, sabe-se que vários deles (apelação, Recurso Especial, Recurso Extraordinário, dentre outros) exigem preparo antecipado, sob pena de deserção, e, nesses casos, as despesas são inevitáveis; mas no juízo originário, repita-se, como se trata de *mero expediente* encartado no interior do processo de execução, não é justificável a incidência de custas, salvo se houver despesas no processo a pedido da parte ou aquelas inevitáveis como as *intimações ou citações pessoais*. Tais despesas devem ser suportadas pela parte vencida.

Em que pese tratar-se de *mero expediente*, sem forma e figura de juízo, entende-se que deve haver incidência de honorários advocatícios a serem suportados pela parte vencida.²⁷⁵

A Constituição Federal, em seu art. 133 (*primeira parte*), estabelece que *o advogado é indispensável à administração da justiça*. Essa regra pode ser interpretada como um *comando*, no sentido de assegurar a todos os jurisdicionados o direito de comparecer em juízo, em busca de tutela judicial, *representado por profissional devidamente habilitado para o exercício técnico, legítimo, responsável e eficiente da advocacia*.

O art. 22, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), prescreve que *a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por*

²⁷⁴ Pelos menos dois autores sustentam possibilidade de condenação em custas, entretanto, utilizam da expressão *despesas do processo*: LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO (*Ob. cit.*, p. 82); e, MARCOS VALLS FEU ROSA (*Ob. cit.*, p. 95).

²⁷⁵ Favoráveis: ALBERTO CAMINÃ MOREIRA (*Ob. cit.* p. 15-220); LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO (*Ob. cit.* p. 82); e MARCOS VALLS FEU ROSA (*Ob. cit.* p. 95).

arbitramento e aos de sucumbência, de tal sorte que se de um lado o advogado é indispensável na atuação da jurisdição, de outro não se lhe pode impor *ônus profissional* sem a correspondente *remuneração*, tradicionalmente traduzida como *o pagamento em honra do trabalho*. A propósito, com a finalidade de evitar abusos e constrangimentos, o legislador cuidou de criar regra declarando que *é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência* (art. 22, parág. 3º, da Lei 8.906/93).²⁷⁶

Interessante ressaltar também, o disposto no art. 40, do Estatuto da Advocacia e da OAB, ao orientar que *o advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificado*, sendo vedado a fixação em valores irrisórios, com maior razão ainda para que se combata a possibilidade de trabalho gratuito.

O Superior Tribunal de Justiça, em várias oportunidades, em diferentes épocas, já manifestou-se a respeito, decidindo conforme a melhor interpretação do ordenamento jurídico vigente.²⁷⁷

²⁷⁶ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 177. O autor sustenta que os honorários advocatícios constituem direito autônomo do advogado (art. 23, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), entretanto, afirma que é direito autônomo somente se o constituinte ainda não pagou seu advogado. Para fundamentar sua orientação, cita jurisprudência do STJ (REsp 15.338, da 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo), anterior ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/93). A orientação atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os honorários de sucumbência são devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora.

²⁷⁷ “HONORÁRIOS – Processo de Execução que se extinguiu, em atendimento requerimento do executado. Embora não apresentados embargos à execução, limitando-se o executado a peticionar, nos autos de execução, denunciando vício formal do título, são os honorários devidos. Embargos declaratórios – Para que se imponha a multa, necessário que o acórdão esclareça porque seriam protelatórios” (Recurso Especial 9765-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 28.06.91). Ou então: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS DEVIDOS. CPC, ART. 20. DOUTRINA E PRECEDENTES DO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO. I – O sistema processual civil vigente, em sede de honorários advocatícios, funda-se em critério objetivo, resultante da sucumbência. II – *Extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária*” (Recurso Especial 195351-MS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 18.02.1999). Também: “HONORÁRIOS DE ADVOGADO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VALOR IRRISÓRIO. É desproporcional o valor de R\$ 3.000,00 para honorários de advogado que suscitou com êxito a exceção de pré-executividade em processo de execução superior a R\$ 2.000.000,00. A só responsabilidade pelo patrocínio de demanda desse valor e a

Nesse sentido, sem maiores delongas, é possível concluir pela incidência de honorários de sucumbência em favor do advogado em geral, os quais devem ser arbitrados sempre em consonância com o espírito do art. 20, especialmente o parág. 3º, do Código de Processo Civil, *atendidos o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço*. Releva ressaltar que, se julgada improcedente a objeção, deve recair também sobre o argüente o respectivo ônus da verba honorária.

6 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PARA A EXECUÇÃO FORÇADA

Abordados vários tópicos do processo de execução, especialmente no tocante ao *contraditório*, os *embargos* e a *objeção de executividade*, cabe, ainda, examinar os *pressupostos genéricos e específicos* da execução, as *condições da ação executiva* e o necessário *juízo de admissibilidade*.

Esses temas foram deslocados propositadamente para o final do presente trabalho, com o objetivo de demonstrar que se o juiz exercer com rigor o controle da petição inicial, indagando da existência ou não do título e sua executividade, dos pressupostos de regularidade processual e das condições da ação, a maioria das hipóteses de nulidades (do título ou do processo) pode ser detectada, e, se for o caso, declarada de ofício, evitando dar sobrevida a um processo que está destinado a ser extinto. Ou então, quando possível, deve o juiz atender o disposto no art. 616, do CPC, evitando, assim, futuras arguições de nulidades.

Nesse sentido, é indispensável fazer uma abordagem a respeito dos requisitos da execução e do controle de admissibilidade do processo.

6.1 OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA E DE REGULARIDADE NA EXECUÇÃO

Na medida em que a *relação jurídica processual* passou a ser considerada como fenômeno mais importante que o *procedimento*, os

pressupostos processuais também passaram a merecer maior atenção de parte dos estudiosos, posto que “a eles também se subordina a prestação da tutela executiva”.²⁷⁸ É também correto afirmar que esses pressupostos são próprios da *constituição e desenvolvimento válido e regular do processo* e não elementos integrantes da tutela que se busca, é o que diz o art. 267, IV, do CPC. Tratam-se de pressupostos de *existência* e de *validade*, como já consagrado pela doutrina,²⁷⁹ sem os quais o processo pode não existir ou pode tornar-se inválido.

Na execução forçada, objeto do presente estudo, além dos pressupostos genéricos que são comuns a todos os processos judiciais, exige-se ainda alguns específicos, como se verá mais adiante.

A existência do processo depende da formulação de uma *demanda*, traduzida numa *petição inicial*,²⁸⁰ subscrita por um advogado regularmente constituído e deve ser dirigida ao *órgão jurisdicional*, mesmo que incompetente, em face de alguém para *citação*.²⁸¹

São esses os pressupostos processuais de *existência* do processo, os quais exige-se também em qualquer processo de execução.

A existência de *demanda*,²⁸² que deve ser veiculada através de uma *petição inicial*, é condição indispensável para que aflore um processo, e, conseqüentemente, surja uma relação jurídica processual. No processo de execução forçada, a *demanda* se manifesta e se consubstancia no

²⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 122.

²⁷⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1, 5ª ed. RT, pp. 434 e ss. Nesse sentido GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 122.

²⁸⁰ “A recente Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permite que o pedido seja formulado oralmente à Secretaria do Juizado (art. 14, caput; inclusive para o procedimento sumaríssimo das infrações penais de menor potencial ofensivo, a denúncia e, se for o caso, a queixa podem ser oferecidas oralmente – Lei 9.099/95, arts. 77 e 77,3º, respectivamente)...” Assinala ARRUDA ALVIM (*Manual de Direito...*, vol 1, p. 437).

²⁸¹ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 434 e ss.

²⁸² “A palavra demanda está tomada aqui no sentido de pedido, de representação sempre em forma escrita, que é a petição inicial. Não existe, assim, processo, sem que haja iniciativa da parte (art. 262)” É o que nos ensina ARRUDA ALVIM, em *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 437.

inadimplemento do devedor em face do descumprimento da obrigação representada pelo título executivo, conforme se verá mais adiante.

Essa demanda, que é traduzida pela petição inicial, deve ser formulada diretamente a alguém que é *investido de jurisdição*, ou seja, a um *órgão jurisdicional* (juízo de direito ou tribunal), pois, mesmo que incompetente, haverá processo.²⁸³

Outro requisito de existência da relação jurídica processual, do processo, portanto, é a *citação*, através da qual propicia ao demandado oportunidade de defesa (assim é no processo de conhecimento e cautelar), sendo que no processo de execução o executado é citado na forma do art. 652, do CPC, facultando-lhe, também, deduzir alegações de nulidades.

Com a propositura da ação e recebimento da inicial pelo juiz, não se pode dizer ainda que existe uma relação jurídica processual, existe sim um início,²⁸⁴ eis que essa relação, de caráter trilateral, somente estará consumada com a *citação da parte contrária*.²⁸⁵ Essa regra vale também e igualmente para a *relação jurídica processual executiva*, na forma do art. 614, do CPC.

²⁸³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 438.

²⁸⁴ São de suma importância as observações feitas, a respeito, por ARRUDA ALVIM, *verbis*: “Esta realidade, todavia, não significa que o processo nessas condições deixa de produzir efeitos. Na realidade, os efeitos são possíveis, especialmente, quando concedem medidas liminares (v.g., arts. 804, medida liminar em cautelar; 928-929, em possessórias; 937, nunciação de obra nova; 1.071, venda a crédito com reserva de domínio etc., e, também, em leis extravagantes, v.g., como no mandado de segurança (Lei 1.533/51, arts. 7º, II) na lei da ação popular (Lei 4.717/65, art. 5º, 4º), da ação civil pública (Lei 7.347/1885, art. 12), e Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/91, art. 84,3º). Nestas hipóteses verifica-se uma possível providência, com eficácia, antes da citação, por razões estampadas nesses artigos de lei referidos. Há, excepcionalmente, inversão da ordem normal do andamento do processo, por motivos justificáveis, outorgada que pode ser uma dada proteção, procedendo-se ulteriormente, à citação. Recentemente, com as modificações introduzidas no Código de Processo Civil, nos arts. 273 e 461, são viáveis decisões que produzam efeito antes do momento *normal da sentença*, disciplinando-se no art. 273, a tutela antecipada, de uma maneira geral, desde que satisfeitos os requisitos do art. 273, *caput* e ocorrente os motivos do inc. I ou II, motivos esses que poderão estar cumulativamente presentes. O art. 461, que resultou de verdadeiro decalque do art. 83, 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, prevê que, nos casos de obrigações de fazer e de não fazer, se configurados os pressupostos de urgência com a possibilidade de perecimento da pretensão, o juiz poderá, desde logo, proferir decisão liminar protetiva da situação do autor” (*Manual de Direito...*, vol. 1, p. 438). No tocante à Execução, é sabido que o juiz pode, além do poder cautelar que lhe é próprio, ainda decidir sobre medidas que visem assegurar o resultado útil do processo, como o arresto e o seqüestro, nas forma do art. 615-III, do CPC.

²⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos...*, vol. I, p. 110; Para esse autor “o processo que se faz perante o juiz constitui-se, com isso, no conjunto de meios mediante os quais é exercida a *jurisdição* pelo Estado, a *ação* pelo demandante e a *defesa* pelo demandado. São esses os três poderes que constituem a síntese das situações jurídicas em que assentados os três sujeitos básicos do processo – ou seja, os poderes-

Por fim, insere-se no rol de requisitos para a existência da relação jurídica processual a *capacidade postulatória*, que não deve ser confundida com a *capacidade das partes*.²⁸⁶

No direito processual civil brasileiro, quem goza de *capacidade postulatória* é o *advogado*, e que só atua em juízo mediante instrumento de procuração outorgado pela parte e com poderes para tanto (art. 36, CPC).

O *advogado* poderá exercer o *ius postulandi* e intervir no processo sem o instrumento de mandato, entretanto, deve exibi-lo no prazo de quinze dias, prorrogáveis por mais quinze, por despacho do juiz (art. 37, *caput*, CPC). Todavia, se a ausência de instrumento de mandato não for regularizada nos prazos previstos no *caput*, do art. 37, do CPC, os atos praticados pelo advogado, em nome da parte, serão considerados inexistentes,²⁸⁷ podendo ainda esse profissional responder por *eventuais despesas e perdas e danos* (art. 37, p. único, do CPC).

síntese que compõem a relação jurídica processual e se exercem ao longo do procedimento instituído em lei”. (Esclarece o autor que está falando apenas do processo contencioso).

²⁸⁶ “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (Cód. Civil, art. 2º). Trata-se de *capacidade jurídica*, ou capacidade de gozo, regulada pelo direito civil. Assim, todo homem [ou mulher, permita o acréscimo] é capaz de direitos e deveres processuais, isto é, de ser sujeito da relação processual e, pois, *tem capacidade de ser parte*. Têm-na, também, as pessoas jurídicas, pois que também dotadas de capacidade jurídica. Ao lado das pessoas naturais e jurídicas, o direito processual reconhece capacidade de ser parte a certas massa patrimoniais – a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio (Cód. Proc. Civil, art. 12, III, IV e V), dando-lhes o caráter e a denominação de pessoas formais. Têm, pois, capacidade de ser parte: a) as pessoas naturais, o homem, inclusive o nascituro (Cód. Civil, art. 4º); b) as pessoas jurídicas; c) as pessoas formais”; SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 352-353.

²⁸⁷ A jurisprudência tem variado ao enfrentar o tema. “Extingue-se o processo se não for junta no prazo a procuração do autor ao advogado que subscreve a inicial (RT 495/165, 503/175, 503/218; contra, apenas anulando o processo RT 502/165), e declara-se a revelia do réu, se não for junta procuração ao advogado que apresentou a contestação (JTA 41/40), Num caso e noutro, não se conhece do recurso da parte (STF-RT 494/238). O STF cassou acórdãos que não conheceram de recursos por ter cassado, pelo término do prazo de duração, a procuração outorgada ao advogado do recorrente: entendeu o STF que era obrigatória a marcação de prazo (CPC 13) para ser sanada a irregularidade (RTJ 86/853, 90/559). Segundo o STF e STJ, o prazo de 15 dias para juntada de procuração é automático, no caso de recurso interposto por advogado sem poderes, não se conhecendo do recurso se ela não for exibida nesse lapso de tempo ou se nele não houver pedido de prorrogação por mais 15 dias (RTJ 99/1.260, 116/698)” Outras decisões do STF, “em vez de não conhecer de recurso interposto por advogado cujo mandado judicial, por prazo determinado, cessou, ou que esteja impedido de advogar, ou que esteja suspenso, pode o Tribunal determinar que a representação seja regularizada, na forma do art. 13 (RTJ, 86/853, 90/559, 95/263, 95/1.349, STF-RT 546/250). Contrariando esta posição, o STJ já decidiu: “Os ato postulacionais praticados sem mandato somente se convalidam no prazo do art. 37 do CPC, inaplicável o art. 13, que versa suprimimento de irregularidade da representação da própria parte” (RSTJ 31/384). (jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO, *CPC Comentado*, 2001, p. 149).

Não se pode olvidar que o advogado é essencial à administração da justiça, posto que, seu *ministério privado, presta serviço público e exerce função social* (art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 8.906 de 04.07.94 – Estatuto da Advocacia e a OAB e art. 133, da Constituição Federal), entretanto, a postulação ausente de mandato, sem que se tenha regularizado no tempo assinado pela lei, é causa de inexistência da petição inicial, eis que não é dado à parte demandar em juízo sem advogado. A ausência de mandato regular nos autos (sem mandato de procuração) equivale a ausência de advogado.

Mediante tais requisitos, pode-se indagar da *existência ou não da relação jurídica processual*. Ausente ou irregular um deles e, sendo o vício sanável, que seja sanado. Se insanável ou se não foi sanado no prazo assinado, cumpre ao juiz, em *sede de admissibilidade*, indeferir a petição inicial.

Passa-se, doravante, a examinar os requisitos de *validade da relação jurídica processual executiva*.

O primeiro requisito de *validade* é a *petição inicial* que deve manifestar-se *regular e apta*. A petição inicial do processo de execução vincula-se, num primeiro momento, aos requisitos gerais estampados no art. 282, do Código de Processo Civil, devendo, pois, indicar o juízo a que é dirigida, os nomes das partes, qualificações, o pedido com suas especificações, o requerimento para citação do réu, sob pena de inepta.

Mas, afora os vários requisitos exigidos em qualquer petição inicial, impõe-se ao autor atender também, no processo de execução, as exigências do art. 614, do CPC, consistindo em pedir a citação do devedor, juntar o título executivo (salvo se se trata de título judicial), demonstrativo do débito atualizado (*no caso de execução por quantia certa*) e o atendimento ao previsto no inciso III (art. 614), relativamente ao efetivo cumprimento de eventual condição ou termo (art. 572). O não atendimento dos requisitos

legais *pode* ensejar indeferimento da inicial,²⁸⁸ desde que os vícios sejam insanáveis, e, se sanáveis, o autor não sanou em tempo (arts. 37, 295, 267-I e 616, do CPC).

Todavia, algumas questões merecem algumas observações, ainda que breves e sem nenhuma pretensão de exauri-las.

A prática forense tem informado que a petição inicial para executar título executivo judicial tem sido, formalmente, diferente daquela que executa título extrajudicial. Naquela, como se trata de uma *continuidade (somente no sentido prático, pois trata-se de ações autônomas)* do processo de conhecimento, as partes não têm sido qualificadas, não raro, até mesmo o inadimplemento devedor (réu/executado) sequer é mencionado. Nesse último caso, o *inadimplemento* é presumido pelo juiz, correndo o risco de mandar citar executado, cuja dívida já está paga. Eis aí uma razão grave que justifica a tese de que o inadimplemento, como requisito específico da execução, deve ser alegado (expressa e claramente) na *causa de pedir* da inicial, sob pena de *inépcia*. Isso vale tanto para execução de títulos judiciais como extrajudiciais.

Outra questão que se discute é se o exeqüente deve trazer fundamentos de *fato* e de *direito* na inicial, conforme dispõe o art. 282,III, do CPC. Essa discussão esta vinculada com o tópico anterior, entretanto apresenta objeto mais amplo que aquele.

É certo que, na *execução forçada*, não se exige os mesmos rigores formais, os quais são necessários na petição de processo de conhecimento.²⁸⁹ Todavia, são indispensáveis alguns requisitos como a *alegação de inadimplemento* do devedor, *descrever os elementos da obrigação traduzidos*

²⁸⁸ Pode ocorrer que, no curso do processo, tendo já formada a relação processual, o advogado de uma das partes resolva renunciar o mandato, tudo com obediência ao art. 45, do CPC. Decorridos os prazos e cumpridas as formalidades do art. 45, a parte não providenciou procurador substituto. Nesse caso, sem outra alternativa, o processo será extinto, na forma do art. 267-IV, do CPC. Veja-se que essa hipótese não é de simples indeferimento de petição inicial, mas de extinção da relação processual, sem julgamento do mérito.

²⁸⁹ “No processo de Execução, não deve o credor fazer afirmações de fato e de direito nas quais fundamente seu pedido. É que como se sabe, é estranho à estrutura do processo executivo qualquer atividade cognitiva do juiz relativa a situação material existente entre as partes. (...)” É o que afirma GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 124.

no título e, ainda, apresentar o *demonstrativo do débito atualizado*, indicando os critérios adotados, ou seja, os *indicadores de correção aplicados*, sob pena de *inépcia* da inicial. Tais elementos podem se constituir na *causa de pedir* da inicial.

Assim, achando-se a petição inicial regular e apta, de acordo com os arts. 282 e 614, do CPC, impõe-se ao juiz seu conhecimento, determinando a citação do devedor, para os fins legais.

O segundo requisito pertinente à *validade* da relação jurídica processual executiva é a *competência* e a *imparcialidade do juiz*.

Denominados, por alguns, como pressupostos processuais subjetivos do juiz,²⁹⁰ esses requisitos vinculam-se à jurisdição, pois “pode ser considerado *existente* um processo desde que se formule um pedido a alguém regularmente investido da *função jurisdicional*. Todavia, torna-se necessário, para a *validade* dos atos judiciais decisórios (art. 113, 2º), que o órgão do Poder Judiciário seja *competente*, ou seja, possa exercer a jurisdição naquele caso concreto, e, além disto, que o magistrado seja *imparcial*”.²⁹¹

O Código de Processo Civil informa os instrumentos disponíveis capazes de corrigir eventuais ocorrências de *incompetência do juízo*, *suspeição* ou *impedimento do juiz*.

Os *impedimentos* do juiz acham-se disciplinados no art. 134, do Código de Processo Civil, pois é vedado ao juiz exercer suas funções em processo contencioso ou voluntário:

- i) quando for parte;
- ii) quando atuou como mandatário da parte, como perito, como agente do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

²⁹⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 443.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 443-444.

- iii) que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo nele tomado alguma decisão;²⁹²
- iv) quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta, ou colateral até o segundo grau;
- v) quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;
- vi) quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Ressalte-se que, no caso do inciso IV, o impedimento só se caracteriza se o advogado já está exercendo o patrocínio da causa, como também é vedado ao advogado pleitear no processo, com o fim de criar o impedimento do juiz.

Já as hipóteses de suspeição do juiz encontram-se no art. 135, do CPC e são elas: i) quando for amigo ou inimigo de qualquer das partes; ii) quando alguma das partes for devedora ou credora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes desses, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; iii) herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; iv) se receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subestimar meios para atender as despesas do litígio; v) quando houver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes. Ao juiz é assegurada a oportunidade de declarar-se suspeito por motivos íntimos.

Impende esclarecer que tanto os casos de *impedimentos* como de *suspeição* pode o juiz reconhecê-los *de ofício*, a partir do conhecimento de

²⁹² O STJ já decidiu que “o juiz que se limitou a determinar a citação para a causa, em primeiro grau, não fica impedido (...) para participar do julgamento da apelação, por não caracterizar-se aquele ato como decisão” (RSTJ 37/390); por outro lado, a 4ª Turma do STJ ao julgar o REsp n. 51.106-2-DF, entendeu que “o juiz que proferiu o despacho saneador está impedido de participar da apelação” (DJU 20.03.95, p. 6123); ou ainda, a 5ª Turma do STJ, no REsp 28.609 “recurso conhecido e provido para declarar a nulidade do julgamento da apelação, do qual, embora inadvertidamente, participou o próprio juiz da sentença” (DJU de 07.12.92, p. 23.330) A Súmula 252 do Supremo Tribunal Federal orienta que “na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”.

sua causa, entretanto, como adverte a doutrina, a suspeição pode ser *sanada* ou *resolvida* no decorrer do processo, enquanto que o *impedimento não se convalida*, oportunizando, inclusive, a propositura de ação rescisória (art. 485, II, do CPC).²⁹³

É dever do juiz declarar-se suspeito ou impedido, abstraindo-se de atuar em processo em que ocorra quaisquer daquelas causas enumeradas nos art. 134 e 135, do CPC. Se, entretanto, o juiz não se afasta voluntariamente do processo, poderá ser recusado pela parte, na forma dos arts. 304 a 314, cabendo a parte excepcioná-lo no prazo de quinze dias, a partir da revelação do fato.

Mas é importante ressaltar que, por tratar-se de matéria de ordem pública, o *impedimento* poderá ser declarado de ofício pelo tribunal, em grau de recurso, oportunidade em que os atos praticados pelo magistrado impedido (pelo menos os decisórios), serão declarados nulos e o processo remetido a outro juiz.²⁹⁴

É esse o ponto que interessa para o presente estudo, pois, repita-se, tratando-se de matéria de ordem pública, recomenda-se ao juiz, em exame de admissibilidade, análise acurada e minudente de todas essas questões e, se for o caso, deve declarar-se *impedido*, sobretudo porque as *causas* que geram o *impedimento* são todas de *natureza objetivas*, de singela constatação.

Destarte, como pressuposto de validade da relação jurídica processual, para que os atos processuais não sejam acometidos de vícios insanáveis, em favor da economia processual e de uma pronta e efetiva prestação da tutela jurisdicional, impõe-se ao juiz reconhecer, em sede de *juízo de admissibilidade*, eventuais causas de *impedimentos* (e mesmo de suspeição), evitando, assim, as indesejáveis nulidades processuais.

²⁹³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 444.

²⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1, Saraiva, 1998, p. 235.

Diferentemente da suspeição e do impedimento que incidem sobre a pessoa do juiz, a *incompetência* incide sobre o órgão jurisdicional.

A competência relativa (*em razão do território, do foro e do valor*), se não argüida pela parte no prazo assinado em lei (art. 305, CPC), não retira o pressuposto de validade da relação jurídica processual e, conseqüentemente, do processo.²⁹⁵ Todavia, a *incompetência absoluta* (*em razão da matéria, das pessoas e a funcional*) do juízo não se convalida, porquanto, assim como no impedimento, não incide sobre ela preclusão, de tal modo que, a teor do art. 113, do CPC, é de salutar entendimento que o juiz proceda o exame prévio da inicial, indagando também da competência do juízo, aplicando, de ofício, se for o caso, a regra do art. 113, do Código de Processo Civil.

Ainda, cumpre examinar a *capacidade da parte* como requisito de validade da relação jurídica processual, sobre o qual deve também o juiz focar sua atenção no momento de examinar a petição inicial.

Como já mencionado em tópico anterior, não se pode confundir *capacidade postulatória* com *capacidade da parte*. Aquela diz respeito ao *ius postulandi*, ou seja, mesmo que a parte detenha capacidade processual (*legitimatio ad processum*) somente poderá participar da relação processual representada por quem tenha o direito de representá-la, no caso do direito brasileiro, essa representação se dá só através de *advogado*²⁹⁶ (há as hipóteses em que o Ministério Público, legitimado extraordinariamente, pode postular em juízo, como no caso de ação civil pública, em proteção e defesa do consumidor, com conseqüências executivas também).

Já a *capacidade da parte*, como pressuposto de validade da relação jurídica executiva, é aquela referida como capacidade processual, ou seja, é a “capacidade de estar em juízo, também denominada comumente, pela doutrina tradicional, de legitimação formal (*legitimatio ad processum*)”.²⁹⁷

²⁹⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 445.

²⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 360.

²⁹⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito...*, vol. 1, p. 445.

Também não se pode confundir *capacidade processual* da parte (*legitimatío ad processum*) com a *legitimidade ad causam*. Essa, é definida, normalmente, segundo os elementos coligidos da relação jurídico-material e é, ademais, *condição da ação*, enquanto que aquela é *pressuposto da relação jurídico-processual*.

Sucedem que é comum ocorrer a coincidência de manifestação entre uma e outra e, nessas hipóteses, incidem sobre a mesma pessoa, ao mesmo sujeito ou ente jurídico.²⁹⁸ Entretanto, esses fenômenos podem se apresentar dissociadamente, como no caso de menor absolutamente incapaz que somente pode comparecer em juízo representado por alguém capaz (art. 8º, do CPC), os pais, em geral. Nesses casos, em exame preliminar de admissibilidade, o juiz, atento à natureza da matéria (*de ordem pública*), verificada irregularidade quanto à capacidade processual, com fundamento no art. 13, do CPC,²⁹⁹ fixará prazo razoável para sua regularização. Se resultar inatendida dita determinação no prazo assinado, diante da preclusividade da matéria, a petição inicial deve ser indeferida, aliás, como recomenda a doutrina.³⁰⁰

Restaria, ainda, tratar dos pressupostos processuais negativos, que também impedem a eficácia e a validade da relação jurídica processual, sendo eles a litispendência (duplicidade de processos idênticos, mesmas partes,

²⁹⁸ Ibid., p. 446.

²⁹⁹ A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em face de dúvida, esclarece que “A regra do art. 13, CPC, não cuida apenas da representação legal e da verificação da incapacidade processual, contemplando também a possibilidade de suprir omissões relativas à incapacidade postulatória (arts. 36/38, CPC)” (STJ 4ª Turma, REsp 93.566, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 03.08.98); Apud, THEOTONIO NEGRÃO, CPC Comentado, 2001, p. 115; A 13ª Câmara Cível do TJSP; Em julgamento de Agravo de Instrumento n. 222.993-2/7, em 21.09.93, havia decidido pela não superposição da regra do art. 13 e art. 37, do CPC, prevalecendo atualmente o entendimento do STJ, porém, os prazos constantes do art. 37 têm sido preclusivos (Revista dos Tribunais n. 709, p. 87-88).

³⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 358: “Pressuposto que é da relação processual a capacidade processual das partes, segue-se que na sua falta, ou quando não devidamente integrada (representação, assistência), aquela relação não terá existência válida. Entretanto, aconselha o princípio da economia processual que o vício ou suas conseqüências não sejam de pronto declarados, sem que antes se verifique se a falta ou irregularidade não podem ser supridas ou corrigidas. Assim, em qualquer tempo, a requerimento da parte, ou de ofício, o juiz deverá considerar a falta de capacidade processual ou de autorização especial, assim como a ilegitimidade do representante, marcando prazo razoável, com suspensão do processo, para que sejam integradas as representações. (...) Mas se, no prazo assinado, não for suprida a falta ou corrigido o defeito, o juiz declarará, por decisão as conseqüências dos mesmos, que variam conforme a capacidade diga respeito ao autor, ao réu ou a terceiro”.

pedido e título executivo)³⁰¹ e coisa julgada. Todavia, como são matérias que escapam do controle de ofício do juiz, sendo de iniciativa da parte, refogem do presente trabalho tais figuras.

6.2 O TÍTULO EXECUTIVO: PRESSUPOSTO ESPECÍFICO E O EXAME DE SUA APARÊNCIA

A execução forçada, segundo as normas do Código de Processo Civil (art. 614), tem início com uma petição inicial dirigida ao juiz, na qual é deduzida a pretensão executiva do credor, cabendo ao juiz fazer atuar as medidas adequadas a preparar o provimento pretendido,³⁰² como o controle de admissibilidade, despacho da inicial e a prática de demais atos tendentes à prestação da tutela executiva, passando pela constrição patrimonial do devedor, até final providência, que é o pagamento ao credor.

E, para se chegar a esse resultado, antes de deferir a inicial e determinar a citação do devedor, impõe-se ao juiz acudir minucioso exame da inicial e documentos que a acompanham, a fim de se saber da possibilidade de seu deferimento (652 e 617, CPC), emenda (616, CPC) ou indeferimento (616, *in fine*, e, 618). Para tanto, o juiz deve analisar cuidadosamente a existência ou não de requisitos indispensáveis do processo e da ação.

³⁰¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 127; “Dessa forma, para efeito de caracterização de litispendência, pode-se considerar como elementos identificadores da ação executiva, as partes, o pedido e o título executivo. Não se quer, de forma alguma, simplesmente identificar o título executivo como causa de pedir da ação de conhecimento. Mas o que não se pode negar é a simetria existente entre ambos...”

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 96. “Na Itália o devedor é intimado do título executivo, pelo oficial de justiça (c.p.c., art. 479). O credor redige o *precetto* (art. 480) e dele o devedor é intimado também. O *precetto* é um convite a cumprir a obrigação constante do título e ao mesmo tempo uma advertência de que, no caso de inadimplemento, passar-se-á à atuação das medidas executivas”. O oficial de justiça atua, inicialmente, sob pedido do credor, ocorrendo a atuação do juiz após a formação do processo. O processo francês, segundo o autor, apresenta procedimento bastante parecido com o italiano, iniciando a execução mediante uma *interpelação* junto ao devedor. Países como Portugal e Espanha a execução possuem sistemas idênticos ao do Brasil, onde o oficial de justiça atua somente por determinação do juiz. Sendo que na Espanha “não há citação e o ato de agressão patrimonial vem logo após o requerimento do exequente”.

Como já observado, tratando-se de exigência do nosso Código de Processo Civil, tanto o *inadimplemento do devedor*, como o *título executivo*, são *requisitos específicos e necessários* para a propositura da ação executiva, muito embora, como se verá mais adiante, tanto um como o outro são fenômenos inerentes do direito substancial, cabendo, então, examinar também o grau de relevância que esses requisitos exercem no *juízo de admissibilidade* da ação executiva.

Por motivos metodológicos, o *título executivo* como requisito da execução será abordado antes do *inadimplemento do devedor*.

O Código de Processo Civil, nas seções I e II, do Capítulo III, por força da influência de Liebman, estabelece como requisitos específicos e necessários para realização de qualquer execução o *inadimplemento do devedor* e o *título executivo*.³⁰³

Para a doutrina liebmaniana, a realização de qualquer execução depende desses dois pressupostos, sem os quais falta ao credor o interesse de agir,³⁰⁴ apontando-os como sendo um de natureza *prática* (o *inadimplemento*), e o outro, de natureza *legal* (o *título executivo*).

Como requisito legal necessário à execução, assim definido pelo CPC, o *título executivo* é instituto jurídico importante, sendo objeto de históricas discussões entre estudiosos da matéria, particularmente entre Liebman e

³⁰³ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p.168-169: “Tradicionalmente, a execução sempre se baseou em sentença condenatória. No direito romano, o acesso ao processo executivo se dava por meio da *actio iudicati*, que veio substituir a antiga *manus injectio*. Na alta Idade Média, pela expansão dos negócios e crescimento das civilizações, tornou-se imperiosa a extensão do processo executivo aos outros títulos, outorgando uma via jurisdicional mais rápida e mais fácil”.

³⁰⁴ Apud, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol., 8, Do Processo de Execução, arts. 566 a 645. RT. 2000. p. 158: “A situação de fato que pode dar lugar à execução consiste sempre na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado. Só quando se verifica uma situação dessa espécie é que surge a razão de ser, o interesse prático concreto para fazer-se a execução.” E acrescenta: “a existência de um crédito insatisfeito não é porém suficiente para que possa pedir-se a execução. É ainda, necessária a existência de uma sentença legalmente pronunciada, verificando esse fato e condenando o devedor. Tal ato tem eficácia de título executório e funciona como condição necessária e suficiente da execução, segundo o princípio tradicional: *nulla executio sine titulo*.” Para TEORI ALBINO ZAVASCKI, além da maioria da doutrina, LIEBMAN também relaciona o *inadimplemento* do devedor como falta de interesse de agir, na medida que refere-se a *ele* como *razão de ser* da execução.

Carnelutti, cujas teorias servem de base para plasmar qualquer estudo sobre o tema.

Para Liebman,³⁰⁵ o título é um ato com eficácia constitutiva da sanção e a execução consiste na atuação prática da vontade da lei, sendo que os atos destinados a isso podem e devem realizar-se quando o Estado manifestou análoga vontade ou, o que é o mesmo, quando a sanção se concretizar. O ato expressivo de tal *vontade* é o título executivo que se pede, pois, considerar portador da *sanção*, e é uma decisão do juiz que aplica a sanção, ou um ato diverso que tem, por disposição de lei, idêntico efeito.

Em síntese, para Liebman o título executivo é o ato que torna concreta e atual a vontade do Estado de que se exerça uma atividade executória de determinado conteúdo e medida, a favor de uma pessoa e a cargo de outra pessoa.³⁰⁶

Já Carnelutti,³⁰⁷ ao analisar o conteúdo do título executivo, afirma que se trata de um *documento* que representa uma declaração imperativa do juiz ou das partes; tal é a sentença ou a declaração que emite o título de crédito ou a declaração feita perante o notário pelo comprador, quando promete o pagamento do preço.

Para esse autor, além representar um *documento*, o título executivo exerce essencial atividade *probatória*.

³⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo...*, p. 76: “o título executório, base e fundamento da execução que vai promover-se, constitui peça essencial do processo. Ele não é só seu pressuposto necessário; proporciona também a regra e a extensão do que deve e pode ser feito, devendo ser executado fielmente, sem ampliação ou restrição...”.

³⁰⁶ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 90-91. Em interessante estudo, sintetiza o autor: “A teoria documental esposada por Carnelutti foi criticada por Enrico Tullio Liebman, para quem o título é o ato ao qual a lei liga a eficácia de aplicar a vontade sancionatória (teoria do ato jurídico). O título executivo é um ato jurídico que incorpora a *sanção*, ou seja, que exprime a vontade concreta do Estado de que se proceda a uma determinada execução; tem, portanto, eficácia *constitutiva*, já que faz nascer a ação executiva, dando ao credor o direito de promovê-la, sujeitando o devedor a sofrê-la. Tem eficácia *constitutiva*, porque é condição *necessária e suficiente* da existência da ação. Representa ato que exprime a vontade concreta da lei de que se pratiquem os atos executivos necessários para se dar satisfação de um direito violado constitutivo da sanção”.

³⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições...*, vol. 1, p. 320.

Seguindo a tendência da doutrina brasileira,³⁰⁸ nem uma nem outra corrente italiana consegue caracterizar definitivamente os contornos da natureza jurídica do título, mesmo porque, apresentam-se incompletas, especialmente diante das peculiaridades do título executivo extrajudicial nacional.³⁰⁹

A teoria que defende o título executivo como o *ato da vontade sancionadora do Estado*, embora justifique parcialmente a natureza jurídica da sentença (ato através do qual foi constituída a vontade sancionadora do Estado), não consegue justificar de modo suficiente a natureza dos títulos executivos extrajudiciais. São títulos criados pelo Estado, através de sua atividade legislativa, e que surgem de relações interpessoais e independentes da vontade sancionadora estatal, por isso mesmo ficam de fora daquela definição.

De outra parte, a teoria de Carnelutti³¹⁰ que propõe o título executivo como *documento essencialmente probatório*, ou prova legal do crédito,

³⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 87. “Em face disso, parece temerária a aceitação (assim como a rejeição), por parte da doutrina brasileira, de qualquer das teorias italianas (e de outros países), sem a atenção para eventuais incompatibilidades com o sistema brasileiro. É que os doutrinadores italianos elaboram suas teorias (e suas críticas a teorias diversas) sobre o título executivo, tendo em vista o direito positivo de seu país. Sem dúvida é possível aproveitar-se, em grande parte, os resultados a que chegaram os debates doutrinários sobre o título executivo na Itália, principalmente se se levar em consideração os pontos de semelhanças com o sistema brasileiro. Mas o que não se pode perder de vista, em nenhum momento, são os dados do próprio direito positivo nacional, pois a aptidão para dar uma explicação sistemática desses dados é o critério fundamental para testar a validade de um conceito de título executivo, que aqui se venha a oferecer”.

³⁰⁹ Como já observado anteriormente, na Itália o credor redige o precetto e dele o devedor é intimado através do oficial de justiça (CPC italiano, arts. 479 e ss). Trata-se de um convite dirigido ao devedor para que, querendo, cumpra a obrigação nele constante. Serve ele também de uma espécie de advertência, pois no caso de não adimplemento pode o credor passar para a fase executiva (judicial, propriamente). Como se vê, o juiz só é chamado a intervir após formação dos autos, pelo escrivão. Portanto, são substanciais as diferenças entre o sistema italiano e o brasileiro.

³¹⁰ É importante esclarecer que mais tarde CARNELUTTI reconheceu que “a expressão *prova legal* não é a mais adequada para o conceito de título executivo, e nesse ponto revê suas posições. É que a prova serve para a verificação da existência histórica de um fato, não da sua eficácia jurídica, ou seja, da existência de uma relação jurídica. Ora, ‘el título ejecutivo es necesario y suficiente a fin de que el oficio considere no solo la existencia de los hechos de los cuales deriva la relación, sino la existencia de la relación misma’, e daí a necesaria conclusão de que ‘el título es algo más que una prueba legal; este algo más está ya expresado, por una feliz intuición, por la palabra *título*, que sirve precisamente para significar un documento provisto de una eficacia más intensa que la de médio de prueba, en cuanto vale para establecer la existencia de una relación jurídica, o, en otros términos, la eficacia jurídica de un hecho’. À luz destas considerações arrematou CARNELUTTI ser preferível a definição de título executivo como documento à de ato: ‘el documento, em

também é contestada, isso porque, diferente do processo de *conhecimento*, não se faz *prova* no processo de *execução*.³¹¹

Segundo a doutrina, prova é atividade inerente ao processo, “è dunque qualcosa che sta dentro nel processo e non prima di esso,”³¹² ou seja, é atividade essencialmente processual, que se exerce dentro do processo e não anterior a ele.³¹³ Ou então, como afirma Marcelo Lima Guerra,³¹⁴ só se pode falar em prova de algum fato, exclusivamente quando a existência desse fato seja objeto de uma decisão judicial. Isso é o que evidencia, prossegue o autor, com maior clareza possível, na necessária *relevância* dos fatos exigida para tornar admissível qualquer prova.

Ao formular orientação sobre o tema, Furno sustentou que o título executivo é um ato de certificação (“*accertamento*”) da situação jurídica material.

Lembrando que na literatura jurídica italiana a expressão *accertamento* é amplamente utilizada para designar a declaração de certeza (sobre uma situação jurídica) *judicial*,³¹⁵ ou seja, a declaração de vontade contida numa sentença, motivo pelo qual, para seus críticos, essa teoria limita-se à *natureza jurídica do título judicial*, abstraindo-se dos títulos executivos extrajudiciais, os quais não são resultado de declaração de certeza judicial.

Destarte, apresenta-se também como incompleta a teoria do *accertamento*,³¹⁶ para explicar a natureza jurídica do título executivo. Furno

efecto, implica el contenido, mientras que el acto no implica el continente”; (apud, ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. cit.*, vol., 8, p. 176).

³¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 96. “É que, como já se viu, no processo de execução não há cognição do órgão jurisdicional sobre o crédito, cuja satisfação forçada se requer por intermédio daquele processo.”

³¹² DENTI, Vittorio. *Intorno ai Concetti Generali Del Processo d'Esecuzione*. In *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, I, p. 109; (citado por GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 94)

³¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. cit.*, vol. 8, p. 176.

³¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.* p. 95.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 92.

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 480-481; o autor faz críticas à teoria do *accertamento*, afirmando que “...essas opiniões, além de condicionarem excessivamente a admissibilidade da execução à existência do direito subjetivo material do exequente (contrariando a realidade do direito

não explica a natureza jurídica dos *títulos executivos extrajudiciais*, os quais não nascem de um *acertamento* (julgamento ou de uma certificação), mas, sim, originam-se, em geral, de negócios, resultantes de *entendimentos* (atos jurídicos), sem precedente judicial.

Ao tratar do tema, Chiovenda³¹⁷ sustentou que todo título executório tem presentes dois elementos distintos e com diferentes significados: o *substancial* e o *formal*, ou seja, *ato + documento*.

Afirma referido autor que o título em sentido *substancial* é o ato jurídico de que resulta a vontade da lei e, em sentido *formal*, é o documento em que o ato se contém.

Também não falta crítica à teoria mista do título executivo, como aliás, vê-se da sistematização levada a efeito por Marcelo Lima Guerra,³¹⁸ ao afirmar que essa teoria insiste no mesmo equívoco daqueles que vêem no título esses elementos separadamente, e aponta fundamentos para descaracterizá-la: sustenta, inicialmente, que a mera posse de um documento – título executivo é condição necessária e suficiente para se requerer a execução forçada; aduz que a cognição realizada pelo juiz na execução não vai além do exame da existência do título executivo e, finalmente, sustenta que é defeso ao devedor alegar no próprio processo matéria de defesa contra o crédito, só podendo fazê-lo pela via dos embargos do devedor.

Efetivamente, segundo a crítica,³¹⁹ a tese do título como *ato + documento* cria um hiato na estrutura do processo de execução e na natureza jurídica do título executivo, no momento em que se atribui a esse último um

positivo), pecam ainda por aproximarem a sentença condenatória à meramente declaratória e por forçarem o entendimento de que também nos títulos extrajudiciais haveria um *acertamento*”.

³¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. 1, p. 375.

³¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 96-97. Sua posição é idêntica a de MANDRIOLI, “para quem a única condição da ação executiva é o título executivo...” (p.122, *ob. cit.*).

³¹⁹ *Ibid.*, p. 97, citando crítica de ANDOLINA à teoria mista de CHIOVENDA. “Verifica-se, portanto, que a concepção do título executivo como ‘ato + documento’ cria ‘um transparente *hiatus* tra ‘struttura’ Del processo di esecuzione forzata e ‘natura giuridica’ del titolo esecutivo: dal momento Che si ascrive a quest’ultimo un elemento strutturale (atto giuridico), di cui allo stes tempo si riconosce la irrelevanza nell’ambito dell’esecuzione forzata”.

elemento estrutural (ato jurídico), do qual ao mesmo tempo se reconhece a irrelevância no âmbito da execução forçada.

Entretanto, foi Andolina quem formulou a teoria da *representação documental típica de crédito*, amplamente acatada pela doutrina nos dias atuais.

Segundo essa teoria, “o título é um documento representativo do direito objeto da execução forçada. Essa representação documental constitui o parâmetro pelo qual se avalia o conteúdo quer da posição processual do credor, quer do poder jurisdicional do órgão executivo. É dizer que, de fato, nem o credor pode pedir nem o órgão executivo pode dar mais do que está indicado no título executivo. Contudo, o órgão judicial conhece do título não como meio de prova do crédito, mas como um pressuposto legal de sua própria atividade. Por isso mesmo, conclui Andolina³²⁰, a eficácia própria do título executivo está fortemente ligada não ao ato jurídico material, mas ao documento”,³²¹ sustentando, por fim, que *o título é um fragmento do processo de execução*.

Postas de modo breve essas considerações, cumpre, então, analisar o título executivo segundo o direito nacional.

Segundo Marcelo Lima Guerra, a doutrina que examina o direito processual brasileiro não tem ofertado aos interessados vastos e profundos

³²⁰ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 94; ao sistematizar os comentários a respeito do pensamento de Andolina, assinala o autor: “Italo Andolina, a seu turno, observa que o título executivo não é *prova legal de crédito*, muito menos *título legal*. Não é prova de crédito, porque a existência do crédito não constitui objeto de julgamento no bojo do processo de execução forçada. E não é título legal, porque a eficácia formal do título não equivale à soma da eficácia própria da prova legal com eficácia do ato jurídico. Não se trata de uma combinação de *fato jurídico* e *de prova*. Em verdade, na estrutura do título executivo, é possível vislumbrar, ao mesmo tempo, a presença tanto do *ato jurídico* como do *documento*. Disso resulta que, de um lado, a mera posse de um documento-título executivo põe o credor na condição de obter a prolação de um determinado provimento executivo; de outro, eventual vício do ato jurídico coloca o devedor na condição de exercer o controle da cognição sobre a execução forçada (*contestação atinente ao mérito*). (...). O *título executivo-documento* daria base ao fenômeno da *autonomia*, enquanto o *título executivo-ato jurídico* fixaria os seus limites, possibilitando a discussão sobre o fundamento material da ação executiva”.

³²¹ 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, Revista dos Tribunais, 1998, p. 419.

estudos sobre o nosso título executivo, sendo o tema relegado a um segundo plano, como, aliás, ocorre com o sistema executivo em geral.³²²

Como também salienta esse autor,³²³ as dificuldades para oferecer um conceito compreensivo e definitivo de título executivo já se apresentam na denominação do instituto pela norma jurídica.

Em dado momento é tratado como *documento* (arts. 584,V, 585, I, II, e VI e 614, I, do CPC), noutra parte é mencionado como *ato* (arts. 584, I, II, III e IV, do CPC), ou como se pode observar do art. 585, IV, V, e VII, do CPC, é tratado como *crédito* ou até mesmo *obrigação*.

Na legislação extravagante pode-se também verificar o título executivo, ora como *documento*, no art. 117, 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 (*Lei de Falências*),³²⁴ ou como *ato + documento*, conforme se infere do art. 211, da Lei 8.069/90 (*Estatuto da Criança e do Adolescente*);³²⁵ ou, ainda, como *crédito e ato + documento*, segundo se vê do art. 107, inciso I, da Lei 6.404/76 (*Lei de Sociedade Anônimas*),³²⁶ o que só vem comprovar a diversidade de natureza existente em nosso direito.

Essa diversidade de denominações demonstra a ausência de rigor na sistematização legislativa, porém, é importante que se diga que tais

³²² GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 99. Comenta o autor: “No Brasil, como aliás já se teve oportunidade de assinalar, o título executivo, ao contrário do que ocorre em relação a outros temas processuais, não tem sido, até agora, objeto de estudos aprofundados, haja vista a inexistência de monografias sobre o assunto, bem assim o pequeno espaço que se lhe reservam os manuais e obras outras de comentários ao Código em vigor”. Cumpre observar, por dever de justiça, que o autor proferiu críticas em sua obra publicada no ano de 1995, antes, portanto, da publicação da obra *Título Executivo*, de autoria de Sérgio Shimura, cujo conteúdo resgata com muita riqueza a omissão dos processualistas no tocante ao tema.

³²³ Id.

³²⁴ Diz o texto legal: “O arrematante dará um sinal nunca inferior a 20% (vinte por cento); se não completar o preço, dentro de 3 (três idas, será a coisa levada a novo leilão, ficando obrigado a prestar a diferença porventura verificada e a pagar as despesas, além de perder o sinal que houver dado. O síndico terá, para cobrança, ação executiva, devendo instruir a petição inicial, com a *certidão* do leiloeiro” (o grifo não consta do art. 117, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 7.661/45).

³²⁵ Art. 211, da Lei 8.069/93: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar *dos interessados compromisso* de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial” (o grifo não consta do texto original).

³²⁶ Art. 107,I, da Lei 6.404/76: “promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (art. 108), processo de execução para *cobrar as importâncias devidas*, servindo o *boletim de subscrição e o aviso de chamada* como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil” (os grifos não constam do original).

imperfeições não podem servir de pretexto para que o tema não seja colocado no seu devido lugar de destaque.

Na doutrina nacional não há unanimidade a respeito do conceito ou da natureza jurídica do título executivo,³²⁷ variando as posições segundo a corrente a que se filia o respectivo autor, porém, é possível perceber uma tendência que é de a de prestígio à *teoria mista* e que pode ser sintetizada como *ato retratado documentalmente*, complexo por natureza.³²⁸

³²⁷ AMILCAR DE CASTRO afirma que “o título executivo, em sua forma externa, abriga o direito que tem o exequente contra o Estado de recorrer às vias judiciais e em seu elemento intrínseco é que deve conter a decisão judicial ou a obrigação a ser executada”; Para PONTES DE MIRANDA “o título é o documento que contém a relação jurídica, de que se irradia a obrigação”; MOACYR AMARAL SANTOS assinala que o título consiste no documento que, ao mesmo tempo em 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 confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este”; JOSÉ FREDERICO MARQUES sustenta que “ele é ato jurídico e documento a um só tempo”; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “o título deve ser concretizado em um documento, no qual se contenha relação jurídica bilateral entre as partes”; VICENTE GRECO FILHO preleciona que “é documento ou ato ou ato documentado que consagra obrigação certa e que permite a utilização direta da via executiva”; MARCELO LIMA GUERRA afirma que se trata de “representação documental típica de um direito líquido, certo e exigível”; (apud, ZAVASCKI, Teori Albino, *Ob. cit.*, vol. 8, p. 177-178); Contudo, cumpre ver opinião de alguns outros: ARAKEN DE ASSIS, seguindo os passos de ANDOLINA, conclui sua exposição afirmando que o título executivo se constitui numa “representação documental típica do crédito” (*Ob. cit.*, p. 126); Para LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, após fixarem que os títulos executivos são institutos de natureza processuais e não do direito material, afirmam que “é ato, retratado documentalmente, necessário e suficiente para ensejar atuação executiva, sem nova ou prévia investigação do mérito” (*Curso Avançado...*, vol. 2, p. 44); CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO define o título executivo como sendo “o ato ou fato jurídico legalmente dotado da eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão” (*Execução...*, p. 457); NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, embora não tratem particularmente da natureza jurídica ou do conceito do título executivo, todavia, ao abordarem o instituto afirmam que “não há execução que não se aparelhe por meio de título executivo, judicial ou extrajudicial. Trata-se de processo documental (...), pois o título é documento indispensável à propositura da ação (CPC 283) e sua falta acarreta o indeferimento da petição inicial, caso não emendada na forma do CPC 284” (*Código de Processo Civil...*, p. 1088); SÉRGIO SHIMURA conceitua o título executivo como sendo “o documento ou o ato documentado, tipificados em lei, que contêm uma obrigação líquida e certa e que viabilizam o uso da ação” (*Ob. cit.*, p. 112).

³²⁸ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p.110; ao enfrentar o problema o autor faz interessante comentário: “No conceito de título executivo, refletem-se as duas idéias, podendo distinguir-se um título *processual*, como documento, e um título executivo *substancial*, como negócio jurídico documentado. Na verdade, o título que se reclama como pressuposto da execução forçada é tanto título-documento como título-direito. Isso porque há de se considerar os requisitos *formais* e os requisitos *substanciais*: quer dizer, o título há de satisfazer a uma certa forma e ter um certo conteúdo. Não é só prova, nem só documento, mas sim um *fato complexo*”. O autor cita exemplos: o caso de uma escritura pública (*forma*): se contiver em seu bojo um mútuo, será título executivo (art. 585,II). Já não o será se o negócio nela documentado for uma empreitada ou uma compra e venda de imóvel. O mesmo se passa com o objeto do título (*substância*) um mútuo dará lugar à execução se, por exemplo, estiver representado por uma nota promissória (art. 585,I). Não será possível, todavia, executá-lo sem a prévia condenação, se o mútuo estiver retratado em documento particular, sem testemunhas”.

Nessa linha é a posição da jurisprudência, conforme se pode notar neste julgado: “A instauração da execução em Juízo pressupõe a existência de título executivo, ou seja, *documento* que autorize a coação estatal para o cumprimento da obrigação nele contida. Para que ordene a execução, portanto, basta ao juiz a aparência de título executivo substancial, podendo encontrá-la no documento apresentado”.³²⁹

Marcelo Lima Guerra afirma que o título executivo “*é a representação documental típica de um direito líquido, certo e exigível*”.³³⁰ Como se pode ver, a definição acima, inspirada na teoria de Andolina, adiciona ainda os requisitos legais de *certeza, liquidez e exigibilidade*, atributos que pertencem ao *conteúdo* do ato jurídico subjacente e (não ao título em seu aspecto objetivo), inerentes, portanto, ao direito material.³³¹

Esses fundamentos podem ser analisados sob dois planos: a) de um lado, como premissas, verifica-se no sistema executivo nacional que a apresentação de um documento (“*documento-título executivo*”³³²) caracterizado como título executivo, é *indispensável* e também *suficiente* para se obter tutela executiva. É *indispensável* por determinação legal (art. 583 e 614, I, CPC), e é *suficiente* porque na execução, de ordinário, não se discute a causa subjacente do crédito, basta a posse do documento título. Na causa subjacente de qualquer título executivo existe um ato jurídico (pode ser de natureza administrativa, negocial, jurisdicional, etc.), todavia, essas causas que informam a *legitimidade substancial* do título, não possuem nenhuma relevância quer para o controle de admissibilidade realizado pelo juiz, quer para a realização dos atos práticos subseqüentes que levem à satisfação do crédito do exeqüente.

³²⁹ Revista dos Tribunais n. 596, p. 167; Ap. 169.945-5, TACiv-SP, Rel. Juiz Accioli Freire.

³³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 116.

³³¹ O autor referido admite e permanece no entendimento de que a certeza, liquidez e exigibilidade são qualidades inerentes da obrigação, cabendo à teoria geral das obrigações suas definições, entretanto, sustenta que tais qualidades devem ser entendidas, enquanto *elementos integrantes da previsão legal dos títulos executivos*.

³³² GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p.105.

Ocorre que aqui o juiz não *acerta* (não julga, não certifica) a existência do crédito. Basta o exame sobre a regularidade formal do *documento-título executivo* para o deferimento ou não da inicial.

Como se sabe, o *documento* apresentado como título executivo *não é prova* do crédito por ele representado. No processo executivo, ao contrário do cognitivo, não é necessário *provar* a existência do crédito, uma vez que nele não se verifica *juízo* a esse respeito, exceto se houver embargos. Nesse caso, a *prova* sobre a existência do crédito se dá *fora* do processo de execução, na forma de incidente defensivo. O *documento-título executivo* deve ser considerado como uma *representação documental do crédito*, ou seja, de certo modo, é ato, ou como afirma Andolina, é um *fragmento* do processo de execução.

Ao caracterizar o título executivo como *fragmento*³³³ (ou *ato*) do processo de execução (ou seja, como algo que só *existe* no processo de execução e esgota nesse toda a sua eficácia), torna-se possível a percepção de alguns fenômenos identificáveis na onda dessa análise, sendo eles: i) a *operatividade* (eficácia) que tem o título executivo no processo de execução, independe da variedade de eficácia que se encontra nos diversos *atos* jurídicos subjacentes ao título; ii) os atos jurídicos subjacentes ao título executivo podem ser atacados (*impugnados*), independentemente da existência de um processo de execução (ação declaratória, ação rescisória, ação de prestação de contas,³³⁴ etc.), enquanto que a *qualidade de título executivo* desses atos só pode ser negada nos embargos do devedor (ou seja, tais atos só podem ser

³³³ Fragmento, como ato do processo de execução não como um ato processual da parte (art. 158 do CPC – “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”), mas, como fenômeno estritamente processual, ou, até mesmo como documento indispensável para a propositura de ação, integrante da petição inicial, como aliás, sustenta Marcelo Lima Guerra, “considerando o título executivo como ‘ato do processo de execução’, se quer tão somente sublinhar o seu caráter estritamente processual, ou seja, como algo que não existe fora do processo de execução, mas apenas quando nele é inserido, correspondendo, portanto, ao resultado de uma atividade aí realizada. Por outro lado, é possível mesmo considerar que, na qualidade de ‘documento indispensável’ à propositura da ação executiva, o título executivo *integre* a petição inicial. Nesse sentido, ele é mesmo *fragmento* de um ato processual, ou seja, da demanda, formalizada na petição inicial, com a qual se instaura o processo executivo”. (GUERRA, Marcelo Lima, *ob. cit.* p.107).

³³⁴ PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ob. cit.* A autora trata das *ações prejudiciais à execução*.

impugnados, enquanto títulos executivos), depois, portanto, que o processo de execução já tenha sido instaurado; iii) finalmente, de inferir-se que a declaração negativa de qualidade de título executivo não implica em vício (*lato sensu*) do ato jurídico subjacente e o vício mais grave desse mesmo ato não impede a existência de título executivo.

Ainda, segundo o disciplinamento do nosso Código de Processo Civil, é necessário que haja no título a caracterização e os limites dos elementos *objetivos* e *subjativos* da tutela pela indicação do credor e do devedor, qual a natureza da obrigação e sua extensão quantitativa.

Destarte, com fundamentação universalmente aceita, as premissas levadas a efeito nessa conceituação, em sua primeira parte, é merecedora de acolhimento.

Seguindo a definição proposta de título executivo (como sendo *representação documental típica de um direito líquido, certo e exigível*), cumpre examinar sua parte final, ou seja, os requisitos de *certeza, liquidez e exigibilidade*, contidos na norma legal (art. 586, do CPC), uma vez, também, que é previsto em nosso sistema e que, a ausência de um desses atributos, é causa de nulidade do processo (art. 618, I, do CPC).

Com a edição do atual Código de Processo Civil, corrigiu-se uma imperfeição existente no sistema revogado atinente aos títulos executivos. Havia na vigência do CPC de 1939 distinção relevante entre título *executório* e título *executivo*. Estes, serviam de base para o surgimento da *ação executiva*, que consistia num misto de *cognição* e *execução*, sendo que era indispensável o julgamento do mérito e podem ser comparados aos títulos extrajudiciais; enquanto que os *títulos executórios* eram aqueles que atualmente são denominados de *judiciais* e que já gozavam de eficácia, tal como hoje.

Outra inovação importante trazida pelo atual CPC foi a equiparação da *eficácia*³³⁵ dos títulos executivos *extrajudiciais* com os *judiciais*, eliminando a vetusta ação executiva, resquício do medieval *processus summarius executivus* já abandonado na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos.³³⁶

Nesse sentido é que se aplica a regra do art. 586, do CPC, a todos os títulos executivos, indistintamente, contendo a mesma eficácia tanto os *judiciais* como os *extrajudiciais*.

Feitas essas considerações, é importante fixar que não se pode abandonar a noção de que os predicados de *certeza*, *liquidez* e *exigibilidade*,³³⁷ são inerentes do ato subjacente do título, ou seja, pertencem

³³⁵ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 114: “Vê-se, pois, que por eficácia do título executivo entende-se a força que o mesmo possui no sentido de impossibilitar a discussão a respeito do crédito afirmado pelo exequente. No bojo do procedimento executório, regra geral, não se permitem o exame e o contraditório acerca da existência do direito invocado pelo credor”. Para ARAKEN DE ASSIS, “O implemento do termo ou da condição outorgam atualidade ao crédito (art. 572 do CPC). Termo é fato natural, verificável no próprio título, e por esta razão carece de qualquer prova, em princípio, tirante a do chamado termo incerto (...). Ao contrário, a condição, porque evento futuro e incerto, carecerá de prova na petição inicial da ação executória (art. 614, III, do CPC)”; (*Ob. cit.*, p.132).

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 457; Ao comentar o tema, acrescenta o autor: “Assim, quando falamos hoje em título executivo, temos em mente todos aqueles, de qualquer origem, que a lei constitui como tais (no CPC, arts. 584 e 585), todos eles conduzindo a uma execução que é sempre a mesma, mesma estrutura (apenas em sede de embargos do executado é que surgem diferenças, dada a inexistência de julgado anterior, quando se trata de título extrajudicial...)”.

³³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, vol 2, p. 58: afirmam os autores: “Certeza da obrigação refere-se unicamente à exata definição de seus elementos. Ou seja, o título executivo (um único documento ou, excepcionalmente, uma série de documentos a que a lei atribui tal qualidade) retratará ‘obrigação certa’, quando neles estiverem estampadas a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos. O título terá de deixar claro quem é o credor e o devedor; se a obrigação é de fazer; não fazer ou dar; fazer o quê, não fazer o quê – assim por diante”. Lembrando que se se tratar de *obrigação alternativa*, cuja escolha da prestação, dentre duas ou mais, couber ao credor ou devedor, essa circunstância não afetará o requisito *certeza* do título. A questão se resolve na forma do art. 571, 1º e 2º, do CPC. “Não é de descartar que, no prazo que lhe é concedido, o devedor compareça e exerça a opção, mas não cumpra a obrigação, hipótese em que a execução irá adiante, relativamente à prestação” (autores citados, p. 58); “estará satisfeito o requisito da exigibilidade se houver a precisa indicação de que a obrigação já deve ser cumprida (seja porque ela não se submete a nenhuma condição ou termo, seja porque estes inequivocamente já ocorreram ou estão demonstrados); O art. 572 orienta que “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo”; finalmente, “há liquidez, autorizadora da execução, quando o título permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens devidos, quer porque a traga diretamente indicada, quer porque o número final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou fontes oficiais, pública e objetivamente conhecidas. Em outros termos, liquidez consiste na determinação (direta ou por mero cálculo) da quantidade de bens objeto da prestação (e, conseqüentemente, da execução)”. (autores citados, p. 58).

ao direito subjetivo nele contido,³³⁸ e não do título propriamente, como, aliás, sustenta a doutrina.³³⁹ Dentro dessa aparente contradição (que tais predicados integrem o ato jurídico subjacente e, ao mesmo tempo, como requisito do título executivo), a tese sob comento justificou suas presenças na natureza jurídica do título como sendo *elementos integrantes da previsão legal dos títulos executivos*.

Sustenta-se como correta essa posição,³⁴⁰ eis que, como já mencionado, no processo de execução não se faz *prova de crédito*. Se se trata de *título executivo judicial* o *accertamento* (julgamento) já ocorreu com a sentença condenatória passada em julgado e, em se tratando de *título executivo extrajudicial*, embora não tenha havido nenhum julgamento anterior, a lei equipara sua eficácia executiva à do título executivo judicial.³⁴¹

Veja-se a hipótese de *exigibilidade* prevista no art. 572, do CPC, que determina que o credor somente poderá executar o título executivo judicial mediante *prova* de que cumpriu condição ou termo previstos na decisão.

Evidentemente que o art. 572 (também os arts. 614, II, 615, IV e 618, I e III), do CPC, não está cometendo nenhuma teratologia em face do sistema,

³³⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 108; Ao tratar dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo, o autor remete-se às definições do direito material, mais especificamente ao direito das obrigações: “uma obrigação é líquida quando é perfeitamente individualizada e caracterizada a prestação que ela tem por conteúdo. Por outro lado, é certa uma obrigação quando não resta dúvida quanto à sua existência. Finalmente, tem-se como exigível uma obrigação quando sua eficácia não está sujeita a nenhum ‘impedimento’ (condição suspensiva, termo inicial, etc)”.

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 487. Afirma esse autor: “Andou mal a lei do processo, ao falar em título líquido, certo e exigível (art. 586). As qualidades de liquidez, certeza e exigibilidade não se referem ao título em sentido formal, ao ato jurídico dotado de eficácia executiva, mas seu conteúdo, ou seja, ao direito subjetivo atestado (nota: Satta – *L'esecuzione forzata*, n. 25-26).”

³⁴⁰ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 114: “*Substancialmente*, título é apreciação oficial do fato pelo juízo, no caso de ser judicial, ou negócio pactuado entre as partes, sendo o título extrajudicial. *Formalmente*, é o documento oficial ou extrajudicial, autêntico, em que a obrigação está contida. É o papel continente do que foi escrito nos autos da ação, pelo julgador, como decisão oficial, ou do que foi subscrito pelo devedor em favor do credor. Como pressuposto do *direito de crédito*, exige-se o título em seu elemento intrínseco, substancial. Como pressuposto da *relação jurídica processual*, somente é exigido o documento, o título em sua forma externa”.

³⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 489-490. Não se pode desconsiderar importantes fundamentos do autor quando sustenta que “Nem o mais idôneo de todos os títulos executivos, que é a sentença civil condenatória passada em julgado, seria capaz de atestar a existência do crédito no momento da execução: o lapso que medeia entre sua prolação possibilita a extinção do crédito pelo próprio adimplemento, por prescrição, novação, etc. A equivocada definição contida no art. 1.533 do Código Civil é incapaz de remover essa realidade.”

pois, depreende-se dessa *condicionante*, que não se está exigindo prova em sentido estrito, tal como aquela prevista na cognição. Essa, como se sabe, demandaria o contraditório, com amplo debate entre as partes, e com dilação probatória assegurada. Entretanto, presume-se que a *prova* possível e suficiente deva ser feita através de simples documento, recaindo qualquer outra discussão decorrente dessa *prova* para a via dos embargos do devedor.

Diante dessa posição, surge uma importante indagação: como o art. 586, do CPC, acomoda-se no sistema, se a *certeza, liquidez e exigibilidade* são qualidades do crédito as quais *não cabe ao juiz conhecer de plano*, senão na via dos embargos? No âmbito do processo de execução, o juiz não conhece do direito subjacente ao título cuja tutela se pede.³⁴² Em sede de *controle de admissibilidade* o juiz não *acerta* (não julga), ou porque já houve o julgamento através de sentença trânsita em julgado, ou porque se trata de título executivo extrajudicial, e, nesse caso, inexistente qualquer acerto a ser feito. Como quer que seja, interpretação mais lógica que se pode dar à exigência do art. 586 “é a de que tal dispositivo impõe, na verdade, a mera ‘representação documental’ da exigibilidade. Em outras palavras, o que se exige do credor é que o referido atributo resulte ou integre a própria ‘representação documental do crédito’ apresentada no título executivo”.³⁴³ Pode essa representação documental se apresentar *complexa*, ou seja, exigir mais de um documento, caso do encargo de condomínio (585, IV, do CPC), em que se faz necessário juntada da convenção, certidão do registro imobiliário, comprovantes das despesas e ata da assembléia geral que instituiu

³⁴² SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 113: “Em regra, só por meio de embargos à execução o devedor pode obstruir a eficácia do título executivo. Enquanto não julgados os embargos, o título conserva sua forma e força no plano processual”.

³⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p.110. Ao analisar o tema, complementa o autor: “Compreender a ‘prova’ da exigibilidade como elemento integrante da representação documental do crédito apresentada como título executivo, significa, na perspectiva do exame feito pelo juiz quanto a esse requisito, que nesse exame o órgão jurisdicional deve se ater à simples aparência resultante da representação documental que lhe apresenta o credor. Esse é, apesar da diversidade de terminologia e de enfoque, o entendimento predominante na melhor doutrina brasileira”. (p. 110-111). Interessante citação é feita por ERNANI FIDELIS DOS SANTOS que diz “quando a exigibilidade, aparentemente, está presente no título, a inexigibilidade, se existir, vai depender de prova e de pronunciamento judicial, razão pela qual mister se faz a instauração de um processo de conhecimento (podem ser os embargos), que o reconheça, através de sentença” (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1993, vol. 2, p. 20).

a obrigação, como também é comum pela apresentação de um único documento-título.

É certa a afirmação de que a *exigibilidade*, aparentemente, está presente no título executivo, já a *inexigibilidade* depende de prova e de decisão judicial em processo de conhecimento, o mesmo pode-se dizer no tocante à certeza e à liquidez, igualmente arroladas no art. 586, do CPC.

A *certeza* de uma obrigação representada documentalmente por um título executivo só pode ser conferida e atestada mediante *accertamento* judicial, ou como sustenta a doutrina.³⁴⁴

O que se pode concluir é que: i) o título executivo é pressuposto indispensável e específico do processo de execução; ii) como a *liquidez*, *certeza* e *exigibilidade* do crédito,³⁴⁵ por força de lei, são elementos que integram a *representação documental* (título executivo), a mera aparência desses atributos são suficientes para propositura de ação de execução, cabendo ao juiz o exame prévio e de ofício somente dessa caracterização aparente.³⁴⁶ A ausência, por completo, de um desses atributos, no documento, dá causa a nulidade do título, na forma do art. 618, do CPC, sem que implique, necessariamente, em nulidade ou inexistência do crédito ou da obrigação, sendo, pois, o título executivo, *somente* um pressuposto específico da ação executiva.

³⁴⁴ “O requisito certeza do crédito há de ser compreendido em termos adequados à feição peculiar do processo de execução. Por isso, tal atributo deve ser interpretado como significando apenas a ‘clareza’ com relação aos aspectos subjetivos (= titularidade) e objetivo (= objeto) do crédito, tal qual resulta da documentação-título executivo em que ele está representado” (MARCELO LIMA GUERRA, *ob. cit.* p. 114). Também, como sustenta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Assim é que, quando se fala em direito certo, pensa-se num, direito cujos elementos sejam perfeitamente conhecidos; em outras palavras, será certo um direito, se definidos os seus sujeitos (ativo e passivo) e a natureza da relação jurídica e do seu objeto. Não haveria nem por quê exigir a segura existência do direito, como requisito para executar. Como ficariam os embargos à execução?” (*Execução...*, p. 490).

³⁴⁵ Até porque, como sustenta MARCELO LIMA GUERRA, a falta desses requisitos (certeza, liquidez e exigibilidade) implica em inexistência de título executivo. (*Ob. cit.*, p. 116).

³⁴⁶ É nesse sentido a jurisprudência: “EXECUÇÃO – DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO SEM CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. NULIDADE DA AÇÃO INTENTADA. Quando o título, que embasa a ação executiva, não apresenta dívida certa, líquida e exigível, acarreta a nulidade do processo, que pode ser decretada de ofício (...), basta que seja alegada a nulidade absoluta. Cópia de documento, mesmo que autenticada, não é título que possa embasar execução. Apelo improvido. (TARS – AC 185.037.405 – 3ª CCiv. – Rel. Juiz Celeste Vicente Rovani – j. 04.09.85) Jurisprudência citada por GAMA, Ricardo Rodrigues, *ob. cit.*, p. 61.

6.3 O INADIMPLENTO COMO FENÔMENO INTEGRANTE DA CAUSA DE PEDIR

Com relação ao *inadimplemento*, como requisito para admissibilidade de execução, visíveis são as controvérsias e dúvidas que ainda existem em torno desse tema.

A maioria da doutrina³⁴⁷ pátria prefere aderir às clássicas lições de Liebman, sem contudo, oferecer esclarecimentos suficientes para justificar o

³⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Ao tratar do interesse de agir na ação executiva, afirma o autor que *ele* nasce a partir do *inadimplemento do devedor*, sem contudo, trazer maiores fundamentos (*Ob. cit.*, vol. 3, p. 212); HUMBERTO THEODORO JUNIOR, embora admitindo que a conceituação de *inadimplemento* pertence ao direito material, valendo-se, para tanto, da lição de AGOSTINHO ALVIM, também não aduz maiores esclarecimentos a respeito, *limitando* seus comentários sobre a realidade do nosso direito processual positivado (*Processo...*, p. 121-123); VICENTE GRECO FILHO também limita-se em comentar o inadimplemento como requisito necessário a todas as execuções e que sua ausência resulta em falta de interesse processual, sem nenhum aprofundamento a respeito dessa polêmica (*Ob. cit.*, vol. 3, p. 21-22); LEONARDO GRECO, diz que “o inadimplemento, como elemento integrante da causa de pedir, é questão de direito material (CPC, art. 580), mas a sua afirmação preenche a condição da ação do interesse processual”. (*O Processo de Execução*. vol 1, Renovar, 1999, p. 326); JOSÉ FREDERICO MARQUES afirma que “o inadimplemento do devedor é apontado como um ‘dos requisitos necessários para realizar qualquer execução’, consoante a rubrica do Capítulo III, do Livro II, do Código de Processo Civil. Trata-se, no entanto, de requisito ou pressuposto prático, para instaurar-se o processo de execução, pois que pressuposto jurídico necessário (e também suficiente) é o título executivo” (*Manual de Direito Processual Civil*. vol. 4, Bookseller, 1997, p. 94); NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, sem estabelecer nenhuma discussão a respeito, afirmam que “Só haverá interesse processual que autorize o credor a promover a execução, quando caracterizar-se o inadimplemento do devedor. Caso contrário, a petição inicial da ação de execução deverá ser indeferida por carência de ação (CPC 267 VI)” (*Código de Processo Civil...*, p. 1.087). Para PONTES DE MIRANDA o inadimplemento é fenômeno do direito material: “Não é só interesse processual o que falta ao credor que promove a execução sem ter ocorrido o inadimplemento (...) falta-lhe a ação (de direito material)” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Forense, 1974, p. 186, apud, ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8, RT. p. 160); ARAKEN DE ASSIS afirma que “como quer que seja, seguindo a pista, o descumprimento voluntário da obrigação constante do título (art. 580, parágrafo único) corresponde à categoria do interesse; o título, à da possibilidade do pedido formulado. Em verdade (prosssegue o autor) como se assinalou linhas atrás (...), a ação (processual), ou seja, a ação que deriva do direito de acesso à justiça, não comporta restrições. Os ‘requisitos’ sob análise não de referir-se, pois, à pretensão a executar, à ação executória”. Interessante anotar que referido autor afirma que “a averiguação do inadimplemento respeita ao mérito” (*Ob. cit.* p. 121); LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, quando tratam da “Inserção dos Requisitos Específicos da Execução no Regime dos Pressupostos Processuais e Condições da Ação”, afirmam que “Todos os requisitos específicos da execução têm de ser enquadrados na teoria geral do processo, pois não são requisitos avulsos e separados de todo o sistema processual. A existência de título executivo e a certeza e liquidez da obrigação podem ser inseridas no âmbito geral da possibilidade jurídica do pedido. A lei veda demanda executiva que não cumpra tais requisitos. Pedido de execução sem título executivo, que represente obrigação certa e líquida, é juridicamente impossível. Alguns autores, todavia, preferem qualificar esse defeito como falta de legítimo interesse de agir: quem pede execução sem dispor de título perfeito estaria lançando mão de instrumento inadequado. Outros, ainda, inserem a questão no âmbito dos ‘pressupostos processuais específicos da execução’. A exigibilidade e o inadimplemento (este com a ressalva acima feita) concernem ao interesse de agir. Não sendo a obrigação ainda exigível ou não se alegando seu descumprimento, não há necessidade de tutela jurisdicional executiva. Sejam reputados condições da ação ou pressupostos do processo de execução, o essencial é que a falta de qualquer desses requisitos é questão de ordem pública, a ser examinada de ofício pelo juiz (independentemente de provocação pelo executado), a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (arts. 598 c/c os arts. 267, parág. 3º, e 301, parág. 4º) – exceção feita, reitera-se, ao inadimplemento, que deve ser suscitado pelo devedor”. (*Curso Avançado...*, vol. 2, p. 61-62). Pode-se deduzir da posição desses autores, que o *inadimplemento* não é de ser considerado como requisito integrante das condições da ação e dos pressupostos processuais, posto que não se enquadra nas hipóteses de matéria de ordem pública.

inadimplemento como requisito processual, sujeito, pois, a exame de ofício pelo juiz.³⁴⁸

Parte da doutrina nacional vem se opondo a essa posição, justificando que essa concepção “deixou-se levar pela influência do direito positivo e por essa ilusão sendo muito comum o tratamento do inadimplemento como se fosse fator constitutivo da ação executiva”.³⁴⁹

Para Cândido Dinamarco³⁵⁰ o inadimplemento deve ser apontado na petição inicial com elemento integrante da causa de pedir, sob pena de incongruência, sem que isso signifique que *ele* (o inadimplemento) se caracterize como uma condição da ação ou mesmo integre o conceito de interesse de agir, na execução.

O *inadimplemento do título executivo*, previsto e selecionado como requisito necessário para a realização de qualquer execução (art. 580, CPC), mostra-se incompatível com o sistema processual executivo, posto que inexistente (pelo menos na modalidade de execução forçada, por quantia certa) a fase cognitiva capaz de investigar situação fática, que é fenômeno de natureza comprobatória e que deve ser apreciado em sede de embargos de devedor.³⁵¹

³⁴⁸ MARCELO LIMA GUERRA apresenta, também, importante contribuição para esta discussão, fazendo, inclusive, críticas à doutrina nacional que, se de um lado, “não se afasta dessa concepção tradicional, de outro não é clara nem uniforme a respeito do aspecto processual do requisito do inadimplemento do devedor, o que leva a que o fenômeno fique sem uma explicação satisfatória (esclarece o autor, em nota n. 7, que por aspecto processual entende-se, aqui, as questões relacionadas com o controle ou verificação, no próprio processo de execução, do atendimento do requisito)” (*Ob. cit.*, p. 75). Em que pese a crítica tenha fundamento para a maioria da doutrina, entretanto, deve-se ressaltar alguns outros autores que trazem o tema à debate, como CÂNDIDO DINAMARCO e ARAKEN DE ASSIS.

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 414. “Ao incluir o inadimplemento entre os ‘requisitos para realização de qualquer execução’ (arts. 580 ss.), cometeu o Código de Processo Civil ao menos uma impropriedade, ficando incoerente consigo mesmo e com o sistema que contém (...): se o inadimplemento fosse realmente condição da ação executiva, dele haveria o juiz de conhecer de-ofício e não somente mediante os eventuais embargos do executado (arts. 741, inc. VI, c/c art. 680, 1ª hipótese)”.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 415.

³⁵¹ Como já mencionado anteriormente, a arguição de pagamento do título, quando possível através de simples documento, comprovável de plano, tolerada pelo sistema dentro daquelas hipóteses excepcionais, pode ser feita pelo devedor através de *objeção de executividade*, porém, nem por isso é atividade que pode o juiz exercer de ofício, sendo pois, matéria de mérito da execução. A título de exemplo: caso o credor alegue falsidade no documento havido pelo devedor como recibo de pagamento, impõe-se o indeferimento da objeção, remetendo a discussão para os embargos de devedor. Havendo necessidade de dilação probatória, escapa às hipóteses de cabimento da objeção.

Como já enfatizado, não é matéria que o juiz possa apreciar de ofício, sendo essa alegação dependente de iniciativa da parte e verificável mediante os instrumentos processuais adequados, em geral, através dos embargos de devedor.

Ademais, o *inadimplemento* do direito consagrado na sentença ou da obrigação contida no título que a lei confere eficácia de título executivo é questão relacionada “ao não-cumprimento da prestação (*e que*) situam-se no plano do direito material, cuja solução, como se sabe, refoge ao âmbito fechado do processo executivo”,³⁵² remanescendo como matéria de mérito,³⁵³ sendo apreciável na via dos embargos do devedor.

O inadimplemento do devedor encartado na causa de pedir da petição inicial, é *ocorrência* (negativa de pagamento) que se presume,³⁵⁴ ou no dizer de Alberto Reis,³⁵⁵ “a execução pressupõe uma atitude ou um ato ilícito do devedor: a mora, a falta de cumprimento da obrigação e conseqüentemente a violação do direito do credor”,

³⁵² GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 83.

³⁵³ “O inadimplemento pode ser relativo ou absoluto. A mora é inadimplemento relativo. É o inadimplemento em que o devedor não entregou a prestação devida, mas ainda, subsiste a possibilidade de entrega. Diferencia-se do inadimplemento absoluto porque neste, o não-cumprimento vem associado à impossibilidade de futuro atendimento da prestação específica, de forma que o credor, além de não ter recebido a coisa, o fato ou a prestação devida, já não pode mais alimentar expectativa de vir a recebê-los. ‘O descumprimento da obrigação’, ensina SILVIO RODRIGUES, ‘pode ser relativo ou absoluto. No primeiro caso, isto é, quando a obrigação não foi cumprida em tempo, lugar e forma devidos, mas poderá sê-los, proveitosamente para o credor, dá-se a mora. Quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, proveitosamente para o credor, dá-se o inadimplemento absoluto’. Há mora do devedor, como pode haver também do credor. ‘Mora do devedor (*mora debitoris*)’, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, ‘é o retardo, a demora, contrária ao direito, da prestação, por alguma causa imputável a ele. Mora do credor (*mora creditoris, mora accipiendi*) é o retardo no adimplemento pelo credor...O inadimplemento a que se refere o art. 580 do CPC é tanto o relativo, quanto o absoluto, desde que se trate de obrigação prevista em título executivo” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. cit.*, p. 161-162).

³⁵⁴ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII, 2ª ed., RT, p. 41. Preleciona o autor que “ao promover a execução, o credor traz formada a opinião de que o devedor é inadimplente, e o devedor, citado, pode logo, por meio de embargos, provar que não é (...) e que no limiar da execução há apenas um juízo de delibação. No sentido de que o juiz, em regra, tomando conhecimento do título executivo apresentado (o documento) para mandar, ou não, executá-lo, toca de leve somente em seus requisitos externos, examinando sua legitimidade, sem entrar no seu fundo, ou substância, porque o título executivo não é prova da obrigação” (autor cit. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, 2ª ed., RT, p. 41).

³⁵⁵ REIS, Alberto José dos. *Processo de Execução*. vol. 1, Ed. Coimbra, Coimbra, 1957, p. 2.

O fato é que “o inadimplemento é causa de extinção da obrigação e motivo de improcedência da demanda, não de carência de ação. Quem recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de sua pretensão: ocorrido o adimplemento, quem era credor já não o é mais e a sua pretensão a receber pela segunda vez não merece ser satisfeita pela via executiva nem por qualquer outra, em qualquer tempo”.³⁵⁶

Resultando disso que, o inadimplemento não é requisito que se impõe ao juiz examinar de ofício. Não se caracteriza como matéria de ordem pública, porquanto não faz parte do *rol das condições da ação*, bastando ao credor a simples alegação desse fato na *causa de pedir* da petição inicial³⁵⁷, cabendo ao devedor argüir seu eventual adimplemento em sede própria de embargos, ou, excepcionalmente, na via da *objeção de executividade*. Entretanto, se alegado em sede de embargos de devedor ou mesmo pela via da objeção e, julgada procedente a alegação, o fundamento é de inexigibilidade do título, cujo reconhecimento só se faz, como se vê, mais tarde, e não no *juízo de ofício*.

6.4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

No processo de cognição o autor desfruta de poderes para ver realizados determinados atos como a prova, audiência, impugnações, etc., desde que presentes *certas condições* que são próprias da ação, pois, do

³⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 414; (o autor cita LUIGI MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Nápoles, 1965, p. 189, citado, à sua vez, por LOPES COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, I, n. 86.).

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 415. “O inadimplemento precisa ser alegado na petição inicial executiva como elemento integrante da causa de pedir, sob pena de incongruência da petição inicial (art. 282, inc. III, c/c art. 295, p. u., inc. II), mas isso está longe de significar que ele configure uma condição da ação ou integre o conceito de interesse de agir *in executivis*”.

contrário, seu poder de ação fica limitado à sua propositura, com inevitável extinção do processo.

No âmbito da execução forçada verifica-se idêntico fenômeno. Aqui como lá, as condições da ação são requisitos indispensáveis para o prosseguimento do processo, devendo o juiz, ao realizar o juízo de admissibilidade, extinguir o processo se constatar ausência de quaisquer dessas condições.³⁵⁸

6.4.1 Possibilidade jurídica da demanda

Conhecido como uma das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, é requisito necessário para que o juiz conheça de qualquer ação, inclusive da ação de execução.

Tradicionalmente costuma-se afirmar que possibilidade jurídica do pedido “é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se incluir entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo. Por isso mesmo, não se verifica essa condição, e ilegítimo é o exercício do direito de ação (CPC, art. 267-VI) se o pedido nesta formulado é de uma providência jurisdicional que condene o réu ao pagamento de dívida de jogo, porque tal pretensão não é tutelada pelo direito pátrio”.³⁵⁹

³⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 374. Ao discorrer sobre o tema, alude o autor: “No processo de conhecimento, só se ocorrerem as condições da ação tem o autor os poderes referentes a certas provas dos fatos que interessam ao mérito, o de participar da audiência, de produzir alegações de mérito. Caso contrário, seus poderes limitam-se, em princípio, a impulsionar o procedimento até o ponto em que deve ser extinto (CPC, art. 329). Na execução forçada, da mesma forma, se não ocorrerem as condições da ação nenhum poder terá o exequente após o momento liminar em que se apreciam os pressupostos de admissibilidade do provimento satisfativo...”. Considerando aqui, o conceito analítico extraído da teoria abstrata da ação que a conceitua como sendo “os poderes e faculdades que tem o autor desde antes da instauração do processo e até que proferido o provimento final” (*Execução...*, p. 355).

³⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 170; nesse sentido FREDERICO MARQUES quando afirma que “ninguém pode invocar tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito

Cândido Dinamarco³⁶⁰ encontra nesse instituto impropriedade de locução e concentra crítica no fato de que o *pedido* é apenas um dos elementos da *demanda*, sendo que as *partes* e a *causa de pedir* são também seus outros elementos, surgindo daí a sugestão de se denominar esse requisito como *impossibilidade jurídica da demanda*.

Outra crítica que se verifica é na *garantia de ação* em contraposição com uma relativa *descontinuidade da impossibilidade jurídica*. Para Cândido Dinamarco, diferentemente do que ocorre em matéria penal (em que o ordenamento opta pela rigorosa tipicidade substancial – a previsão da conduta-fato como delito previsto em lei), aqui “não estamos condicionados pela tipicidade estrita, e a garantia de ação tem toda amplitude do campo coberto pelos direitos”,³⁶¹ e conclui afirmando que “em processo civil, a determinação da possibilidade jurídica faz-se em termos negativos, dizendo-se que há impossibilidade jurídica, quando o Estado, sem levar em conta as características peculiares da situação jurídica concreta, nega a *priori* o poder de ação ao particular. Inexistindo razão preponderante ou expressa vedação legal, a ação é admissível”.³⁶²

objetivo, ou por este proibido, como na hipótese de ação de cobrança cuja *causa petendi* seja dívida de jogo (art. 1.477, *caput*, do Código Civil). De tal gravidade é a falta dessas condições do *ius actionis* que o art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, considera inepta a petição inicial quando “o pedido for juridicamente impossível”. (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito...*, vol. I, Bookseller Ed. Bookseller, Campinas, p. 239, 1997); também, nesse sentido RICARDO RODRIGUES GAMA (*Pressupostos processuais e condições da ação na execução*. Ed. de Direito, 2000, Leme, SP, p. 50).

³⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 386-387. O autor justifica essa posição afirmando que “É sistematicamente correto, portanto, pensar na demanda como um todo e não apenas em um de seus componentes, como sede de obstáculo que se caracterizará como impossibilidade jurídica e carência de ação. Falemos, portanto, em impossibilidade jurídica da demanda e não do pedido. Isso permite que se compreenda por que às vezes é algo referente ao próprio *petitum* que exclui a ação e impede o exercício consumado da jurisdição, outras vezes é algo situado na *causa petendi* (dívida de jogo), outras é alguma especial condição da pessoa (não se faz execução contra pessoa jurídica de direito público)”.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 389.

³⁶² *Ibid.*, p. 385. Nesse tópico o autor sustenta que “Quando alguém vai a juízo pedindo a condenação de outrem e alega como causa de pedir uma obrigação nascida na mesa de jogo, nem por isso o provimento que pede é inexistente no ordenamento vigente. O provimento pedido é uma condenação por quantia em dinheiro, tanto como seria se a origem da obrigação fosse outra. Analisando de perto a hipótese, vê-se que aí o Estado se nega a emitir o provimento, em vista de uma peculiaridade da *causa petendi* (dívida oriunda de jogo), e não do pedido, como ocorre no exemplo do divórcio ou do ato administrativo. Mostra-se, portanto, inevitável esse dilema: ou o exemplo da dívida de jogo não serve para ilustrar a impossibilidade jurídica, ou esta não é simplesmente a inadmissibilidade do *provimento desejado*.”

O que se verifica de real é que o instituto da *possibilidade jurídica (da demanda)*, está perdendo força para a nova realidade jurídico-constitucional, vigente em nosso país. Para alguns doutrinadores, como Cintra, Grinover e Dinamarco, essa condição da ação não está inteiramente descartada como causa de extinção do processo, mas não deixam de advertir sobre as novas tendências do processo civil.³⁶³

Não se pode negar que os diversos sistemas processuais, localizados nos diversos países e nas diferentes culturas pelo mundo afora, de um modo geral, acabam sendo contaminados pelas respectivas *ideologias* que adotam, já que o Estado consubstancia a organização social e, nessa ordem, o Direito, como instituição do Estado, retrata os ideais e concepções de cada sociedade nos seus aspectos éticos, políticos e ideológicos. Esses ideais e concepções são geralmente expressos na ordem constitucional, que se insere acentuadamente nas diretrizes processuais. Por essa razão, não se pode entender o direito processual sem vê-lo como um dos domínios do Direito, onde as bases do *sistema* ou da ideologia dominante transparece com mais intensidade, ou seja, as normas constitucionais refletem os sistemas políticos e têm efeito direto sobre as bases do direito processual civil.³⁶⁴

³⁶³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.*, p. 256-257, 1998. Afirmam os autores que “Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio, por exemplo, um pedido nesse sentido será juridicamente impossível, merecendo ser repellido sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova dessas alegações (...). Constitui [prosseguem os autores], tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo *acesso à justiça*, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com consequência de que os tribunais os examinam. No processo penal o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade. Mas essa hipótese parece configurar um julgamento sobre o mérito, levando à improcedência do pedido”.

³⁶⁴ MACHADO, Denise Maria Weiss de Paula. “*Possibilidade jurídica do pedido – uma limitação ideológica do processo*”, in Revista da OAB-PR, Subseção de Ponta Grossa/PR, ano I, n. 1, Coordenadores: UBIRAJARA CARLOS MENDES, CLOTER MIGLIORINI e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, Ponta Grossa, p. 40-54, 1988. Afirmar a autora: “Nessa visão, importante verificar o direito processual civil na sociedade em que se realiza. Nos países socialistas, a justiça tem como premissa que a política e o direito poderão modificar a consciência dos homens e os educar numa direção de pensamento socialista. Nos países capitalistas, há também uma ideologia na ordem jurídica, porém, consistente numa variada gama de ideais éticos, políticos e sociais” (p. 49). Muito embora os exemplos não sejam da área de processo civil, é digno de nota o que ocorre nos dias atuais na China: o sistema jurídico daquele país permite que o julgador possa, num

Não se pode deixar de admitir que o reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma das necessidades, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam sua própria existência.³⁶⁵

O tema é de real interesse e pode gerar graves conseqüências no *acesso à justiça*, direito garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, conhecido como o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, e que pode também ser traduzido como o *direito de ação*.

Denise Maria W. de Paula Machado,³⁶⁶ ao tratar do tema, faz indagações e observações procedentes: “uma vez compreendido que é através do direito de ação que se pode ativar a função jurisdicional do Estado, e que, exercida essa atividade releva-se no produto final a ideologia aceita, como admitir a limitação representada pela impossibilidade jurídica do pedido? Admiti-la é, por certo, entender como válida a restrição que representa ao exercício do direito de ação, e, via de conseqüência, negar sustentáculo à grande abertura ideológica por que tem passado o sistema processual”. Por fim, conclui a autora: “se o processo há que se oferecer, em respeito à base axiológica sobre a qual se sustenta, como instrumento apto a fazer valer os direitos e garantias da sociedade, não pode o direito de ação ficar condicionado à inexistência de proibição ao seu exercício. Assim se estaria

processo rapidíssimo, que pode durar poucos dias, condenar à pena de morte o cidadão emitente de um cheque sem fundo, ou mesmo aquele que cometeu o ilícito de adultério. É inegável que tanto a tipificação do direito material quanto o sistema processual refletem a ideologia socialista existente naquela sociedade, onde os princípios da ampla defesa e do contraditório não possuem os mesmos valores adotados nos países democráticos. Em sentido contrário, no Brasil, o adultério, inobstante a vigência do art. 240, do Código Penal, na prática, essa conduta, há décadas, já não é mais punida penalmente e o cheque sem fundo, quando emitido como garantia de dívida (chamado pré-datado), também não se caracteriza crime de estelionato. Essa diferença aguda existente na norma jurídica e no processo não se dá por mera coincidência. Lá, diferente daqui, verifica-se uma contaminação ideológica socialista no direito material e no processo, refletindo em todos os sistemas jurídicos; enquanto que aqui, trata-se de interpretações das normas penais inspiradas nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, princípios que são assegurados pelo Estado de Direito democrático.

³⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.*, p. 45.

³⁶⁶ MACHADO, Denise Maria Weiss de Paula. “Possibilidade jurídica...”, *ob. cit.* p. 50-51.

limitando o processo, e deixaria a atividade jurisdicional de atingir a sua verdadeira função: a paz social e o alcance da Justiça”.

Em síntese, a precedente crítica que se faz contra a existência desse *condicionador* é a de que o *direito material* não pode servir de limitador ou de pretexto para se negar o *direito de ação*. A propósito, repita-se, direito expressamente assegurado na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXV), isto é, a pretensão ao direito material não pode servir de base para afastar o direito de ação, que é processual.³⁶⁷

Após discorrer sobre as teorias do direito de ação, Ovídio Baptista³⁶⁸ analisa o *conceito de condições da ação (na teoria eclética)* e o faz por meio de exemplos, oferecendo as hipóteses em que “o autor, tendo sofrido lesão a seu direito líquido e certo, proponha ação de mandado de segurança contra particular, quando no sistema jurídico brasileiro tal demanda só é outorgada contra atos de autoridade”; ou então, o possuidor, “tendo sido vítima de esbulho possessório, demande o agressor, pretendendo recuperar a posse, por meio de uma ação reivindicatória fundada no art. 524 do Código Civil”. Afirma o autor que, para a segunda hipótese, embora houvesse legitimidade *ad causam* para autor e réu, pois ambos são titulares da situação litigiosa, entretanto, “haveria a mesma carência de ação, agora por *impossibilidade jurídica do pedido*”, conclui o autor.

Independentemente da amplitude ou limitações que possa o fenômeno sofrer, a *possibilidade jurídica* (da demanda) é condição da ação executiva,

³⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários...*, vol. 1, p. 37. A respeito, comenta o autor: “A visão *unitária* encontrada por LIEBMAN identifica a ação como direito, atribuído às partes – não apenas ao autor! –, à obtenção de uma sentença de mérito, sentença apta a resolver o conflito de interesse, contido na lide. Dissolve-se, portanto, com LIEBMAN, o conceito de ação como atividade daquele que age, como dissera CHIOVENDA, contrapondo-se à posição de quem *reage à ação do autor*, e por isso é réu. (...). Foi a partir de LIEBMAN que se tornou possível constatar, naturalmente contra sua vontade, que toda discussão a respeito do conceito de ação, como a doutrina processual o fizera, não passava de um equívoco gigantesco. Se os processualistas perseverarem, como o têm feito, em não distinguir o *exigir* (exercício de pretensão) e o *agir* (verdadeiro exercício de ação), nunca chegarão a resultados satisfatórios. O que tanto o autor quanto o réu têm é pretensão à tutela jurídica, ao julgamento a que o Estado preste jurisdição, que não se confunde com a ação, pois somente *age* o autor. O réu *reage*, defendendo-se”.

³⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1, 4ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, p. 104.

sob pena de *carência de ação*. Alguns processualistas afirmam que a prestação da tutela executiva não se subordina a nenhum outro requisito além do título executivo, concluindo que é o título executivo que sintetiza e condensa as condições da ação executiva.³⁶⁹

Esse entendimento não é equivocado na medida que, em princípio, é o *título-documento executivo* que deve oferecer os elementos de aparência lícita do crédito, como também a licitude ou não da natureza da obrigação, seu objeto, a identificação de seu credor e devedor, etc., de modo, inclusive, que possa possibilitar ao juiz o exame das *condições de executabilidade* e, dentre essas, a possibilidade jurídica da execução.

Contudo, é bom que se diga que “é do direito material que ordinariamente vêm os elementos em virtude dos quais se chega a concluir pela carência de ação por impossibilidade jurídica”,³⁷⁰ havendo alguns casos excepcionais em que o próprio direito processual é suficiente para informar a respeito da existência da *possibilidade jurídica* ou não na ação: os casos de ação rescisória, cujos fundamentos são tipificados em lei (art. 485, CPC), não se admitindo ampliação por se constituir aquele rol em *numerus clausus*; ainda, por se tratar de ação em seu conceito amplo, também são as hipóteses de embargos à execução, tipificadas no art. 741, do CPC.

A investigação de eventual carência de ação é atividade essencialmente processual, todavia os elementos com os quais se conclui pela *impossibilidade jurídica* ou não da *ação de execução*, na maioria das vezes pertencem ao direito substantivo, cabendo ao juiz, em sua *apreciação de admissibilidade*, indagar somente dos elementos jurídicos visíveis

³⁶⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 121-122. Afirma o autor: “De tudo que precede, é lícito concluir que, objetivamente, na sistemática do Código de Processo Civil vigente, além dos pressupostos processuais, que não dizem respeito à tutela jurisdicional, mas sim à existência e validade da relação processual, qualquer que seja a tutela a ser prestada, a prestação de tutela executiva não está subordinada a nenhum outro requisito além do título executivo, sendo lícito considerar que na existência desse mesmo título, se condensam as condições da ação executiva”. Nesse sentido é a lição de MANDRIOLI para quem a única condição da ação executiva é o título executivo. O autor chega a essa conclusão como resultado de sua visão sobre o título executivo, entendendo-o como *acertamento contido em um documento* (MANDRIOLI, Crisanto. *Curso di Diritto Processuale Civile*, vol. III, Giappicheli ed., Torino, p.23, 1981).

³⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 390.

disponíveis, não lhe sendo lícito investigar por iniciativa própria sobre a licitude ou não dos elementos que constituem o ato jurídico subjacente ao crédito ou obrigação, representados pelo título executivo.³⁷¹

Um exemplo clássico de carência de ação por *impossibilidade jurídica* é a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, na forma do art. 646, do CPC. Sabe-se que contra a Fazenda Pública o instrumento jurídico-processual disponível para o credor receber seu crédito é o precatório, conforme o contido no art. 100, da Constituição Federal, eis que, diante da *impenhorabilidade dos bens públicos*, fica inviabilizada qualquer tentativa de execução forçada contra a Fazenda Pública, senão pelo rito do art. 730, do CPC.³⁷² Embora o crédito permaneça íntegro, o credor é carecedor de ação por *inadequação* legal do instrumento processual utilizado, cujo recebimento deverá ser perseguido na via própria.

Como novidade à execução contra a Fazenda Pública,³⁷³ registre-se a Emenda Constitucional n. 30, de 13.09.2000, que acrescentou o parágrafo 3º,

³⁷¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 560: Segundo esse autor, está afastada a concepção de que a possibilidade jurídica deveria contar com o amparo legal, pois, modernamente, não se cogita de impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento jurídico não apresente expressa vedação.

³⁷² Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO “Essa limitação ao exercício da jurisdição é natural decorrência da independência dos chamados Poderes do Estado, proclamada a nível constitucional, valendo por óbice político à execução. Expropriar bens da Fazenda, penhorando-os para depois levá-los à hasta pública, é juridicamente impossível...” (*Execução...*, p. 395). Já, ao contrário, é penhorável o crédito contido no precatório, como se verifica da jurisprudência: “É possível a nomeação à penhora de direito de crédito existente em precatório” (STJ, 2ª Turma, REsp 29.748-9-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU. 18.10.93, p. 21.865 – apud THEOTONIO NEGRÃO, *CPC Comentado*, ed. 32, p. 720-721).

³⁷³ Em face da Emenda Constitucional n. 30, de 13.09.2000, que alterou parcialmente o sistema de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública decorrente de condenação judicial, (*CF, art. 100, parágrafo 3º*) e, tendo em vista a regulamentação trazida pela Lei 10.099, de 19.12.2000, o Município de Curitiba, através da Lei 10.235, de 13.09.2001 (DOM de 13.09.2001), também cuidou de estabelecer os critérios para pagamento de obrigações decorrentes de condenações judiciais, consideradas de *pequeno valor*, sendo os principais: a) define como sendo de *pequeno valor* o crédito até de R\$ 5.181,00 (cinco mil, cento e oitenta e um reais); b) é vedado a expedição de precatório suplementar ou complementar em relação ao valor já pago; c) sendo o crédito (incontroverso) de valor superior àquele definido em lei, ao credor é facultado o direito de *renunciar* a parte excedente com o fim de habilitação da importância, para recebimento através do procedimento informal, sem precatório; d) o pagamento informal, sem precatório, da importância acima, implica em quitação total do crédito judicial; e) a parte deve requerer diretamente ao juízo competente (da execução) e, o pagamento, deve ser realizado pela Fazenda Pública no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data do recebimento da requisição pela Procuradoria Geral do Município; f) os créditos já inscritos em precatórios (sistema comum), não superiores a R\$ 5.181,00, serão quitados integralmente na ordem cronológica de apresentação. Como se vê, a execução contra a Fazenda Pública, de pequenos valores (até R\$

no art. 100, da Constituição Federal, excluindo da rotina dos precatórios as obrigações consideradas (em lei) de *pequeno valor* devidos pelas Fazendas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Pela redação originária da *Lei Maior* (CF, art. 100, *caput*), a única exceção que dispensava a burocracia e os prazos dos precatórios era os créditos provenientes de alimentos.

A Lei n. 10.099 (que alterou a Lei 8.213, de 24.07.91), de 19.12.2000, que regulamenta o disposto no parágrafo 3º, do art. 100, da CF, *definiu o que se entende por obrigação de pequeno valor no tocante às demandas judiciais que têm por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios oriundos da Previdência Social*, consignando para esse fim a importância de R\$ 5.180, 25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos), facultado a cada credor.

Destacam-se os pontos mais importantes da Lei 10.099/2000: i) o pagamento da obrigação (de pequeno valor) deve ser quitado no prazo de até sessenta (60) dias, contados da data da intimação do trânsito em julgado da decisão (dispensado o precatório); ii) é vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor, para efeitos de dispensa de precatório; iii) é vedada a expedição de precatório para suplementar ou complementar o valor já pago; iv) se o valor da obrigação ultrapassar o valor-limite previsto de R\$ 5.180,25, a obrigação será sempre quitada pela via do precatório; v) o credor deve *renunciar* o crédito excedente do valor-limite, como condição para a dispensa do precatório (o credor que *renuncia* a parte restante do crédito, não pode mais reclamá-lo em tempo algum).

Abstraindo-se de análise mais detida a respeito do *mérito* da inovação ocorrida no sistema de execução contra a Fazenda Pública, mesmo porque o presente trabalho não passa por esse *viés*, é oportuno, entretanto, indagar sobre a possibilidade de o juiz *converter* o pedido de precatório tradicional em *execução informal*, desprovida de precatório. Ou ainda, mediante

5.181,00), ao lado dos créditos alimentícios, dar-se-á de forma simples, nos próprios autos, mediante requerimento, desde que atendidas as demais exigências de lei.

requerimento equivocado do credor (pede pela expedição de precatório previsto no caput, do art. 100, CF), presentes os requisitos de lei, pode o juiz, *de ofício*, converter em execução simples, na forma do parágrafo 3º, do art. 100, CF? Nessas hipóteses, como deve o juiz proceder, em sede de *juízo de admissibilidade* ?

Impende lembrar, inicialmente, que a Lei 10.099/2000, tem por finalidade regulamentar os créditos decorrentes de condenações judiciais devidos pela *previdência social* e obrigações decorrentes de *prestação continuadas previstas* na Lei 8.742/93 (art. 2º), portanto, não se depreende do texto legal possibilidade de aplicação mais abrangente, ou seja, a norma é aplicável somente para pagamento de obrigações de *natureza previdenciária*, devidos pela União.³⁷⁴ Portanto, como o próprio parágrafo 4º, do art. 100, da Constituição Federal, autoriza, legislação federal ordinária deverá regulamentar o *parágrafo 3º* (CF, art. 100), definindo valores e situações específicas, segundo a capacidade financeira da União e de cada *ente público* a *ela* vinculados. Providência idêntica devem tomar os Estados, Distrito Federal e Municípios, relativamente às obrigações de pequeno valor, respeitada a capacidade financeira de cada um desses *entes federados*.

Retomando as questões trazidas à controvérsia, várias hipóteses podem ocorrer e que reclamam providências e decisão do juiz: a) a petição inicial de execução pode apresentar-se com valor da causa (do *crédito*) superior ao *valor-limite* estabelecido em lei, sem que o credor tenha apresentado *renúncia formal* da parte excedente de seu crédito. De acordo com o art. 1º, parág. 4º, da Lei 10.099/2000, ao optar pelo procedimento sem precatório, o credor deve *renunciar* a parte excedente de seu crédito e, não o fazendo na inicial, deve o

³⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução por quantia certa contra a fazenda pública – uma proposta atual de sistematização*. In Processo de Execução (Série Processo de Execução e Assuntos Afins – v. 2). Coordenação: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 109-170. O autor, ao analisar a abrangência de aplicabilidade da Lei 10.099/2000, sustenta que “...este diploma legal tratou, apenas e tão-somente, das obrigações de pequeno valor para a Previdência Social e dos benefícios de prestação continuada da Lei 8.742/93 (art. 2º)”.

juiz pedir para que o exeqüente, no prazo assinado, manifeste-se a respeito³⁷⁵ e, se for o caso, apresente instrumento de renúncia do valor excedente do crédito, possibilitando a continuidade da execução. Se houver *recusa tácita* (o credor deixa de apresentar a *renúncia* no prazo assinado pelo juiz), a petição inicial é *indeferida*, na forma do art. 295, V, do CPC, cujo procedimento é também adotado para o caso de recusa formal (o credor manifesta, formalmente, que não pretende renunciar o valor excedente de seu crédito); b) solução idêntica deve ser dada à execução, cujo crédito é superior ao valor-limite, mas o credor pede *execução informal* apenas do valor permitido e a inicial vem desacompanhada de renúncia formal; c) outra hipótese pode ocorrer quando o exeqüente, embora detentor de crédito dentro do *valor-limite*, pede expedição de *precatório*, na forma do art. 730 e ss., do CPC, c/c art. 100, da CF. Atendendo os princípios da *economia processual* e da *instrumentalidade das formas*,³⁷⁶ recomenda-se que o juiz, em sede de *juízo de admissibilidade*, na forma do art. 284, do CPC, determine que o exeqüente proceda emenda que houver, no sentido de pleitear o direito que a lei lhe faculta.³⁷⁷ De qualquer modo, como se trata de direito dispositivo do credor,

³⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 237; ao tratar da petição inicial ou incompleta ou mal instruída, o autor afirma que “na sistemática do Código, o juiz não pode indeferir liminarmente a petição inicial, nem por defeito de forma, nem por falta de documentos fundamentais. O legislador, por medida de economia processual, determina que seja acolhida a petição, mesmo deficiente, concedendo-se ao credor o prazo de dez dias para suprir a falha. Só depois de ultrapassado esse prazo, sem as necessárias providências do interessado, é que o juiz poderá indeferir a petição inepta (art. 616)”.

³⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral...*, p. 72-73: “se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio *custo-benefício*. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.

³⁷⁷ ASSIS, Araken. *Ob. cit.*, p. 340-341; o autor afirma que “defeito concebível da inicial, à primeira vista constatado, talvez resida na inadequação do rito. É possível efetuar a conversão? Em que casos tal conversão é proibida e provoca a extinção liminar do processo, *ex vi* do art. 295, V, do CPC? Nada impede que o credor, atendendo o comando do juiz e respeitado o princípio da demanda, altere o rito inicialmente proposto à demanda executória ajuizada, quer dizer, passe de certo meio executório para outro, legalmente exigido. Esta ocorrência se revela freqüente na execução do crédito alimentar: a escolha do meio da coerção pessoal se subordina, p. ex., à inviabilidade do desconto. Se o juiz julgar cabível o desconto, determina a alteração, incumbindo dela o credor (não existe conversão de ofício!). (...). Às vezes a conversão mantém o meio executório, mas troca o rito, o que é lícito. A 4ª Turma do STJ estimou possível optar pelo rito comum da expropriação em lugar de rito especial.” “(REsp n. 4.911-MG, rel. Min. Barros Monteiro, RJSTJ 3(22)/343”. (...). “Mas, como se sublinhou no exame da adequação (...), diverso se afigura o caso de credor que necessitar alterar a própria função processual. Existem diferenças estruturais profundas no que concerne

não cabe ao juiz converter de ofício pedido de expedição de precatório em pedido de execução pelo *procedimento informal*, sem precatório. Nesse caso, o não atendimento do despacho que manda emendar a inicial não acarreta em indeferimento da inicial, pois presume-se que o exequente está *renunciando* o direito de exigir seu crédito de modo mais célere; direito que poderá pleitear em qualquer tempo ou grau de jurisdição, eis que o fenômeno não é atingido pela *preclusão*. Todavia, se houver *renúncia expressa* do procedimento mais favorável, em opção à morosidade do precatório, entende-se que o credor não poderá fazê-lo noutra oportunidade.

Outra hipótese de carência de ação, pela impossibilidade jurídica da execução, ocorre quando a execução se funda em documento que não se caracteriza título executivo suficiente, caso do *contrato de abertura de crédito bancário/cheque especial*.

Tais contratos são firmados entre o cliente e a instituição financeira, com o fim de disponibilizar em favor do correntista, mediante prévio ajuste, determinada quantia de dinheiro, possibilitando ao primeiro, a emissão de cheques em valores até o limite ajustado. Interessante observar que, somente em razão da formalização do contrato e com a conseqüente abertura do crédito, não significa que desse *ato* resulte título executivo extrajudicial, porquanto nenhum valor é devido até aqui. A instituição financeira passará a ser credora do correntista a partir do instante que houver utilização desse crédito, pela cobertura de cheques. Também, é relevante aduzir que o valor do crédito não será necessariamente aquele previsto no limite de crédito, mas sim, aquele resultante do *montante principal* mais os *juros* que remuneram a operação (juros que podem oscilar segundo os critérios do Banco Central e do próprio banco). É perceptível que não se tem um título executivo. Falta ao

à função. Elas impossibilitam a conversão. (...). Assim, se o credor propõe demanda executória, na ilusão de que dispõe de título executivo, e o juiz entende que o documento oferecido não se enquadra no catálogo legal, a conversão do procedimento impróprio, atinente ao processo de conhecimento, é inadmissível”.

crédito *tipicidade*³⁷⁸ e *liquidez*, requisitos indispensáveis à conformação do título.

Consideradas as exigências de *tipicidade* e *liquidez* (...), a primeira delas pode até estar presente, desde que esses contratos sejam consubstanciados em documento particular e ordinariamente assinados pelas partes e duas testemunhas instrumentárias; mas a segunda, a *liquidez*, não há. Os demonstrativos feitos pela instituição financeira são atos seus (unilaterais) e não daquele a quem competia fazer o reconhecimento da dívida e do valor, que é o correntista.³⁷⁹

Em casos dessa natureza a carência de ação é de ser identificada e declarada pelo juiz (de ofício ou mediante provocação da parte) por *impossibilidade jurídica*, com a conseqüente extinção do processo, na forma do art. 267,IV, do CPC.³⁸⁰

³⁷⁸ O requisito tipicidade até poderá fazer-se presente formalmente, desde que o contrato se apresente firmado regularmente pelas partes e assinado por duas testemunhas, na forma do art. 585-II, do CPC. Entretanto, não haverá liquidez, em face da unilateralidade do montante apresentado como sendo o valor do crédito, ou seja, o valor do crédito é resultado de operação exclusivamente do credor (principal mais cálculo dos juros), sem a anuência prévia do devedor.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O contrato de abertura de crédito e a teoria do título executivo*. In Processo de Execução, v. 2, da série Execução e Assuntos Afins. Coordenação: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo, RT, 2001, p. 80-86. O autor sustenta que “o contrato de abertura de crédito em conta corrente não se insere entre os títulos executivos judiciais do direito brasileiro; eles não são especificamente arrolados como tais e também não se enquadram no conceito de documento privado, contido no inciso II, do art. 585 do CPC, uma vez que não contêm a indicação do valor devido” (p. 80).

³⁸⁰ Os tribunais vêm consagrando esse entendimento: “EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO/CHEQUE ESPECIAL. CARÊNCIA DE AÇÃO. A proclamação de qualquer das hipóteses de ausência das condições da ação enseja extinção do processo sem julgamento do mérito, *ex vi* regra disposta no parág. 3º do art. 267 do CPC. Sentença extintiva dos feitos executório e de embargos, diante da aclamação, pelo sentenciante, da *impossibilidade jurídica do pedido* (ausência de título executivo) e perda de objeto, respectivamente, confirmada. (TARS – Ac 196.000.525 – 3ª CCiv. Rel. Juiz Luiz Otávio Marezon Coimbra – j. 17.04.96 – apud, GAMA, Ricardo Rodrigues, ob. cit. p.61-62, o grifo não consta do original). A matéria encontra-se *sumulada* no Superior Tribunal de Justiça *sob n. 233*: “O Contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”. Ou ainda, pode-se considerar como *carência de ação*, por impossibilidade jurídica da demanda, credor que propõe execução contra a Fazenda Pública embasada em *nota de empenho*: “EXECUÇÃO – Ação proposta contra a Fazenda Pública, embasada em nota de empenho – Inadmissibilidade, pois não se presta para figurar como título executivo extrajudicial – Ato que, embora crie para o Estado uma obrigação de pagamento, não tem o condão de gerar em favor do credor, antes da sua regular liquidação, direito subjetivo ao recebimento de quantia determinada – Inteligência dos arts. 58 e 63 da Lei 4.320/64” (Ap. 784.128-7 – 11ª Câmara. 1º TACivSP, Rel. Juiz Melo Colombi, j. 16.08.99; RT n. 773, pp. 251-252).

6.4.2 Interesse de agir

Uma vez ultrapassada a fase em que a teoria da ação era formulada por civilistas³⁸¹ e, portanto, abandonada a idéia de que o interesse de agir é (*era*) representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante aplicação do direito,³⁸² ou seja, abandonada a noção de *utilidade* como centro da questão, a moderna ciência processual não acolhe mais o fenômeno da *lesão* como fundamento para justificar o *interesse de agir* e o que se tem em mente, atualmente, é a busca de um provimento estatal, através do processo, e que se dá com a atuação da jurisdição, daí porque, é *interesse processual* e não interesse de caráter *substancial* e, por isso, que esse interesse reside na *utilidade do provimento jurisdicional*.³⁸³

Não se pode esquecer que a realização do *juízo de admissibilidade*, na ação de execução, por parte do juiz é indispensável, e, em decorrência disso, “a apreciação de pressupostos processuais e condições da ação, no processo executivo, submete-se às normas vigentes para o processo de conhecimento: a

³⁸¹ A propósito, com a edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10.01.02), em vigor a partir de 11.01.2003, não se vê a repetição do conteúdo contido na regra dos arts. 75 e 76 do Código Civil de 1.916. Nosso legislador de 1.916, ao elaborar o Código Civil de então, fiel ao conceito civilista de ação, fez constar que a “todo o direito corresponde uma ação que o assegura” (CC, art. 75); o art. 76 desse mesmo Diploma Civil confirma opção pela teoria civilista da ação quando estabelece: “para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”. Como acentua a tradicional doutrina civilista “o direito subjetivo seria ineficaz se não pudesse ser defendido, quando violado ou ameaçado. Nalgumas hipóteses a lei concede meios diretos de defesa (além da legítima defesa, a lei permite o direito de retenção, a apropriação das arras, etc) mas, via de regra, tal defesa se faz por intermédio de ação judicial. Desde que o ordenamento jurídico reconhece um direito subjetivo, isto é, uma prerrogativa, ele mune seu titular de uma ação para assegurá-lo. Daí proclamar, a lei, que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (CC, art. 75). Através da ação o titular do direito reclama do Estado uma prestação jurisdicional no sentido de assegurá-lo. Só tem, entretanto, direito de pleiteá-la, quem demonstre interesse legítimo. O Poder judiciário apenas se manifesta na solução de casos específicos, não lhe cabendo pronunciar-se sobre questões teóricas. De modo que só quem demonstra interesse numa relação jurídica pode ser admitido a debatê-la. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, vol. 1 (parte geral), Saraiva, São Paulo, 1998, p. 166).

³⁸² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed., vol. I, Milão, Giuffrè, n. 74, a, p. 155, 1981 (tradução brasileira do 1º volume, Cândido Rangel Dinamarco sob título: *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 2ª ed.).

³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 403.

matéria que lhes diga respeito é conhecível de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (arts. 267, parág. 3º, e 301, parág. 4º). Independentemente da propositura de embargos de devedor ou de argüição na própria execução, o juiz tem o dever de averiguar a presença dos requisitos para atuação jurisdicional executiva.”³⁸⁴

Enquadrado como uma das condições da ação executiva, o *interesse de agir* não se caracteriza pela simples demonstração de existência do título executivo, mas, novamente invocando conceitos da teoria geral do processo, pela evidência da *necessidade concreta* da atuação da jurisdição e pela *adequação* do provimento desejado, os quais são indicadores de legítimo *interesse de agir*, conforme a doutrina.³⁸⁵ Mas, como demonstrar a *necessidade concreta* no caso de uma execução forçada? Opera-se esse fenômeno pela afirmação do credor, na *causa de pedir* da petição inicial, sobre o *inadimplemento* do devedor. Essa alegação faz emergir (no processo) a *exigibilidade* da obrigação, ou seja, a demonstração de que não existe impedimentos jurídicos para que o devedor satisfaça a pretensão do credor.³⁸⁶

Várias são as hipóteses *in executivis* em que pode ocorrer carência de ação, por falta de *interesse de agir*, é o caso do credor que busca tutela jurisdicional executiva, cuja obrigação o devedor sempre esteve disposto a pagar, caracterizando recusa do credor em receber. Cândido Dinamarco aduz outras hipóteses que podem se caracterizar como ausência de interesse de agir: i) o devedor que propõe ação de consignação de pagamento, sem que jamais tenha havido recusa ou *mora accipiendi* (CPC, art. 896, inc. I); ou

³⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...*, vol. 2, p. 42-43.

³⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 81: “o interesse processual ‘é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação. Se alguém, por exemplo, foi esbulhado em sua posse, fará pedido inadequado, faltando-lhe interesse, se pleitear a declaração de que é proprietário”. Nesse sentido CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.

³⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5, n. 520, Pádua, Cedam, 1.929.

então: ii) o locador que promove o despejo, cujo imóvel já estava à sua disposição; ou, iii) o manejo de ação possessória sobre posse não turbada.³⁸⁷

Para o presente estudo, interessa concluir afirmando que, como o *interesse de agir* se insere na órbita das matérias de ordem pública, é dever do juiz indagar da presença desse requisito em sede de *juízo de admissibilidade*.

De ofício³⁸⁸ (ou mediante provocação da parte), constatada a ausência do *interesse de agir*, deve o juiz extinguir o processo, por carência de ação, evitando, desse modo, a movimentação inútil da máquina judiciária, o que só acarreta sobrecarga de serviço, mais despesas para as partes e descrédito à Justiça.

6.4.3 Legitimidade na ação executiva

O Código de Processo Civil, em seu art. 3º, estabelece que *para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade* e, o art. 267, VI, determina que o processo será extinto, sem julgamento do mérito, *quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade³⁸⁹ e o interesse processual*.

³⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 403.

³⁸⁸ A jurisprudência tem sido nesse sentido: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL - (...) CONDIÇÕES DA AÇÃO – APRECIACÃO DE OFÍCIO – (...) III Nos termos da lei (CPC, arts, 267, 3º, e 301, 4º), ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação. (REsp n. 10.113-SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.06.91, DJU 09.09.91).

³⁸⁹ “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. SÓCIO. GARANTE SOLIDÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. EXAME DE OFÍCIO (...); II – Em se tratando de questão relativa aos limites subjetivos do título extrajudicial e, de conseqüência, a legitimidade passiva *ad causam*, tem-se a carência da ação como responsável *ex officio*, em qualquer tempo ou grau de jurisdição” (REsp n. 9333-SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 18.02.92, DJU 16.03.92).

Como já mencionado anteriormente, essas são as *condições das ações* em geral e que são também aplicáveis na *ação executiva*, ressalvadas, evidentemente, as peculiaridades existentes nessa.

A *legitimidade*, que é a pertinência subjetiva da ação, diz respeito às partes, recebendo também outras denominações como *legitimação para agir* ou *legitimatio ad causam*, e pode ser expressada como a qualidade do titular do conflito de interesses.³⁹⁰ Para Liebman, legitimação (ou legitimidade *ad causam*) é a qualidade da pessoa que pode promover ou contra a qual se pode promover a execução.³⁹¹

No processo de execução a legitimidade originária, tanto *ativa* quanto *passiva*, vem arrolada na própria lei, conforme se vê dos arts. 566, 567 e 568, do CPC. Em princípio, goza de legitimidade ativa o credor e passiva o devedor, que são, de ordinário, os titulares da relação jurídica litigiosa.³⁹²

6.4.3.1 Legitimidade ativa na execução

O Código de Processo Civil estabelece que a ninguém é dado o direito de demandar, em nome próprio direito alheio (é a chamada *legitimidade*

³⁹⁰ BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1956, n. 65, p. 125. Para ARMELIN a legitimidade não é um fenômeno cujo conceito pode ser exaurido exclusivamente com fundamentos jurídicos. O autor, valendo-se de ensinamentos de MAX WEBER, trata da questão, também, sob o enfoque sociológico, terminando por conceituar legitimidade como “uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado” (ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, RT, 1979, p. 11). Nesse sentido SERGIO SHIMURA (cfe., *Título Executivo*, p. 22).

³⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo...*, p. 91.

³⁹² ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 234. Para esse autor “qualifica-se legítima a parte, segundo se intui à primeira vista, quando a situação legitimadora corresponde à titularidade da relação jurídica substantiva. Em outras palavras, a regra é a coincidência dos sujeitos do processo com os sujeitos da lide. Tal espécie de legitimidade se chama de ordinária”.

ordinária), exceto quando a lei assim prescrever.³⁹³ Com a finalidade de dar praticidade à ressalva constante na parte final do art. 6º, do CPC, é o próprio Código de Processo Civil (inclusive como se vê disciplinado em microsistemas jurídicos como a Lei de Falência, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei de Ação Civil Pública, entre outras),³⁹⁴ que assegura a determinadas pessoas (físicas ou jurídicas) *legitimidade extraordinária*³⁹⁴ para demandar em nome próprio, direito alheio.

É *extraordinária*, com efeito, a legitimidade (ativa ou passiva) atribuída pela lei a alguém que não integra a situação conflituosa, para figurar em nome próprio na relação processual que terá por objeto tal conflito.³⁹⁵

Além dos legitimados *ordinários* (originários), infere-se do sistema processual geral, trazido para o processo de execução, uma outra categoria de legitimados que se traduz em *legitimidade ativa ordinária derivada*,³⁹⁶

³⁹³ A jurisprudência é também nessa linha: “1. DIREITO ALHEIO EM NOME PRÓPRIO. CPC, ART. 6º. 2. CONDIÇÃO DA AÇÃO. LEGITIMAÇÃO DE PARTE. PRECLUSÃO. Processual civil. Segundo o disposto no art. 6º, do Código de Processo Civil, “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por Lei”. Estando a autora pleiteando direito alheio em nome próprio é carecedora de ação intentada. A ilegitimidade *ad causam* pode ser conhecida mesmo de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, pelo que não se pode falar em preclusão do despacho que repeliu a preliminar de ilegitimidade ativa. Provimento denegado. (TARS – AC 185.077.770 – 2ª CCiv. Rel. Juiz Cacildo de Andrade Xavier – j. 19.03.85)” Apud, GAMA, Ricardo Rodrigues. ob. cit. p. 78).

³⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 234-242. Assinala o autor que “excepcionalmente, a lei dissocia o sujeito admitido à dignidade de parte na situação legitimadora e o sujeito da lide. Motivos especiais de conveniência, na maioria das vezes, operam na raiz desta radical cirurgia. Aí se tem a legitimidade extraordinária”. Para este autor existe a *legitimidade ativa ordinária primária* (é o credor a quem a lei confere o título); *legitimidade ativa ordinária superveniente do ofendido* (o art. 63 do CPP concede ao ofendido legitimidade ordinária, porque titular da pretensão a executar; é proveniente porque o autor da demanda originária é o Ministério Público); *legitimidade superveniente do espólio, herdeiros e sucessores do credor*, do cessionário e do sub-rogado; também, *legitimidade superveniente do cidadão*, decorrente do art. 16 da Lei 4.717/65 (ação popular); trata ainda, o autor, de *legitimidade ativa extraordinária autônoma exclusiva e autônoma concorrente*; na primeira hipótese, cita como um dos exemplos o caso do agente fiduciário (*trustee*) “o qual, a teor do art. 68, parág. 3º, da Lei 6.404, de 15.12.76, tem ‘qualquer ação’ em caso de inadimplemento da obrigação pela companhia emissora das debêntures”; *como legitimado ativo extraordinário autônomo e concorrente*, cita o Ministério Público nos casos do art. 16, da Lei 4.717/65; art. 100, *caput*, da Lei 8.078/90; também o art. 68 do CPP que permite o Ministério Público, a requerimento de vítima pobre, executar o efeito anexo da sentença penal condenatória (apesar da controvérsia existente a cerca do art. 129, da CF).

³⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado...*, p. 91-92;

³⁹⁶ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 27-36. Ao tratar do tema, sustenta o autor que “comumente, a legitimidade ordinária vem indicada pelo documento representativo do título executivo. No entanto, ad instar do que vemos no processo de cognição, existem hipóteses de legitimação extraordinária também no processo de execução. Não é estranho ao processo de execução a existência da legitimação extraordinária. Quando o título executivo judicial é formado em processo de conhecimento levado a termo pelo próprio substituto

hipóteses que se verificam na execução proposta pelo espólio, herdeiros ou sucessores, ainda, pelo cessionário, pelo sub-rogado, dentre outras, mesmo porque o CPC não exaure todas as possibilidades.³⁹⁷

O Ministério Público goza de *legitimidade extraordinária* para executar título cujo crédito não lhe pertence privativamente, é o caso do título executivo judicial proveniente de *ação popular* julgada procedente, desde que decorridos sessenta dias, sem que o autor ou outro cidadão qualquer não o tenha feito (art. 16, da Lei 4.717/65).³⁹⁸

Igualmente, impõe-se ao Ministério Público o dever de executar sentença proferida em Ação Civil Pública, nos chamados interesses *coletivos*³⁹⁹ e *difusos*,⁴⁰⁰ desde que decorrido o prazo de um ano sem que os

processual, poderá este permanecer na substituição no processo de execução ou ser dele afastado, não mais subsistindo as razões que justificaram aquela legitimidade extraordinária. Por exemplo, o cedente do crédito, objeto de ação de cobrança, não podendo se desvincular do processo, com sua sucessão pelo cessionário, em virtude da discordância do réu, permanece até o término do feito cognitivo, cabendo a iniciativa do processo de execução ao cessionário, seu sucessor. Outro exemplo é o caso do Ministério Público, nos termos do art. 566 do Código Processual, quando promove a execução defendendo direitos alheios, da sociedade, como veremos logo mais adiante. Ao lado do Ministério Público, no Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 103, parágs., 3º e 4º, c/c arts. 97 e 82, outras pessoas tem legitimidade para a execução da sentença penal quando houver lesão a direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, a saber: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades da Administração Pública e associações previstas no inciso IV, do art. 82”.

³⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 93-94.

³⁹⁸ Diz o texto legal: “Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave” (art. 16, da Lei 4.717, de 29.06.65 – Lei da Ação Popular).

³⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos - conceito e legitimação para agir* -. São Paulo, RT, 5ª edição, 2001, p. 50-51; Analisando as acepções daquilo que se chama de *interesse coletivo*, o autor afirma que “está claro que a vera noção de ‘interesse coletivo’ pede mais do que uma simples adição de interesses individuais. Sempre se pode fazer coletivamente o que já antes se podia fazer a título individual; todavia, uma simples alteração no modo do exercício não pode mudar a *essência* dos interesses agrupados, que permanecem de natureza individual. É por isso que o CDC, dentro do gênero ‘interesses transindividuais’ considera individuais e homogêneos aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078/90). Para este autor o *interesse coletivo* é a *síntese* e não a mera *soma* dos interesses individuais.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 136; o autor conceitua analiticamente os interesses difusos como sendo “interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do seu objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”. O art. 81-I, da Lei 8.078/90, define os interesses difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A *coisa julgada* se faz com efeito *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese que

interessados tenham feito (art. 15, da Lei 7.347, de 24.07.85),⁴⁰¹ ou, ainda, conforme assegura o art. 82, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.90), que, depois de decorrido o prazo de um ano sem que os interessados tenham feito, poderá o Ministério Público, bem como os demais indicados no art. 82, promover a execução da sentença.⁴⁰²

É importante ressaltar também que a *legitimação extraordinária* do Ministério Público, nesses casos, pode se configurar em momentos antecedentes à execução propriamente dita, como nas hipóteses de liquidação de sentença.⁴⁰³

São também *legitimados extraordinariamente* para executar título executivo judicial a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ainda as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo que sem personalidade jurídica. Podem também fazê-lo as associações, desde que atendidos os requisitos de lei (Lei 8.078/90, art. 82, II, III e IV).

qualquer legitimado poderá intentar outra ação, sob o mesmo fundamento, valendo-se de nova prova. MAZZILLI conceitua os interesses difusos como sendo “um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, 11^a ed., Saraiva, 1999, p. 40.

⁴⁰¹ Art. 15, da Lei 7.347/85: “Decorridos 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”. O art. 81, II, da Lei 8.078/90, define a espécie como sendo “interesses ou direitos coletivos, assim entendido, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base”. A coisa julgada (art. 103, II) se forma *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, com as exceções propostas pela própria lei.

⁴⁰² Em que pese o grande número de possibilidades de legitimação extraordinária, o Ministério Público pode também atuar como legitimado ordinário: caso de execução de sentença que foi prolatada em ação de conhecimento, com obrigação de fazer, proposta por ele (MP), cuja decisão obriga o loteador a regularizar o loteamento. Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 91-92.

⁴⁰³ VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 99; O autor, em sua interessante obra, ao tecer comentários a respeito do *processo de liquidação da sentença* (coletiva), reafirma que “havendo a necessidade de se integrar a sentença condenatória proferida em ação coletiva, obrigando o devedor a reparar a lesão ocasionada ao bem coletivo, o procedimento da liquidação deverá ser proposto por qualquer dos legitimados do art. 5º da LACP. Normalmente, a iniciativa da liquidação será do próprio legitimado que atuou no processo de conhecimento, nada impedindo, todavia, a ação de outros dos co-legitimados, até mesmo em litisconsórcio. Uma vez que a execução do julgado coletivo constitui imposição do art. 15 da LACP, ao menos em relação ao Ministério Público (...)”.

Portanto, como se pode notar, os exemplos de legitimação extraordinária são inúmeros, com aplicação subsidiária do CPC, naquilo que não conflita com a norma especial.

6.4.3.2 Legitimidade passiva na execução

Já a *legitimidade passiva* é tratada pelo CPC em seu art. 568. O inciso I, trata do *devedor*, quando assim reconhecido no título executivo. Também conhecida como *legitimidade passiva ordinária primária*,⁴⁰⁴ verifica-se nesse fenômeno distinção no modo de formação do título; no caso de *título extrajudicial*, via de regra, a pessoa física ou jurídica assume voluntariamente a obrigação que dá origem ao título, ou, sua formação decorre de lei (certidão de dívida ativa, art. 40, II, da Lei 6.830/80). Enquanto que no *título judicial*, ressalvada a hipótese de restar vencido o autor, uma vez submetido ao processo, ainda que contra sua vontade, a parte passiva suportará os ônus da derrota (principal e acessórios), surgindo daí o *devedor*, sendo ele aquele que a sentença explicitamente tiver mencionado.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ ASSIS, Araken de. *Ob. cit.*, p. 242. “contra o sujeito do processo que não figura ‘condenado’ na parte dispositiva do ato (art. 458, III) não cabe execução. Também é impossível executar rubrica que a condenação deixou de contemplar explicitamente, como as custas. O litisconsorte alheio à conciliação, cujo efeito se limita aos transatores, é parte ilegítima na demanda executória, esclarece a 7ª Câm. Cív. Do TARS. Nota 263, Ap. 191126994, de 23.10.91, Rel. Araken de Assis”.

⁴⁰⁵ “EXECUÇÃO – Título Executivo judicial - Ação intentada contra devedor reconhecido em processo de conhecimento transitada em julgado – Legitimidade passiva *ad causam* – Inteligência do art. 568-I, do CPC. Ementa da redação: é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de execução por título judicial aquele que foi reconhecido como devedor em processo de conhecimento já transitado em julgado...”. “...No caso concreto, a apelante já alegou que era parte ilegítima para a demanda, no processo de conhecimento, porque seria mera representante do grupo. A alegação foi repelida expressamente pela r. sentença de mérito que julgou a ação. (...). Apreciando-se a questão da ilegitimidade, na execução, é bem de se ver que a parte legítima para figurar no pólo passivo da execução (...) é aquela que foi reconhecida como devedora. Nos termos do art. 568-I, do CPC, é sujeito passivo, na execução, o devedor reconhecido como tal no título executivo... portanto, vencida já a questão da legitimidade para responder, no processo de conhecimento, impossível acolher-se a alegação de ilegitimidade passiva para a execução...” (Ap. 721.109-2 – 3ª Câm. 1º TACivSP, rel. Juiz Carvalho Viana, j. 07.04.98; in *Revista dos Tribunais* n. 757, p. 192-193).

Ao definir *sujeito passivo legítimo*, Teori Albino⁴⁰⁶ afirma que assume essa posição aquele cujo patrimônio a lei permite que seja submetido à execução e, com base nessa posição aduz que, para todos os efeitos do inciso I (CPC, art. 568), o *avalista* e o *fiador convencional* enquadram-se na hipótese de *devedor*. A matéria tem sido objeto de inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça e se resolve, atualmente, pela conjugação das Súmulas 26 e 27 do mesmo STJ: a Súmula 26 diz que “o *avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato particular figurar como devedor solidário*”; a Súmula 27 afirma que “*pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio*”.

Portanto, havendo *cláusula de responsabilidade solidária* expressa no instrumento, a jurisprudência se firmou no sentido de que o *avalista* é parte *legítima passiva* para sofrer execução, podendo este, invocar o benefício de ordem⁴⁰⁷ para indicar à penhora bens do devedor, desde que livres e desembaraçados de ônus (CPC, art. 595); sendo os bens do devedor insuficientes ou não dispendo deles, responde o avalista com os seus até o limite da dívida, ficando legitimado para promover execução contra o devedor originário, no mesmo processo (CPC, art. 595, parágrafo único).

⁴⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. cit.* São Paulo, vol. 8, RT, 2000, p. 69. O autor define o sujeito passivo legítimo da execução como sendo “aquele cujo patrimônio pode, por autorização da lei, ser submetido à execução”. (...) “É comum confundir-se fiança com aval [afirma o autor], a jurisprudência tem sido tolerante com o erro: ‘resultando inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de que os rotulados ‘avalistas’ respondem solidariamente com o devedor principal pelos encargos assumidos no instrumento contratual, não se mostra admissível o excessivo apego ao formalismo para excluir a responsabilidade daquelas que, de forma iniludível e autonomamente, se obrigaram pelo pagamento da integralidade da dívida. A imprecisão técnica não pode servir de subterfúgio aos que desejam esquivar-se do cumprimento de compromissos livremente pactuados. Em casos tais, a expressão ‘avalista’, constante do título exequendo, deve ser tomada por coobrigado, co-devedor ou garante solidário, a teor do que estabelece o art. 85 do Código Civil” (o autor cita trecho do REsp n. 23.878, 4ª Turma do STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 17.12.1992, p. 24.250). Nesse sentido ver REsp n. 93036-RS, 4ª Turma, STJ, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 01.03.99, p. 318; REsp n. 200421-ES, 4ª Turma, STJ, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 25.09.2000, p. 105.

⁴⁰⁷ O art. 1.492 do Código Civil de 1.916 e o art. 828 do novo CC estabelecem que o garante perde o benefício de ordem se: i) renunciou expressamente esse direito; ii) se se obrigou como principal pagador ou devedor solidário; iii) se o devedor for insolvente ou falido.

O novo Código Civil, com vigência a partir de 11.01.2003, no título VIII, nas *disposições gerais* previstas no capítulo I, ao tratar dos *títulos de créditos* estabeleceu importantes regras relativamente ao *aval*.⁴⁰⁸ para o título de crédito que contenha obrigação de pagar soma determinada é permitido o *aval*; não é permitido o *aval* parcial (CC, 897 *caput* e parágrafo único); pode ser consignado no verso ou anverso do próprio título, todavia, para a validade do *aval* consignada no *anverso* do título, é *suficiente* a simples assinatura do avalista (CC, art. 898, *caput* e parág. 1º); o avalista equipara-se àquele cujo nome indicar e, na falta de indicação, equipara-se ao emitente ou devedor do título (CC, art. 899, *caput*); caso tenha saldado o título, o avalista tem ação de regresso contra o avalizado e demais coobrigados anteriores (CC, art. 899, 1º); permanece a responsabilidade do avalista, mesmo que nula a obrigação daquele a quem se equipara, salvo se a nulidade decorra de vício de forma (CC, art. 899, 2º); o *aval* concedido pós-vencimento do título executivo produz os mesmos efeitos do anteriormente concedido (CC, art. 900). O disciplinamento do *aval* no novo Código Civil é novidade, entretanto, parte dessas regras já integrava o ordenamento jurídico nacional através da *Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e nota promissória* (Decreto 57.663/66); não se pode negar que a sistematização do tema é de real utilidade ao aperfeiçoamento da legislação e, por certo, refletirá sobre todos os *avais*.

⁴⁰⁸ A Lei Uniforme Relativa as Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que tem o Brasil como um dos signatários, promulgada pelo Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, trata do *aval* para esses títulos, com a seguinte previsão: “art. 30 – O pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por *aval*. Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra. Art. 31 – O *aval* é escrito na própria letra ou numa folha anexa. Exprime-se pelas palavras ‘bom para *aval*’ ou por qualquer fórmula equivalente; é assinado pelo dador do *aval*. O *aval* considera-se como resultante da simples assinatura do dador aposta na face anterior da letra, salvo se se trata das assinaturas do sacado ou do sacador. O *aval* deve indicar a pessoa por quem se dá. Na falta de indicação, entender-se-á ser pelo sacador. Art. 32 – O dador de *aval* é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma. Se o dador de *aval* paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi dado o *aval* e contra os obrigados para com esta em virtude de letra”. “O *aval* é obrigação cambial autônoma e, assim, ao avalista só é dado invocar, como defesa, direito próprio e não o vício do título decorrente da ilicitude da obrigação contraída” (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Barros Barreto. RT n. 194, p. 474); “*Aval* – Execução do avalizado – pagamento da cambial. ‘O princípio de direito cambiário, segundo o qual o avalista não pode opor, contra outrem, exceção pertinente a seu avalizado, nem alegar direito que seja próprio, em nada impede que ele produza a prova de que seu avalizado pagou a ‘nota promissória’. (STF – RE 73.375-SP, RTJ, vol. 68, p 118-119).

O art. 899, do novo Código Civil, recepciona a regra prevista no art. 31, da *Lei Uniforme relativa às letras e notas promissórias*, estabelecendo claramente que o *avalista* equipara-se àquele cujo nome indicar no título e, na falta de indicação, assume a posição de emitente ou de devedor final, praticamente recepcionando a posição adotada pelo STJ, a esse respeito.

Nem sempre os pólos da relação processual correspondem à situação de direito material, de modo que nem sempre o *credor* é o exeqüente e o *devedor* é executado.⁴⁰⁹

O *espólio*⁴¹⁰ também pode ser parte legítima passiva por derivação, cujo preceito, além da sucessão *causa mortis*, aplica-se também em outras hipóteses, como às pessoas jurídicas que vierem suceder a devedora nos casos de fusão, incorporação ou cisão. Como também (ainda no caso de espólio), “se a morte do devedor originário ocorrer depois de constituído o título, mas antes de proposta a execução, se ainda não tiver havido partilha, será ajuizada contra o espólio (representado pelo inventariante – art. 12, V), ressalvada a hipótese de o inventariante ser dativo, quando então todos os herdeiros figurarão como executado (art. 12, 1º). O credor, além disso, tem legitimidade para requerer a abertura do inventário (art. 988). Se já houve partilha, terão de ser demandados exclusivamente os herdeiros e sucessores, cada um deles respondendo pela dívida na proporção da parte que na herança lhe couber (art. 597)”.⁴¹¹ Lembrando que, ocorrendo a morte do devedor originário no curso da execução, na forma do art. 1055, do CPC, os sucessores podem requerer habilitação, assim como deve ocorrer na morte do credor.⁴¹²

⁴⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1997, p.15.

⁴¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito...*, vol. II, p. 43. “por *espólio* designa-se o patrimônio deixado pelo falecido, enquanto não ultimada a partilha entre os sucessores”.

⁴¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 94-95.

⁴¹² Jurisprudência nesse sentido: “1. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MORTE DO AUTOR. FALTA HABILITAÇÃO SUCESSORES. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 2. EXECUÇÃO. AVAL. MULHER CASADA. EMBARGOS DO DEVEDOR. CARÊNCIA. O óbito da parte autora e a falta de habilitação dos sucessores implicam na extinção do feito, pela ausência de pressuposto para desenvolvimento válido e regular do processo. Carece da ação a esposa do avalista que não foi citada, não é parte da execução na qual a penhora recaiu sobre bens patrimônio alheio, em que não possui direito algum. Recurso não conhecido”.

Hipótese de *legitimidade passiva derivada* ocorre também com a figura do *novo devedor*⁴¹³ (art. 568-III, do CPC). Caracteriza-se pela cessão da posição passiva do devedor originário na relação obrigacional para novo devedor, todavia, é indispensável a anuência do credor. A transmissão da obrigação contida no título executivo somente desonera o antigo devedor em caso de concordância; não havendo anuência, permanece o antigo devedor vinculado à obrigação, podendo responder pela execução, a critério do credor, assegurado ao *novo devedor* o direito de atuar como *assistente* nos embargos do executado, se houver. Havendo transferência da obrigação para outrem, com anuência formal do credor, o novo devedor assume a posição de devedor originário, desonerando-o da obrigação, salvo se cláusula contratual dispuser de modo diverso. Se, entretanto, a execução é proposta contra o *novo devedor*, cumpre ao credor, de posse do título executivo, demonstrar a transferência havida da obrigação,⁴¹⁴ sob pena de ilegitimidade passiva; entretanto, o credor pode oferecer impugnação em face da troca de devedor que, se acolhida (a impugnação), permanecem as partes originárias inalteradas.⁴¹⁵

Outra hipótese de *legitimado passivo extraordinário* é a do *fiador judicial* (art. 568-IV, CPC), que não pode ser confundido com os *fiadores legal ou convencional*.

Entende-se como *fiador judicial*⁴¹⁶ aquele que, por termos nos autos, prestou garantia, em favor de uma das partes, em cumprimento da execução.

(TARS – AC 186.006.359 – 4ª CCiv – Rel. Juiz Talai Djalma Selistre – j. 03.04.86, Apud, GAMA, Ricardo Rodrigues, ob. cit. p. 78-79).

⁴¹³ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 36; “pode ocorrer, no entanto, que não exista uma relação de direito material entre o exequente-credor e o executado-devedor. Nessa hipótese, temos o chamado *novo devedor (assuntor da dívida)*, que assumiu a obrigação resultante do título executivo, com o consentimento do credor”.

⁴¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 3, p. 243.

⁴¹⁵ Os tribunais já trataram da matéria: À falta de impugnação direta, entende-se que a parte contrária consentiu na substituição (RJTJESP 131/354). Não se altera, porém, as partes originárias se houver impugnação e for aceita (RJTJESP 131/354).

⁴¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. cit.*, vol. 8, p. 73-74. Para Teori fiança “é o ato ou contrato pelo qual alguém, terceiro na relação obrigacional primitiva, obriga-se a atender a prestação do devedor, em caso de seu não cumprimento no prazo e no modo devidos. Trata-se, portanto, de garantia, necessariamente vinculada em caráter acessório a outra relação jurídica, da qual resulta a obrigação garantida. Denomina-se fiança judicial a prestada no curso de demanda judicial, em garantia de obrigação com ela relacionada.

A definição de *fiador judicial* proposta pela doutrina tradicional não abrange o instituto por completo.

Para Sérgio Shimura, a fiança judicial constitui-se na garantia prestada por um terceiro, por termo nos autos ou mesmo por escritura pública, em favor de uma das partes envolvidas, pelos eventuais riscos do processo.⁴¹⁷

Sendo, então, a fiança, uma garantia prestada por terceiro em garantia à execução, é de se indagar se o *fiador judicial* que não integrou a relação processual cognitiva, goza de legitimidade extraordinária para responder pela execução? Impende dizer, inicialmente, que decorre de lei (CPC, art. 568-IV) a legitimidade passiva do *fiador judicial*, ou seja, uma vez oferecida fiança, legitima-se passiva e extraordinariamente, o fiador, para responder pela obrigação contida no título, objeto de execução. De outro lado, conquanto não tenha *ele* atuado na relação cognitiva e, portanto, não tendo sido atingido pela parte decisória da sentença condenatória, entende a doutrina que *ele* remanesce, na qualidade de *fiador judicial*, para responder a execução como sujeito passivo, até o limite da fiança prestada.⁴¹⁸

Para parte da doutrina, o *fiador legal ou convencional* fica excluído da execução, salvo se participou, nessa condição, do processo de conhecimento, e assim seja reconhecido no título executivo judicial.⁴¹⁹

Enseja-se a prestação de fiança judicial em várias situações e por diversas razões: para garantir a dívida em execução, como no caso em que o executado cometer ato atentatório à dignidade da justiça (parágrafo único do art. 601) ou for devedor de prestação de alimentos decorrente de ato ilícito (parágrafo 2º, do art. 602); para garantir a obrigação do exequente de restituir o que recebeu em execução provisória que deva ser desfeita (art. 588,II);... no procedimento cautelar, para garantir o cumprimento da eventual obrigação do demandante de ressarcir danos decorrentes da concessão de liminar (art. 804)".

⁴¹⁷ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 40.

⁴¹⁸ *Ibid.*, 41. O autor afirma que “quanto ao *fiador judicial*, parece tranqüila a doutrina no sentido de não ser necessária prévia condenação judicial a embasar a ação executiva. Basta a decisão judicial – interlocutória – aceitando a fiança fidejussória prestada em juízo, para que se tenha um título executivo contra o fiador”; SANTOS, Moacyr Amaral (*Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 243); ROCHA, José Moura (*Sistemática do novo processo de execução*, São Paulo, RT, 1978, p. 22). MARQUES, José Frederico (*Manual de direito processual civil*, vol. IV, p. 145-146). Diz o autor: “conforme anteriormente visto, sujeito passivo da execução é apenas o fiador judicial: o fiador extrajudicial (civil ou comercial) somente tem *legitimatío ad causam* para sofrer a execução, quando enquadrável no art. 568-I, isto é, se contra ele foi proferida sentença condenatória”.

⁴¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ob. cit.*, vol. 3, p. 243. Nesse sentido MARQUES, José Frederico (*Manual de Direito Processual Civil*, obra atualizada por Vilson Rodrigues Alves, vol. IV, p. 115): Ao analisar legitimidade passiva na execução, afirma o autor que “o fiador judicial também tem *legitimatío ad*

Permanece, ainda, a discussão se o *fiador legal ou convencional* pode ser parte passiva na execução, sem que tenha sido previamente condenado em processo de conhecimento. Para Alcides de Mendonça Lima “o sujeito à execução somente pode ser o fiador judicial. Claro que, se o convencional e o legal já estiverem na causa desde seu início, como litisconsortes do devedor principal, afiançado, a execução poderá recair sobre qualquer um, porque as partes já são na relação processual. Apenas o judicial, que se obrigou em juízo, e que, sem participar do processo de cognição, poderá sofrer diretamente a execução, caso o devedor principal e afiançado não cumpra a obrigação”.⁴²⁰

Para Sérgio Shimura, não se pode afirmar categórica e aprioristicamente que, para a *fiança convencional* é sempre preciso condenação judicial. Depende “de o contrato de fiança subsumir-se ou não à tipificação legal dos títulos executivos (incisos III ou IV do art. 585). Vale dizer, nada impede que a fiança contratual [afirma o autor] seja considerada título executivo se estiver relacionada com crédito decorrente de aluguel ou renda de imóvel.” Prossegue o autor afirmando que, “quanto ao inciso IV do art. 585, o legislador erigiu o contrato acessório a primeiro plano, equiparando-o ao contrato garantido, para efeito de execução forçada. Muito embora o fiador seja responsável e não devedor pelo contrato principal, o

causam para figurar como sujeito passivo da execução, *ex vi* do art. 568, IV. Não assim, porém, o fiador do contrato ou fiador convencional, quer se trate de fiança civil ou de fiança comercial, muito embora o art. 595 assegure o benefício de ordem tanto ao fiador judicial como ao convencional”; Também BERMUDEZ, Sergio (*Direito Processual Civil*, p. 83): o autor afirma que “contra o fiador não judicial, descabe execução sem prévia condenação, imposta por sentença proferida em relação processual de conhecimento, à qual foi devidamente integrado”;

⁴²⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 167-169. Para LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, “...indaga-se se o fiador convencional ou legal pode ser parte passiva na execução, se não tiver sido previamente condenado. Segundo parte da doutrina, independentemente de a obrigação principal (garantida pela fiança) estar representada em título executivo extrajudicial, o fiador legal ou convencional poderia ser parte passiva da execução, desde que existente instrumento escrito da fiança (que se incluiria entre os contratos de caução, qualificados como título executivo pelo art. 585-III). Por coerência, os que preconizam essa tese terão de qualificar tal fiador como legitimado ordinário, vez que seria posto na condição de executado por figurar diretamente como devedor no título. Parece, porém, prevalecer o entendimento que toma em conta a natureza da fiança de pacto acessório que sugue o principal. Daí reputar-se que, só quando a obrigação assumida pelo afiançado estiver representada em título executivo, o fiador poderá ser parte passiva na execução. Na hipótese, a exemplo do fiador judicial, igualmente se tratará de legitimação passiva extraordinária”. (*Curso Avançado...*, vol. 2, p. 95-96).

Código, ao incluir o contrato de fiança (caução fidejussória) entre os títulos executivos, considerou, *ipso facto*, o prestador da garantia como devedor (obrigado) pelo contrato acessório (contrato de caução). Para efeito de constituir título executivo, a lei considera em pé de igualdade todos os contratos de caução.”⁴²¹

Humberto Theodoro Junior⁴²² esclarece que o CPC (art. 585,III), ao arrolar os *contratos de caução* como títulos executivos extrajudiciais, nada mais fez que assegurar às garantias *real e fidejussória* o mesmo *status* de títulos extrajudiciais, pois *caução* é sinônimo de *garantia*. Afirma o autor que “se o Código considera o contrato de caução como título executivo, sem qualquer restrição a determinados tipos de garantia, forçoso é concluir que o contrato de fiança (garantia fidejussória) também foi alcançado pelo art. 585,III”. Prossegue o autor: “O fato de ter o art. 568 n. IV, incluído tão-somente o fiador judicial entre os sujeitos passivos da execução decorreu da distinção que se deve fazer entre o legitimado passivo originário e o superveniente. O fiador judicial é legitimado superveniente como os sucessores, os herdeiros, o novo devedor etc. Daí a sua menção em inciso próprio. Já o fiador comum é legitimado originário, vinculado ao contrato de garantia ou de caução, isto é, ocupa a posição de ‘devedor, reconhecido como tal no título executivo’ (art. 568,I)”.

Se, entretanto, o credor não possui um título executivo extrajudicial, ou seja, a hipótese não se enquadra no rol previsto no art. 585, do CPC, nesse caso o credor terá que perseguir uma decisão condenatória visando obtenção de um título executivo judicial (líquido, certo e exigível) contra o devedor e contra o respectivo fiador, pois “não se admite que a sentença condenatória

⁴²¹ SHIMURA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 41-42.

⁴²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito...*, vol. 2, p. 54. Interessante julgado infere-se do REsp n. 19113-SP, 4ª Turma, STJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 30.08.93, DJ 20.09.93, p. 19178: “Civil. Fiança. Obrigação dos herdeiros do fiador. Natureza do contrato. A obrigação assumida pelo fiador, transfere-se a seus herdeiros, irrelevante que prestações tenham sido diferidas para pagamento quando já não vivia o mesmo fiador”

(título executivo judicial) obtida apenas contra o devedor afiançado seja também executada contra o fiador”.⁴²³

O que se pode concluir é que para se conferir legitimidade passiva ao fiador convencional na execução, não basta a existência pura e simples de um contrato; mas, impõe-se que o instrumento representativo do crédito apresente as características de título executivo extrajudicial (tipicidade, liquidez, certeza e exigibilidade, conforme o art. 585, CPC), caso contrário o credor não tem título executivo, cabendo buscar sua formação na via adequada contra devedor e fiador.

Por fim, ressalte-se, tanto na hipótese de *fiador judicial* como *legal ou convencional*, é assegurado que sejam executados previamente os bens do devedor. Na ausência de bens do devedor ou sendo eles insuficientes para responder pela dívida, então somente aí é que se passará a constriar os bens do fiador (art. 595, CPC e 1.491, do CC).⁴²⁴ Lembrando que, tendo o fiador pago a dívida, poderá executar o afiançado nos próprios autos de execução (art. 595, parág. único, CPC).

Ainda, segundo o art. 568-V, do CPC, o *responsável tributário*⁴²⁵ também tem *legitimidade passiva* para atuar no processo de execução.

⁴²³ A jurisprudência é nesse sentido: FIADOR. AÇÃO DE DESPEJO. “Os fiadores que não foram parte na ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de alugueres, ainda que cientificados, não são legitimados para sofrer a execução do respectivo título judicial (2º TACivSP, 10ª Câmara. Ag. 630523-0/9, rel. Juiz Marcos Martins, v.u. j. 17.05.2000)” Apud, JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, p. 1081. Ou então: “O fiador extrajudicial, quando principal pagador, pode ser executado por título extrajudicial, sem necessidade de ser também executado o devedor, porque a este se equipara (RT 515/184, 523/180, JTA 60/222, 61/198)” Apud, NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil (anotado)*, p. 649.

⁴²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.*, vol. 3, p. 18. Entende esse autor que “se (o fiador) não renunciou expressamente ao benefício de ordem (direito de ver penhorado primeiro os bens do devedor principal), poderá indicar os bens do devedor a serem penhorados, mas a execução poderá ser proposta contra ele. Se renunciou ao benefício, converte-se em devedor solidário”.

⁴²⁵ MACHADO, Alberto Velozo. *O destinatário efetivo da tributação e os mecanismos para proteção do seu produto*. In *Processo Tributário - Administrativo e Fiscal* -, p. 68. Coordenadores: MARINS, James e, MARINS, Gláucia Vieira. Ao tratar do contribuinte de direito e de fato, preleciona MACHADO, reafirmando que “GERALDO ATALIBA ensina que sujeito ativo ‘é o credor da obrigação tributária. É a pessoa a quem a lei atribui a exigibilidade do tributo. O mesmo tributarista conceitua o sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, “o devedor, convencionalmente chamado de contribuinte (...). É a pessoa que fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. É a pessoa que terá diminuição patrimonial, com a arrecadação do tributo”. Informa ainda o autor que tecnicamente, interessa ao direito tributário somente o contribuinte de

As hipóteses decorrem do Código Tributário Nacional (arts. 128 a 138, CTN), que prevê diversas situações em que até mesmo pessoas estranhas ao fato gerador do tributo podem participar passivamente como responsáveis pelo cumprimento da obrigação. Isso se dá, em caráter solidário, o mesmo acontecendo com leis especiais que disciplinam determinados tributos, para tanto, devem constar da certidão da dívida elaborada pelo órgão fazendário.⁴²⁶

Portanto, além do *contribuinte*,⁴²⁷ a lei direciona *responsabilidade tributária*⁴²⁸ a pessoas que, embora possam ser estranhas à relação jurídico-fiscal, passam a responder pela dívida tributária em decorrência de lei. Aquele, o *contribuinte*, representa o devedor em seu sentido comum e direto, é, pois, a pessoa que retira vantagem econômica do fato gerador, já esta, o *responsável tributário*, a lei engloba todas as hipóteses de sujeição passiva indireta, isto é, casos em que o tributo não é devido diretamente pela pessoa que retira vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado, mas sim, é devido por outras pessoas.

direito, ou seja, aquele que foi eleito pela lei para sofrer a exigibilidade do tributo, em contraposição da irrelevância do contribuinte de fato. Nesse sentido, assinala o autor: “Ocorre, no entanto, que releva ao mundo dos fatos, igualmente, nos impostos indiretos, por exemplo, a ciência de que os contribuintes de direito não sofrem a diminuição patrimonial a que aludem o conceito de sujeito de direito passivo de GERALDO ATALIBA, ou, se conhecem alguma diminuição patrimonial, está é dívida com o consumidor de seus bens ou serviços, o qual receberá, certamente, no preço que pagar, a respectiva transferência da carga fiscal. Este é o contribuinte de fato”.

⁴²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.*, vol. 3, p. 18.

⁴²⁷ É a própria lei (CTN, art. 121, I e II) que estabelece a diferença entre *contribuinte* e o *responsável tributário*, definindo-os como sujeitos passivos na relação jurídico-tributária: a) é *contribuinte* quando tenha relação direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; b) é o *responsável tributário* quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

⁴²⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: 1981, Forense, p. 71-84. “A expressão *responsabilidade tributária* pode ser empregada em sentido amplo, significando a possibilidade jurídica atribuída ao sujeito ativo de agredir o patrimônio do sujeito passivo para obter a satisfação de seu crédito, ou o vínculo jurídico que obriga alguém a tornar efetiva a prestação que constitui objeto da obrigação tributária. Pode entretanto, a mesma expressão ser empregada em sentido restrito, significando o vínculo jurídico em virtude do qual sujeita-se a prestação o objeto da obrigação tributária quem não seja contribuinte. No C.T.N., a expressão *responsabilidade tributária* é empregada em sentido amplo nos artigos 123, 128, 136 e 138, entre outros, Mas também é usada em sentido restrito, especialmente quando o Código refere-se ao *responsável*, como sujeito passivo diverso do contribuinte (art. 121,II)”.

Segundo Rubens Gomes de Souza⁴²⁹, a *responsabilidade tributária*, que engloba todas as figuras de sujeição passiva indireta, pode ocorrer sob duas modalidades: a) pela *transferência*, que é a passagem da sujeição passiva para outra pessoa, em virtude de um fato posterior ao nascimento da obrigação contra o obrigado direto e comporta três hipóteses: i) *solidariedade*, quando, havendo simultaneamente mais de um devedor, o que paga o total adquire a condição de obrigado indireto, quanto à parte que caberia aos demais; ii) *sucessão*, quando, desaparecendo o devedor por morte, falência ou cassação do negócio, a obrigação passa para seus herdeiros ou continuadores; iii) *responsabilidade*, quando a lei põe a cargo de um terceiro a obrigação não satisfeita pelo obrigado direto; b) pela *substituição*, que é a hipótese em que independentemente de fato novo posterior ao nascimento da obrigação, a lei já define a essa como surgindo desde logo contra pessoa diversa da que seria o obrigado direto, isto é, contra pessoa outra que aquela que auferiu vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado.⁴³⁰

Todavia, repita-se, é condição inafastável (art. 202-I, do CTN) para execução forçada do crédito tributário sua inscrição na dívida ativa, contendo, dentre outros dados, o *nome do contribuinte* e do *co-responsável*, sob pena de nulidade da inscrição título e da execução (art. 203, CTN), em que pese posições contrárias tanto na doutrina quanto na jurisprudência.⁴³¹

⁴²⁹ SOUZA, Rubens Gomes. *Sujeito passivo das taxas*. In Revista de Direito Público, n. 16, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 347-348.

⁴³⁰ REsp n. 33731-MG, 1ª Turma, STJ, rel. Mini. Milton Luiz Pereira, j. 06.02.95, DJ 06.03.95, p. 4318 – “TRIBUTÁRIO – Execução Fiscal – Penhora de bens – Responsabilidade do sócio – arts. 135 e 136, CTN. 1. O sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato do seu nome não constar na certidão de dívida ativa; 2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais (STF/STJ); 3. Recurso provido”.

⁴³¹ A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu de modo contrário, ao considerar desnecessária a indicação do nome do responsável tributário na certidão da dívida ativa: “RE 96.607-RJ, de 27.04.82, Rel. Ministro Soares Muñoz, RTJSTF 103/1.274”; Também, nesse sentido a 1ª Turma do STJ, em REsp 41.921-2-PR, de 15.05.95, Rel. Min. Milton Pereira, DJU de 05.06.95, p. 16.637” (Apud, ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução, 6ª ed. RT, p. 251, nota n. 306). De se observar também que a doutrina recomenda essa posição, por entender que apontar o responsável tributário na certidão, cuja dívida é de outrem, torna-o devedor direto e originário e, desse modo, figuraria no título executivo como devedor principal e não como responsável. SOUZA, Gelson Amaro. *Responsabilidade tributária e legitimidade*

O título somente terá eficácia executiva se atender os requisitos estabelecidos no art. 202 e incisos, do Código Tributário Nacional. A certeza, liquidez e exigibilidade são predicados da obrigação tributária, que devem figurar a olhos vistos no documento-título, pois, em que pese o disciplinamento especial (art. 204, do CTN), a matéria deve ser remetida subsidiariamente ao Código de Processo Civil, pois a execução fiscal (Lei 6.830/80) serve-se do processo civil enquanto não colidir com a norma especial.

Adverte a doutrina que o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* (art. 131, II, do CTN) não se enquadram no art. 568-V, do CPC, mas sim, recaem nas hipóteses do art. 568, II, do mesmo diploma.⁴³²

Com efeito, feitas essas breves considerações, impõe-se ao juiz, de pronto, examinar no processo de execução cada situação em particular, ora remetendo-se à Lei 6.830/80, ou ao CPC, ou a ambos, conforme o caso, com o fim de indagar, de ofício, da *legitimidade ativa* do órgão da fazenda pública e da *legitimidade passiva*, do *responsável tributário*, eis que, sendo a *legitimidade* uma das condições da ação, portanto, matéria de ordem pública, não afetada pela preclusão, qualquer irregularidade nesse sentido (desde que insanável, art. 204, parág. único, do CTN), é causa de nulidade do título e do processo de execução, ou, de exclusão do executado do processo, se for o caso.⁴³³

passiva na execução fiscal, São Paulo, Data Juris, 1993, p. 157-158; (Apud, ASSIS, Araken de. ob. cit. p. 251).

⁴³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado...*, p. 96.

⁴³³ A jurisprudência vem apontando no sentido de corrigir irregularidade em execução movida contra pessoa não responsável pelo tributo: “EMBARGOS DE TERCEIROS – EXECUÇÃO FISCAL – FGTS – LEGITIMIDADE ATIVA – DIRETOR TÉCNICO – RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO – havendo outros sócios com designação contratual para a direção financeira e comercial da empresa, não é responsável tributário o diretor técnico, de departamento autônomo com finalidade técnica específica não sendo o caso em que incida o art. 135, III, do CTN. Apelação provida para julgar procedentes os embargos de terceiro, excluindo o sócio embargante da execução. (TRF 4ª Região, AC. 91.04.03029-0 – PR – 1ª Turma, Rel. Juiz Volkmer de Castilho – DJU de 15.01.97)”. Apud, GAMA, Ricardo Rodrigues. *Ob. cit.* p. 81.

Assim, foi possível, ainda que de modo breve, perpassar por vários pontos sobre os quais, ao receber a petição inicial executiva, em *juízo de admissibilidade*, é dever-poder do juiz examiná-los detidamente, evitando que mais adiante nulidades tenham que ser declaradas, em prejuízo da economia processual e da efetividade da justiça.

7 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA EXECUÇÃO

O exercício do direito de ação, *abstratamente* assegurado pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXV), significa, na síntese de Cintra, Grinover e Dinamarco,⁴³⁴ o direito ao provimento jurisdicional, de qualquer que seja a natureza desse, favorável ou desfavorável, justo ou injusto. O direito de ação também é tido como um direito *autônomo*, que pode fazer a jurisdição atuar, independentemente da existência do direito subjetivo material. É, ainda, *instrumental*, em face de sua finalidade que é dirigida à solução dos conflitos que têm por objeto uma pretensão de direito material, daí sua *conexão com uma situação jurídico-concreta*.

O direito abstrato de ação atende exigências contemporâneas. É, pois, na Constituição Federal,⁴³⁵ que o *processo* encontra sustentação para boa parte seus importantes *princípios* (como, por exemplo, a *inafastabilidade da jurisdição*) e *institutos jurídicos*. Some-se a isso as sucessivas *ondas renovadoras*⁴³⁶ voltadas para ao *acesso à justiça*. Mas, esse direito, *abstrato e autônomo* (que *independe da verificação de existência prévia do direito*

⁴³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.*, p. 254.

⁴³⁵ A Constituição Federal assegura princípios processuais fundamentais como o de *acesso à justiça* (inafastabilidade da jurisdição), *direito de ampla defesa*, *contraditório*, *decisões judiciais motivadas*, *isonomia*, *devido processo legal*, *inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos*, dentre outros; do mesmo modo que faz prever institutos importantes como a *coisa julgada*, o *ato jurídico perfeito*, *justiça gratuita aos economicamente necessitados*, *direito recursal*, etc., reforçando a tese de que há uma crescente constitucionalização do processo.

⁴³⁶ CAPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre, 1988, ed. Sergio Antonio Fabris Editor, p. 31-73; os autores, ao tratar do problemático *acesso à justiça*, identificam três importantes *onda renovadoras* em favor do efetivo acesso à justiça; a) a primeira *onda* consiste na assistência judiciária para os pobres; b) o segundo grande movimento no sentido de otimizar um efetivo acesso à justiça se traduz na representação dos interesses difusos (e coletivos), ou os chamados *novos direitos*; c) finalmente, identificam como sendo a terceira onda, o enfoque de uma concepção mais ampla de acesso à justiça, como, por exemplo, “mudanças na estrutura dos tribunais, ou criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privado ou informais de solução de litígios” (p. 71).

material), quando concretizado na propositura de uma ação executória, acaba por sofrer uma espécie de *filtragem prévia*,⁴³⁷ oportunidade em que o juiz verifica com acuidade a regularidade da petição inicial, os requisitos específicos da execução, os pressupostos de validade e regularidade do processo e as condições da ação, controle que exerce de ofício, antes mesmo da citação do executado.

No processo de conhecimento ou mesmo no cautelar, o juiz recebe a petição inicial, com os documentos, e imediatamente passa a examinar a respeito da regularidade da inicial: se não é inepta, se a parte autora, pelo menos no plano superficial, é legítima, enfim, é de seu dever indagar se estão presentes os requisitos exigidos pelos arts. 282 e 283, do Código de Processo Civil. Encontrando-se em ordem, presentes os requisitos necessários, recebe a petição e determina a citação do réu. Se, entretanto, constatar irregularidades e sendo sanáveis, determinará que se faça as emendas necessárias no prazo que assinar. Se o autor não cuidar de regularizar ou se impossíveis de serem sanadas, nesses casos, cumprindo a regra do art. 295, do CPC, o juiz deve indeferir a inicial. Desse modo, está ele exercendo o *juízo de admissibilidade*.

No processo de conhecimento essa atividade não se esgota na fase do recebimento da inicial. O *juízo de admissibilidade* prorroga-se até a fase do *julgamento conforme o estado do processo*, segundo prescreve o art. 329, do CPC.

Mas, diferentemente da cognição, no processo de execução o *juízo de admissibilidade* é concentrado num único momento, isto é, na fase do

⁴³⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. São Paulo, 1987, in Revista de Processo n. 47, julho/setembro/1987, RT, p. 24-39; “Partindo da premissa de que a ação é o direito de invocar a prestação da tutela jurisdicional estatal, podemos entender admissibilidade como a possibilidade prévia ou aparente de obtenção desta prestação. ‘Naturalmente – como diz Liebman – só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los’. Por conseguinte, o juízo de admissibilidade impõe-se como uma espécie de ‘mecanismo de filtragem’, separando, dentre os pedidos que batem às portas do judiciário, aqueles que se apresentam como passíveis de exame substancial, dos que podem, de pronto, ser descartados, já por questões respeitantes à existência e validade do processo, apenas, através do qual se desenvolve a uma decisão de fundo sobre o direito invocado”. (p. 25).

recebimento da petição inicial,⁴³⁸ razão pela qual impõe-se exame mais detido a respeito da inicial, seus requisitos, pressupostos processuais e condições da ação.

Diante da relevância dessa providência, torna-se, o *juízo de admissibilidade*, na execução, mais importante que no processo de conhecimento, pelos motivos que se vê adiante.

7.1 OPORTUNIDADE

O *controle de admissibilidade* do juiz no processo de conhecimento, como já observado, tem início com o recebimento da inicial, passando pela fase das providências preliminares, indo até a fase do julgamento conforme o estado do processo (329 e ss., do CPC), o que propicia tomar decisões que extinguem o processo com grau elevado de segurança quanto ao ponto de invalidade ou nulidade. No processo de execução, um tanto diferente, o juiz tem oportunidade fundamental de exercer o *juízo de admissibilidade* no momento que recebe e despacha na petição inicial.

No processo de conhecimento, salvo hipóteses *teratológicas*, ao postergar a decisão sobre uma possível nulidade para a fase do art. 329 (CPC), essa eventual demora pode ser recebida como uma medida de *prudência e zelo*, porquanto, remanescendo qualquer dúvida, deve o juiz prestigiar o contraditório (*inicial e contestação com documentos e até*

⁴³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 445; “Dos requisitos da petição inicial, indicados no art. 282 do Código de Processo Civil, os dos incisos II-III-IV destinam-se à identificação da demanda ajuizada. Tratando-se de formar o processo (...) é natural que à execução forçada se aplique a sistemática do Livro I do Código a respeito, principiando ele por iniciativa de parte, desenvolvendo-se por impulso oficial (art. 262) e considerando-se proposta a demanda *tanto que aforada* (art. 263): tal é uma imposição do art. 598 do Código de Processo Civil. É também natural que prevaleçam as regras ditadas nos arts. 282 e 285 quanto à estrutura da petição inicial, documentos de que há de acompanhar-se, seu indeferimento por inobservância de ditas exigências. Prevaecem, ainda, os ditames específicos do art. 295, quanto aos casos de indeferimento da petição inicial”.

eventual impugnação à contestação), com o fim de bem firmar suas convicções, mesmo porque a instrução sequer teve seu início, achando-se, ainda, bem distante da sentença (salvo na hipótese do art. 273, CPC, em que são antecipados os efeitos da sentença). De sorte que, no âmbito do *processo cognitivo o juiz pode permanecer um tempo razoavelmente longo exercendo o juízo de admissibilidade da ação*.

No processo de execução (embora haja inúmeras causas de nulidades que coincidem com o de conhecimento) a *oportunidade* de se exercer o *juízo de admissibilidade* não guarda simetria com o de cognição. Nesse, a parte é citada para defender-se; naquele, uma vez citado, tem o devedor (sendo ele legítimo ou não), vinte e quatro horas para efetuar o pagamento ou indicar bens para garantir o juízo, sob pena de ter seu patrimônio constritado.

Nesse sentido, a oportunidade capital para o magistrado exercer o *juízo de admissibilidade* da inicial⁴³⁹ e da futura relação jurídica processual executiva, é no seu despacho inaugural onde, pela prática rotineira e também por conta do excesso de trabalho, costuma determinar somente a citação do executado.⁴⁴⁰

Sabe-se que a prática forense vem tolerando que a petição inicial para execução de *título executivo judicial* seja apresentada de modo mais *informal*, sem obediência rígida aos requisitos do art. 282, do CPC, subsidiariamente

⁴³⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Ob. cit.*, p. 129; “Já no processo de execução o controle de admissibilidade se concentra na ocasião em que o juiz examina a petição inicial, com vistas a, proferindo ‘despacho liminar’, deferir a citação do devedor ou, caso contrário, indeferir a petição inicial (por sentença, é óbvio). Essa característica da ‘concentração’ do controle de admissibilidade da execução é também reflexo do mencionado ‘desfecho único’ do processo de execução, pois uma vez regularmente *constituído* tal processo com a citação do devedor, ele deverá se desenvolver inteiramente no sentido da entrega efetiva da tutela executiva, com satisfação do direito do credor. Em outras palavras, decidir sobre se se deve ou não citar o devedor, significa decidir se deve ou não ser prestada a tutela executiva”

⁴⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 451-453. “Adquire proporções bastantes significativas, na prática e em face do sistema da execução forçada, a apreciação liminar da existência ou inexistência de título executivo. Se o que legitima a imposição de medidas de constrição sobre o patrimônio do executado é a eficácia abstrata desse título, isso deve reforçar a preocupação por impedir que a execução se faça quando ele inexistente. Como invadir esse patrimônio sem segurança quanto à existência do título e, portanto, sem saber se existe ou não a eficácia que permite principiar a execução? Deixar que a execução se instaure, com a constrição patrimonial inicial sobre o patrimônio do executado (penhora), para apreciar a questão da existência do título somente em eventuais embargos, constitui grave e ilegal inversão sistemática.”

aplicável à espécie.⁴⁴¹ Pelo fato de que a execução de sentença condenatória se opera nos próprios autos em que foi proferida, não se tem exigido petição inicial de execução mencionando *qualificação completa das partes, endereços*, contudo, não está, sua inicial, liberada das exigências específicas previstas em lei, tais como: apresentação do demonstrativo de débito (*planilha de cálculo*), atualizado até a data da propositura da ação (art. 614-II), *inclusive, informando datas e os indicadores econômicos utilizados para o fim de atualização crédito exequendo*; se for o caso, apresentação, com a inicial, da prova que se verificou a condição ou termo,⁴⁴² na forma do art. 614-III, c/c 572, ambos do CPC, sob pena de nulidade da execução, segundo o art. 618-III, do CPC; a petição inicial deve conter ainda, afirmação de inadimplência da obrigação,⁴⁴³ pedidos de citação do executado, honorários de advogado e custas processuais; deve também consignar o valor da causa e se apresentar assinada por advogado identificado e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 8.906, de 04.07.94, c/c art. 36, do CPC).

Na execução de *título executivo extrajudicial*, a petição inicial deve se apresentar com nomes e qualificações completas das partes (282, CPC); a teor dos arts. 580, 583 e 614-I, do CPC, é indispensável a juntada do título exequendo, com visíveis características de *certeza, liquidez e exigibilidade* (CPC, art. 586 – *havendo ausência de um desses requisitos e sendo o defeito*

⁴⁴¹ SANTOS, Ernane Fidelis. *Aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento...*. In Revista de Processo n. 29, 1983, São Paulo, RT, pp. 41-49; “O Código de Processo Civil, no seu art. 598, determina que as disposições do processo de conhecimento sejam subsidiariamente aplicáveis à execução. A regra tem alto sentido prático, pois, ao se tratar de formas de processo, há, realmente, uma série infundável de preceitos comuns, de desnecessária repetição. (...) No processo de execução, como qualquer outro, é possível o indeferimento da petição inicial. No caso específico da execução, a peça vestibular pode ser indeferida por lhe faltar qualquer dos requisitos necessários à instauração do processo (arts. 580 e 583). Mas, por aplicação subsidiária, indefere-se também a inicial, nos casos dos art. 295, naquilo que for aplicável, naturalmente”.

⁴⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo...*, p. 235; “A exigência decorre do princípio de que só o título líquido, certo e *exigível* pode dar lugar à execução (art. 586). E sem a prova da verificação da condição ou da ocorrência do termo, não se pode falar em *exigibilidade* da dívida, nem muito em inadimplemento do devedor, que é pressuposto primário da execução (art. 580)”.

⁴⁴³ ASSIS Araken. *Ob. cit.*, p. 329; “fundamenta-se o pedido através da exibição do título executivo (arts. 614-I, do CPC) e da alegação de ocorrência positiva de inadimplemento imputável...”.

*irregularizável, a execução é considerada nula, na forma do art. 618-I, do CPC); e demais requisitos também exigidos na execução de título judicial.*⁴⁴⁴

Achando-se a petição inicial regular, segue-se a *decisão interlocutória para admiti-la*, com a conseqüente determinação da citação do executado. Caso contrário, havendo irregularidades e, sendo elas sanáveis, recomenda-se aplicação do art. 616, do CPC, no sentido de conceder o prazo de 10 (dez) dias para as necessárias correções, sob pena de indeferimento. Se, entretanto, as irregularidades forem insanáveis (como exemplo: *documento apresentado pelo exeqüente que não se enquadra no rol de título executivo extrajudicial*), procede-se na forma do art. 618, c/c o 295, do CPC, com a necessária fundamentação dessa decisão indeferitória.

É até justificável que se faça constar uma decisão (interlocutória) *sucinta*, mas, o exame da inicial deve ser *meticuloso* sobre todos esses aspectos, eis que, repita-se, não se pode sujeitar o patrimônio do executado em face de execução eventualmente nula.

Justamente pela gravidade que se reveste a decisão que manda citar o executado, impõe-se ao juiz, antes de determinar a citação do executado, indagar da *existência ou não do título* (isto é, se existe como *representação documental típica*⁴⁴⁵); indagar também da *presença de seus requisitos* (certeza, liquidez e exigibilidade, ainda que esse exame tenha que ser superficial); também, examinar se presentes os pressupostos de existência e validade da relação jurídica processual executiva e das condições da ação (principalmente da *legitimação ad processum e ad causam*), evitando, desse modo, ilegalidades, gravames injustos e até mesmo abusos. Pois, caso contrário, “até que oferecidos os embargos, ou para sempre se eles não o

⁴⁴⁴ Ibid., p. 327-328; “É indiscutível, quanto a esta peça vestibular, a incidência dos arts. 282 e 283 do CPC. Ela é imperativo lógico e resultado indubitável do expediente hermenêutico do art. 598, que torna aplicáveis ao processo executivo, no que couber, as normas dispersas no Livro I, do estatuto dedicado às coisas do processo de cognição”.

⁴⁴⁵ Ou seja, se o documento que exhibe com a inicial encontra-se tipificado como representação de título executivo judicial ou extrajudicial, arrolado numa das hipóteses dos arts. 584 e 585, do CPC ou se é tipificado em *legislação extravagante*.

forem, ter-se-á uma execução processada sem satisfazer a exigência legal do título executivo (arts. 583, 586). Não é legítimo sujeitar o patrimônio de alguém a isso, impondo-lhe o ônus de oferecer embargos visando a demonstrar justamente que a penhora não deveria sequer ter sido feita”.⁴⁴⁶

Mediante acurado *juízo de admissibilidade*, pode-se ainda evitar o uso de *objeção de executividade*, expediente que só deve ter lugar nas hipóteses em que o juiz deve decidir de ofício ou, excepcionalmente, nas situações que não demandam dilação probatória.

É de relevância que esses pontos sejam analisados e sobre eles se manifeste o juiz em decisão, modo pelo qual se tem início o *justo processo*.

7.2 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES QUE PROFEREM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E RECURSOS MANEJÁVEIS

É assente na doutrina⁴⁴⁷ e, também regulado por lei (art. 162, 2º, CPC), que se caracteriza como *decisão interlocutória*, toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, seja ou não sobre o mérito da causa.

Não demanda muita dificuldade para se concluir que a *decisão* que profere *juízo positivo de admissibilidade*, em petição inicial de execução, é

⁴⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução...*, p. 452. Aduz o autor, citando lições de COUTURE, que “o juiz, de ofício, pode negar a execução quando o título for inábil”. Cita ainda, posição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR proferida em parecer em que demonstra que “faltando eficácia executiva ao título apresentado, cabe ao juiz extinguir a execução sem mesmo haver feito proceder à penhora (...)”.

⁴⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...*, p. 623-624; “Toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, *sem extingui-lo*, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória. Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta seu conteúdo, mas sim sua finalidade, se o ato não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença mas sim decisão interlocutória. Pode haver, por exemplo, decisão interlocutória *de mérito*, se o juiz indefere parcialmente a inicial, pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua quanto ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito quando se reconheceu a decadência (CPC 269 IV)”

interlocutória, eis que, ao admitir como *regular a inicial*⁴⁴⁸ e determinar citação do devedor, essa decisão não está extinguindo o processo, pelo contrário, declara-o apto para seu desenvolvimento.

Nesse caso, segundo o art. 522 e ss., do CPC, o recurso cabível contra decisão que decide positivamente pela admissibilidade da inicial é o *agravo de instrumento*. A hipótese de interposição de *agravo retido* no processo de execução, fica desde logo afastada pela incongruência desse recurso com o sistema executivo; igualmente, fica afastada a hipótese de *conversão* do *agravo de instrumento* em *agravo retido*, conforme previsto no art. 527-II, do Código de Processo Civil.⁴⁴⁹ A lógica do sistema executivo não recepciona a modalidade de *agravo retido*.⁴⁵⁰

De outro lado, tratando-se de *juízo negativo de admissibilidade*, ou seja, se o juiz indeferir a inicial, por qualquer dos motivos já mencionados, haverá extinção do processo, na forma do art. 267-I, IV, V, art. 618, I, cuja decisão se traduz em sentença, sendo cabível o recurso de apelação.

⁴⁴⁸ Por *petição inicial regular* entenda-se o resultado do exame sugerido no tópico anterior, isto é, análise e decisão sobre os pressupostos processuais, condições da ação, existência do título executivo como representação documental típica que traduza os elementos de certeza, liquidez e exigibilidade informados pela obrigação, etc.

⁴⁴⁹ Do mesmo modo que se afigura incongruente a interposição de *agravo retido* no processo de execução, inadmissível também é a conversão do *agravo de instrumento* em *agravo retido*, na forma da nova redação dada ao art. 527-II, do CPC. Sabe-se que através do processo de execução não se busca uma *sentença final* (um julgamento) como ocorre no processo de cognição; mas sim, encaminha-se no sentido *assegurar em favor do credor o resultado prático da tutela executiva em face do inadimplemento do devedor*. Diz o art. 527-II, do CPC: “II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provimento jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

⁴⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., RT, 2002, p. 166-167; “o novo inciso II, do art. 527 autoriza o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido. Esta autorização não incide (e a própria lei cuidou de abrir expressamente estas exceções) quando se tratar de provimento jurisdicional de urgência ou haja perigo de lesão grave e de difícil ou de incerta reparação reparabilidade”. O que se depreende da norma jurídica é que a *conversão* é a regra, excepcionada somente pela presença do requisito urgência ou quando houver perigo de difícil ou incerta reparação. Evidentemente que a norma é dirigida para o processo de conhecimento em geral, mas não atinge o processo de execução.

8 CONCLUSÃO

a) Se o processo, em geral, é um meio eficaz para se ter acesso à *ordem jurídica justa*, o processo de execução forçada (com autonomia suficientemente reconhecida) é instrumento criado pelo Estado destinado ao *credor* no sentido de assegurar o resultado prático da obrigação (*traduzida num título executivo líquido, certo e exigível*) que fora inadimplida pelo *devedor*, tal como se fosse cumprida espontaneamente. Essa é a fisionomia genérica do sistema.

Ao contrário do processo de conhecimento, no processo de execução (forçada) o executado não é citado para contestar a ação, mas para pagar a dívida em vinte e quatro horas, ou oferecer bens à penhora ou ver seus bens penhorados, tantos quantos bastem para o pagamento integral da dívida. Portanto, nessa espécie de processo, o executado, segundo o sistema legal vigente, tem suas possibilidade de *defesa* (e, portanto de *contraditório*) somente pela via dos *embargos à execução*, mediante a prévia *garantia do juízo* (penhora de bens). Se, de um lado, essa exigência visa emprestar maior *segurança ao exeqüente*, de modo que o Estado possa prestar a *tutela executiva* de modo célere e eficiente, assegurando ao credor o resultado útil do processo, que consiste na satisfação integral da obrigação inadimplida, por outro ângulo, pode também, em algumas situações específicas, caracterizar *cerceamento ao direito de ação* do executado, *abuso processual* ou *injustiça*; apresenta-se aqui um conflito de direitos que o princípio da proporcionalidade pode solucionar.

Por isso, se sustenta que é possível, em hipóteses excepcionais, opor de embargos à execução (de devedor ou mesmo de terceiro) sem *garantia do*

juízo, como no caso de embargos por excesso de execução, onde o embargante não dispõe de patrimônio econômico suscetível de penhora, ou ainda, como na hipótese de executado que goza do benefício de assistência judiciária gratuita, na forma da Lei 1.060 de 05.02.50.

Sem se descuidar do direito de ação executiva de que dispõe o credor, a possibilidade de dispensa de embargos à execução sem garantia do juízo, em situações especialíssimas, visa atender o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida que essa exigência legal (art. 737 do Código de Processo Civil), pode ensejar limitação ao direito de ação. O conflito que se verifica entre o direito de ação de credor e devedor (ação executiva e embargos à execução, respectivamente), pode ser resolvido pela aplicação do *princípio da proporcionalidade*.

Ademais, admissão de embargos *sem garantia do juízo*, somente em casos excepcionais, por si só já afastaria o uso indiscriminado de objeção de executividade (*expediente de reconhecida validade, mas que vem sendo utilizado sem maiores critérios pelos executados, em muitos casos, com o fim procrastinatório*), além de assegurar o direito de ação (os embargos), garantido na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXVI) e do contraditório, sem contudo, desnaturar o sistema executivo.

b) Afora os embargos à execução (com ou sem *garantia do juízo*), o executado, ou qualquer interessado, pode valer-se de defesa diretamente no processo de execução mediante a arguição de *objeção de executividade*, mais conhecido como *exceção de pré-executividade*. É instrumento processual de defesa informal, devidamente consagrado pela doutrina pátria e acolhido pelos nossos tribunais.

Trata-se de meio de defesa utilizado, em geral, para argüir nulidades processuais (pressupostos processuais), condições da ação ou mesmo nulidades que o título executivo possa apresentar a olhos vistos, sem que haja necessidade de pesquisas probantes mais profundas. O alargamento das

hipóteses de cabimento dessa modalidade de defesa é matéria que uma parte da doutrina especializada vem tratando com muito entusiasmo, entretanto, percebe-se que a jurisprudência tem sido mais comedida, permitindo-a nos casos em que a nulidade deveria ter sido conhecida pelo juiz de ofício, ou, quando muito, em situações que não demandam investigação mais profunda nas provas, como é o caso da alegação de *prescrição*, evitando, desse modo, a desestruturação do sistema executivo.

De qualquer sorte, diante dos inafastáveis princípios do *contraditório* e da *ampla defesa*, é certo tanto em nossa doutrina quanto na jurisprudência, que o executado pode dispor de defesa no interior do processo de execução, sem que essa liberalidade implique em desnaturação do sistema processual executivo.

A doutrina ainda não chegou a um consenso com relação ao nome que se deve dar a essa figura processual. O nome *exceção de pré-executividade* não é o mais adequado na medida que o Código de Processo Civil de 1.973 trouxe o rol das exceções (incompetência relativa do juízo, impedimento ou suspeição do juiz) e, o surgimento de nova exceção somente é possível através de lei ordinária federal, conforme preceitua o art. 22-I, da Constituição Federal. Há quem sustente que trata-se de defesa intraprocessual, afastando nomes como objeção ou mesmo exceção. A jurisprudência já consolidou o nome de *exceção de pré-executividade*, sem entrar no mérito da discussão.

De qualquer sorte, o nome mais adequado é *objeção de executividade*, sobretudo em face da finalidade e hipóteses de cabimento dessa figura.

Quanto ao seu objeto, a doutrina mais tradicional entende que só é cabível objeção de executividade nos casos em que o juiz pode e deve conhecer de ofício, as denominadas matérias de ordem públicas: pressupostos de constituição e validade do processo, condições da ação, nulidade da citação e nulidades absolutas do título executivo. Afora essas hipóteses, parte da doutrina sustenta que é possível o manejo de *objeção* para argüir matérias de

direitos disponíveis, matérias que só podem ser apreciadas se alegadas pela parte interessada, desde que não haja necessidade de dilação probatórias, como a prescrição, o pagamento comprovado de plano, dentre outras.

Levando-se em conta o direito de *ampla defesa* e o direito ao *contraditório* de que dispõem o executado, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, entende-se que não é justo exigir do executado (que nem sempre é o devedor), o manejo dos embargos, mediante garantia do juízo, para somente ao final, a justiça reconhecer, p. ex., que trata-se de *homônimo*, devendo a execução ser dirigida a outra pessoa, mas que atende pelo mesmo nome.

Os tribunais vêm acatando a tese do cabimento da objeção para os casos de matéria de ordem pública, contudo verifica-se um discreto alargamento para algumas hipóteses que dependem de argüição da parte interessada como por exemplo, a prescrição.

O processo de execução forçada, pelas suas características, não permite dilação probatória, portanto, a prova que houver será aquela que demonstre de plano, *prima facie*, a veracidade das alegações do executado, sob pena de não conhecimento da argüição.

A argüição da objeção, segundo o sistema processual em vigor, não autoriza a suspensão da execução, entretanto, recomenda-se que não ultrapasse a fase da avaliação do bem penhorado, a fim de evitar eventuais prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para o executado. Lembrando que a objeção pode ser manejada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, para as hipóteses de matéria de ordem pública. Aplica-se o raciocínio para os casos que envolve direitos disponíveis (alegáveis pela parte interessada), desde que não atingidos pela preclusão.

São duas as naturezas das decisões que julgam objeção de executividade: a decisão que acolhe a argüição e extingue o processo tem natureza de sentença (terminativa ou definitiva, conforme o caso); já o ato que

indefere a objeção tem natureza de decisão interlocutória. Conseqüentemente, para a primeira hipótese o recurso cabível é o de apelação, enquanto que para a segunda hipótese o recurso manejável é o de agravo de instrumento.

Tratando-se de expediente simples, sem forma e figura de juízo, sobre ele não deve incidir custas processuais, salvo nos casos de recursos quando o preparo é exigido como requisito objetivo indispensável. No tocante aos honorários de advogado, segundo se depreende da legislação em vigor e entendimento jurisprudencial, são cabíveis segundo os critérios estabelecidos no art. 20, especialmente o parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

c) Foram analisados também os *requisitos de admissibilidade* para a execução forçada, passando pelos pressupostos de existência e de regularidade do processo, o título executivo, o inadimplemento e as condições da ação. Se o juiz exercer com rigor o controle da petição inicial, através do *juízo de admissibilidade*, determinando correção de irregularidades ou, se for o caso, decretando, de ofício, nulidades absolutas do processo ou do título executivo, certamente evitar-se-á o incentivo do uso indiscriminado da objeção de executividade, como também contribuirá para que processo nulo não permaneça vivo, sobrecarregando os cartórios judiciais e inviabilizando o trabalho célere e eficiente dos próprios juizes. O *juízo de admissibilidade* deve ser exercido na forma de decisão interlocutória, se *negativo*, e, como sentença, se *positivo*, sempre motivadamente, consoante exigência do art. 93-X, da Constituição Federal.

Em fim, pode-se afirmar, em conclusão, que o processo de execução desempenha importante papel na segurança das relações jurídicas, especialmente no âmbito negocial, cabendo a todos os operadores do direito e, muito especialmente ao magistrado, zelar pela sua integridade, sem a qual dificilmente será um *processo justo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Revista de Processo n. 2, p. 42., Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. Vols. 1 e 2, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARTETA, Luiz Eduardo Nieto. *La Interpretación de las Normas Jurídicas*. Bogotá: Ediciones Tiempo Presentes, 1976.

ASSIS, Araken de. *Manual de Processo de Execução*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad. 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed. 19, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Temas de Direito Processual*. 7ª série, São Paulo: Saraiva. 2001.

_____. *Comentários ap Código de Processo Civil*. 5ª ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARCELOS, Pedro dos Santos. *Possibilidade de Admissão de Embargos do Devedor Sem Estar Seguro o Juízo para a Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 652, p. 231, fev. 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- BERMUDES, Sergio. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- BASTOS, Celso Ribeiro Seixas. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A exceção de Pré-Executividade*. Revista de Processo n. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 1989.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução por quantia certa contra a fazenda pública – uma proposta atual de sistematização*. In Processo de Execução (série Processo de Execução e Assuntos Afins, vol. 2), coordenação: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A “principalização” da jurisprudência através da Constituição*. In Revista de Processo n. 98, abr/jun, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (tradução de Ellen Gracie Northflsst). Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). vol. I, Campinas: Servanda, ed. 1999.
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5, Pádua: Cedam, n. 520, 1.929.
- CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. X, tomo 2, Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- CASTRO, Arthur Anselmo. *A Ação Executiva Singular, Comum e Especial*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1977.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1, Campinas: Booksller, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, ed. 14, São Paulo: Malheiros, 1998.
- COELHO GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Objecção de pré-executividade – uma análise principiológica*. In Processo de Execução (série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2), coordenação Sergio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. in Revista de Processo n. 47, jul/set 1987, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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

_____. *As três figuras da liquidação de sentença*. In Liquidação de sentença – Coletânea de doutrina e jurisprudência. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *O contrato de abertura de crédito e a do título executivo*. in Processo de Execução, vol. 2, da série Execução e Assuntos Afins. Coordenação: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Instrumentalidade do Processo*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Temas de Direito Processual Civil*. Campinas: Agá Juris Editora, 2000

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação na Execução*. São Paulo: Editora de Direito. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1 e 3. São Paulo: Saraiva. 1998.

GRECO, Leonardo. *O processo de Execução*. vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições – Uma figura sui generis*. São Paulo: ed. Dialética, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada – Controle de Admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

GUERRA, Willis Santiago. *Tópicos Fundamentais da Execução Forçada...* in, “Processo de Execução e Assuntos Afins” Coordenação de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JAQUES, Paulino. *Curso de Introdução ao Estudo de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1976.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

_____. *Execução de título extrajudicial e segurança do "juízo"*. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), Porto Alegre: vol. 23, nov. 1981 (o mesmo artigo publicado na obra Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo, Saraiva, 1982).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed. 1986.

_____. *L'azione nella teoria del processo civile*. In Problemi del processo civile, n. 6, Nápoles: Morano, 1962.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. Vol. 1, Milão, Giuffrè, 1981 (tradução brasileira do 1º vol. Cândido Rangel Dinamarco sob o título: Manual de direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2ª ed.)

LIMA, Alcides de Mendonça. *A nova sistemática das exceções*. In Revista de Processo n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar de 1977.

_____. *Ação Executiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 575, set. 1983.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Garantia de tratamento paritário das partes*. In Garantias constitucionais do processo civil. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUISO, Francesco Paolo. *Appunti di Diritto Processuale Civile (Parte Generale)*, 2ª ed. Pisa: EST Editrice, p. 10. 1991.

MACHADO, Alberto Velozo. *O destinatário efetivo da tributação e os mecanismos para proteção do seu produto*. In, Processo Tributário, Coordenação de MARINS, James e Gláucia Vieira. Curitiba: Juruá. 2000.

MACHADO, Denise Maria Weiss de Paula. *Possibilidade jurídica do pedido – uma limitação ideológica do processo*. In Revista da OAB-PR, Subseção de

Ponta Grossa/PR, ano I, n. 1, coordenadores: Ubirajara Carlos Mendes, Cloter Migliorini e Luiz Rodrigues Wambier, Ponta Grossa: 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. *Execução Fiscal e Ação Anulatória*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1981.

_____. *Curso de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MACHADO NETO, A. L. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Ed. Tempo Brasileiro, 1966.

MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos (conceito e legitimação para agir)*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. III, Torino: Giappicheli ed., 1981.

MANENTI, Claudine Camargo. *Considerações sobre a execução fiscal e a exceção de pré-executividade*. In *Processo Tributário – Administrativo e Judicial* -. Coordenação de MARINS, James; MARINS, Gláucia Viera, Curitiba: Juruá, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 229-230, 1999.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4 e 6. Campinas: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Ed, 11. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol IX, Rio de Janeiro: Forense. 1974.

MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa Sem Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva. 2000

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos* – 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

OLIVEIRA, Robson Carlos de. *Sobre revisão do art. 604 do CPC*. In Revista de Processo n. 103. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. jul/set, 2001.

PABST, Haroldo. *Embargos do Devedor e Elitismo Doutrinário*. Revista de Direito Processual Civil n. 14, out/dez, Curitiba: Ed. Gênese.1999.

PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2000

PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. *Ações Prejudiciais à Execução*. São Paulo: Saraiva. 2001

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Curitiba: Livraria do Advogado Editora. 1999.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade das Normas – E sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-Executividade (Matérias de ordem pública no processo de execução)*, 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2000

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 1976.

REIS, Alberto José dos. *Processo de Execução*. vol. 1. Coimbra: Ed. Coimbra. 1957.

ROCHA, José Moura. *Sistemática do Novo Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1978.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1 (parte geral). São Paulo: Saraiva. 1998.

SANTOS, Ernani Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva. 1993.

_____. *Aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento no processo de execução*. in Revista de Processo n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. vols. 1, 2 e 3. São Paulo: Saraiva. 2000.

SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva. 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. vols. 1 e 2, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

_____. *Comentário ao Código de Processo Civil*. vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

SOUZA, Rubens Gomes. *Sujeito passivo das taxas*. In Revista de direito público, n. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1971.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Responsabilidade Tributária e Legitimidade Passiva na Execução Fiscal*. São Paulo: Data Juris. 1993.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória (A ação monitória, Lei 9.079/95)*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TESHEINER, José Maria. *Execução Civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis)*. In Revista do Processo n. 102, abr/jul 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1, 2 e 3. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

_____. *Processo de Execução*. ed. 20, São Paulo: Leud. 2000

VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo: Malheiros. 2000.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales. 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil* (Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001 e Lei 10.444, de 07.05.2002). 1ª e 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

_____. *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória*. , São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A Reforma do Código de Processo Civil 2ª fase*. São Paulo: In Revista de Processo n. 87, p. 100-102. 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol 8. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.