

25

SABERES DO DIREITO

Processo Civil IV

Execução

RENATO MONTANS DE SÁ
RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo
Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo
Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)
3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –
Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –
Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16921-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Montans de Sá, Renato
Processo civil IV / Renato Montans de Sá, Rodrigo da
Cunha Lima Freire. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção
saberes do direito ; 25)
1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil I. Título. II. Série.
II. Série.

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil : Processo civil 347.9(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lígia Alves

Editor Roberto Navarro

Assistente editorial Thiago Fraga

Produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte e diagramação Know-how Editorial

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 25-4-2012

Dúvidas?

Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



RENATO MONTANS DE SÁ

Especialista e Mestre em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor da Rede de Ensino LFG e coordenador da pós-graduação de Direito Processual Moderno da Rede de Ensino LFG. Professor da pós-graduação da Escola Superior de Advocacia e da ATAME/DF. Advogado.

RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor e coordenador da pós-graduação da Rede de Ensino LFG. Professor da graduação e do mestrado da FMU/SP. Advogado.

Conheça os autores deste livro:

<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16909-8>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.
Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

Aos meus filhos, Guilherme, Rafael e Marina.

Rodrigo da Cunha Lima Freire

À Alice.

Renato Montans de Sá

◆ Apresentação


O futuro chegou.


A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o  ¹


A união da tradição Saraiva com o novo conceito de livro vivo, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  ¹).

No  ¹ você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como

comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.


Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

◆ Sumário

Capítulo 1 Teoria Geral da Tutela Jurisdicional Executiva

1. Introdução

2. A execução no Código de Processo Civil – classificação

2.1 Quanto à origem do título

2.1.1 Vasos comunicantes

2.1.2 Quanto à autonomia

2.1.3 Quanto à natureza da obrigação apresentada em juízo

2.1.4 Quanto à estabilidade do título

2.1.5 Quanto à condição financeira do executado

2.1.6 Quanto à forma de efetivação

2.1.7 Aplicabilidade

Capítulo 2 Princípios da Execução

1. Princípio da autonomia da execução

2. Princípio da nulla executio sine titulo

3. Princípio da patrimonialidade

4. Princípio da disponibilidade da execução

5. Princípio da menor onerosidade da execução

6. Princípio da tipicidade da execução

7. Princípio da lealdade processual

8. Princípio da responsabilidade objetiva do exequente

Capítulo 3 Título Executivo

1. Introdução

1.1 Taxatividade

1.2 Vinculação

- [2. Natureza jurídica](#)
- [3. Elementos do título](#)
- [4. Classificação](#)
- [5. Títulos judiciais \(CPC, art. 475-N\)](#)
- [6. Títulos executivos extrajudiciais \(CPC, art. 585\)](#)

Capítulo 4 Execução Provisória

[1. Introdução](#)

[2. Procedimento](#)

- [2.1 Aplicação subsidiária \(CPC, art. 475-O, caput\)](#)
- [2.2 Iniciativa do exequente \(CPC, art. 475-O, I\)](#)
- [2.3 Responsabilidade objetiva \(CPC, art. 475-O, I\)](#)
- [2.4 Efeito anexo \(CPC, art. 475-O, II\)](#)
- [2.5 Provimento do recurso \(CPC, art. 475-O, II\)](#)
- [2.6 Caução \(CPC, art. 475-O, III\)](#)
 - [2.6.1 Dispensa da caução](#)
- [2.7 Documentação da execução provisória](#)
- [2.8 Execução provisória contra a Fazenda Pública](#)

Capítulo 5 Cumprimento de Sentença (Execução de Título Executivo Judicial) – Pagamento de Quantia Certa

[1. Introdução](#)

- [1.1 Início](#)
- [1.2 Multa do art. 475-J do CPC](#)
 - [1.2.1 Natureza jurídica](#)
 - [1.2.2 Termo inicial para a contagem da multa](#)
 - [1.2.3 A multa do art. 475-J e a execução provisória](#)
 - [1.2.4 A multa e o pagamento parcial](#)
 - [1.2.5 Dação em pagamento](#)
 - [1.2.6 Valor da multa \(base de cálculo\)](#)

- [1.2.7 Legitimidade e litisconsórcio](#)
- [1.3 Requerimento](#)
- [1.4 Honorários advocatícios](#)
- [1.5 Demais questões do procedimento](#)

Capítulo 6 Tutela Específica das Obrigações de Fazer, Não Fazer e Entrega de Coisa Certa ou Incerta com Base em Título Executivo Judicial (CPC, arts. 461 e 461-A)

- [1. Obrigações de fazer e não fazer \(CPC, art. 461\)](#)
 - [1.1 Introdução – a tutela específica no Brasil](#)
 - [1.2 Tutela específica ou o resultado prático equivalente](#)
 - [1.3 Tutela antecipada \(CPC, art. 461, § 3º\)](#)
 - [1.4 Mecanismos de efetivação da tutela específica – princípio da atipicidade dos atos executivos \(CPC, art. 461, § 5º\)](#)
 - [1.4.1 Prisão civil e prisão penal como medidas de efetivação da tutela específica](#)
 - [1.5 Multa](#)
 - [1.5.1 Introdução](#)
 - [1.5.2 Multa coercitiva e multa sancionatória](#)
 - [1.5.3 Características](#)
 - [1.5.4 Legitimidade](#)
 - [1.5.5 A multa e a improcedência da demanda](#)
 - [1.5.6 Fazenda Pública e a incidência da multa](#)
 - [1.6 Perdas e danos](#)
 - [1.6.1 Requerimento do autor \(conversão subjetiva\)](#)
 - [1.6.2 Impossível a tutela específica/resultado prático correspondente \(objetiva\)](#)
 - [1.7 Defesa do executado](#)
- [2. Entrega de coisa certa ou incerta \(CPC, art. 461-A\)](#)
 - [2.1 Introdução](#)
 - [2.2 Questões processuais](#)

[2.3 Procedimento](#)

[2.4 Conversão em perdas e danos](#)

Capítulo 7 [Liquidação de Sentença](#)

[1. Introdução](#)

[1.1 Economia e aproveitamento dos atos processuais](#)

[1.2 Livre convencimento do magistrado \(CPC, art. 131\)](#)

[2. Natureza jurídica](#)

[3. Liquidação de título executivo extrajudicial](#)

[4. Liquidação no atual Código de Processo Civil \(modalidades\)](#)

[4.1 Introdução](#)

[4.2 Fase de liquidação](#)

[4.3 Processo de liquidação](#)

[4.4 Liquidação incidental](#)

[5. Espécies de liquidação](#)

[5.1 Liquidação por cálculos \(liquidação extrajudicial\)](#)

[5.1.1 Definição](#)

[5.1.2 Procedimento](#)

[5.2 Liquidação por arbitramento \(CPC, arts. 475-C e D\)](#)

[5.2.1 Definição](#)

[5.2.2 Procedimento](#)

[5.3 Liquidação por artigos \(CPC, arts. 475-E e F\)](#)

[5.3.1 Definição](#)

[5.3.2 Procedimento](#)

[6. Decisão que julga liquidação de sentença](#)

[7. Questões processuais pertinentes](#)

[7.1 Legitimidade](#)

[7.2 Competência](#)

[7.3 Procedimento sumário](#)

[7.4 Liquidação provisória](#)

[7.5 Princípio da fidelidade do título \(CPC, art. 475-G\)](#)

[7.6 Liquidação com dano zero](#)

Capítulo 8 Pagamento de Quantia Certa contra Devedor Solvente (Título Executivo Extrajudicial)

[1. Introdução](#)

[2. Fase inicial \(proposição\)](#)

[3. Fase da penhora](#)

[3.1 Introdução](#)

[3.2 Ordem da penhora](#)

[3.3 Efeitos subjetivos da penhora](#)

[3.4 Modificações na penhora](#)

[3.5 Efeitos espaciais da penhora](#)

[3.6 Penhoras especiais](#)

[3.6.1 Penhora on-line](#)

[3.6.2 Penhora de créditos](#)

[3.6.3 Penhora sobre empresa e outros estabelecimentos \(CPC, arts. 677 a 679\)](#)

[3.7 Procedimento](#)

[4. Moratória processual e avaliação](#)

[4.1 Moratória processual](#)

[4.1.1 Introdução](#)

[4.1.2 Questões processuais pertinentes](#)

[4.1.3 Descumprimento \(CPC, art. 745-A, § 2º\)](#)

[4.2 Avaliação \(CPC, arts. 680 a 685\)](#)

[5. Fase da expropriação](#)

[5.1 Introdução](#)

[5.2 Adjudicação](#)

[5.2.1 Introdução](#)

[5.2.2 Legitimidade](#)

[5.2.3 Formalização da adjudicação](#)

[5.3 Alienação por iniciativa particular](#)

[5.3.1 Introdução](#)

[5.3.2 Legitimidade, prazo e preço](#)

[5.3.3 Procedimento](#)

[5.3.4 Especificamente sobre o corretor](#)

[5.4 Alienação em hasta pública \(arrematação\)](#)

[5.4.1 Introdução](#)

[5.4.2 Edital](#)

[5.5 Usufruto](#)

[5.5.1 Introdução](#)

[5.5.2 Natureza jurídica](#)

[5.5.3 Pressupostos](#)

[5.5.4 Procedimento](#)

Capítulo 9 [Execução de Entrega de Coisa Certa e Incerta com Base em Título Executivo Extrajudicial \(CPC, arts. 621 a 631\)](#)

- [1. Execução de entrega de coisa certa](#)
- [2. Execução de entrega de coisa incerta](#)

Capítulo 10 [Execução de Obrigação de Fazer e Não Fazer com Base em Título Executivo Extrajudicial \(CPC, arts. 632 a 645\)](#)

- [1. Execução das obrigações de fazer](#)
- [2. Execução das obrigações de não fazer](#)

Capítulo 11 [Defesas do Executado](#)

- [1. Embargos do devedor](#)
 - [1.1 Embargos à execução](#)
 - [1.1.1 Introdução](#)
 - [1.1.2 Natureza jurídica](#)

[1.1.3 Matérias arguíveis](#)

[1.1.4 Procedimento](#)

[1.2 Embargos de segunda fase](#)

[2. Impugnação](#)

[2.1 Definição e natureza jurídica](#)

[2.2 Matérias \(fundamentos\)](#)

[2.2.1 Falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia \(inciso I\)](#)

[2.2.2 Inexigibilidade do título \(inciso II\)](#)

[2.2.3 Penhora incorreta ou avaliação errônea \(inciso III\)](#)

[2.2.4 Ilegitimidade das partes \(inciso IV\)](#)

[2.2.5 Excesso de execução \(inciso V\)](#)

[2.2.6 Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição desde que superveniente à sentença \(inciso VI\)](#)

[2.2.7 Especificamente sobre a hipótese do art. 475-N, § 1º, do CPC](#)

[2.3 Procedimento](#)

[3. Exceção executiva – “exceção de pré-executividade”](#)

[3.1 Introdução](#)

[3.2 Cabimento e nomenclatura](#)

[3.3 Procedimento](#)

[Referências](#)

Capítulo 1

◆ Teoria Geral da Tutela Jurisdicional Executiva

1. Introdução

A sociedade é regida por uma série de normas que incidem invariavelmente sobre a conduta humana. Algumas delas, como as que se relacionam à moral, aos costumes ou à religião, geram, para quem as desrespeita, apenas uma desaprovação social. Contudo, o Estado estabelece que a inobservância referente a algumas regras de conduta pode acarretar mais do que uma mera censura. Assim, como todas as regras devem ser cumpridas, é necessário se estabelecer um mecanismo para que se possa garantir o seu cumprimento no plano prático. Esta forma de garantir a realização da regra denomina-se sanção.

A sanção objetiva tornar real a vontade do Estado sem que se torne o cumprimento das regras apenas uma vontade em potencial.

A sanção jurídica é uma espécie do gênero sanção. Ela tem por objetivo estabelecer o cumprimento de determinadas regras quando enquadradas no processo. A sanção poderá ser penal ou civil. Se o comportamento, dito ilícito, recebe da lei a definição de crime, pode-se dizer que a sanção incidirá sobre o agente na forma de punição.

Contudo na esfera cível a sanção tem por escopo principal não a punição (que por vezes pode se manifestar em multa, como a dos arts. 14, 18 e 600 do CPC), mas o cumprimento da obrigação por meio do seu patrimônio (execução indireta) ou por meio de mecanismos para estimular o cumprimento espontâneo ou o resultado prático equivalente (execução direta).

Desta forma, enquanto na esfera penal a sanção tem como efeito predominante a punição, na esfera cível é a reparação.

Contudo a sanção é regra de caráter genérico e abstrato. Somente poderá ser aplicada pelo Estado quando se puder comprovar a existência de um direito (fato jurídico ocorrido) e a sua conseqüente previsão no ordenamento (fundamentação jurídica) comprovando a *tipicidade*.

Assim o Estado cria mecanismos para que a parte possa levar esta pretensão (fato) ao judiciário e estabelecer o devido enquadramento da norma geral (fundamento jurídico). Diante da subsunção do fato, à norma está autorizada a incidência da sanção.

Estes mecanismos objetivam eliminar as crises previstas no ordenamento. As crises em que se pode levar a busca da tutela jurisdicional são de três ordens: a) a crise da certeza jurídica (em que se deseja um provimento declaratório); b) a crise da situação jurídica (em que se requer um provimento constitutivo); e c) a crise do adimplemento (em que se postula um provimento condenatório).

As duas primeiras constituem tutelas autossuficientes, pois não dependem de ulterior atividade jurisdicional para a produção dos seus regulares (e definitivos) efeitos. A mera declaração ou a mera constituição já proporcionam, no plano prático, a tutela pretendida (não se nega que tanto uma como outra conferem o efeito anexo de condenação em custas e honorários a ser executada nos termos do art. 475-J do CPC).

A sanção atua com a mera sujeição do agente à nova situação jurídica, constatada ou decretada.

Contudo, a crise do adimplemento somente poderá ser cumprida com a vontade do condenado. Como este “agir” não costuma ser realizado na prática, a lei confere mecanismos para que, em atividade ulterior, viabilize-se a prática de atos materiais tendentes ao cumprimento.

Estes mecanismos, tendentes a proporcionar no plano prático o cumprimento efetivo daquilo previsto no título executivo, denominam-se **execução**. Portanto **executar é satisfazer**. Execução é a prática de atos dispostos pelo Estado para realizar materialmente o direito declarado no título. Não se objetiva com a execução **conferir direitos** (competência afeta aos processos/fases cognitivas e ao legislador quando cria a eficácia

abstrata dos títulos executivos extrajudiciais), mas apenas **outorgá-los** a quem possui uma situação jurídica de vantagem.

É importante frisar, portanto, que a jurisdição não é apenas dotada de instrumentos para declarar o direito (*jurisdição*), mas também para permitir a efetivação do que foi decidido.

Contudo, nem só as decisões jurisdicionais conferem ao portador do crédito o direito à atuação da sanção. A lei confere a determinados atos/negócios jurídicos eficácia executiva para que se possa, independentemente da declaração da existência do direito material, conferir ao titular da situação de vantagem prevista no título (representativo do ato ou negócio) a atuação da sanção.

2. A execução no código de processo civil – classificação

Estabelecer uma classificação da tutela jurisdicional executiva é a melhor forma de apresentar sua estrutura – ainda que de maneira perfunctória – para que se possam compreender as questões que serão enfrentadas com mais profundidade no caminhar dos capítulos.

2.1 Quanto à origem do título

Os títulos executivos podem ser judiciais (CPC, art. 475-N) ou extrajudiciais (CPC, art. 585). Títulos executivos judiciais são aqueles produzidos dentro de um processo por meio de atividade jurisdicional. Já os títulos executivos extrajudiciais são aqueles atos produzidos fora de um processo em que a lei confere eficácia executiva e foram formalizados por ato de vontade das partes (ou somente de uma, como a certidão da dívida ativa, CPC, art. 585, VII).

Todos permitem a execução forçada. Tal equiparação se deu com o Código de Processo Civil de 1973, pois no regime anterior do CPC/39 apenas os títulos executivos judiciais poderiam ser executados de maneira direta (ação executória). Já os extrajudiciais eram apresentados em um processo híbrido: cognitivo-executivo (ação executiva).

Contudo esta distinção (*topológica* por terem sido produzidos dentro ou fora de um processo judicial) não é plenamente satisfatória: e isso

porque há títulos produzidos dentro do processo considerados extrajudiciais (crédito dos auxiliares de justiça aprovados por decisão judicial, CPC, art. 585, VI) e títulos que não foram produzidos por atividade jurisdicional (ao menos típica se se considerar a arbitragem sucedânea de jurisdição), como a sentença arbitral (CPC, art. 475-N, IV).

Assim esta primeira distinção é apenas um referencial. O melhor modo de distinção destes títulos é pela *forma* como são executados: os extrajudiciais por meio de processo autônomo e os judiciais por meio de cumprimento de sentença (a despeito de algumas sentenças como a arbitral, estrangeira e penal condenatória gerarem a criação de novo processo, na medida em que a sua criação se deu fora do ambiente cível. Contudo, seu procedimento segue o cumprimento de sentença, e não as regras (que podem ser aplicadas subsidiariamente) previstas no Livro II do Código de Processo Civil).

A classificação assume especial importância a partir de 2005 com a **ruptura da unidade procedimental** para o cumprimento destes dois títulos. Antes, a execução para estas duas modalidades de título era uniforme. O executado era citado para pagar em vinte e quatro horas ou nomear bens à penhora. O que diferia um procedimento do outro era a cognição nos embargos à execução: na execução de título extrajudicial a cognição era livre, permitindo ao executado embargante suscitar quaisquer matérias que entendesse necessárias para impedir a atuação do título sobre sua esfera jurídica.

Já os embargos de título judicial (antiga redação do art. 741, CPC) possuíam cognição limitada, na medida em que o executado já tivera na via de conhecimento a possibilidade de se insurgir contra o crédito que se materializou naquele título. Desta forma sua argumentação se limitava, em regra, a questões posteriores à formação do título.

Esta diferença ainda é sentida na redação dada ao art. 475-L, que regulamenta, desde 2005, as matérias veiculáveis na impugnação contra execução baseada em título judicial. O art. 745 também foi alterado, mas pela Lei n. 11.382/2006.

2.1.1 Vasos comunicantes

O sistema processual executivo não pode ser visto como um compartimento estanque. Tanto os diversos modelos executivos dependem (no plano procedimental) um do outro para sua efetiva realização, como a execução (ação ou fase) depende das regras gerais da atividade cognitiva para suplementar aquilo que lhe é omissivo.

Desta forma, dois artigos assumem especial relevância no ordenamento jurídico: os arts. 475-R e 598 do CPC. Estabelece o primeiro artigo: “Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”. E o segundo: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”.

O que ocorre nessas duas regras é o estabelecimento de “vasos comunicantes” entre o Livro I do CPC, que regulamenta o “processo de conhecimento”, a parte de cumprimento de sentença, e o Livro II, que tem por objetivo disciplinar o “processo de execução”.

Nesses dois artigos permite-se colher material procedimental se, e quando, houver necessidade. Desta forma, o cumprimento de sentença, a despeito de estar hospedado no Livro I, poderá – até mesmo pelo autorizador art. 475-R – socorrer-se do Livro II para regulamentar situações não previstas (v.g., fase da penhora, expropriação, pagamento etc.). Assim, a via é de mão dupla: a execução de título executivo extrajudicial poderá utilizar-se de regras da fase de conhecimento ou mesmo do cumprimento de sentença.

Desta forma, a execução de título judicial, que durante 30 anos viveu no Livro II, ainda sofre os influxos procedimentais da execução de título extrajudicial (CPC, art. 475-R). O contrário é igualmente verdadeiro: como a execução de título judicial é procedimento mais novo e está mais rente às novas realidades sociais, nada impede que a execução do Livro II possa tomar emprestados atos executivos criados para alimentar o cumprimento de sentença (CPC, art. 598).

Evidente que este “transporte” não é incondicional e depende de chancela jurisprudencial. Desta forma, saber se a moratória processual (CPC, art. 745-A) se aplica à execução de título judicial ou se a constituição de renda (CPC, art. 475-Q) tem incidência nas execuções de título executivo extrajudicial.

2.1.2 Quanto à autonomia

Conforme dito no [item 2.1.1](#), até 2005 a execução não estabelecia diferenças entre os distintos títulos executivos apresentados em juízo. Criava-se, por assim dizer, um modelo procedimental único para o cumprimento, independentemente de sua natureza. A única diferença residia na resistência do executado: a despeito de a defesa ser a mesma (embargos à execução), a cognição do magistrado era livre quando se tratava de título executivo extrajudicial (CPC, art. 745) e limitada quando título judicial (CPC, art. 741), justamente por ter precedido anterior fase de conhecimento com ampla possibilidade de defesa.

Com a reforma empreendida especialmente pelas Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, a execução fundada em título executivo judicial está hospedada no Livro I e, se fundada em título executivo extrajudicial, no Livro II.

A diferença entre as duas é maior do que a mera separação geográfica: as execuções fundadas em título judicial são realizadas no mesmo processo em que ocorreu a certificação do direito (fase cognitiva). Desta forma, não há um processo autônomo de execução, mas uma fase executiva dentro de um processo já existente, permitindo a junção de duas atividades distintas dentro do mesmo processo (sincretismo).

É importante frisar que há situações em que o título executivo judicial será instaurado em processo autônomo, justamente porque a certificação do direito não se deu no juízo cível, mas lá deve ocorrer a sua realização prática (v.g., sentença arbitral, estrangeira homologada pelo STJ e penal condenatória – CPC, art. 475-N, parágrafo único).

2.1.3 Quanto à natureza da obrigação apresentada em juízo

Essa classificação leva em consideração a obrigação posta em juízo. O sistema processual brasileiro divide as obrigações em três modalidades: fazer/não fazer, entrega de coisa certa/incerta ou entrega de dinheiro.

Em virtude das vicissitudes apresentadas no direito material para a satisfação dessas distintas modalidades obrigacionais, o CPC apresenta

diferentes modelos executivos: assim a execução para pagamento de quantia vem prevista nos arts. 475-J e 646 e seguintes do CPC; a execução de entrega nos arts. 461-A e 621 e seguintes do CPC; e a obrigação de fazer e não fazer nos arts. 461 e 632 e seguintes do CPC.

As obrigações em dinheiro sofrem ainda uma subdivisão: em virtude da **natureza da prestação**, a execução de alimentos se submete a regime próprio conforme arts. 732 a 735 do CPC, bem como os arts. 16 a 19 da Lei n. 5.478/68. E, em virtude da **qualidade da parte**, a execução contra a Fazenda Pública possui regime próprio nos arts. 730, 731 e 741 do CPC e art. 100 da Constituição Federal, e a execução pela Fazenda Pública é regradada em legislação extravagante (Lei n. 6.830/80).

Esta subdivisão tem importante relevância não só na permissibilidade da prática de atos executivos diferenciados como também na cumulação de pedidos na execução. E isso porque o art. 573 do CPC estabelece que “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo”. Este é, igualmente, o entendimento do STJ no Enunciado 27, que dispõe: “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”.

A parte final do artigo é regulamentada pela regra geral da cumulação prevista no processo de conhecimento, no art. 292, § 1º, III, do CPC.

2.1.4 Quanto à estabilidade do título

A estabilidade do título traz importantes impactos ao procedimento executivo, pois dependendo da sua mutabilidade a prática dos atos materiais está autorizada ou não. Desta forma a execução pode ser definitiva ou provisória (leia-se, o título que aparelha a execução pode ser definitivo ou provisório).

Execução definitiva é a execução completa e, por isso, não admite qualquer modificação no conteúdo do título. Como consequência lógica a execução que instrumentaliza a efetivação deste título não sofre nenhuma restrição pelo ordenamento, permitindo a prática de todos os atos necessários ao cumprimento e obtenção da tutela jurisdicional.

Já a execução provisória é aquela com base em título provisório, pois ainda carece de ulterior certificação para que se torne definitivo. Esta situação ocorre: a) execução de título judicial: nas sentenças em que a apelação foi recebida somente no seu efeito devolutivo (CPC, art. 521) ou o recurso especial/extraordinário recebido em seu regular efeito devolutivo (CPC, art. 542, § 2º); b) execução de título executivo extrajudicial: nas sentenças de improcedência dos embargos à execução recebidos no efeito suspensivo (CPC, art. 587).

Por ser provisória, a lei não permite que a execução chegue muito longe, ou impõe condições (caução) para que possa alcançar o seu final tal qual a definitiva. Desta forma o Estado estabelece algumas limitações no procedimento. Assim “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos” (CPC, art. 475-O, § 3º).

2.1.5 Quanto à condição financeira do executado

A situação financeira do executado é importante para a adoção do procedimento executivo. Dentro das obrigações por quantia, é possível verificar duas situações: **a execução por quantia certa contra devedor solvente e a execução por quantia certa contra devedor insolvente.**

A primeira execução é estabelecida nos arts. 646 e seguintes do CPC. Tem como pressuposto a existência de patrimônio do executado para responder à satisfação da dívida (CPC, arts. 591 e 592).

Contudo é possível que o executado seja insolvente. Desta forma o ordenamento processual estabeleceu um microssistema para regular esta peculiar hipótese (CPC, arts. 748 a 786).

O regime diferenciado desta modalidade de execução se justifica na medida em que há maior passivo do que ativo, ou seja, há mais créditos do que o acervo patrimonial do executado pode comportar. Desta forma se estabelece um mecanismo para proceder ao pagamento seguindo determinada ordem (execução concursal).

2.1.6 Quanto à forma de efetivação

Há duas técnicas específicas para se proceder a execução, seja ela de título judicial ou extrajudicial: por meio de **sub-rogação** ou por meio de **coerção**.

Estas técnicas têm como pressuposto a participação ou não do executado no cumprimento da execução forçada. E a sua existência é extremamente influenciada pela natureza da prestação que se apresenta em juízo. E isso porque há situações em que o Estado não precisa de um ato volitivo do executado para que a obrigação seja satisfeita. Desta forma a obrigação por sub-rogação é perfeitamente aplicável. Contudo outras tantas situações dependem do concurso da vontade do devedor. Nesses casos, sendo imprescindível a sua participação para com o cumprimento, o magistrado deve lançar mão de outros mecanismos como a coerção.

As medidas executivas acarretam relevante impacto no plano do procedimento executivo, conferindo ou não maior liberdade ao magistrado na prática dos atos necessários à obtenção da tutela jurisdicional executiva (tipicidade).

a) *Execução por sub-rogação*: aqui a vontade do executado não é fator determinante para o cumprimento da tutela jurisdicional. Assim, o Estado estabelece a prática de atos para que se retire o patrimônio do executado e converta em renda ao exequente. Chama-se sub-rogatória, pois a atividade estatal é eminentemente substitutiva: substitui a vontade do executado com a prática de atos para a obtenção do próprio bem ou mesmo para a consecução da penhora. É denominada **execução direta**, pois atua diretamente na esfera jurídica do executado.

As execuções por sub-rogação (diretas) são efetivadas, em regra, por:

- 1) *Expropriação*: conversão do bem em dinheiro (que constitui a regra, nos casos de adjudicação [CPC, art. 685-A], alienação por iniciativa particular [CPC, art. 685-C], alienação em hasta pública [CPC, art. 686] ou usufruto de bem móvel ou imóvel [CPC, art. 716]). Normalmente em execuções de quantia.
- 2) *Desapossamento*: retirada do bem *in natura* das mãos do executado ou terceiro para entrega ao exequente (busca e apreensão). Normalmente nas execuções de entrega de coisa.

3) *Transformação*: quando a execução de obrigação de fazer se transforma em execução de quantia, já que o terceiro (em virtude da resistência do executado) cumpre a obrigação específica de resultado. Normalmente nas execuções de obrigação de fazer e não fazer.

b) *Execução por coerção*: nessa modalidade não há atividade substitutiva. O Estado não age de maneira dinâmica, mas de forma estática. Isso porque ao invés de sub-rogar-se na vontade do devedor, opta em criar estímulos para que o próprio executado cumpra a obrigação específica. Denomina-se **execução indireta**, pois age indiretamente sobre a sua esfera jurídica.

A execução por coerção atua no psicológico do devedor, incentivando o cumprimento da prestação sem necessidade de um *agir* do Estado (estática).

Esta forma de execução pode ser dividida em:

- 1) *Sanção punitiva*: é a pena. Constitui uma situação de desvantagem ao transgressor caso não cumpra o preceito (v.g., *astreintes*, prisão civil).
- 2) *Sanção premial*: constitui a outorga de um benefício ao executado caso ele cumpra a determinação judicial (v.g., se houver o pagamento espontâneo da obrigação no prazo de três dias, o devedor de quantia certa apenas arcará com metade dos honorários advocatícios da parte contrária – CPC, art. 652-A, parágrafo único).

A lei não só deixou *in albis* as técnicas a serem utilizadas como também o momento e a intensidade com que elas incidirão. Desta forma o magistrado deverá agir com extrema parcimônia, sopesando os valores que estão em jogo para que não crie uma oneração excessiva a uma das partes do processo (CPC, art. 620).

A execução coercitiva (indireta) pode ser:

- 1) *Coerção patrimonial* – como a multa no caso de resistência.
- 2) *Coerção pessoal* – como a prisão, no caso de alimentos.

2.1.7 Aplicabilidade

Tradicionalmente, a execução por sub-rogação é utilizada nas execuções por quantia certa, seja de título judicial ou extrajudicial. A

execução por coerção é preferível nas obrigações de fazer ou não fazer (especialmente nas infungíveis, como se verá abaixo) e as duas atividades atuam com a mesma intensidade nas execuções de entrega de coisa certa ou incerta.

A forma de execução, como dito, exerce interessante reflexo sobre a rigidez do procedimento. As execuções por quantia, como normalmente prescindem da vontade do executado, são marcadas por um procedimento rígido, ou seja, o itinerário para a satisfação do crédito já foi previamente traçado pelo legislador. A atividade do magistrado é mais de “gestor do procedimento” do que propriamente criador dos mecanismos executivos.

Nas execuções de tutela específica (obrigação de fazer/não fazer e em menor escala nas de entrega de coisa certa/incerta), dependem mais da vontade do devedor. Desta forma, o Estado deve municiar o juiz com **mecanismos e opções** abstratas para que ele – magistrado – possa, à luz das circunstâncias do caso concreto, estabelecer a melhor forma de obtenção da tutela.

Para que isso seja possível, é necessário atribuir ao procedimento certa dose de liberdade, o que acarreta flexibilidade procedimental e atipicidade dos atos jurisdicionais. Desta forma a participação do juiz na concreção da norma é muito maior do que nas execuções tipificadas. Aqui o magistrado se socorre do denominado “poder geral de efetivação”.

Contudo esta regra não é absoluta. É facilmente verificável nas execuções de quantia a presença de mecanismos coercitivos e, nas execuções específicas, mecanismos sub-rogatórios.

Desta forma a redução da verba honorária (CPC, art. 652-A, parágrafo único) constitui medida coercitiva (sanção premial) nas execuções de quantia. Da mesma forma que a busca e apreensão nas execuções de entrega consistem em atividade sub-rogatória. Nas obrigações de fazer fungíveis, é possível que o executado se recuse ao cumprimento. Assim poderá o magistrado designar terceiro para que cumpra a obrigação (CPC, art. 634), o que constitui medida sub-rogatória.

Nas infungíveis, como depende do executado, pois apenas ele poderá cumprir a prestação (obrigação de meio, não de resultado), somente será

possível a fixação de multa pecuniária ou conversão em perdas e danos.

Capítulo 2

◆ Princípios da Execução

Assim como o processo em geral é iluminado por princípios que norteiam a aplicação do direito, a execução também é alimentada por normas de ordem principiológica. Além dos princípios gerais, aplicáveis em toda esfera do processo (dispositivo, inércia, devido processo legal, publicidade, entre outros), há a incidência de determinados que decorrem da peculiaridade da própria execução.

1. Princípio da autonomia da execução

O CPC/73 foi todo moldado para que a execução fosse considerada um processo autônomo. Seja pela estrutura estabelecida pelo legislador (afinal a execução é analisada em um livro autônomo “do processo de execução”), seja pela inspiração do Código em LIEBMAN, que propugnava a existência de processos “puros”; assim, cada processo produziria sua atividade específica (executiva, cognitiva ou assecuratória) sem que houvesse interferência de atividades exteriores (tanto que os embargos, para a maioria da doutrina, têm natureza de ação, já que a “porção cognitiva” da execução deveria se desenvolver em demanda autônoma).

Contudo, a partir de 1994, especialmente com o advento da tutela antecipada (CPC, art. 273) e da tutela específica (CPC, art. 461), o ordenamento brasileiro passou a admitir que houvesse a junção de duas ou mais atividades distintas dentro do mesmo processo. Desta forma a atividade que objetiva o reconhecimento do direito poderia se realizar concomitantemente à atividade da satisfação desse mesmo direito como na execução da tutela antecipada enquanto ainda se discutia, em cognição exauriente, o direito a ser conferido.

O mesmo ocorre com a tutela específica do art. 461, em que se permite a prática de atos de concretização do direito *dentro* do mesmo processo que produziu a sentença, dispensando a execução autônoma (*sine intervallo*).

O legislador de 2005 (Lei n. 11.232/2005) apenas sublinhou essa situação ao permitir que a execução da sentença se dê no mesmo processo em que o título foi formado. Assim, nesses casos mantém-se ainda a sua autonomia funcional, mas há uma mistura das atividades executiva e cognitiva.

Em conclusão, o ordenamento vem paulatinamente relegando a autonomia em detrimento do sincretismo. Mesmo nas execuções de títulos extrajudiciais – em que inegavelmente há a instauração de processo executivo –, a cognição pode estar presente nas denominadas exceções de “pré-executividade”.

2. Princípio da *nulla executio sine titulo*

Como um desdobramento do princípio da autonomia, a execução se mostra diferente dos demais processos na medida em que seu ingresso com a prática de atividades executivas somente poderá ser efetivado com a existência de um título executivo.

Como a execução constitui processo extremamente agressivo à esfera jurídica do executado, com a prática de atos constritivos como a penhora e o arresto, sua existência subordina-se à presença do título executivo judicial (CPC, art. 475-N) ou extrajudicial (CPC, art. 585).

Esta teoria remonta à formação do processo civil italiano, especialmente pela doutrina de Giuseppe Chiovenda. E isso porque, estando as partes em situações distintas na execução, já que não há discussão de direito, apenas invasão patrimonial na esfera do executado, é necessário que a prática desses atos seja autorizada pela existência do direito. E a existência do direito *in casu* se dá pela existência do título executivo.

Assim, não poderia haver execução antes da certeza jurídica, pois não seria crível imaginar a prática de atos expropriatórios baseados em título sujeito a revogação ou modificação. Ademais, em reforço à teoria da proibição da execução sem título, figura-se como norma norteadora,

igualmente, o princípio da taxatividade dos títulos executivos. E isso porque somente pode existir título com previsão legal, seja no Código de Processo Civil, seja em legislação extravagante. Assim, nem o juiz nem as partes têm a possibilidade de criar títulos.

Contudo esta dicotomia entre execução e cognição definitiva perdeu sua importância especialmente após as profundas alterações por que passou o sistema processual civil; assim, a atual compreensão da regra passa por uma interpretação sistemática das mudanças empreendidas no código.

- a) Primeiro porque a execução provisória autoriza a prática de atos executivos mesmo sem a definitividade, na medida em que o recurso poderá alterar a realidade do título.
- b) Segundo porque nas demandas que proferem sentenças executivas ou mandamentais (arts. 461 e 461-A) a efetivação da decisão se dá de ofício pelo magistrado, sem a necessidade da demonstração de um título pelo exequente. Aqui não se forma título, mas como a sentença possui elevada carga executiva, autoriza-se o seu cumprimento após a certificação da sentença.
- c) Terceiro porque determinadas decisões baseadas em cognição sumária podem ser executadas, mesmo não havendo – ainda – a certeza do direito. É o que ocorre com a antecipação de tutela (CPC, arts. 273, § 3º, e 301, § 4º) e os alimentos provisionais (CPC, art. 733). Aqui não importa o grau de cognição, mas, sim, a natureza da decisão. Até mesmo porque, conforme clássica lição de Liebman, não é o trânsito em julgado que autoriza a produção dos efeitos da decisão que podem, bem antes, incidir sobre o caso concreto. Seria, portanto, a decisão interlocutória que antecipa a tutela um novo título executivo não estabelecido pelo legislador?

Há duas correntes:

- 1) A **primeira** defende que a decisão interlocutória seria uma exceção à regra da *nulla executio sine titulo*, permitindo a execução excepcional sem título, formando-se até a existência de um novo título: *princípio da execução sem título permitida*. Desta forma, pela verossimilhança que decorre da decisão concessiva da antecipação de tutela, a execução estaria autorizada até mesmo

porque, enquanto a previsão dos títulos é conferida de maneira abstrata pela lei, a decisão antecipada decorre da verificação de caso concreto e, portanto, muito mais fiel à existência do direito, o que confirma a opção política do legislador para a existência do título (José Miguel Garcia Medina).

- 2) A **segunda** defende que a regra do art. 475-N, I, do CPC (“sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”) tem interpretação ampla, alcançando também as interlocutórias (Araken de Assis e Sérgio Shimura). Há autores que entendem que se trata de outra técnica, apta à definição de direitos, e, portanto, deve ser considerada título (Cassio Scarpinella Bueno).

O CPC, atento a essas alterações no sistema, revogou o art. 583, que exigia a existência do título para aparelhar a execução, sem prejuízo de que, a sua existência, seja regra (CPC, arts. 586 e 618, I). A mitigação dos rigores do princípio da *nulla executio* autoriza que o juiz não se limite apenas aos títulos abstratamente previstos em lei, bem como autoriza que o juiz, persuadido das argumentações convincentes trazidas pela parte, entenda ser ela merecedora da tutela executiva por meio de decisão concessiva de tutela requerida.

No atual sistema brasileiro, em que o magistrado tem importante papel na concreção da norma, participando ativamente da solução do caso (e não apenas aplicando a lei no caso concreto), a valoração do que pode ou não ser executado é regra importante para a efetividade processual.

3. Princípio da patrimonialidade

Pelo princípio da patrimonialidade, da responsabilidade ou realidade da execução, os bens do devedor respondem para a satisfação do crédito: os presentes e futuros (CPC, arts. 591 e 646; e CC, art. 391).

No Brasil a execução é eminentemente *real*, ou seja, recai somente no patrimônio do executado. A configuração atual do princípio se deu por longa evolução histórica: no período Romano a execução era pessoal e o

devedor pagava com a vida pelo cumprimento das obrigações até mesmo ameaça para compelir os familiares à satisfação da obrigação.

Esta evolução chegou a um estágio tão avançado que mesmo no patrimônio do executado existem bens não suscetíveis à responsabilidade executiva por afronta ao princípio da dignidade humana. Assim, são as hipóteses de: a) impenhorabilidade prevista no CPC (arts. 649 e 650); b) impenhorabilidade do bem de família (Lei Federal n. 8.009/90); e c) impenhorabilidade quando “o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” (CPC, art. 659, § 2º).

Contudo existem raras exceções em que a incidência da execução não será no patrimônio do executado:

- 1) *Remoção do executado do imóvel objeto de execução*: nesse caso o cumprimento da obrigação depende da retirada forçada do executado do bem a ser expropriado.
- 2) *Prisão civil*: hoje o Brasil admite apenas uma hipótese de prisão civil: na dívida de alimentos. Apesar de inserida na Constituição Federal, a prisão do depositário infiel não mais é admitida, conforme entendimento do RE 466.343-1, tendo em vista os Tratados Internacionais ratificados no Brasil que restringem a prisão civil ao devedor de alimentos.
- 3) *Pressão psicológica*: a execução indireta (execução com emprego de mecanismos para “estimular” o cumprimento espontâneo da obrigação) é uma forma de forçar o devedor. Aqui, o Estado busca mecanismos típicos (CPC, art. 461, §§ 4º a 6º) ou atípicos para compelir o executado a cumprir a obrigação. A multa do art. 475-J, a *astreinte* (art. 461, § 4º) e a possibilidade de redução dos honorários para metade no cumprimento espontâneo (CPC, art. 652-A) são exemplos da forma de execução por coerção (e não por sub-rogação, método tradicional).

4. Princípio da disponibilidade da execução

A execução não pode ser vista sob a ótica da igualdade processual nos processos (fase) de conhecimento. O título executivo é portador de eficácia abstrata que permite ao credor auferir vantagem na obtenção do

direito. Desta forma a isonomia trabalha de modo a criar regras processuais que possam se adequar às particularidades deste tipo de processo.

Desta forma o final da execução é razoavelmente previsto pelo legislador: seu desfecho normal se dá com a satisfação do crédito do exequente (CPC, art. 794). Apenas de maneira excepcional essa satisfação não é possível.

Como se trata de um processo com objetivo unilateral, ou seja, o cumprimento da obrigação, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram um princípio denominado *desfecho único*, na medida em que o direito do título somente poderá ser outorgado ao exequente, e não ao executado.

Como não há discussão de mérito propriamente dita na execução, o executado obterá, no máximo, a declaração de que o direito do credor não será satisfeito, mas não uma decisão que declare a inexistência do crédito. Evidentemente que esta regra cede passo em, pelo menos, duas situações:

- 1ª) Nas exceções/objeções de pré-executividade em que se permite a discussão do crédito por meio do incidente processual.
- 2ª) Nas hipóteses de extinção da execução por prescrição ou decadência.

É em decorrência do desfecho único que se torna necessário sistematizar a questão que leva o nome do princípio a ser estudado neste tópico: a disponibilidade da execução.

Como não é a tutela do direito material do devedor que está em jogo, é ampla a disponibilidade do executado em desistir da execução, mesmo sem a anuência do executado (CPC, art. 569). O Estado cria uma ficção legal ao presumir que o executado obteve a máxima tutela jurisdicional possível com a desistência do processo executivo. Daí o porquê de o regime da desistência da execução diferir dos ditames da desistência previstos na teoria geral que depende da anuência da parte contrária quando esta já estiver no processo (CPC, art. 267, § 4º).

A desistência não se confunde com a renúncia ao crédito. Esta gera uma verdadeira remissão, encerrando a relação jurídica que unia credor e devedor. Aquela é a momentânea desistência de cobrar o crédito, dando fim ao processo que instrumentalizava aquela cobrança. O *meio* de cobrança foi extinto, mas mantém-se incólume a *dívida* subjacente.

A desistência pode ser total ou parcial conforme estabelece o art. 569, CPC. Será parcial quando o exequente desistir especificamente de um ato da execução, por exemplo, de uma penhora realizada, ou mesmo desistir da multa fixada pelo juiz, optando pela expedição de mandado de busca e apreensão.

A disponibilidade, contudo, sofre algumas restrições:

- a) Não atinge o Ministério Público, que tutela interesse público em juízo e, portanto, não poderá usufruir da regra em virtude da indisponibilidade. Poderá, contudo, escolher os meios de execução que entenda mais adequados ao caso.
- b) Na desistência não alcança o ato jurídico perfeito. Desta forma, se na obrigação de fazer fungível terceiro já realizou a prestação, a desistência se torna inviável, assim como nos casos em que o bem já fora arrematado em hasta pública.
- c) Nas hipóteses em que os embargos do devedor opostos pelo executado versem sobre a matéria de mérito (= existência do crédito). O parágrafo único autoriza que a desistência se dê quando a interposição dos embargos veiculou somente matéria processual (excesso de execução, ilegitimidade de parte). Nesses casos haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267) com o pagamento, pelo credor, das custas e honorários advocatícios.

E isso porque os embargos que discutem matéria processual objetivam exatamente aquilo que a desistência gerou: uma sentença terminativa.

Todavia, quando os embargos versarem sobre matéria de mérito (compensação, novação, transação etc.), a extinção dos embargos depende da concordância do executado-embargante. E isso porque a sentença terminativa decorrente da desistência não concederá toda tutela pretendida (inexistência da obrigação). O desejo do executado é que a decisão, nessas hipóteses, revista-se de coisa julgada material, impedindo posterior discussão sobre o crédito.

Ademais evita que o exequente pudesse arditosamente desistir da execução quando haveria potencialidade de sentença de procedência nos embargos.

Nessa hipótese, na recusa do executado-embargante, os embargos permanecerão vigentes, mas haverá modificação na sua natureza (afinal não haverá o processo a “embargar”, pois a execução se encerrou). Tornará uma demanda autônoma, de natureza declaratória em que, em eventual apelação, não incidirá a regra do art. 520, V, do CPC.

Se se tratar de execução com base em título judicial, a defesa, denominada impugnação, constitui um incidente no curso do processo e a desistência, invariavelmente, gerará a extinção da impugnação, independentemente do seu conteúdo.

Em qualquer caso a desistência depende de homologação judicial (CPC, art. 158, parágrafo único).

5. Princípio da menor onerosidade da execução

Pelo princípio do executado (CPC, art. 612) a execução é criada para satisfazer ao interesse do credor. Assim, o sistema da execução é todo criado para conferir condições ao exequente de obter o direito contido no título. Contudo, se de um lado a execução deve produzir resultados satisfatórios ao credor, de outro ela deve agir com limites, mantendo o equilíbrio necessário.

A execução não foi concebida para punir o executado, mas para permitir a invasão (moderada) em sua esfera patrimonial ou jurídica de modo que concretize o direito previsto no título.

É nesse momento que se avalia o princípio da menor onerosidade (ou gravosidade) da execução. Preconiza o art. 620 que: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”, mesmo que o credor tenha feito o pedido da forma mais onerosa (CPC, art. 615, I). Trata-se de manifestação do princípio da proporcionalidade no processo executivo.

Algumas manifestações deste princípio são visualizadas no próprio CPC: a) impedimento de se arrematar bem por preço vil (art. 692); b) impenhorabilidade de alguns bens (arts. 649 e 650 e Lei n. 8.009/90); c) possibilidade de substituição do bem penhorado desde que não prejudique o exequente (art. 668); d) a moratória processual (art. 745-A);

e) cônjuge, ascendentes e descendentes podem arrematar o bem mantendo-o na esfera familiar (art. 685-A, § 2º); f) alienação de parte do imóvel se este valor for suficiente para a satisfação da execução (art. 702).

Evidente que esta regra somente se aplicará se os meios colocados à disposição forem todos igualmente eficazes, pois o interesse do credor não poderá ficar prejudicado. Como se trata de princípio que objetiva conferir paridade de armas às partes, o que é interesse público, poderá ser concedido de ofício, quando o credor determinar forma mais gravosa de prosseguir a execução.

6. Princípio da tipicidade da execução

A execução nasce de um fato contrário ao direito, e a finalidade deste processo é alterar este estado de fato, adequando-o a um correto estado de direito. Contudo, para que isso seja possível, o Estado estabeleceu no Código de Processo Civil diversas formas de execução. Tal diversidade de formas decorre do fato de que a execução não visa a meras regras procedimentais para se declarar o direito, como se vê na fase cognitiva.

Mas, diversamente, na busca da satisfação há uma variante de situações fáticas que demandam uma variante de “modelos executivos” estabelecidos pelo legislador. Dois critérios foram estabelecidos:

1) *Situação patrimonial do executado*: como nos modelos executivos, no mais das vezes, a execução recai sobre o patrimônio do executado, deve ser levada em consideração a condição patrimonial, bem como a disponibilidade de estes bens responderem ao processo. É por isso que o sistema divide em execução por quantia certa contra devedor solvente e insolvente (concurso universal dos bens em que se dá o rateio do que foi apurado entre os credores habilitados). Há também a execução distinta contra a Fazenda Pública.

Aqui não há se falar em *insolvência*, mas *indisponibilidade*, na medida em que os bens públicos são impenhoráveis. Desta forma o pagamento será empreendido por precatório (CF, art. 100).

2) *Natureza da obrigação*: o segundo critério leva em consideração a natureza da obrigação. Assim as obrigações em dinheiro seguem um modelo rígido previamente estabelecido pelo legislador. Já as

denominadas obrigações específicas (fazer e não fazer e entrega de coisa certa ou incerta) possuem modelo procedimental mais flexível, tendo para a correta concreção da norma o auxílio fundamental do magistrado. Mesmo dentro das obrigações em dinheiro há uma distinção conforme a natureza da prestação. Se a obrigação for de alimentos, além das técnicas tradicionais, há um incremento de outras medidas como a prisão civil e o desconto em folha de pagamento (CPC, arts. 733 e 734).

O Brasil sempre viveu moldado pelo princípio da tipicidade da execução. Este modelo determina prévia e abstratamente as atividades que seriam exercidas dentro do processo. Constitui um modelo procedimental rígido marcado por etapas estabelecidas. Desta forma a esfera jurídica do executado somente poderá ser atingida por meios executivos taxativamente previstos no ordenamento.

Dois motivos levavam (e levam) à existência da tipicidade:

- a) *Apego à lei*: o Brasil ainda guarda reminiscência do pensamento liberal do século XIX, na medida em que o juiz possui mero poder de aplicar a lei. A tipicidade impede arbitrariedades como uma espécie de garantia de processo justo e equo. Afinal, a lei já decidiu o melhor caminho a ser seguido, e não cada juiz no caso concreto.
- b) *Segurança jurídica*: saber previamente o itinerário do processo é ter a previsibilidade da consecução dos atos e a consequência deles.

Contudo se o credor vai ao judiciário diante do inadimplemento do devedor, certamente ele deseja ser atendido da mesma forma como se houvesse o cumprimento voluntário.

Ademais é impossível ao legislador prever todas as particularidades que podem ocorrer na efetivação dos direitos dentro da execução. Muitas vezes o arquétipo abstrato previsto pelo legislador não se amolda corretamente às circunstâncias fáticas do caso.

Desta forma o ordenamento brasileiro vem cedendo passo à tipicidade, fazendo uma reanálise do princípio, concedendo maiores poderes ao magistrado para que possa praticar os atos executivos mais consentâneos à realidade da situação, mesmo que sem previsão legal.

Assim o legislador tem em suas mãos uma verdadeira cláusula geral executiva para dispor dos instrumentos que entenda necessários ao

cumprimento da obrigação. Afinal, de que adiantam amplos poderes para decidir (certificação do direito) se, correspondentemente, não há amplos poderes para efetivar o que decidido?

De duas formas pode haver a permissibilidade dos meios atípicos: a) falta de previsão (a lei não estabeleceu o *iter* para obter aquela finalidade); b) deformação (o ato típico e previsto não é capaz/suficiente para obter os fins que se pretende).

A falta de previsão legal não pode impedir que o magistrado se socorra de algum meio para obter, *de forma mais efetiva*, a finalidade daquele ato. Assim, a criação ou deformação de um meio para atingir determinado fim corresponde aos preceitos constitucionais, especialmente do art. 5º, XXXV.

Apenas à guisa de exemplo os juízes adotavam a penhora on-line (CPC, art. 655-A) e a penhora de faturamento de empresas (CPC, art. 655, VII, e art. 655-A, § 3º), mesmo antes de sua normatização com a Lei Federal n. 11.382, de 2006.

Hoje a atipicidade é vista com bastante vigor nos arts. 84 do CDC e 461 e 461-A do CPC. Estes artigos autorizam que o magistrado possa tomar a providência mais adequada no caso concreto sem que fique preso à previsão abstrata do legislador divorciada das especificidades da causa.

A atipicidade se mostra mais presente nas obrigações específicas em que a vontade do executado é essencial para a satisfação do direito (a pintura de um quadro não pode ser obtida senão com o ato volitivo do agente, o que não ocorre com uma obrigação creditícia em que a expropriação patrimonial satisfaz o crédito).

Não se descarta, contudo, a sua incidência nas obrigações de pagamento de quantia. Afinal não há nenhuma razão para criar este privilégio somente às obrigações específicas.

7. Princípio da lealdade processual

Constitui princípio ínsito ao direito processual em geral, não podendo ser aplicado somente ao processo civil, tampouco à execução. Está estabelecido de forma genérica nos arts. 14 a 19 do CPC e de forma específica nos arts. 599, II, 600 e 601 quando se trata de execução.

O objetivo de se repetir norma genérica em procedimento específico (mesmo havendo relação de complementaridade entre os dois livros, CPC, art. 598) decorre de fato típico da atividade executiva: como seu objetivo é a satisfação do crédito que se dá, no mais das vezes, com a prática de atos materiais na esfera do executado (penhora, arresto, desapossamento), é nesse momento que o devedor pode utilizar de meios inidôneos para impedir a diminuição de seu patrimônio.

Desta forma, por estar a atividade executiva mais favorável à prática de atos de má-fé, o ordenamento estabelece normas específicas para apenar o executado na hipótese de improbidade processual.

Preconiza o art. 600, CPC:

Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I – frauda a execução;

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

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Algumas questões processuais pertinentes:

- a) Diverge a doutrina acerca da exaustividade do art. 600. Para alguns, trata-se de rol exaustivo, pois o inciso I (fraude à execução) não ficaria limitado à regra do art. 593, mas qualquer ato atentatório à dignidade da justiça. Para outros, contudo, seria rol exemplificativo, abrangendo outras normas que explicitam a matéria. Entende-se uma interpretação extensiva ao inciso I, até mesmo porque definir “fraude” não é atividade legislativa.
- b) Perceba que nessas hipóteses a incidência da multa será maior do que aquela que se verifica na regra geral do art. 18, CPC. Aqui a multa será de até 20% (vinte por cento) do valor da obrigação, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.
- c) A multa será revertida ao exequente.

- d) Conforme se depreende do *caput* do art. 600 seu destino é a conduta do executado, pois este é o maior interessado em criar embaraços à jurisdição. Contudo, caso o exequente pratique conduta que atente à dignidade da jurisdição, será apenado conforme as regras dos arts. 14 e seguintes.
- e) Caso haja cumprimento parcial ou incorreto de um dos deveres inscritos no art. 600, a multa não pode ser diminuída, dado o caráter sancionatório da regra.
- f) O parágrafo único do art. 601 assevera que “O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios”. Trata-se de dispositivo extremamente difícil de ser implementado na prática; contudo, uma vez estabelecido o comprometimento, o fiador judicial será legitimado passivo na execução (CPC, art. 568, IV).
- g) O art. 739-B do CPC trouxe novidade que objetiva racionalizar a aplicação da multa, permitindo que a cobrança da multa por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) seja promovida dentro da própria execução, mas em autos apartados. Desta forma, ao invés de propor nova demanda para se cobrar a multa imposta, poderá ser feita na própria execução, mas em autos apartados, o que trás apenas uma documentação de atos processuais em separado para facilitar a instrução de uma e de outra: uma coisa é a cobrança do crédito decorrente do inadimplemento, outra é a sanção imposta pela má conduta do devedor.
- h) Apesar de o artigo em comento fazer menção apenas aos arts. 17 e 18, com muito mais razão se aplica no caso do art. 601 e nem haveria por que se fazer tal distinção. Se a incidência do art. 601 (desde que tipificada em uma das hipóteses do art. 600) é muito mais corrente na execução do que a dos arts. 17 e 18 (que têm aplicação supletiva), não haveria razão lógica em permitir essa cobrança somente em processo autônomo se o objetivo da norma é a racionalização do tempo e a economia processual.

- i) Ainda como novidade desta mesma regra, a lei permite a compensação de créditos (CPC, art. 739-B, parte final). Seguindo a tendência da celeridade, se porventura o executado possuir crédito para com o exequente, este poderá ser compensado conforme art. 368 do Código Civil Brasileiro. Este crédito pode decorrer, *v.g.*, de uma eventual procedência dos embargos à execução (o que acarreta condenação de custas e honorários ao exequente) ou qualquer sanção que o exequente tenha sofrido no curso do processo sujeito a multa (*v.g.*, averbação indevida prevista no art. 615-A, § 4º, do CPC).
- j) Nada impede a cumulação de duas sanções (ato atentatório à dignidade da justiça [601, CPC] + litigância de má-fé [18, CPC]). Desde que se trate de incidências distintas, ou seja, pode ser o mesmo fato, mas que tenham decorrido incidências diversas no mundo do direito, é possível. Assim como é possível, igualmente, a aplicação da multa sancionatória do art. 601, com a multa coercitiva do art. 461, § 4º.

8. Princípio da responsabilidade objetiva do exequente

A despeito de a execução estar regrada pelo princípio do desfecho único, não está ela – a execução – isenta de ser injusta. E, sendo ela injusta, nasce ao executado o direito de ser ressarcido pelos eventuais danos que sofreu, até mesmo de ordem moral, pois o exequente responde objetivamente por eles.

A execução corre por responsabilidade do exequente. Dois artigos do CPC consagram este princípio:

- a) Art. 475-O, I, que estabelece a execução provisória. Como a execução provisória corre por conta e risco do exequente, eventual reforma da sentença deverá obrigá-lo a reparar os prejuízos que o executado sofreu.
- b) Art. 574. Este artigo determina que o credor ressarcirá o devedor se, após o trânsito em julgado da sentença, declarar, total ou parcialmente, a obrigação.

Nesses dois casos a responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde da prova de culpa para a configuração do dever de indenizar.

Os embargos à execução, ações heterotópicas, objeção/exceção de pré-executividade ou impugnação são inaptos *de per se* de conferir ao executado a tutela de ressarcimento, daí a necessidade de se cobrar este valor.

O ressarcimento será efetivado *dentro* do mesmo processo em que a execução foi processada. Esta indenização será cobrada via execução, cujo título executivo é a sentença do magistrado que declarou a inexistência da obrigação. Esta sentença, portanto, expedirá um efeito anexo que constitui o dever de indenizar.

Contudo, o título carece de liquidez, motivo pelo qual será necessária a apuração do *quantum* por meio de liquidação de sentença.

Importante frisar que os danos não se limitam apenas àquilo que a parte sofreu. Muitas vezes será necessário o retorno ao *status quo ante*. Assim, *v.g.*, além dos danos, o executado pode requerer a liberação dos bens dados em penhora.

Capítulo 3

◆ Título Executivo

1. Introdução

A execução constitui processo ou fase diferenciada no nosso ordenamento cuja função típica é a prática de atos materiais tendentes a concretizar uma decisão judicial ou um documento que, aos olhos da lei, possua eficácia executiva. Estes atos podem ser de sub-rogação (execução indireta) com a expropriação dos bens do executado ou de coerção (execução direta) com a prática de atos tendentes a coagir o executado no cumprimento da obrigação (estipulação de multa, v.g.).

Contudo, para que se ingresse com um processo tão agressivo, que evidentemente diminui as potencialidades das garantias constitucionais processuais (máxime as do contraditório, da ampla defesa e da isonomia), é necessário que o demandante tenha um *plus*, algum instrumento que o diferencie e permita que tenha uma posição de vantagem sobre o demandado. Este instrumento, que servirá como base para seu ingresso nesse tipo de processo, é denominado *título executivo*.

O título executivo, como assevera parcela da doutrina, não *presume* a existência de um crédito. E isso porque a presunção já existe ou não. O juiz não vai fazer nenhuma investigação nesse sentido. O título, isso sim, afasta a necessidade de qualquer investigação acerca da existência do direito. Portanto, subtrai daquela relação jurídica a cognição acerca da existência dos fatos, pois este meio age como se fosse uma fotografia, já os revela. Há dois motivos:

- a) Prévia fase de conhecimento que deu ampla oportunidade de as partes se manifestarem.

b) Mesmo sem essa prévia oportunidade, existem determinadas situações que indicam uma grande chance da existência do direito. Assim, levando em conta os valores jurídicos envolvidos, elegeu abstratamente atos que, na experiência comum, normalmente indicam a existência do crédito. Daí a expressão *eficácia abstrata* do título executivo. A eficácia abstrata, também denominada *indiscutibilidade intrínseca*, projeta dois efeitos importantes para o processo:

- 1) Limita a cognição do magistrado no plano horizontal, pois não pode/precisa discutir o direito material em que as partes debatem.
- 2) Impõe uma estruturação especial no procedimento executivo, na medida em que – não se tratando de procedimento vocacionado ao amplo contraditório – as oportunidades de defesa serão mitigadas ou até mesmo diferidas para um processo autônomo (v.g., embargos à execução).

Não se pode entender que a existência do título pressupõe o crédito. Pensar desta maneira é ignorar a dicotomia entre direito material e processo. No plano do processo o título funciona como mecanismo autorizador para que se ingresse na via executiva, mesmo que ao final se descubra a injustiça da execução (plano material).

Existe de fato uma interdependência entre os dois planos, mas não de forma **absoluta**. Evidente que o título só terá razão de ser (em caráter finalístico) se existir o crédito. Vale dizer, enquanto o título existir será independente do direito material subjacente.

Portanto, o título executivo é condição **necessária** e **suficiente** para permitir a atividade executiva independentemente da constatação da existência ou não do direito material nele contido.

É **necessária**, pois sem o título executivo não há se falar em execução (com as devidas ressalvas estabelecidas no capítulo sobre princípios – *nulla executio...*), conforme arts. 586 e 614, I, do CPC, e a sua falta gera nulidade (CPC, art. 618, I).

É **suficiente**, pois apenas com o título já se podem desencadear os atos para a satisfação da pretensão executiva.

1.1 Taxatividade

Seguindo a tradição do direito italiano e português, “ser” *título* no ordenamento brasileiro não significa ostentar alguma característica que autorize ao exequente optar pela via executiva (este pode ser um predicado para que o legislador o eleja título). Para ser título, é necessário previsão em lei (*nullus titulus sine legis*). A definição do que venha a ser título não é matéria da ciência do direito, mas do direito positivo. E isso porque título somente é título quando a regra assim o prevê. O cheque é hoje no nosso ordenamento título; poderá amanhã, por opção do legislador, não mais sê-lo. Nem por isso alterou sua natureza jurídica (documento representativo de um crédito).

1.2 Vinculação

O respeito ao título deve ser absoluto. Não se pode permitir a um magistrado, que discorda da opção legislativa, elevar ao *status* de título documento que não tenha essa previsão. Igualmente não se permite que desconsidere um título previsto como tal sob o argumento de que ali não estão presentes os requisitos necessários para permitir a tutela executiva (eficácia abstrata).

2. Natureza jurídica

Há três principais correntes que explicam a natureza do título executivo.

- a) *Documento*: a primeira define o título como documento. Esta é a teoria defendida por Francesco Carnelutti. É documento porque serve de prova à existência do crédito. Seria uma espécie de prova legal (porque sua eficácia estaria prevista em lei), o único meio hábil de demonstrar a existência do crédito. Uma espécie de bilhete para a execução.
- b) *Ato*: a segunda define o título como ato. Esta teoria é seguida por Enrico Liebman. É o ato constitutivo da concreta vontade do Estado. Quando surge, tem vida própria independente da existência do crédito. Na execução o juiz não tem que examinar provas nem formar sua convicção, mas unicamente deferir o pedido se estiver baseado em título hábil. A existência ou não do crédito não pode influir no desenvolvimento da execução. O autor critica a teoria do título como

documento na medida em que está muito arraigada ao direito material. Pressupõe-se sempre que o crédito existe envolvendo a uma teoria concreta da ação. O documento seria apenas a materialização deste ato jurídico. Também a segue Cândido Dinamarco.

- c) *Mista*: esta teoria trata o título como um instituto bifronte: ao mesmo tempo ato e documento. A lei, analisando caso a caso, verificará quando o elemento *ato* ou o elemento *documento* prevalecerão. Desta forma privilegia-se o ato na execução de contrato de locação, mas leva-se em conta predominantemente o documento nos títulos de crédito. Esta teoria é defendida por Giuseppe Chiovenda. No Brasil, seguida por Sérgio Shimura e Vicente Greco Filho.

A teoria do documento, a nosso ver, não deve ser seguida por quatro importantes motivos conforme entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

- 1) *Alteração do conceito de prova*: o objetivo da prova são as alegações sobre o fato, e não o direito. Ao afirmar que o título prova a existência do direito, altera ilegitimamente a definição de prova.
- 2) *Se fosse de fato prova, esta deveria ser valorada e julgada na execução para que se constatasse a existência ou não do crédito*. Contudo não há esta valoração.
- 3) *Há confusão entre a forma do ato jurídico e seu conteúdo*. No Brasil sempre se exige do título a forma escrita. Isso não quer dizer que seja condição *sine qua non*. A doutrina lembra a existência de título verbal (contrato de locação no CPC/39, art. 298, IX). Desta forma não se pode defender a teoria documental se pode haver título que não seja por escrito.
- 4) *Teoria concreta*. É importante frisar que os embargos procedentes tornando a execução extinta não desnaturam a existência do título executivo (daí o erro da teoria documental).

3. Elementos do título

A obrigação que representa o título também deve ser líquida, certa e exigível. Correta, neste sentido, a pequena, mas importante, modificação estabelecida pelo legislador ao art. 586 com a redação da Lei n. 11.382/2006.

E isso porque a redação anterior estabelecia que estes atributos (certeza, liquidez e exigibilidade) eram do *título*, e não da *obrigação* em si. É importante falar desses elementos:

- ◆ *Certeza*: a certeza não tem referibilidade com a existência do direito. Não concerne ao grau de convicção acerca da razão. Até mesmo porque, de regra, não é matéria que não se discute em execução. Ademais o contraditório pode provar que a execução é ilegítima. Refere-se a certeza, portanto, à definição de seus elementos. Deve-se demonstrar a existência do crédito (mesmo que se verifique, *a posteriori*, sua inexistência) e as pessoas nela participantes.
- ◆ *Liquidez*: a liquidez estabelece o quanto ou o que se deve. Importante frisar que não é necessário precisar o *quantum debeatur* de maneira exata. A mera possibilidade de determinação por meio de cálculos já torna o título líquido. Desta forma o mero estabelecimento do valor por cálculos aritméticos não pode ser enquadrado como liquidação por cálculos (CPC, art. 475-B), como pretendeu fazer o legislador.
- ◆ *Exigibilidade*: constitui a falta de impedimento que impeça a eficácia do título. Esta eficácia se dá: i) pelo vencimento; ii) pelo trânsito em julgado; iii) pela recepção de recurso sem efeito suspensivo; ou iv) pela ausência de termo/condição imposta à obrigação.

É importante ressaltar que a certeza e a liquidez são elementos intrínsecos ao título e que a exigibilidade é elemento de fora.

4. Classificação

Os títulos executivos podem ser judiciais (CPC, art. 475-N) ou extrajudiciais (CPC, art. 585). Títulos executivos judiciais são aqueles produzidos dentro de um processo por meio de atividade jurisdicional. Já os títulos executivos extrajudiciais são aqueles atos produzidos fora de um processo em que a lei confere eficácia executiva e foram formalizados por ato de vontade das partes (ou somente de uma, como a certidão da dívida ativa, CPC, art. 585, VII).

Todos permitem a execução forçada. Tal equiparação se deu com o Código de Processo Civil de 1973, pois no regime anterior do CPC/39 apenas os títulos executivos judiciais poderiam ser executados de

maneira direta (ação executória). Já os extrajudiciais eram apresentados em um processo híbrido (cognitivo-executivo) (ação executiva).

Contudo esta distinção (*topológica* de ter sido produzido dentro ou fora de um processo judicial) não é plenamente satisfatória: e isso porque há títulos produzidos dentro do processo considerados extrajudiciais (crédito dos auxiliares de justiça aprovados por decisão judicial, CPC, art. 585, VI) e títulos que não foram produzidos por atividade jurisdicional (ao menos típica se se considerar a arbitragem sucedânea de jurisdição), como a sentença arbitral (CPC, art. 475-N, IV).

Assim esta primeira distinção é apenas um referencial. O melhor modo de distinção destes títulos é pela *forma* como são executados: os extrajudiciais por meio de processo autônomo e os judiciais por meio de cumprimento de sentença.

5. Títulos judiciais (CPC, art. 475-N)

I – A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.

Aparentemente, a Lei n. 11.232/2005 conferiu relevantes contornos para aquela que constitui a principal sentença executável no ordenamento brasileiro. A reforma colocou os operadores de direito a pensar: quis a lei ampliar a incidência da executoriedade para as sentenças declaratórias? É importante fazer algumas considerações sobre o tema.

Como dito, há, na doutrina e jurisprudência, acesa discussão acerca da reforma legislativa empreendida pelo legislador de 2005 (Lei Federal n. 11.232). E isso porque a redação originária do revogado art. 584, I, do CPC estabelecia que somente as sentenças condenatórias poderiam estar sujeitas à execução, seguindo a clássica tradição canônico-romana. Contudo, a redação do art. 475-N, I, criou polêmica ao estabelecer como título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

As sentenças declaratórias estão, com a nova redação, sujeitas à execução?

Uma premissa. Como se estabeleceu no capítulo sobre sentença, as sentenças declaratórias e constitutivas consistem em sentenças

autossuficientes na medida em que prescindem de ulterior atividade para sua concretização no mundo prático. A sentença, por si só, é bastante. Quando muito essas sentenças podem produzir (como de fato produzem no mais das vezes) um efeito anexo permitindo a condenação das custas e honorários advocatícios.

Já as sentenças condenatórias dependem de ulterior cumprimento, pois se estabelece um direito a prestação. Esta prestação, quando resistida (CPC, art. 580), autoriza a prática de atos de modo a satisfazer o quanto determinado no título. Este cumprimento se dá por meio de execução típica. Para aqueles que defendem a classificação quinária, as sentenças executiva e mandamental são, ao lado das sentenças condenatórias, ineficazes *de per si*, e necessitam igualmente de ulterior fase de cumprimento. A diferença é que sua efetivação se dá, em regra, por meio de execução atípica de coerção ou sub-rogação.

Uma constatação: quando da alteração empreendida pelo legislador, o texto originário aprovado na Câmara dos Deputados estabelecia a locução “sentença condenatória”. Contudo, no Senado, foi objeto de emenda que estabeleceu esta nova redação. Sendo “nova”, obrigatoriamente deveria retornar à Câmara, por força do art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal, por não se tratar de mera emenda de redação.

Desta forma, há apenas duas saídas para o imbróglio legislativo causado: i) ou o dispositivo está eivado de inconstitucionalidade formal, na medida em que não houve o devido retorno à Câmara, violando o bicameralismo; ii) ou se trata somente de emenda de redação e não teve, portanto, o condão de alterar o significado da expressão “condenatória”.

Contudo, a despeito das premissas fixadas, três correntes tentam explicar a mudança empreendida pelo art. 475-N, I:

Uma **primeira corrente** estabelece que a redação do novo dispositivo ampliou as hipóteses de sentenças executáveis, encartando também as sentenças declaratórias. Desta forma as sentenças declaratórias, que antes estavam impedidas por expressa autorização legal, hoje não possuem mais esse óbice e, portanto, uma vez certificado o direito obrigacional, livre está o caminho para atuação da sanção.

Esta corrente entende que o sistema permitiu, propositadamente, que fossem incluídas no rol dos títulos executivos as sentenças declaratórias que reconhecessem os elementos da obrigação (quem deve, a quem se deve e quanto se deve). Assim defendem que essas sentenças declaratórias têm força executiva, pois que possuem os dois requisitos da execução: o título (pressuposto teórico) e o inadimplemento (pressuposto prático).

Esta corrente é defendida por Humberto Theodoro Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues.

Uma **segunda corrente** defende que a alteração foi apenas redacional. Desta forma as sentenças declaratórias e constitutivas continuam não sujeitas à execução. A expressão “condenatória” não mais subsiste na medida em que o legislador (aparentemente) adotou a classificação quinária das sentenças e, portanto, não se poderia denominar apenas *condenatória* se outras sentenças também são carecedoras de execução (mandamentais e executivas).

A lei fala em reconhecimento da obrigação, mas alia ainda o efeito executivo a esse reconhecimento. Obrigação é relação jurídica da qual uma pessoa pode exigir determinada prestação de outra, ficando essa vinculada ao dever de prestar.

Assim, para se cogitar o reconhecimento da obrigação, é indispensável o reconhecimento do inadimplemento, pois o juízo não pode efetivar uma sentença sem que tivesse operado intelectivamente a respeito da existência da obrigação e da transgressão.

Difere da mera declaração a que alude o art. 4º mesmo naquelas em que já tenha ocorrido a lesão a direito (parágrafo único do referido artigo), pois ainda nessa questão o autor não coloca no tablado das discussões o inadimplemento. Seu interesse se limita em declarar a existência (ou inexistência) da relação jurídica com vistas a erradicar a crise de incerteza, sem se preocupar com o inadimplemento. Portanto aqui não se visa a abrir caminho para os meios de coação.

Tendo o art. 4º limitado textualmente a declaração, não se pode falar em execução, já que o demandado deve ter apenas uma posição passiva (respeitar o preceito), e não uma ativa (prestar).

Além disso, é importante asseverar sobre a questão da prescritibilidade da pretensão, pois sendo ela declaratória, sua pretensão seria imprescritível. E isso porque a prescrição se aplica, exclusivamente, nos casos referentes a uma prestação e a decadência, nos casos de sujeição (direitos potestativos). Se as declaratórias não geram o efeito de cobrar uma prestação e, tampouco, o de criar um estado de sujeição, não há lugar para permitir a incidência de prazo decadencial ou prescricional.

Ademais a sentença condenatória necessita que o exequente tome alguma providência para a satisfação do direito do autor, enquanto na sentença declaratória a mera prolação da sentença já basta.

Uma das palavras atribuíveis ao *reconhecer* no dicionário é, justamente, *declarar*. Todavia o apego semântico não deve ser fator preponderante para a tomada de posição.

O ordenamento mantém o comando da tutela condenatória e é esta que abre o caminho para a execução forçada (o art. 475-J, que fala em devedor “condenado”). Trata-se de sentença condenatória, pois não há uma sentença de reconhecimento na classificação das sentenças na ciência do processo.

Obrigação é a relação jurídica na qual uma pessoa pode exigir da outra determinada prestação, vinculando a última ao dever de prestar.

O mesmo não ocorre com as sentenças meramente declaratórias, mesmo aquelas autorizadas por lei ajuizadas após o evento lesão (CPC, art. 4º, parágrafo único). E isso porque não será objeto de cognição o inadimplemento, mas somente a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica com vistas a erradicar a incerteza. Aqui não se requer adimplemento, apenas declaração. A função jurisdicional se esgota com a declaração emitida.

Os incisos do *caput* já dão os contornos do litígio na medida em que limitam o pedido/decisão à declaração. Assim, é incompatível a sentença meramente declaratória com execução.

Como assevera bem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o demandado deve ter apenas uma posição passiva (respeitar o preceito) e não uma ativa (prestar)”.

Esta diferenciação é importante até mesmo para afastar qualquer resquício acerca da prescritibilidade das sentenças que reconhecem a

obrigação de pagar. E isso porque em se considerando declaratórias, apenas, forçosamente e por uma questão de coerência lógica, assumir-se-ia a posição de que as sentenças de reconhecimento seriam imprescritíveis, o que seria pensar um absurdo.

Assim, podemos concluir que a declaração prevista no art. 4º é diferente do reconhecimento do art. 475-N. Uma apenas declara a existência ou não de uma relação jurídica; a outra declara a existência de inadimplemento. A sentença que reconhece a obrigação é diferente da sentença condenatória, pois não exorta o sucumbente a alguma conduta típica.

Desta maneira a alteração foi mais de forma do que de conteúdo. Este posicionamento é defendido por Araken de Assis, Eduardo Talamini e Nelson Nery.

Uma **terceira corrente** entende que a sentença declaratória sempre pôde ser executada, desde que nela estejam contidos todos os elementos necessários caracterizadores da relação obrigacional (certeza, liquidez e exigibilidade). É defendida por Teori Zavaski e Fredie Didier.

Estes autores entendem que pode configurar título executivo qualquer fenômeno que se ligue à pretensão executiva e que assegure suficiente certeza acerca do direito. Este poder é dado ao legislador porque é possível a ele atribuir a qualquer fenômeno jurídico que tenha pretensão executiva eficácia de título executivo.

Alegam que a sentença declaratória de inexistência julgada improcedente poderá ser título executivo para a outra parte, pois os elementos executórios estão ali presentes.

A lei na verdade ampliou o espectro de abrangência do vocábulo “condenação” para qualquer situação em que se der reconhecimento a uma obrigação exigível, portanto que tenha eficácia executiva. Inclusive as declaratórias.

Assim já existia na consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial, entre outras. Estas são típicas sentenças declaratórias que geram decisões com força para desencadear execução.

No entendimento de Fredie Didier, “se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a prestação já exercitável (definição

completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece”.

Neste mesmo sentido, Teori Albino Zavascki assevera que “se a norma jurídica individualizada está definida de modo completo, por sentença, não há razão alguma lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente”.

II – A sentença penal condenatória transitada em julgado.

Os crimes em geral podem gerar dever de indenizar na esfera cível, tanto em dinheiro como em restituição ou mesmo fazer ou não fazer.

A sentença penal produz um efeito secundário que é a formalização de título executivo a ser cumprido na esfera cível.

Ao contrário da cível, a sentença penal só constitui título executivo após o trânsito em julgado. Pelo princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), ela só pode produzir efeitos quando se tornar definitiva. Assim não cabe execução provisória de sentença penal.

Há entendimento doutrinário minoritário no sentido de que a sentença penal não teria natureza de título executivo, mas mera viabilidade de se ingressar com liquidação de sentença no cível para apurar o valor devido. E isso porque o juízo penal fixa apenas a *culpa*, sendo da competência do juízo cível a *apuração dos valores devidos*.

Desta forma, dificilmente haverá sentença penal que independa de prévia liquidação (geralmente por artigos) para apuração deste valor (têm-se, é verdade, algumas exceções como a devolução do produto do crime (CP, art. 91, II, *b*) e cobrança de multa penal (CP, art. 51)).

Insta ressaltar ainda que se trata de liquidação muito mais minuciosa, pois o juízo cível terá contato com a questão pela primeira vez e não pode exercer seu juízo sobre a questão que se deu, repise-se, em outra esfera.

A reforma penal empreendida pela Lei n. 11.719/2008 trouxe importantes modificações no plano da eficácia civil da sentença penal.

Especialmente os arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do Código de Processo Penal, que estabelecem a *possibilidade* de o juiz penal fixar um

valor mínimo (que se trata de uma faculdade, e não um dever). Fixado o valor mínimo e tendo transitado em julgado a sentença, o título executivo já conterà um valor que poderá ser ampliado ou mantido pelo juízo penal. Acreditamos que o valor não poderá ser diminuído por duas questões de ordem lógica:

- 1ª) Se o juízo cível não tem competência para alterar a condenação estabelecida pelo juízo penal, *consequentemente* não terá para alterar este valor.
- 2ª) Os arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do Código de Processo Penal estabelecem regra não existente no anterior sistema: a fixação de valor pelo juízo penal – que antes se limitava apenas em estabelecer a condenação. Nesse caso ampliou-se a competência material deste juízo. Sendo competência material, não pode ser derogada em razão de ser absoluta.

A execução da sentença penal no juízo cível não admite reinvestigar a discussão da culpa, pois esta já foi aferida no juízo penal (daí a desnecessidade de ingressar com processo de conhecimento).

A vítima do crime tem duas opções: ajuizar ação com pedido reparatório desde logo na esfera cível ou aguardar a formação de título executivo na ação criminal. Em havendo ações simultâneas, o juiz poderá suspender o feito cível, aguardando o julgamento do criminal (CPC, art. 110).

Se a penal for julgada antes (procedente) e transitar em julgado, haverá carência de ação superveniente da cível, salvo se for apenas para apurar o *quantum debeat*, pois a vítima já terá obtido o que pretendia do processo de conhecimento.

Se a cível for julgada antes (improcedente) há duas correntes:

- 1) A primeira corrente entende que a sentença penal, por si só, é suficiente para ensejar a execução, ainda que exista sentença civil dispondo o contrário (Humberto Theodoro Júnior e Sálvio de Figueiredo Teixeira).
- 2) A segunda corrente assevera que a sentença penal encontra óbice na coisa julgada material que reveste a sentença civil de improcedência. Enquanto esta não for rescindida, aquela não pode embasar a execução cível (Sérgio Shimura).

Há limitação subjetiva quanto à eficácia da sentença penal no âmbito cível: apenas o condenado. Não estão no título (= sentença) demais pessoas que potencialmente poderiam ser responsabilizadas no plano cível (pais, tutor, empregador, preponentes). Desta forma a única maneira de se responsabilizarem judicialmente estas pessoas será por meio de ingresso de ação cognitiva com esta finalidade (CC, art. 932).

Por fim, há de se enfrentar a situação da revisão criminal que absolve o condenado: como ficaria a questão da execução no cível?

Se a execução ainda não iniciou ou está em curso, haverá perda de título e, portanto, inviável a execução. No caso de já satisfação, somente será cabível ação de repetição de indébito.

III – A sentença homologatória de conciliação ou transação ainda que não inclua matéria não posta em juízo.

Atribui-se eficácia executiva aos acordos ainda que versem sobre causa não posta em juízo, assim o objeto do acordo pode ultrapassar o pedido. Esta é regra que deve ser elogiada na medida em que se fomenta a principal função da atividade jurisdicional: a pacificação dos conflitos, o que, aliás, está presente como uma das atividades inerentes do juiz (CPC, art. 125, IV).

Não há propriamente julgamento nesse caso. Mas é considerada de mérito para atrair, para si, a autoridade da coisa julgada material.

IV – A sentença arbitral.

Trata-se da única hipótese de título judicial não criado por um juiz. Esta sentença tem previsão no art. 31 da Lei n. 9.307/96, que determina que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Trata-se de conferir eficácia executiva sem que haja necessidade de homologação pelo judiciário.

Neste caso, um árbitro decide sobre determinado conflito de interesses patrimonial e disponível. Contudo, por lhe faltar poder para expropriar, a Lei de Arbitragem equipara a sentença arbitral a uma sentença cível, tornando-se título executivo se for condenatória.

A defesa na impugnação do cumprimento de sentença arbitral é ainda mais ampla, pois autoriza-se (além das matérias enumeradas no art. 475-

L do CPC) alegar as nulidades enumeradas no art. 32 da Lei n. 9.307/96.

V – O acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente.

O acordo celebrado extrajudicialmente pode ser levado para homologação independentemente da existência de processo já pendente. Se qualquer interessado quiser revestir o acordo de eficácia executiva, bastará formular o requerimento pedindo ao juiz a correspondente homologação. Mesmo antes da Lei n. 11.232/2005 já havia essa possibilidade pelos Juizados Especiais no art. 57 da Lei n. 9.099/95. O acordo do juizado não dependia de valor. Assim o inciso V ampliou as hipóteses de cabimento para qualquer procedimento judicial.

Não é necessária a assinatura de duas testemunhas.

São necessários dois acordos de vontade: o primeiro em relação ao acordo em si e o segundo no que diz respeito a levar ao judiciário (que são coisas bem distintas). Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, pois as partes convergem para o mesmo fim.

VI – A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma sentença estrangeira, para que possa produzir efeitos no território nacional, deve ser homologada pelo órgão competente (CPC, art. 483 e CF, art. 105, I, *i*). Interessante que um título executivo extrajudicial estrangeiro não precise passar por essa homologação, apenas as sentenças estrangeiras.

A EC n. 45 modificou o dispositivo constitucional que atribuía ao Supremo a homologação de sentença estrangeira, passando para o Superior Tribunal de Justiça.

A sentença estrangeira somente adquirirá eficácia em nosso país quando homologada. Desta forma, fácil constatar que a natureza dessa homologação é constitutiva.

A execução será procedida perante juiz federal de primeiro grau de jurisdição (CF, art. 109, X).

Apesar de mera discussão acadêmica, grassa na doutrina divergência sobre qual seria o instrumento (título).

A **primeira corrente** assevera que seria a carta de sentença retirada do processo em que houve a homologação da sentença estrangeira. Este posicionamento é defendido por Sérgio Shimura e Humberto Theodoro Júnior.

A **segunda corrente** entende que o título seria representado pela própria decisão do STJ, que reconhece a homologação. Posicionamento defendido por Cândido Dinamarco e Marcelo Abelha Rodrigues.

No que diz respeito à coisa julgada, interessante questão que se põe diz respeito à duplicidade de demandas em território nacional: a sentença estrangeira dependente de homologação e uma mesma demanda proposta em território nacional. Importante frisar que nesse caso não há se falar em litispendência, na medida em que o juízo da homologação é autônomo e diverso, o pedido é diferente (de homologação) e o sistema brasileiro expressamente autoriza (CPC, art. 90).

Qual dessas sentenças deve prevalecer? A resposta é verificada no plano cronológico: se a sentença estrangeira for homologada antes do trânsito em julgado da nacional, prevalece a estrangeira. *A contrario sensu*, se o trânsito em julgado da nacional se der antes da homologação, prevalece a sentença nacional.

VII – Formal e certidão de partilha.

Formal de partilha é o documento solene entregue ao herdeiro comprovando a aquisição do bem por herança (CPC, art. 1.022).

Certidão de partilha é o mesmo documento solene utilizado em pequenos inventários ou arrolamentos (CPC, art. 1.027, parágrafo único).

Trata-se de partilha decorrente de *mortis causa*. Após o transcurso do inventário ou do arrolamento será ao final definida a forma pela qual se partilharão os bens. O juiz homologará a partilha e, após o trânsito, será retirado um formal ou uma certidão que pode ser objeto de registro no Cartório de Imóveis.

Questão que deve ser ressaltada é que o título possui eficácia *inter partes*, vale dizer, sua eficácia incide somente ao inventariante, herdeiros e sucessores. Desta forma, para o exercício de qualquer direito constante de formal/certidão, no sentido de se requerer que o bem ou valor de direito esteja na posse de terceiro, será necessário ingressar com ação autônoma.

6. Títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585)

I – A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque.

São títulos de crédito cujo regramento está afeto exclusivamente ao direito material. Estes títulos possuem regime próprio, pois dentro de suas características que estão previstas em legislação específica podem ser executados, de regra, independentemente de protesto. Evidente que o protesto será exigido quando o título padecer de algum vício, por exemplo, a duplicata sem aceite.

Os títulos cambiais podem ser os causais (acompanhados da relação jurídica subjacente, por exemplo, a duplicata) e os não causais (guardam autonomia, independentemente da relação que a ele representa como o cheque e a nota promissória).

- 1) *Letra de câmbio* é ordem de pagamento emitida por alguém (sacador) para que alguém (sacado) pague a terceiro (tomador).
- 2) *Nota promissória* é promessa de pagamento. O protesto somente será necessário para tornar exigível a promissória em face dos endossantes e respectivos avalistas.
- 3) *A duplicata* é título de crédito formal e circulante por endosso que documenta uma compra e venda ou prestação de serviço. Para que funcione como título, tem que ter sido aceita pelo sacado. Caso não esteja aceite, terá força executiva se: i) protestado; ii) acompanhado do comprovante da prestação do serviço ou da entrega da mercadoria. A perda ou extravio da duplicata admite a extração de triplicata.

As debêntures são títulos de crédito emitidos pelas Sociedades Anônimas a fim de obter empréstimo junto ao público.

O cheque é ordem de pagamento à vista e independe de protesto para que sirva de título, perante o emitente e os avalistas. Apenas será necessário contra os endossantes e respectivos avalistas.

II – A escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados transatores.

Na escritura pública ou outro documento público, basta a assinatura do devedor, prescindindo as testemunhas. Escritura pública ou documento público é aquele lavrado por um tabelião ou funcionário público no exercício das suas funções. Já o instrumento particular depende das testemunhas. A reforma ampliou para qualquer tipo de obrigação, e não só a de pagar dinheiro. Se o documento tem previsão em lei como título executivo (v.g., contrato de honorários advocatícios, Lei Federal n. 8.906/94, art. 24), não serão necessárias as testemunhas. Sua necessidade advém da não executoriedade do documento, portanto as testemunhas têm essa função: atribuir eficácia de título aos documentos que a lei não previu como tal.

As testemunhas devem ser presenciais no ato da assinatura do instrumento (o STJ entendeu, contudo, que estas testemunhas podem ser meramente instrumentais, isto é, não ter participado do momento da celebração do contrato (STJ, 4ª T., REsp 541.267/RJ)).

O título, importante ressaltar, não é o documento, mas o ato jurídico por ele representado. Daí falar-se na prática em “confissão de dívida”.

Poderão o Ministério Público e a Defensoria realizar acordos mesmo antes de iniciado o processo.

O instrumento de transação é extrajudicial (porque não homologada pelo juiz, senão seria, *ipso facto*, judicial). Este instrumento não necessita de duas testemunhas (exemplo, Termo de Ajustamento de Conduta, ACP, art. 5º, § 6º). Referendado quer dizer aprovado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados. A lei não fala em homologação, pois esta pressupõe a participação do juiz, o que conspiraria contra a natureza extrajudicial deste título. Apesar da expressão “advogados” no plural, nada impede que seja realizada por somente um dos advogados.

III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese, caução, bem como os de seguro de vida.

Os quatro primeiros casos referem-se a direitos reais de garantia. A garantia é real, pois recai sobre determinado bem. Apenas para frisar, o novo Código Civil não utiliza mais o termo caução, valendo-se da expressão “penhor de direitos e títulos de crédito”.

O que se executa não é propriamente a garantia, mas o crédito que ela protege (o contrato). A garantia é apenas o instrumento de facilitação da exigência do direito do credor.

A caução, de acordo com o art. 826 do CPC, pode ser real ou fidejussória.

O contrato de seguro de vida é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se compromete a pagar um “prêmio” ao segurado caso ocorra alguma situação de risco predeterminada. É necessário que junto do título se apresente a quitação das parcelas decorrentes deste contrato (CC, art. 796, parágrafo único). Em boa hora o legislador retirou a executoriedade do seguro de acidentes pessoais dada a sua iliquidez.

IV – Crédito decorrente de foro e laudêmio.

O Código Civil em seu art. 2.038 proibiu a instituição de enfiteuses e subenfiteuses. Mas aquelas constituídas antes da entrada em vigor do novo diploma persistem até que sejam extintas.

Foro e laudêmio estão ligados à enfiteuse. Foro é a renda anual que o enfiteuta deve pagar ao proprietário do imóvel. Laudêmio é o valor devido pelo alienante ao senhorio direto sempre que realizar a transferência do domínio útil. Se não houver outro valor, a venda será de 2,5% sobre o preço da alienação.

V – O crédito documentalmente comprovado decorrente de aluguel de imóvel bem como os encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio.

É considerado título executivo também o contrato de locação autorizando ao credor (locador) executar o crédito decorrente do aluguel.

O contrato de locação de bem imóvel tem sua previsão na Lei Federal n. 8.245/91. Aluguel é o crédito periódico a que faz jus o locador nos contratos de locação. O contrato escrito de locação é título executivo extrajudicial. Apesar de a locação poder ser escrita ou verbal, somente a primeira tem força executiva. Não necessita ser subscrita por testemunhas; é irrelevante o prazo ou a natureza da locação (residencial ou comercial). A execução abrangerá os aluguéis em atraso, mais juros de mora e multa moratória estabelecida no contrato.

Importante asseverar que o locador tem a opção de adotar a ação de despejo. Nesse caso objetiva reaver o imóvel locado (art. 5º da lei). Se

pretender, poderá ou cumular o despejo com cobrança de alugueres e demais encargos, ou ajuizar futura ação executiva pleiteando o crédito devido.

Questão interessante é estabelecer a vigência deste inciso à luz do art. 275, II, *b*, do Código de Processo Civil, que estabelece o procedimento sumário para cobrança “ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio”.

Não há entre condomínio e condômino título executivo a objetivar a cobrança (não há contrato com dever de pagamento condominial). Desta forma a legitimidade nesses dois casos pode ser desenhada da seguinte forma: a cobrança do condomínio contra o condômino que não pagou as cotas condominiais deve ser exercida pelo rito sumário. A execução tem lugar quando o locatário não paga o condomínio em decorrência do contrato de locação. Em arremate, não há se falar em cobrança direta do condomínio em face do locatário por falta de relação jurídica e por se tratar de obrigação *propter rem*.

VI – O crédito dos serventuários da justiça, de perito, intérprete ou de tradutor, quando as custas, emolumentos e honorários forem aprovados por decisão judicial.

Aos serventuários da justiça são devidos custas e emolumentos. Ao perito, intérprete e tradutor, honorários.

Para que constituam título, precisam ser aprovados por decisão judicial, daí causar estranheza a natureza de extrajudiciais. Deveriam estar encartados na categoria de título judicial, pois não são os orçamentos ou contas apresentadas que serão executados, mas a decisão do juiz que os homologar e em que medida.

O inciso é de raríssima incidência prática. Primeiro porque as custas e emolumentos estabelecidos no ordenamento já estão previstos no regimento de custas, regimento este já elaborado, desta forma não há o que o magistrado homologar. Segundo porque grande parte desses valores será custeada antes do trabalho do auxiliar como condição da sua realização (v.g., honorários do perito ou tradutor). Este expediente, aliás, tem previsão expressa no Código de Processo Civil, no seu art. 33, parágrafo único.

VII – Certidão da dívida ativa.

Dívida ativa é qualquer valor atribuído pela lei à União, Distrito Federal, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas.

A inscrição da dívida ativa, conquanto seja ato unilateral da Fazenda, é precedida de procedimento administrativo em contraditório e está disciplinada tanto no Código Tributário Nacional como na Lei de Execução Fiscal. Esta certidão servirá como instrumento para um processo executivo especial que se hospeda fora do CPC (Lei Federal n. 6.830/80, art. 3º).

Importante ressaltar que o título executivo não é a certidão da dívida ativa como assevera a lei; esta é apenas a forma que deve ser observada para apresentar o título executivo. O título em si é a inscrição da dívida.

VIII – Demais títulos a que a lei conferiu eficácia executiva.

O rol do art. 585 não é exaustivo, fazendo menção a outros títulos previstos em legislação extravagante (mas sempre com previsão legal). Podem ser utilizados como exemplo:

- a) cédula de crédito rural (art. 41, Decreto-lei n. 167/67).
- b) cédula hipotecária (art. 29, Decreto-lei n. 70/66).
- c) Contrato de honorários advocatícios desde que seja escrito (art. 24 da Lei n. 8.906/94).
- d) Compromisso arbitral que fixa os honorários do perito (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 9.307/96).
- e) Cédula de crédito comercial (art. 5º da Lei n. 6.840/80).

Capítulo 4

◆ Execução Provisória

1. Introdução

A execução somente tem autorização para a prática de atos de constrição em decorrência da eficácia abstrata do título executivo. Somente com a sua exigibilidade (conferida com seu vencimento, se extrajudicial, ou com o trânsito em julgado, se judicial), é que se permite a prática de atos invasivos na esfera jurídica do executado.

O sistema brasileiro sempre agiu com prudência quando o assunto é a produção de efeitos de uma decisão: o principal recurso brasileiro, a apelação, tem como regra o efeito suspensivo no seu procedimento, de modo que a decisão recorrida não poderá produzir efeitos até o julgamento do recurso.

Contudo, há situações excepcionais, em que o recurso de apelação será recebido somente no efeito devolutivo. Para que esta sentença, apta a produzir efeitos, não fique inerte aguardando o resultado da apelação, o legislador lançou mão de uma técnica que permite o adiantamento da atividade executiva denominada *execução provisória*. Desta forma estabeleceu-se uma clara opção política: a lei prefere a produção de efeitos com o risco de, posteriormente, alterar o conteúdo da decisão ao retardamento da execução.

Nestas hipóteses a sentença, ainda que provisória, terá permissão para ser executada antecipadamente no tempo. Mas como ainda não definitiva, pois pendente de confirmação pelo recurso, esta modalidade de execução possui algumas restrições procedimentais importantes: a) ou bem impede-se a alienação dos bens penhorados; ou b) permite a alienação condicionada à prestação de caução.

A execução provisória teve origem na necessidade de se “procedimentalizar” a situação da sentença não recebida no seu efeito suspensivo. Neste caso, o título (sentença) é ainda provisório já que suscetível de alteração pelo recurso interposto, mas, de outro lado, sem a suspensividade, e, portanto, apta a produzir efeitos.

Perceba que a provisoriedade refere-se à **imutabilidade** (já que o título é ainda carecedor de certificação), mas não à **eficácia**.

Trata-se de dar vigência à clássica distinção procedida por Liebman entre autoridade e eficácia da sentença, pois a sentença está apta a produzir efeitos mesmo antes de se adquirir autoridade de coisa julgada.

A doutrina é pacífica em asseverar que a expressão é equívoca: a execução não tem nada de provisória. Provisório é tudo aquilo que será substituído por outro. A execução não é provisória; pode se dizer, quando muito (se não se prestar caução), *incompleta*. Provisório na verdade não é sequer a *execução*, mas o *título* que a aparelha, pois sujeito à confirmação pelo recurso interposto (condição resolutiva). Tanto que a lei confirma este entendimento ao utilizar a expressão “sentença provisória” no art. 475-O, § 1º, do CPC.

Numa primeira leitura sobre o instituto, chega-se à rápida conclusão de que a única execução passível de ser provisória é com base em título executivo judicial. Contudo a última reforma na execução empreendida pela Lei n. 11.382/2006 estendeu esta modalidade para as execuções de título executivo extrajudicial.

Não há se falar em execução provisória de sentença penal condenatória, arbitral e estrangeira (CPC, art. 475-N, IV, V e VI).

Assim tem-se:

a) *Execução provisória com base em título extrajudicial* (CPC, art. 587): a nova redação do art. 587 autoriza a execução provisória de título executivo extrajudicial. O direito positivo não reconhecia esta possibilidade na medida em que não seria imaginável uma aquisição superveniente de tal eficácia (executiva) no mesmo título. Ou se tem executividade ou não.

Contudo, a novel redação do dispositivo assim dispõe: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado,

quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”. A execução provisória aqui é muito próxima da definitiva já que à eficácia abstrata que permeia o título soma-se uma decisão judicial que a reafirma (decisão negatória dos embargos).

Algumas considerações são importantes: os embargos podem ser recebidos excepcionalmente no seu efeito suspensivo (art. 739-A, § 1º). O indeferimento dos embargos (que geram a continuidade da execução) comporta apelação desprovida de efeito suspensivo (CPC, art. 520, V). Nesse caso, a eventual execução que se segue enquanto pendente o recurso no Tribunal será provisória.

Três, portanto, são os requisitos para a formação da execução provisória nesse caso: i) que haja improcedência dos embargos; ii) que tenham sido recebidos no seu efeito suspensivo; e iii) a parte requeira a execução provisória (quando então seguirá o procedimento previsto no art. 475-O do CPC).

Considerações processuais pertinentes:

- 1) Quando a lei usa a locução “improcedência”, quer dizer com todas as letras que o julgamento dos embargos se deu no mérito. Ou seja, o pedido do executado foi declarado inexistente. Desta forma restou confirmada exigibilidade do título. Se os embargos foram rejeitados por matéria processual, a execução que se prossegue daí por diante é *definitiva*. E isso porque o embargante conseguiu demonstrar ao magistrado que não tem direito nem aos embargos. Assim, o eventual recurso interposto não terá o condão de tornar “provisória” a execução desta sentença.
- 2) Da sentença de procedência dos embargos caberá apelação no duplo efeito (CPC, art. 520), assim, não há se falar em execução provisória.
- 3) Se os embargos porventura não tivessem sido recebidos no efeito suspensivo (que é a regra), não haveria se falar em execução provisória. Pois no curso dos embargos diversos atos já foram praticados (até mesmo de expropriação), na medida em que a execução não ficaria paralisada com a sua oposição.
- 4) A provisoriedade perdura até o julgamento da apelação. Do acórdão que proceder ao julgamento será suscetível de recurso especial e

extraordinário que são sempre recebidos no duplo efeito (CPC, art. 542, § 2º). Portanto, a execução passa a ser definitiva.

5) A lei nadou contrária a todas as reformas anteriormente empreendidas: a doutrina e a jurisprudência entendiam que da rejeição dos embargos seguiria a execução definitiva do título, que, diga-se, já o era quando da propositura da demanda. Pergunta-se: se a execução (= título) era definitiva antes dos embargos, com muito mais razão o será após a sua improcedência, quando se constatará de fato, em cognição exauriente, que ao executado não assiste razão.

Este entendimento estava cristalizado no Enunciado 317 da Súmula do STJ: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedente os embargos”.

De fato havia alguns autores ainda resistentes com essa premissa, alegando que o recurso poderia alterar a decisão e, portanto, a execução não poderia ser definitiva (dentre eles Paulo Lucon, Vicente Greco Filho e Humberto Theodoro Júnior).

Mas nesse caso o legislador optou pela segurança jurídica à efetividade remetendo o ônus do tempo para o exequente que, à evidência, possui razão. Contudo, constitui opção legislativa que deve ser respeitada: o legislador sabendo que a sentença de improcedência dos embargos que pode ser reformada é provisória, havendo risco processual na sua modificação.

◆ Esta regra não se aplica à impugnação da sentença (CPC, art. 475-L). Mesmo que o art. 475-R autorize a aplicação subsidiária das normas da execução de título extrajudicial no que for omissivo ao cumprimento de sentença, não se pode defender a incidência do art. 587 nesta modalidade de execução.

E isso porque a formação do título *sentença* decorre de ampla análise do direito material até mesmo em sede recursal. Aqui a certeza do direito não justifica a provisoriedade decorrente do “risco” de reforma pelo agravo de instrumento ora interposto (CPC, art. 475-M, § 3º). Compete ao executado requerer a obtenção de efeito suspensivo *ope judicis* (CPC, arts. 527, III, e 558) para evitar a prática dos atos executivos.

b) *Execução provisória com base em título judicial* (CPC, arts. 475-I, § 1º, e 521): a execução provisória com base em título executivo extrajudicial poderá ser *ope legis* ou *ope judicis*.

- 1) Será *ope legis* (regra) quando a lei estabelecer que, naquela situação, não haverá efeito suspensivo na apelação, autorizando a execução provisória.
- 2) Será *ope judicis* quando o próprio magistrado subtrair o efeito suspensivo do recurso desde presentes os requisitos ensejadores para a concessão da tutela antecipada. Nestes casos a apelação já era dotada de duplo efeito, mas o magistrado autorizou que aquela decisão tenha força executiva imediata.

Importante apenas ressaltar que, independentemente da natureza da obrigação, a execução provisória será permitida, seja nas obrigações de fazer e não fazer (CPC, art. 461), nas de entrega de coisa certa ou incerta (CPC, art. 461-A), nas que reconhecem o direito à declaração de vontade (CPC, art. 466-A) e nas obrigações de quantia (CPC, art. 475-J).

2. Procedimento

A execução provisória foi profundamente alterada pelas diversas reformas empreendidas no Código de Processo Civil no decorrer dos anos. Duas reformas, contudo, merecem destaque: a empreendida pelas Leis ns. 10.444/2002 e 11.232/2005, que permitiram, cada uma a seu modo, uma execução ainda mais completa que o regime anterior. A execução provisória que era marcada por não produzir efeitos externos ao processo, permitindo apenas a *prática* dos atos, e não a produção de *efeitos* destes mesmos atos, com as reformas, atualmente, possui essa permissibilidade.

2.1 Aplicação subsidiária (CPC, art. 475-O, “caput”)

O *caput* do art. 475-O estabelece que a execução provisória será feita “no que couber” da mesma forma que a definitiva. Como se trata de execução definitiva fundada em título provisório, não há razão para conferir regime completamente diferente a esta modalidade. Assim, na

omissão das regras específicas conferidas ao tratamento da execução provisória, seguirá a aplicação das regras da definitiva.

2.2 Iniciativa do exequente (CPC, art. 475-O, I)

Estabelece o § 1º do referido artigo que “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente (...)”. É expressão de fácil entendimento: o recurso interposto pela parte sucumbente poderá modificar o título que instaura a execução provisória, de modo que ficará ao encargo do exequente o ressarcimento dos danos eventualmente experimentados. Desta forma, compete a ele – exequente – decidir se vale a pena correr esse risco e sopesar as consequências de uma eventual reforma pelo Tribunal da decisão recorrida.

Questão elegante na doutrina refere-se à incidência ou não da multa de dez por cento (CPC, art. 475-J) na execução provisória. Como a lei, no § 3º, exige pedido do interessado (para cumprimento da sentença), este pedido deverá ser feito inegavelmente com o requerimento da multa.

Há entendimento no sentido de não ser exigível a multa, uma vez que esta execução é facultativa (Nelson Nery, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Fredie Didier).

Em resposta: a) o cumprimento de sentença também é facultativo, pois escoado o prazo de quinze dias o *exequente pode não formular o requerimento* para expedição de mandado de penhora e avaliação; b) não é a facultatividade da execução que impedirá a incidência da multa. Uma vez requerida, a multa é devida caso não haja pagamento; c) caso o executado resolva pagar (leia-se, a coercibilidade da multa cumpriu o efeito psicológico esperado), não se trata propriamente de um pagamento definitivo, mas de um depósito que poderá ser estornado caso o recurso modifique a decisão, o que no mais já é previsto conforme art. 475-O, I e II. Desta forma não incorre o executado em preclusão lógica (desistência tácita do recurso), pois o pagamento foi feito em atenção à regra da eventualidade, no aguardo, repita-se, de modificação da decisão; d) principalmente: impedir a incidência da multa seria retirar força desta modalidade executiva, fazendo, injustificadamente, com que a execução antecipada tenha menor eficácia que a sentença posterior.

Contudo, em recente julgado pelo STJ, o Ministro Aldir Passarinho (relator do acórdão) em decisão de Corte Especial entendeu que não incide a multa de 10% sobre a execução provisória (REsp 1.059.478/RS).

2.3 Responsabilidade objetiva (CPC, art. 475-O, I)

O exequente “se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido” (CPC, art. 475-O, I). Como a execução decorre pela iniciativa do exequente fundada em título provisório, a alteração da decisão torna a execução desnecessária (CPC, art. 475-O, II e § 1º). Entretanto o caminhar desta execução pode ter causado prejuízos ao executado na medida em que constitui processo invasivo ao patrimônio do devedor. Estes danos devem ser reparados.

Não apenas a reforma, mas também a invalidação da decisão ensejam a responsabilização pelo exequente (CPC, art. 475-O, II e § 1º).

A responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde da prova da culpa, na medida em que o legislador já estabeleceu que a incidência de qualquer prejuízo será atribuída a quem promoveu a execução.

A Lei n. 11.232/2005 fez interessante modificação no regime anterior da execução provisória ao mudar o tempo verbal de “venha a sofrer” (previsto no revogado art. 588, I) pelo atual “haja sofrido” (art. 475-O, I). A mudança foi correta. E isso porque o exequente deve ressarcir danos concretos, ocorridos, e não potenciais danos que estiverem na iminência de sua concretização.

A apuração deste valor será procedida por liquidação por arbitramento (CPC, art. 475-O, II). Contudo não se pode limitar somente a esta modalidade de liquidação. É possível que a apuração do dano dependa da prova de fato novo após a sentença, apuração esta que somente poderá ser feita pela liquidação por artigos.

2.4 Efeito anexo (CPC, art. 475-O, II)

A decisão que reforma ou anula a decisão que ensejou a execução provisória possui um efeito anexo que possibilita a apuração do *quantum*

debeatur nos mesmos autos (bem como sua consequente cobrança). Não será necessária, portanto, a instauração de nova relação processual.

2.5 Provimento do recurso (CPC, art. 475-O, II)

O provimento do recurso interposto, desconfigurando o título executivo, faz com que as *partes* (e não mais as “coisas”, como se via no regime anterior) retornem ao *status quo ante*. Os atos até então praticados serão anulados. Se houve constrição judicial com o desapossamento do bem, desconstitui-se a penhora, devolve-se o bem ao executado com a eventual reparação por ter ficado sem usufruir do bem naquele período. Se a reforma for parcial, há de se proceder à reparação proporcionalmente.

2.6 Caução (CPC, art. 475-O, III)

Estabelece o referido inciso que “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

Se conforme se verificou nos itens anteriores a responsabilidade do exequente é objetiva em relação aos danos sofridos, a caução exerce relevante função de minorar estes danos. O objetivo de uma “caução incidente” é justamente evitar uma ação cautelar de caução (CPC, art. 826), o que resulta, inegavelmente, em economia processual.

A caução depende de provocação do executado, afinal é sobre ele que incidirão os eventuais danos de uma execução provisória frustrada. A locução “arbitrada de plano” não quer significar a concessão de ofício dessa caução.

A concessão da caução decorre da demonstração pelo executado do risco de dano processual que pode ser ocasionado acaso a execução provisória seja elidida pela reforma decorrente do recurso interposto contra a decisão. Assim, a caução poderá ser concedida:

- a) nos casos que puderem ocasionar grave dano (que deve ser demonstrado pelo executado).

b) nos casos que importem levantamento do depósito em dinheiro e alienação de propriedade, quando então o próprio legislador já anteviu o prejuízo. Nesses casos a demonstração para a necessidade de caução é objetiva.

Dependendo da hipótese, a caução terá natureza cautelar ou não. A despeito de os elementos para a sua prestação estarem previstos em lei (dano ou levantamento de dinheiro ou bem), apenas na primeira hipótese há certa liberdade ao julgador. Na segunda hipótese, conforme dito, o dado é objetivo: basta o mero levantamento do bem ou dinheiro que acarretará a necessidade da caução. Já na primeira hipótese, deverá o magistrado sopesar no caso concreto o dano. Nessa situação, inegável a presença do *fumus boni iuris e periculum in mora*. Tanto que, em nosso entendimento, poderá o magistrado dispensar a caução, mesmo havendo risco de dano, na medida em que o recurso seja manifestamente protelatório ou contrário à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou de Tribunal Superior.

No silêncio da lei a caução pode ser real ou fidejussória.

2.6.1 *Dispensa da caução*

Há situações em que o legislador entendeu que, a despeito do potencial risco de dano processual, dispensa-se a caução. Pela leitura da lei verifica-se a opção desta dispensa por dois fatores distintos: ora pelo estado de necessidade do exequente, ora pela evidência do direito ao crédito. São casos em que a execução provisória não tem distinção da execução definitiva.

1) *Crédito alimentar e decorrente de ato ilícito*

Nas execuções de crédito alimentar e nas decorrentes de ato ilícito, pela *natureza da prestação*, optou o legislador em dispensar a caução.

Contudo é necessário que concorram *mais dois* requisitos: a) que este crédito tenha o limite de até sessenta vezes o valor do salário mínimo e b) que o exequente demonstre estado de necessidade.

Sobre a questão do salário mínimo, a melhor doutrina é aquela que entende que a dispensa se dá no limite de sessenta salários, mas nada impede que o magistrado exija caução do excedente deste valor.

Estado de necessidade é conceito vago que deve ser analisado no caso concreto. E o magistrado deverá analisar também se a necessidade do exequente é realmente maior que a necessidade do executado.

2) *Agravo no STF ou STJ*

Os motivos que levam à dispensa de caução aqui são outros. Enquanto na primeira hipótese trabalha-se com a *potencialidade de dano processual*, aqui refere-se à *verossimilhança acentuada do direito do exequente*. Diz a lei que se dispensa a caução “nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação” (redação dada pela Lei n. 12.322/2010).

Nesta hipótese há um dado objetivo: dificilmente o agravo de instrumento terá êxito em permitir que o recurso especial/extraordinário suba e, mesmo que isso aconteça, é pouco provável a obtenção de provimento. Em resumo, a decisão que enseja a execução provisória será mantida, o que dispensa a caução.

Nesta hipótese não importa a matéria, o valor ou o estado de necessidade.

Contudo se a dispensa puder resultar em grave dano, poderá o juiz determiná-la. São as hipóteses de *periculum in mora inverso*.

2.7 Documentação da execução provisória

A execução provisória precisa de *documentação física* em primeiro grau na medida em que o recurso leva consigo o processo ao Tribunal. Para tanto, o art. 475-O, § 3º, do CPC estabelece algumas regras importantes:

- a) Deverão ser trasladadas as seguintes peças: i) sentença ou acórdão exequendo; ii) certidão de interposição do recurso sem efeito suspensivo; iii) procurações; iv) facultativamente outras peças que o exequente entender necessárias.
- b) Essas peças, assim como ocorre com as peças que instruem o agravo de instrumento, poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal (CPC, art. 544, § 1º).

- c) A confecção do instrumento que viabiliza a execução provisória não conta com participação judicial, podendo a parte proceder ao traslado e, independentemente de autorização do magistrado, dar entrada do pedido no judiciário.
- d) O rigor aplicado ao não traslado de peça necessária do agravo não pode ser aplicado nas peças que acompanham a execução provisória. Assim, na falta de alguma peça necessária, ou mesmo facultativa, mas que seja importante ao prosseguimento da execução, deverá determinar o magistrado a emenda para que se apresente a peça faltante.

2.8 Execução provisória contra a Fazenda Pública

Para se saber se é possível a execução provisória contra a Fazenda Pública, é necessário saber se o regime de execução contra a Fazenda é compatível com o procedimento previsto no art. 475-O do CPC.

A execução provisória é permitida, nas hipóteses de sentença cuja apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo. Constitui sentença com eficácia, mas sem autoridade de *res iudicata*, nos dizeres de Liebman.

Portanto o não trânsito em julgado, por assim dizer, é condição necessária para a execução provisória, pois caso tenha chegado ao estágio da imutabilidade, a execução, certamente, será definitiva.

Até 2000, doutrina e jurisprudência, no silêncio da lei, autorizavam esta modalidade de execução contra o Poder Público. Contudo, com a Emenda Constitucional n. 30/2000, a expedição de precatório (forma do pagamento pela Fazenda) fica condicionada *ao trânsito em julgado da decisão*.

Este regramento foi ratificado pela Emenda Constitucional n. 62/2009, que possui a mesma disposição.

Desta forma, o direito público material impede a viabilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública quando a natureza do crédito for quantia certa.

Mesmo nos casos de dispensa do deprecatório não há se falar nessa viabilidade na medida em que a dispensa é do precatório, e não o precatório. Assim, nas causas de pequeno valor o trânsito é essencial para a condenação.

Contudo, nada impede que a parte possa praticar os atos não circunscritos no art. 100 da Constituição Federal. Assim, nada impede a instauração de execução com a citação da Fazenda para opor embargos. Ao final, contudo, fica vedada a expedição de precatório, devendo o processo ficar aguardando o trânsito em julgado. Não se permite o que a doutrina comumente assevera de execução provisória-completa, pois o regime aqui é diverso.

A vedação, contudo, limita-se à execução por quantia. Qualquer outra forma de execução que não seja entrega de dinheiro (fazer, não fazer, entrega de coisa), por não ter a exigência temporal do desfecho do processo, autoriza-se a execução provisória; mesmo com o reexame necessário.

É o que dispõe a Lei do Mandado de Segurança (n. 12.016/09), no art. 14, § 3º, ao asseverar que a sentença de procedência do mandado de segurança admite execução provisória mesmo com a remessa obrigatória (salvo nos casos em que for proibida a concessão de liminar).

Capítulo 5

◆ **Cumprimento de Sentença (Execução de Título Executivo Judicial) – Pagamento de Quantia Certa**

1. Introdução

O cumprimento de sentença foi fruto de uma evolução histórica do legislador brasileiro, encerrando o ciclo de reformas empreendidas na execução que teve início em 1990.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, estabeleceu-se o cumprimento da execução das obrigações de fazer e não fazer dentro do mesmo processo em que ocorreu a certificação do direito. Desta forma, o sincretismo, que apenas era encontrado em procedimentos especiais esparsos no ordenamento (despejo, possessórias), passou a ser regra nas obrigações de fazer e não fazer decorrentes das relações de consumo.

Era necessário ir além.

Em 2004, inspirado no CDC, o legislador processual reformou o art. 461, que veio a ampliar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer com fundamento em título executivo judicial para toda e qualquer relação jurídica. Como corolário lógico, as obrigações de entrega de coisa certa e incerta, também com fundamento em título executivo judicial, logo foram tuteladas por semelhante norma, que veio com o art. 461-A, em decorrência da Lei n. 10.444/2002.

Faltava apenas a execução por quantia certa. A reforma veio em 2005, com o advento da Lei Federal n. 11.232. Desta forma, o sincretismo, que era exceção no ordenamento, passou a ser regra: toda execução com base

em título executivo judicial será operacionalizada dentro do processo em que se formou o título. Aboliu-se a *actio iudicati* com sucessivo processo autônomo para a declaração e efetivação do direito dentro do mesmo processo.

A expressão “cumprimento” estabelecida pela lei não teve o condão de modificar a atividade que se realiza nessa fase do processo: a sentença continua a ser executada. A expressão “cumprimento” deve ser tida como sinônima de execução. Tal alteração terminológica teve por objetivo demonstrar para a comunidade jurídica que a efetiva mudança da lei criou impacto no procedimento. Hoje haverá cumprimento de sentença na fase inicial que medeia o trânsito em julgado até o escoamento do prazo de quinze dias para cumprimento. Após o exequente formular seu requerimento, começa a fase de execução da sentença. Mas todas elas são fases do mesmo gênero: execução de título executivo judicial.

As mudanças empreendidas pelo legislador não foram apenas no plano da estrutura do processo. O procedimento também passou por profundas modificações, que devem ser verificadas.

1.1 Início

Antes da reforma, com o trânsito em julgado o exequente deveria propor ação de execução, citando o executado para que em vinte e quatro horas pagasse ou nomeasse bens à penhora. A atual ritualística determina que, após o trânsito em julgado, o executado terá o prazo de quinze dias para pagar, sob pena de multa de dez por cento sobre o valor da obrigação (CPC, art. 475-J).

1.2 Multa do art. 475-J do CPC

A instituição da multa foi uma novidade trazida pelo legislador. O não pagamento da obrigação no prazo de quinze dias acarreta, de pleno direito, a incidência da multa sobre o executado.

1.2.1 Natureza jurídica

Uma questão ainda se mantém acesa na doutrina: qual a natureza jurídica desta multa?

Uma **primeira corrente** defende a natureza coercitiva da multa. É isso porque ela, a multa, teria o condão de influenciar psicologicamente o executado no cumprimento espontâneo da obrigação, pois saberá de antemão que o seu não cumprimento acarretaria o pagamento deste valor. Este posicionamento é defendido por José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier.

Uma **segunda corrente** entende que a natureza desta multa é sancionatória. Há diversos motivos para se defender esta posição: i) o valor da multa é estanque, dez por cento. Como poderiam as *astreintes* ter valor fixo, sem possibilidade de alteração? Não incide ao caso em espécie o art. 461, § 6º, do CPC; ii) como gerar o grau de influência no executado, que é o objetivo da multa, se o seu valor é fixo?; iii) se a multa deve ser adequada e suficiente, como é possível o valor aprioristicamente fixado?; iv) esta multa tem previsão legal, ao contrário da multa coercitiva, que depende da vontade do magistrado. Naquela o juiz está vedado em “não aplicá-la” como ocorre com as *astreintes*; v) a multa tem como base de cálculo o valor da condenação. Se o pagamento for parcial, a multa incidirá sobre o restante (CPC, art. 475-J, § 4º). Se a multa fosse de fato coercitiva, não haveria necessidade de redução, pois não há nenhum reflexo do valor da multa com a dívida, mas com o binômio suficiência + compatibilidade. Este entendimento é defendido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Shimura e Daniel Assumpção Neves. Esta é a posição que defendemos.

Uma **terceira corrente**, por fim, defende a natureza híbrida da multa, entendendo se tratar de parte sancionatória e parte coercitiva. Este posicionamento é defendido por Fredie Didier.

1.2.2 Termo inicial para a contagem da multa

A partir de quando a multa começará a fluir? O art. 475-J não estabeleceu quais são os requisitos necessários para que a multa comece a fluir. Diante da omissão legislativa, a doutrina estabeleceu quatro diferentes correntes acerca do tema:

Uma **primeira corrente** defende que o prazo de quinze dias fluirá para pagamento (e conseqüentemente para a incidência da multa) após o trânsito em julgado, independentemente de intimação do executado

(pessoal ou por seu advogado). Pensar o contrário (necessidade de intimação) seria retirar a força executiva da sentença que, quando eficaz, permite a imediata exequibilidade, independentemente de intimação. Esta corrente é sustentada por Athos Gusmão Carneiro.

Uma **segunda corrente** entende que o prazo de quinze dias deve correr após o trânsito em julgado com a intimação do executado na pessoa de seu advogado. A intimação teria por objetivo salvaguardar a segurança jurídica e o contraditório efetivo. Na pessoa do advogado, pois é este que representa a parte em juízo, e não seria necessária a comunicação pessoal, já que constitui, justamente, seu representante (mesmo quando se tratar de defensor público. E isso porque a falta de **relação contratual** não o exime do dever de proteger os interesses do cliente (e entre eles o dever de comunicação), pois sua **relação é institucional**). Somente haveria intimação pessoal quando não houvesse patrono nos autos ou quando este fosse revel. Este posicionamento é defendido por Cassio Scarpinella Bueno. Desta forma, uma intimação com o fim específico de comunicar “o dever de pagamento sob pena de multa” ou mesmo a que constata o trânsito em julgado sem menção alguma (afinal o advogado deve saber a regra) são hábeis a dar início ao prazo.

Uma **terceira corrente** sustenta que o prazo de quinze dias também deverá correr após o trânsito em julgado, mas após a intimação pessoal da parte. E isso porque o pagamento é ato que se verifica no plano do direito material, e não processual. Esta doutrina defende uma interpretação extensiva ao Enunciado 410 do STJ, que exige intimação pessoal do executado para a multa do art. 461, CPC. Este posicionamento é defendido por José Carlos Barbosa Moreira, José Miguel Garcia Medina e Luiz Rodrigues Wambier.

Uma **quarta corrente** assevera que o prazo de quinze dias corre após o trânsito em julgado e após a intimação do advogado, desde que tenha havido, previamente, a quantificação do valor devido.

Posiciono-me favorável à **segunda corrente: a) pela segurança jurídica; e b) pela desnecessidade de intimação pessoal.**

Na **primeira situação**, não se nega que as mudanças empreendidas pelo legislador tiveram o condão de tornar mais ágil o cumprimento da

sentença que se formaliza dentro do processo. Contudo, a mera intimação do executado não desnatura a estrutura do processo, até mesmo porque a intimação para a prática dos atos constitui a regra em nosso ordenamento (CPC, art. 240).

Na **segunda situação**, por uma questão ainda mais simples. Se o legislador desejou abolir o processo de execução de sentença, teve um motivo: imprimir celeridade e evitar a formação de nova relação jurídica com nova citação do executado. Promover a intimação pessoal, que traz em seu bojo toda a burocracia e problemas de uma citação, faria a alteração da lei ficar sem sentido.

O STJ, em recente decisão de Corte Especial (REsp 940.274/MS), estabeleceu que o prazo de quinze dias somente correrá após a intimação, que será efetivada após a baixa dos autos perante o juízo de primeiro grau.

Há mais algumas questões a se enfrentar:

◆ **Apuração de cálculos**

Até nas hipóteses em que a decisão dependa de apuração de cálculos aritméticos (CPC, art. 475-B), o posicionamento aqui defendido se mantém firme. Desta forma, constitui ônus do executado elaborar os cálculos justificadamente. Evidente que o exequente poderá se insurgir contra estes cálculos: se a sua argumentação for improcedente, serão mantidos os cálculos trazidos pelo executado com a sua consequente isenção da multa de dez por cento.

Caso seja procedente, o cumprimento da obrigação foi parcial e, portanto, incidirá multa de dez por cento sobre a diferença do valor apurado (CPC, art. 475-J, § 4º). Esta discussão normalmente será diferida para a fase da impugnação (CPC, art. 475-L).

Quanto à decisão ilíquida, parece não haver dúvidas na doutrina, na medida em que a lei confere eficácia à decisão de quantia certa ou determinada em liquidação (CPC, art. 475-J), portanto resta fora de dúvidas que, enquanto ilíquida, o prazo não fluirá.

◆ **Local do cumprimento**

Questão interessante que se apresenta com relevância no plano prático é a forma de cumprimento (leia-se, pagamento) quando os autos do processo estão fisicamente na instância superior. Como cumprir a

obrigação perante o juiz de primeiro grau se o trânsito em julgado se deu em segundo grau ou mesmo perante algum tribunal superior? O problema se avoluma, pois há certa burocracia entre a certificação do trânsito e a remessa para o juízo de origem. Em minha opinião, a intimação somente poderá ser efetivada quando a decisão tiver **como** ser cumprida (ou seja, a intimação partirá do juízo de primeiro grau). Até mesmo porque, como intimar alguém ao cumprimento de uma obrigação se não há condições necessárias para a sua realização?

1.2.3 A multa do art. 475-J e a execução provisória

Outra acirrada discussão levantada pela doutrina diz respeito à possibilidade de aplicação da multa nos casos de execução provisória. Como a lei, no § 3º, exige pedido do interessado (para cumprimento da sentença), este pedido deverá ser feito inegavelmente com o requerimento da multa.

Há entendimento no sentido de não ser exigível a multa, uma vez que esta execução é facultativa.

Neste sentido Nelson Nery, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Fredie Didier e Marcelo Abelha Rodrigues. O último autor assevera que não é possível incidir a multa nessa modalidade de execução já que “não poderia o sistema processual permitir o oferecimento de recursos e ao mesmo tempo punir pelo não pagamento espontâneo da decisão, ainda que provisória” (*Manual de direito processual civil*, p. 780). Há mais argumentos contrários: a) o 475-J, CPC, determina o pagamento, e não a garantia do juízo para afastar a multa; b) com o trânsito em julgado poderia, no cumprimento de sentença definitiva, incidir novamente a multa de dez por cento? Estes argumentos são trazidos por Didier, Cunha, Braga e Oliveira, *Curso de direito processual civil*, 2011, v. 3, p. 526-529.

Com todo respeito, não concordo com esse posicionamento. Em resposta: a) o cumprimento de sentença também é facultativo, pois escoado o prazo de quinze dias o *exequente pode não formular o requerimento* para expedição de mandado de penhora e avaliação; b) não é a facultatividade da execução que impedirá a incidência da multa. Uma

vez requerida, a multa é devida caso não haja pagamento; c) caso o executado resolva pagar (leia-se, a coercibilidade da multa cumpriu o efeito psicológico esperado), não se trata propriamente de um pagamento definitivo, mas de um depósito que poderá ser estornado caso o recurso modifique a decisão, o que no mais já é previsto conforme art. 475-O, I e II. Desta forma não incorre o executado em preclusão lógica (desistência tácita do recurso), pois o pagamento foi feito em atenção à regra da eventualidade, no aguardo, repita-se, de modificação da decisão; e d) principalmente: impedir a incidência da multa seria retirar força desta modalidade executiva, fazendo, injustificadamente, com que a execução antecipada tenha menor eficácia que a sentença posterior.

Contudo, em recente julgado pelo STJ, o Ministro Aldir Passarinho (relator do acórdão) em decisão de Corte Especial entendeu que não incide a multa de dez por cento sobre a execução provisória (REsp 1.059.478/RS).

1.2.4 A multa e o pagamento parcial

Estabelece o § 4º do art. 475-J: “Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante”. Constitui a aplicação do princípio da proporcionalidade à relação executiva. Como incide sobre o valor da condenação, amortizada parte dela, a multa proporcionalmente será reduzida e incidirá sobre a diferença do que não foi pago. Aqui reside mais um motivo para o fato de a multa ser sancionatória: se fosse o contrário, não haveria a necessidade de redução, pois ela não refletiria o valor da dívida, e sim estabeleceria um meio coercitivo para o cumprimento.

O pagamento será parcial se o executado não tiver condições suficientes para integralizá-lo no prazo de quinze dias ou quando o exequente impugnar o valor do depósito e o magistrado acolher o seu requerimento.

1.2.5 Dação em pagamento

É possível que o executado, ao invés de pagar a dívida no prazo de quinze dias em dinheiro, faça-o com algum bem (móvel ou imóvel)? A despeito de o Código Civil exigir a prévia autorização do credor (CC, art.

356), acredito que constitua um direito subjetivo ao adimplemento o pagamento por dação. Dois seriam os motivos: **a)** insuficiência de dinheiro e impossibilidade de se desfazer dos bens no curso do prazo de quinze dias. Desta forma, não seria correto apenar o executado com a cominação da multa quando, notoriamente, tem o interesse em pagar; **b)** muitas vezes o executado não consegue estabelecer com exatidão o valor que deverá depositar. Desta forma, opta pelo pagamento com um bem de valor superior para evitar a incidência do art. 475-J, § 4º, do CPC.

1.2.6 Valor da multa (base de cálculo)

O art. 475-J fixa pena de multa ao executado que não efetue no prazo de quinze dias “o montante da condenação”. É importante estabelecer diferença entre **valor da obrigação**, instituto de direito material que deflagra a existência da dívida, e **valor da condenação**, instituto de direito processual que estabelece, além do valor devido (atualizado monetariamente), as custas processuais, juros e honorários advocatícios. Todos estes valores devem estar estabelecidos em sentença, pois é com base no que consta do título, e só nele, que se autorizará a atividade executiva. Aqui incidem as mesmas regras estabelecidas no [item 1.2.4](#) acerca do pagamento parcial.

Pelo princípio da causalidade, é possível ao magistrado estabelecer honorários advocatícios **dentro** da fase executiva, acrescentando à condenação original mais este valor (CPC, art. 20, § 4º). Este valor provavelmente será inserido no curso da execução, sem que repercuta sobre a multa de dez por cento que foi fixada **com base nos valores da condenação da sentença**.

1.2.7 Legitimidade e litisconsórcio

A multa deve ser paga pelo devedor, mesmo se tratando de pessoa jurídica. O beneficiário é o credor. Mesmo havendo vários devedores, **a multa é objetiva, e não subjetiva**. Desta forma, não incidirão sobre cada um dos executados dez por cento, sob pena de gerar enriquecimento sem causa ao exequente. Portanto, a multa, que somente pode incidir uma vez, **será cobrada pela condenação, e não por cada executado**.

1.3 Requerimento

Estabelece o art. 475-J que, caso não haja o cumprimento espontâneo da sentença no prazo de quinze dias, sem que repercuta, sobre ele a multa de dez por cento o credor formulará requerimento para expedição de mandado de penhora e avaliação.

Pelo modelo idealizado pelo legislador em se exercer dentro do mesmo processo a fase de certificação e a fase de cumprimento, seria desnecessário exigir o credor este requerimento, já que o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC, art. 262). Seria corolário lógico que o não pagamento da dívida na data fixada em lei acarretaria a expedição de mandado de penhora para o exercício da execução por sub-rogação.

Contudo o legislador estabelece que o credor expressamente formule este requerimento, talvez porque é requisito da execução o inadimplemento (CPC, art. 580), que só ocorrerá com o decurso dos quinze dias. Não se trata de petição inicial, mesmo porque não se está dando início a uma nova “ação”, mas prosseguindo na já existente. Este requerimento será formalizado com os requisitos dos arts. 614 e 615 do CPC.

O prazo para a formulação desse requerimento é de seis meses, sob pena de arquivamento (CPC, art. 475, § 5º). Não se trata de extinção do processo, tampouco impossibilidade de cobrança do título, mas, bem diferente, mera inserção do processo no arquivo, que pode ser retirado pela parte a qualquer momento.

Questão interessante sobre a locução “qualquer momento” diz respeito à aplicação da prescrição intercorrente no caso. E isso porque o Enunciado 150 da Súmula do STF dispõe que “prescreve a execução no mesmo prazo em que prescreve a ação”. O enunciado deve ser lido em consonância com a nova estrutura do processo civil a partir de 2005.

Até a reforma na execução, o trânsito em julgado da sentença gerava para o credor o direito subjetivo de ingressar com uma nova ação (ação de execução), formalizando nova relação jurídica, com nova citação, para que se pudesse concretizar o que foi disposto na sentença.

A citação do processo de conhecimento, à época, interrompia a citação (CPC, art. 219) (pois hoje é o despacho do juiz que determina a citação conforme art. 202, I, do CC) e, com a extinção deste processo, começava a fluir, novamente, o prazo prescricional (hoje, com a redação do art. 202, parágrafo único, do Código Civil). É o que dispõe o art. 617 do CPC: “A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219”.

Portanto, conforme entendimento sumulado do STF, a parte tinha, para ingressar com a execução, o mesmo prazo que tinha para ingressar com a ação de conhecimento. Este posicionamento evitava deixar o executado como refém na mão do exequente, que poderia ingressar com a ação quando bem entendesse.

Com a adoção do sincretismo na execução de pagamento de quantia, não há novo processo e, não havendo (até mesmo porque o primeiro processo não se encerrou), não estaria correndo o prazo prescricional, pois o termo de encerramento da interrupção ainda não ocorreu.

Desta forma, é momento de se aplicar ao caso a prescrição intercorrente (prescrição no curso de um processo “vivo”, diante da inércia do detentor da posição jurídica de vantagem).

Sendo então a prescrição um ato para sancionar o exequente que não exerceu seu direito tempestivamente, o prazo começaria a correr a partir do momento em que o exequente entrasse em mora, ou seja, a partir do último dia de prazo para o pagamento espontâneo pelo executado.

Assim, depois do décimo sexto dia, em não havendo pedido de requerimento até o escoamento do prazo prescricional (= mesmo prazo para ingressar com a demanda de conhecimento), perde o exequente o direito subjetivo à sua pretensão executiva.

No requerimento não se pede para que o executado nomeie bens à penhora, pois esta função hoje compete ao exequente (CPC, art. 475-J, § 3º). Caso não o faça, poderá ou requerer a penhora on-line por meio do convênio BACEN-JUD, hoje regulado pelo art. 655-A do CPC, ou permitir que o oficial de justiça faça a busca destes bens.

1.4 Honorários advocatícios

Pelo princípio da causalidade, os honorários advocatícios são devidos na fase de execução. Não se fixam honorários “por processo”, mas por quem deu causa. O art. 20, § 4º, do CPC em momento algum condiciona a cobrança de honorários à existência de um processo autônomo. Este posicionamento foi sedimentado pelo STJ no Informativo n. 417, em acórdão do Ministro Luiz Fux, até então na Primeira Turma daquele Tribunal.

1.5 Demais questões do procedimento

A avaliação do bem penhorado é feita por oficial de justiça (CPC, art. 475-J, § 2º); modificação relevante no ordenamento é que hoje o oficial de justiça exerce dupla função: procede à penhora e à avaliação do bem. Esta ideia já estava presente na Justiça do Trabalho (CLT, art. 721, § 3º) e na Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 13) e agora é utilizada para qualquer execução. Esta possibilidade decorre: a) da desnecessidade de um avaliador especificamente para atribuir valor a um bem de conhecimento notório. O gasto seria financeiro e de tempo; b) de que hoje é perfeitamente possível que o oficial de justiça, fazendo rápidas buscas na internet, encontre o valor adequado para a grande maioria dos bens.

Evidente que, se o bem fugir do espectro de conhecimento do oficial e for necessário conhecimento especializado (como uma obra de arte, por exemplo), será designado, de maneira excepcional, um avaliador.

Sendo cumprimento de sentença de título produzido fora do cível (sentença arbitral, sentença estrangeira e sentença penal condenatória transitada em julgado) com base no art. 475-N, parágrafo único, do CPC, será formalizada por processo autônomo de execução. E isso porque não há, no cível, base procedimental própria para que se possa a execução seguir como fase. Desta forma, o cumprimento de sentença dessas modalidades de título será formalizado com os requisitos do art. 282, CPC, requerimento de citação.

Capítulo 6

◆ Tutela Específica das Obrigações de Fazer, Não Fazer e Entrega de Coisa Certa ou Incerta com Base em Título Executivo Judicial (CPC, arts. 461 e 461-A)

1. Obrigações de fazer e não fazer (CPC, art. 461)

1.1 Introdução – a tutela específica no Brasil

A intangibilidade da vontade humana sempre foi elevada ao *status* de dogma na história do processo (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Tentando se afastar de um passado antigo, em que o próprio devedor respondia com o corpo para o cumprimento da obrigação, o Iluminismo, empreendido no século XIX, estabeleceu a liberdade individual como valor máximo de um sistema moderno. O sistema francês, em seu art. 1.142, estabelecia que “toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”.

Contudo o equivalente em dinheiro não corresponde ao que o titular do direito a uma tutela específica postula. Se a obrigação é diversa de dinheiro, o Estado deveria proporcionar condições para que se conceda a tutela diversa de dinheiro. Afinal, qual o limite da intangibilidade quando um médico de especialidade notória e habilidades únicas deixa de cuidar de paciente que está no leito de morte?

Esta regra encontrava reforço em outro evento marcante da história recente: desde que se propugnou a autonomia do processo em relação ao direito material (que se deu especialmente com a obra de Oskar Von

Bulow de 1868), criou-se a (falsa) premissa de que o processo deveria apenas ser um instrumento para que a lei fosse atuada no caso concreto. Assim, o processo era visto mais como um meio à obtenção do resultado da lei do que um mecanismo que deveria se adaptar às nuances do direito material.

Contudo esta autonomia não pode ser confundida com indiferença. O processo deve ter sua estruturação de acordo com os reclamos do direito material, sob pena de esvaziar a função do instituto. O sistema deve criar um processo de resultados (Giuseppe Chiovenda), deve buscar respostas diversas para as diferentes situações jurídicas de direito apresentadas.

Dizer que o processo não tem aptidão para atender as necessidades do direito material é responder ao jurisdicionando que o constitucional direito à tutela (CF, art. 5º, XXXV) é inócuo.

Esta necessidade se tornou ainda mais premente com as constantes evoluções decorrentes da sociedade moderna: a complexidade e a multiplicidade das relações sociais exigem que o legislador crie normas cada vez mais abstratas e menos casuísticas. Em virtude dessa abstração, estas normas cada vez dependem mais da atividade intelectual do magistrado e menos da previsão abstrata legal para conferir os contornos necessários à correta aplicação da lei (cláusulas gerais e normas de conceito vago ou indeterminado) e à concreção no caso concreto. Dessa forma, o magistrado poderá aplicar o direito de maneira mais rente em atenção às vicissitudes e particularidades de cada caso.

Portanto, para dar vigência a esta tese, é necessário estabelecer um sistema que permita o uso de outras medidas, além daquelas tipificadas (medidas coercitivas, v.g.) para induzir o devedor ao cumprimento das obrigações. Mas é preciso ir além. Muitas vezes as medidas de coerção contra o obrigado podem se tornar insatisfatórias, fazendo com que o julgador tenha que tomar providências para conferir a tutela específica. Daí se pensar no resultado prático equivalente que constitui medidas de sub-rogação nas quais terceiros possam cumprir a obrigação inadimplida pelo devedor.

Tutela específica constitui, portanto, um conjunto de medidas que objetiva conceder ao titular de um direito subjetivo exatamente aquilo

que postulou, como se não precisasse ter buscado o judiciário, como se tivesse ocorrido o adimplemento.

Esta regra foi implementada, no Brasil, no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 84 (1990). Em 1994, esta tutela específica foi ampliada para qualquer obrigação de fazer e não fazer por meio do art. 461, CPC. E, por fim, em 2002, esta regra alcançou também as obrigações de entrega de coisa certa e incerta por meio do art. 461-A, CPC.

1.2 Tutela específica ou o resultado prático equivalente

Conforme restou explicitado no item anterior, o objetivo da tutela específica é conceder ao postulante a fruição *in natura* do direito apresentado ao judiciário como se não tivesse precisado acessar o Estado para obtê-lo. Contudo, as expressões “tutela específica” e “resultado prático equivalente ao do adimplemento” estão separadas no *caput* do art. 461, bem como nos §§ 1º e 5º, pela conjunção “ou”, o que gerou, e ainda gera, fonte de intensa discussão na doutrina. Deste debate, surgiram duas correntes:

- 1) A **primeira corrente** defende a ideia de que a tutela específica buscada é fixada exclusivamente pelo autor e o magistrado não poderia, portanto, conceder outra, diversa, sob pena de julgar *extra petita* (CPC, art. 460) ao ofender o princípio da congruência (CPC, art. 128) e o princípio da inércia (CPC, arts. 2º e 262). Desta forma a locução “resultado prático equivalente ao do adimplemento” não seria a concessão de direito diverso (pedido mediato), mas o emprego de técnicas distintas para que se obtenha o mesmo direito (pedido imediato).

Parcela da doutrina que segue esta corrente entende ainda que a tutela específica é aquela realizada pelo próprio réu, uma vez compelido ao cumprimento (tutela específica em sentido estrito). Já o resultado equivalente seria obtido pelo terceiro, diante da resistência do obrigado originário no cumprimento (tutela específica em sentido amplo). Neste seriam meios substitutivos da conduta; naquele, a própria conduta. Não se sub-roga o direito pleiteado, mas o meio para obtê-lo.

Esta corrente é defendida por Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Talamini e Marcelo Abelha Rodrigues.

2) A **segunda corrente** defende que o resultado prático equivalente opera no plano do próprio direito buscado pelo autor (pedido mediato, o bem da vida). Em resumo, seriam três os argumentos esposados pela doutrina tendentes a defender este posicionamento: i) o legislador, ao utilizar o vocábulo “ou” no art. 461, quis trazer duas ideias alternadas, ou seja, dois caminhos diferentes pelo juiz; ii) entender o contrário (ou seja, que a alternatividade seria de *meio*, e não de *resultado*) seria tornar inócuo o § 5º do referido dispositivo, pois ele já autoriza a diversidade de meios; e iii) da mesma forma que o devedor tem direito à tutela, o executado tem direito de ser executado da maneira menos gravosa (CPC, art. 620), e o resultado prático equivalente por vezes pode lhe causar menos prejuízo que a tutela específica.

Mesmo esta doutrina entende que o resultado prático equivalente é residual e subsidiário, na hipótese de não se seguir a tutela específica. Este posicionamento é defendido especialmente por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier.

Inegável, independentemente de a qual corrente se filie, é que o legislador nitidamente estabeleceu uma ordem acerca da preferência da tutela: 1) tutela específica; 2) resultado prático equivalente; e 3) perdas e danos.

Entendemos que a primeira corrente é correta. Apesar de entender o equívoco legislativo, já que o *caput* do art. 461, CPC, repete a função do § 5º, autorizar ao magistrado conceder bem diverso daquele pleiteado ofenderia, como já ressaltado, o princípio da inércia e da congruência. A efetivação da tutela prestada pelo Estado não pode se sobrepor à esfera privada e aos limites do interesse do autor.

1.3 Tutela antecipada (CPC, art. 461, § 3º)

Nos termos do art. 461, § 3º, é possível a concessão da tutela antecipada desde que preenchidos os requisitos específicos para sua concessão. A tutela antecipada referente a dinheiro está estabelecida no art. 273, CPC, que funciona como uma verdadeira regra geral para qualquer situação ensejadora de antecipação. A antecipação da tutela de

coisa diversa de dinheiro (fazer, não fazer e entrega) é regulada pelo já referido art. 461, § 3º, com aplicação subsidiária do art. 273.

1.4 Mecanismos de efetivação da tutela específica – princípio da atipicidade dos atos executivos (CPC, art. 461, § 5º)

Conforme se verificou no introito deste capítulo, bem como na parte principiológica da execução (Capítulo 1 deste volume), o ordenamento brasileiro é regido pela tipicidade dos atos executivos, vale dizer, o itinerário até a satisfação do crédito foi minuciosamente estabelecido pelo legislador, devendo o magistrado apenas percorrer o caminho já traçado pela norma.

Contudo, as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um “agir” do obrigado do que propriamente de uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução indireta), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas em dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

Quem materializa esta viabilidade no sistema é o § 5º do art. 461 do CPC ao apresentar as “técnicas executivas para a obtenção da tutela específica”. Ali se verifica a imposição de multa (mais bem verificada no item seguinte), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, dentre outras.

A lei estabelece amplo rol enumerando as medidas que podem ser tomadas pelo magistrado. Contudo, é possível que o próprio juiz entenda como insatisfatórias as medidas ali apresentadas, seja: a) pelo não resultado esperado, quando determinada sua produção ou b) quando notoriamente incompatível ou insuficiente para a realização daquele direito que se espera que a medida propicie. É necessário, portanto, municiar o Estado com medidas inominadas para que possa, junto daquelas previstas, exercer o seu poder geral de efetivação.

Fácil verificar a opção do legislador. Com o emprego da locução conjuntiva “tais como”, resta clara a não exaustividade da norma. Caso

contrário seria reduzir a muito pouco o poder geral de efetivação outorgado ao magistrado. Desta forma, qualquer outra medida idônea e adequada poderá ser utilizada pelo Estado para estimular o cumprimento da obrigação.

Esta regra encontra perfeita consonância com a inafastabilidade jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), que estabelece que o Poder Judiciário não se furta em apreciar “lesão ou ameaça a direito”, qualquer que seja ele, tipificado ou não. Pode até o magistrado deferir as medidas de ofício quando a parte, por negligência ou desconhecimento, não as formulou.

É possível até que o magistrado lance mão de uma sanção premial (sanção positiva que estimula o cumprimento, por exemplo, a redução dos honorários no cumprimento da execução por quantia no prazo de três dias) para forçar o cumprimento.

É interessante verificar que, numa dada medida, há uma quebra do princípio da adstrição/congruência da decisão judicial com o requerido pela parte. E isso porque o magistrado pode estabelecer medidas diversas daquelas apresentadas pela parte (é possível que a parte requeira multa para o caso de não entrega, e o magistrado determine a busca e apreensão). Veja que a quebra da adstrição está nas medidas de apoio (pedido imediato), e não no próprio direito perseguido (pedido mediato); este, de acordo com parcela da doutrina, não pode ser modificado pelo juiz sem autorização da parte.

1.4.1 Prisão civil e prisão penal como medidas de efetivação da tutela específica

Dentre os poderes abstratos e atípicos de efetivação que o magistrado possui para determinar o cumprimento da obrigação, estaria a prisão?

Para que se possa responder a essa pergunta, é necessário entender *como* o sistema brasileiro analisa a prisão civil e a prisão penal no tocante a essa questão.

Quanto à prisão civil, estabelece a Constituição Federal no seu art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Portanto, numa primeira análise, a prisão civil por

dívida é expressamente vedada no nosso ordenamento, salvo exceção estabelecida na própria Constituição.

A EC n. 45, ao outorgar natureza de Emenda Constitucional aos Tratados Internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º, § 3º), seguiu diretriz prevista no “Pacto de São José da Costa Rica”, do qual o Brasil é signatário, que permite a prisão civil apenas do devedor de alimentos.

Esta questão foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal (RE 349.703/RS e RE 466.343/SP), vindo a culminar com a edição da Súmula Vinculante 25, que estabelece: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Remanesce a pergunta: se a prisão civil somente é possível nos casos de alimentos, como autorizar que o magistrado proceda à prisão (civil) por outro motivo?

A discussão, contudo, no nosso entender, está em outro plano, a saber: a locução “dívida” empregada no preceito constitucional refere-se somente à obrigação do pagamento de quantia ou, numa interpretação mais ampla, qualquer obrigação de natureza civil (entrega de coisa, obrigação de fazer, não fazer etc.)?

Há no Brasil dois posicionamentos:

- 1) *Teoria restritiva*: uma primeira corrente defende que a expressão “dívida” abrange toda e qualquer modalidade de obrigação de natureza civil. Um dos argumentos trazidos é de que a teoria restritiva não conseguiria explicar a situação do depositário infiel que não constitui pagamento de quantia. É restritiva, pois restringe o uso da prisão civil. Este posicionamento é defendido por Eduardo Talamini, Ovídio Baptista da Silva e Humberto Theodoro Júnior.
- 2) *Teoria ampliativa*: para essa corrente a expressão “dívida” deve ser utilizada apenas quando se tratar de prestação pecuniária. Portanto, estariam abertas as portas para a prisão civil nos casos de obrigações específicas que não tenham como objeto dinheiro (fazer e não fazer, entrega de coisa certa e incerta). Este posicionamento é defendido por Pontes de Miranda, Luiz Guilherme Marinoni e Marcelo Lima Guerra.

A discussão, contudo, deve ser vista sob outro prisma, e não sob o alcance semântico da expressão dívida: a análise da prisão civil à luz dos

direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não são (e não podem ser) absolutos. Os que defendem a impossibilidade de prisão civil estabelecem o valor liberdade de modo abstrato, apriorístico e absoluto como hierarquicamente superior a todos os demais direitos fundamentais.

Não se nega a importância do valor liberdade, mas diante do caso concreto o magistrado deve colocá-lo em cotejo com os demais direitos fundamentais que estão em jogo. Assim, o direito fundamental à tutela executiva, se não obtida, pode tolher algum outro direito fundamental do exequente, como saúde, privacidade, integridade, meio ambiente e mesmo a vida.

Desta forma, mesmo com a não previsão infraconstitucional expressa, deve a prisão civil ser enumerada como uma das hipóteses decorrentes do poder geral de efetivação outorgado ao juiz no caso concreto (CPC, art. 461, § 5º).

Evidente que a prisão deve ser vista, em virtude da força de sua medida, como forma residual e excepcional de coerção. Assim, a melhor forma de impedir o uso desenfreado desta medida é autorizá-la somente quando exauridos todos os demais meios possíveis para a obtenção da tutela específica.

A respeito da prisão penal, há uma tese interessante: se a prisão civil é (fosse) vedada, seria possível ao magistrado proceder à prisão penal como meio de coerção ao obrigado, tipificando sua conduta pelo crime de desobediência (CP, art. 330), resistência (CP, art. 329) ou prevaricação (CP, art. 319). Há pelo menos três motivos para se afastar de plano essa possibilidade (conforme entendimento de Cassio Scarpinella Bueno):

- (a) para que a prisão crie o efeito esperado, deve ser imediata (prisão em flagrante). No ordenamento penal brasileiro a prisão em flagrante tem caráter punitivo e não coercitivo como a regra objetiva (tanto que o cômputo da pena é abatido no período que o devedor ficou preso);
- (b) com exceção do crime de resistência todos os demais são levados ao Juizado Especial Criminal. Nesses casos, há vedação de prisão em flagrante;

(c) ademais, os crimes do Juizado Especial, sempre que possível haverá reparação de dano e não pena privativa de liberdade (art. 62, Lei n. 9.099/95).

1.5 Multa

1.5.1 Introdução

Conforme visto no item anterior, a tutela do art. 461 do CPC é fomentada pela atipicidade dos atos materiais, permitindo ao magistrado eleger as melhores técnicas para que se busque a tutela específica ou o resultado prático equivalente, o que se convencionou denominar “poder geral de efetivação”.

Dentre essas medidas de apoio, certamente, a mais importante é a multa legada das *astreintes* do direito francês. É pacífico na doutrina que a multa prevista no art. 461, § 4º, CPC não constitui multa sancionatória, pois não visa apenas ao devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação, e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

Tem sua incidência mais clara nas decisões mandamentais, que são aquelas que têm por objetivo extrair do devedor o cumprimento voluntário.

A multa pode ser concedida de ofício, conforme expressa disposição legal (CPC, art. 461, § 4º).

1.5.2 Multa coercitiva e multa sancionatória

Para a melhor compreensão sobre a estrutura dessa multa e a fim de se evitarem distorções na sua aplicação, é fundamental visualizar a sua diferença com a multa indenizatória prevista no art. 14 do CPC, a denominada *Contempt of Court*.

MULTA COERCITIVA (CPC, ART. 461, § 4º)	MULTA SANCIONATÓRIA (CPC, ART. 14)
<i>Natureza processual</i> : objetiva efetivar uma decisão judicial	<i>Natureza administrativa</i> : punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constrictiva	Função punitiva
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado
De acordo com posicionamento doutrinário assumido, o trânsito em julgado não é requisito para cobrança da multa	Sua exigibilidade está condicionada ao trânsito em julgado

Tanto que estas multas podem ser cumuladas sobre a mesma situação jurídica.

1.5.3 Características

- 1) *Valor*. Tendo em vista sua finalidade de coerção, não se submete a nenhum valor específico, tampouco a algum teto. Desta forma, algumas questões importantes devem ser enfrentadas:
 - a) *Base de cálculo*: a determinação do valor da multa não pode ser arbitrada sem nenhum parâmetro concreto. Não basta a mera discricionariedade judicial para que se apure determinado *quantum*. Para tanto, o magistrado, na investigação sobre o correto valor, deve aplicar o binômio **suficiência + compatibilidade**. O valor deve ser *suficiente* para compelir (estimular) o obrigado a cumprir e *compatível* com a sua realidade financeira, a natureza da obrigação e as peculiaridades do caso concreto.
- E se o contrato (que deu ensejo à demanda) já contiver o valor da multa pecuniária em caso de inadimplemento? Ao magistrado restam três possibilidades: i) tomar como base o valor estabelecido em contrato; ii) acrescentar multa processual à multa material estabelecida em

contrato se entender que esta é insuficiente; e iii) substituir a multa fixada no contrato por outra que entenda mais adequada (talvez até menor), pois o seu *poder geral de efetivação* permite analisar qual o melhor meio para compelir o executado ao cumprimento, mesmo que haja contrato nesse sentido.

- b) *Limite*: a multa não pode ter como limite o valor da obrigação. Desta forma, não há se falar em incidência do art. 412 do Código Civil, que dispõe: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. Contudo, essa regra se aplica à cláusula penal (multa compensatória) não coercitiva. Do contrário, havendo limite, a multa não surtirá nenhum efeito, pois o devedor recalcitrante sabe que aquele valor não poderá ser aumentado e prejuízo nenhum a mais sofrerá em sua esfera jurídica. Evidente que a multa não pode ser, por assim dizer, infinita. Há de se ter um termo final. Não raro, máxime nas causas de baixo valor, o exequente possui amplo interesse na continuidade da multa para que lhe possa “compensar financeiramente”. Neste caso a multa perde sua finalidade e se torna locupletamento ilícito. A melhor diretriz para essa questão é o magistrado, verificando a impossibilidade de cumprimento (seja pela manifesta recusa do executado, seja pela inviabilidade da consecução), converter a obrigação em perdas e danos, dando por finda a incidência da multa.
- c) *Gratuidade da justiça*: o beneficiário da gratuidade da justiça não está isento do recolhimento de multa. Pensamento contrário levaria à esdrúxula premissa de que aquele que não possui condições de recolher as custas processuais e honorários não poderia ser compelido a cumprir a obrigação na medida em que a multa não poderia incidir sobre sua esfera jurídica. Apesar de que o beneficiário provavelmente não terá recursos para arcar com o valor da sanção, a discussão prática deve ser aferida no caso concreto.
- d) *Procedimentos especiais com limites de valor*: há procedimentos, como os Juizados Especiais (cível, federal, fazenda pública), que possuem um teto para a condenação (quarenta salários mínimos no primeiro e sessenta nos demais). Evidente que, por se tratar de multa que objetiva o cumprimento da obrigação, esta não pode ficar

limitada ao teto legal. De outro modo, perderia muito de sua serventia a multa, pois chegando ao limite desestimularia o executado a cumprir a obrigação. Ademais, o valor do principal é limitado, e não o do meio (multa). Este entendimento está esposado no Enunciado 25 do FONAJE ao asseverar que “A multa cominatória não fica limitada ao valor de quarenta (40) salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo-se o valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor”.

- 2) *Periodicidade*: a despeito de o art. 461, § 4º, utilizar a locução “diária”, nada impede que o magistrado estabeleça, de acordo com a natureza do direito material, outra fração de tempo que entenda mais adequada ao caso concreto. Assim, pode estabelecer em semana, mês, hora, minuto e até segundo. Não se nega que uma cominação diária é insuficiente para uma obrigação instantânea (v.g., o cantor que se recusa a se apresentar em determinada casa de shows previamente contratada, cuja apresentação será no dia seguinte). A multa não precisa ser sequer periódica. Para obrigações instantâneas, o magistrado poderá fixar uma multa de parcela única.
- 3) *Adequação*: como a multa objetiva compelir o obrigado ao cumprimento de um dever, esta deve ser justa e adequada aos propósitos a que se destina. Portanto, uma multa excessiva pode desmotivar o executado no cumprimento, já que sequer com a multa terá condições de arcar; assim como uma multa módica pode estimular o executado ao não cumprimento, tendo em vista que o valor cominado não é suficiente para influenciar a sua vontade.

Entretanto, a multa aplicada poderá estar em desconformidade com a realidade da obrigação. E isso porque: a) o magistrado não tinha em mãos todos os elementos necessários para a fixação do valor (v.g., o desconhecimento da alta condição financeira do réu); ou b) alteração na situação fática (cláusula *rebus*), por exemplo, o pintor que se comprometeu em entregar a obra, sobre o qual incide multa, fraturou a mão.

Desta forma, a Lei Federal n. 10.444/2001 normatizou entendimento já sedimentado na doutrina e na jurisprudência, inserindo no art. 461 o §

6º e estabelecendo que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Pode o magistrado até reduzir a multa de ofício (com eficácia *ex tunc*), se entender que o valor total possa gerar enriquecimento sem causa.

Não se trata de ofensa à coisa julgada. Portanto, não há se falar em coisa julgada *rebus sic stantibus*. E isso porque a multa não integra a coisa julgada, pois não faz parte do *thema decidendum*. Constitui meio para cumprimento da decisão judicial e não faz parte da decisão em si.

A multa, reduzida ou ampliada, incide a partir da nova decisão, não podendo retroagir sobre o início da incidência da sanção.

4) *Exigibilidade*: a partir de quando a multa se torna exigível? Do trânsito em julgado ou da sua eficácia? No Brasil essas duas correntes discutem qual a melhor forma de se determinar o termo inicial da exigibilidade.

Para a **primeira corrente**, a multa é exigível quando a decisão que fixa a multa se torna eficaz (= apta a produzir seus regulares efeitos). Assim, se a decisão for de natureza antecipada (CPC, art. 461, § 3º), será a partir do momento em que decorrer o prazo recursal para interposição de agravo ou quando este, se interposto, não for recebido no seu efeito suspensivo (CPC, arts. 527, III, e 558). Se a multa foi concedida na sentença, será a partir do momento em que se exaurir a possibilidade de interposição de recursos com efeito suspensivo. Desta forma a multa se torna exigível quando a decisão que a fixou se tornar eficaz. Cobrar a multa somente após o trânsito em julgado “seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar na vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial” (Cassio Scarpinella Bueno). Este posicionamento é defendido, além deste autor, por Eduardo Talamini. Entendemos ser a melhor posição.

Para a **segunda corrente**, a multa somente será exigível após o trânsito em julgado. Ademais, os defensores deste posicionamento asseveram que em legislação extravagante há dispositivos semelhantes, como o art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública) e o art. 213, § 3º, da Lei n. 8.069/90 (ECA) em que o trânsito em julgado é condição necessária para o cumprimento da multa. Este posicionamento é

defendido por Luiz Guilherme Marinoni. A jurisprudência do STJ se posiciona a favor desta corrente.

5) *Intimação*: conforme dispõe o § 4º do art. 461 do CPC, o magistrado fixará “prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Após, começa a incidir a multa. Contudo, é condição essencial que o executado seja intimado dela (Enunciado 410 da Súmula dominante do Superior Tribunal de Justiça). A intimação deve ser pessoal. Se a multa estiver estipulada em contrato, o prazo começa a correr do inadimplemento, independente de intimação (*dies interpellat pro homine*, CC, art. 397). Em recente posicionamento, o STJ, no Informativo n. 464, ratificou o enunciado ao estabelecer a necessidade da intimação pessoal.

1.5.4 Legitimidade

Questionar a legitimidade é saber quem pode sofrer a multa e quem será o beneficiário da sanção. Numa rápida interpretação da lei, é fácil constatar que o beneficiário será o autor, ou mais especificamente o exequente. Basta verificar que o § 2º do art. 461 estabelece que “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”.

A cobrança dessa multa será por execução por quantia certa contra devedor solvente na forma de cumprimento de sentença nos termos do art. 475-J do CPC. E isso porque se trata de decisão judicial. Contudo, não será necessária a formação de nova relação jurídica, podendo ser executada nos mesmos autos em que se formaliza o cumprimento da obrigação principal. É o que dispõe, em reforço a esta constatação, o art. 739-B do CPC (com a redação que lhe foi dada com a Lei n. 11.382/2006): “A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução”.

Quanto ao polo passivo, de regra será aquele que tinha o dever de cumprir a obrigação e não o fez. Contudo, discussão extremamente elegante na doutrina e que torna necessária a devida menção neste

momento: é possível incidir multa sobre pessoa jurídica? E sobre agente público no exercício de sua função?

No primeiro caso, a primeira resposta seria negativa. Afinal, se a multa tem por objetivo compelir o íntimo do obrigado ao cumprimento sob pena de pagamento, o representante, presentante ou sócio da pessoa jurídica não teria esse temor, já que o cumprimento se daria pelo patrimônio da empresa. Contudo, nesse caso, sob pena de tornar impossível a incidência da multa, é permitida a multa pessoalmente contra a pessoa física, mesmo que a obrigação tenha se dado pela pessoa jurídica. Trata-se de mecanismo de efetivação colocado à disposição do Estado para proceder ao cumprimento da obrigação.

Até mesmo porque a pessoa jurídica somente poderá cumprir determinada obrigação por vontade da pessoa física. A multa, como objetiva influir nessa vontade, há de se tornar imperiosa a incidência sobre esta pessoa.

E o autor poderia sofrer a incidência da multa? Evidente que o autor poderá ser cominado ao pagamento de multa se o réu assumir alguma posição ativa dentro do processo (reconvenção, pedido contraposto, ação de natureza dúplice, ação declaratória incidental, denúncia da lide). Mas, mesmo quando o réu não toma uma posição ativa, é possível que se exija determinada conduta do autor sob pena de multa: assim na apresentação de um documento que esteja em seu poder ou mesmo para que se retire imediatamente o seu nome de órgão de restrição de crédito.

Afinal, se qualquer das partes pode ser submetida, no curso do processo, a ordem judicial de caráter mandamental, qualquer uma delas está sujeita a multa.

Até mesmo um terceiro pode ser apenado com a multa. Afinal, todos devem colaborar com a justiça. Basta verificar o caso do representante da pessoa jurídica ou mesmo o órgão de restrição cadastral (conforme exemplo anterior) que se recusa a retirar o nome do réu de seus cadastros.

1.5.5 A multa e a improcedência da demanda

Se a multa foi fixada em sede de tutela antecipada e vem sendo exigida ao longo de todo o processo, qual será o seu destino se, ao final, a demanda for julgada improcedente?

Aqui também se encontram duas correntes no ordenamento:

Para a **primeira corrente**, a multa subsiste mesmo em caso de improcedência. E isso porque pensar de maneira diversa tornaria a multa inútil. Para esta corrente, a melhor aplicação repousa no art. 475-O, I, ao estabelecer a responsabilidade objetiva de quem procede a execução provisória (que é o caso) e ao final deva responder por perdas e danos caso haja algum prejuízo. Esta é a posição defendida por Cassio Scarpinella Bueno.

Para a **segunda corrente**, apenas quando o beneficiário da multa for vencedor é que terá direito a cobrança da multa. E isso porque a multa é somente um mecanismo (meio) para que se obtenha a realização de um direito (fim), ou seja, a parte obteria o produto da técnica coercitiva (multa), mas não o direito que fez com que aquela técnica fosse colocada em prática.

1.5.6 Fazenda Pública e a incidência da multa

É possível incidir a multa sobre a Fazenda Pública, sabendo de toda a peculiaridade acerca da indisponibilidade de seu patrimônio, que somente poderá ser pago por meio de precatório (CF, art. 100)? Há posicionamento para os dois lados.

Uma **primeira corrente** entende que não seria possível, já que o dinheiro que sairá dos cofres públicos não pertence à Fazenda, mas à população, logo o efeito intimidador não surtiria resultado.

Uma **segunda corrente** defende, contudo, a plena possibilidade na medida em que a não incidência geraria um “mecanismo autorizador implícito” para que a Fazenda (a maior consumidora do judiciário brasileiro) deixe de cumprir os provimentos mandamentais contra ela impostos. A jurisprudência vem entendendo que nesses casos é possível a incidência de multa contra a Fazenda, podendo até impor multa contra o próprio agente público para que tome as providências ao cumprimento da ordem judicial. Aliás, este vinha sendo o entendimento do STJ (1ª T., REsp 893.041/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. 5-12-2006).

Contudo, recentemente, o STJ se posicionou contrário à multa contra a Fazenda Pública, conforme se verifica no REsp 1.069.441/PE, tendo como relator o Ministro Luiz Fux.

1.6 Perdas e danos

O § 1º do art. 461 estabelece que a obrigação específica pode ser convertida em perdas e danos se:

- a) O autor requerer.
- b) For impossível a obtenção da tutela específica ou o resultado prático correspondente.

A lei estabelece uma série de práticas materiais que o Estado tem à sua disposição para obter o direito *in natura* postulado pelo autor. Contudo, nem sempre isso é possível. Apesar de que preferencialmente o desejo do requerente se concentre na obrigação postulada, podem ocorrer circunstâncias objetivas e subjetivas que inviabilizem o cumprimento tal como postulado, autorizando a conversão em perdas e danos.

É importante verificar as situações:

1.6.1 Requerimento do autor (conversão subjetiva)

De regra a previsão abstrata do legislador em conceder o próprio direito (e não seu correspondente em dinheiro) coincide com a vontade do autor ao postular em juízo a tutela específica. Contudo, independentemente das circunstâncias, poderá o credor requerer a conversão em perdas e danos. Ao contrário do sistema anterior (ainda arraigado no novo Código Civil, no art. 389), o CPC criou um verdadeiro “direito subjetivo do credor à conversão em perdas e danos”. Constitui uma faculdade processual que prescinde do motivo.

Para a correta interpretação da norma, há, contudo, que se enfrentarem alguns pontos importantes sobre esse requerimento:

- 1) *é possível formular o pedido de conversão, mesmo que a tutela específica ainda seja realizável?*

Apesar de conspirar contra a própria essência da norma, entendemos que seja possível. E isso porque se criou um direito potestativo em requerer a conversão em perdas e danos. Os motivos são diversos (demora na prestação jurisdicional, a tutela específica não se tornou mais interessante para o autor etc.), mas, ao mesmo tempo, *irrelevantes*. Trata-se de novação objetiva unilateral.

2) *O pedido de conversão subsiste mesmo diante de direito indisponível?*

Não há dúvida de que vige na execução o princípio da disponibilidade (CPC, art. 569), conforme explicitado no capítulo sobre os princípios. Contudo, quando se tratar de direito indisponível, sua esfera de liberdade fica tolhida na medida em que o ordenamento cria um sistema protetivo a esta modalidade de direito que deve ser prestada na forma específica, salvo se tornar impossível a prestação, quando então haverá conversão para pecúnia.

3) *Como resolver a questão da conversão subjetiva à luz da interpretação extensiva do art. 313 do Código Civil?*

Preconiza o art. 313 do CC/2002 que “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. Logo não se pode exigir do devedor, numa interpretação extensiva ao artigo, bem diverso daquele que fora pactuado. Contudo, este direito lhe foi concedido pela lei processual *desde que tenha ocorrido o inadimplemento*. Antes disso não se pode autorizar a conversão, pois o obrigado tem a possibilidade de entregar especificamente o que é devido.

1.6.2 Impossível a tutela específica/resultado prático correspondente (objetiva)

Para que se possa entender essa possibilidade de conversão, que independe de ato volitivo do autor, é necessário verificar se a impossibilidade é *material* ou *jurídica*.

1) *A impossibilidade material* ocorre normalmente nas obrigações infungíveis (aquelas que devem ser prestadas exclusivamente pelo devedor), pois o não cumprimento pelo obrigado invariavelmente acarreta em perdas e danos, já que terceiro não poderá cumprir a obrigação, que importa não só o *resultado* como também o *meio*. O não cumprimento tem ampla dimensão: pode ser por mera resistência, por morte ou enfermidade, por perda da habilidade da qual se tornou notório (cantor que perdeu a voz por negligência), pela perda do objeto. Em todos os casos, a conversão é instantânea, salvo na hipótese de resistência, quando o magistrado tentará todos os mecanismos de coerção que a lei lhe confere (e não lhe confere) no §

5º do art. 461. As obrigações fungíveis, justamente porque podem ser cumpridas por terceiros, não geram impossibilidade material, salvo pela perda do objeto (o *buffet* contratado que não compareceu ao casamento).

É fundamental que a inexecução tenha ocorrido por culpa do devedor: o inadimplemento sem culpa (não cumprimento da obrigação por fatores da natureza, v.g.) não gera perdas e danos, apenas resolvendo-se a obrigação (CC, art. 248). Contudo, se já estiver em mora, deverá responder pela impossibilidade superveniente da obrigação, conforme art. 399 do Código Civil.

2) *A impossibilidade jurídica* ocorre quando há alguma norma que tenha o condão de impedir a prática do ato ou mesmo impor alguma forma de restrição, por exemplo, a impossibilidade de praticar o ato quando há dever profissional de abster-se.

Por meio de petição simples, o autor procederá ao requerimento de conversão, que se dará por meio de liquidação incidente (para que se apurem as perdas e danos). Apesar de ser um direito do exequente, nada impede que o executado formule o pedido (a fim de evitar/paralisar a incidência da multa pecuniária), comunicando ao magistrado a impossibilidade material.

A decisão de conversão desafia o recurso de agravo de instrumento, pois se trata de decisão interlocutória após a sentença. A decisão da liquidação que estabelecer o valor forma título executivo judicial cobrado via cumprimento de sentença, conforme art. 475-J do CPC.

1.7 Defesa do executado

Depois de prolatada a sentença mandamental ou executiva, questiona-se se o executado teria direito ao contraditório, vale dizer, se teria oportunidade de se manifestar sobre eventual prática de atos de efetivação sob sua esfera jurídica. A resposta inegavelmente será positiva. O que a doutrina diverge é sobre o meio pelo qual esta defesa ou manifestação pode ser veiculada.

Parcela da doutrina entende que seria possível a utilização da impugnação (CPC, art. 475-L), mesmo a lei dando a (falsa) impressão de

que este instrumento somente se destinaria ao cumprimento de sentença de quantia certa (CPC, art. 475-J e § 1º, *in fine*).

Esta regra se aplica tanto para a sentença final como para o cumprimento de decisão interlocutória por meio de execução provisória quando houve concessão de tutela antecipada (CPC, arts. 461, § 3º, 273, § 3º, e 475-O).

Contudo, há autores que defendem o não cabimento de impugnação ou qualquer outra medida tipificada; cabendo somente simples requerimento para que se proceda ao controle dos atos judiciais praticados.

Entendemos que é cabível impugnação sob pena de se tolher indevidamente o contraditório nas modalidades de execução específica.

2. Entrega de coisa certa ou incerta (CPC, art. 461-A)

2.1 Introdução

Conforme estudado, o Código de Processo Civil, tomando como base a estrutura procedimental do Código de Defesa do Consumidor e o ECA, estabeleceu a tutela específica (CPC, art. 461), por meio da Lei n. 8.952/94. Esta reforma teve o mérito de: a) conceder mecanismos executivos e mandamentais (típicos e atípicos) ao magistrado para que busque a tutela específica sem se limitar ao mero sistema de expropriação (execução direta); e b) generalizar estes mecanismos para qualquer modalidade de obrigação de fazer e não fazer.

Contudo, restaram desguarnecidas de tutela as obrigações de entrega de coisa certa e incerta. Havia, é fato, alguns procedimentos específicos em que se autorizava esta modalidade de tutela como nas hipóteses dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95, art. 52, V) e da ação de depósito (CPC, art. 904). Mas era pouco. Some-se o fato de a jurisprudência (Súmula 500, STF) e a doutrina não admitirem a interpretação extensiva do art. 461 para estas modalidades. Foi necessário estabelecer uma nova regra para tutelar este tipo de direito de maneira mais efetiva. Adveio a Lei n. 10.444/2002, que acrescentou o art. 461-A ao CPC e agora autoriza a regulamentação específica para entrega de coisa.

Desta forma criou-se um microsistema das obrigações de entrega de coisa certa e incerta, independentemente da instauração de novo processo de execução. O sistema sincrético atinge agora (também) esta modalidade.

2.2 Questões processuais

Algumas observações são importantes:

- a) *Título extrajudicial*: as execuções para entrega de coisa certa ou incerta baseada em título executivo extrajudicial continuam com regulamento próprio no Livro II do Código de Processo Civil, conforme arts. 621 a 631. Lá se aplicam as medidas conferidas pelo magistrado também com base no “poder geral de efetivação”. Importante ressaltar que determinados títulos executivos judiciais serão cumpridos também por processo autônomo, seguindo o mesmo Livro II do CPC. São os casos em que a certificação do direito se deu fora do juízo cível e, portanto, será necessária a instauração de um processo autônomo para o cumprimento desta particular sentença (sentença arbitral, estrangeira e penal condenatória, conforme art. 475-N, parágrafo único).
- b) *Subsidiariedade*: o regramento do art. 461-A não vem tão detalhado quanto o artigo que lhe serviu de inspiração (art. 461). Era desnecessário. E isso porque as técnicas empregadas para entrega são muito parecidas com aquelas nas obrigações de fazer e não fazer. Atento a isso, o legislador estabeleceu no referido art. 461-A o § 3º, que assim dispõe: “Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”. Desta forma a omissão no procedimento não impede o sequestro da norma do art. 461.

Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier advertem, contudo, que a força mandamental, muito presente nas obrigações de fazer e não fazer, deve ser aplicada de maneira residual nas obrigações de entrega de coisa. A simples busca e apreensão ou imissão na posse é mais fácil e menos onerosa que o emprego de medidas coercitivas.

- c) *Cabimento*: é cabível para qualquer ação:

- 1) **Real**; desde que não possua ação própria tipificada no ordenamento e tenha eficácia executiva (reivindicatória, imissão

na posse).

2) Obrigacional que tenha como discussão o bem (cumprimento de contrato de locação pactuado, mas o bem não foi entregue).

Tanto nas obrigações de entrega como nas de restituição do bem. Tanto nas fungíveis como nas infungíveis. Tanto nas de bem móvel como imóvel.

- d) *Opção pela via cognitiva*: haveria falta de agir pela adequação? A resposta é negativa. E isso porque a atipicidade dos atos que a lei confere na ação de conhecimento (até com a possibilidade de pedido de tutela antecipada) torna esta ação muito mais atraente no ponto da efetividade. Evidentemente está se permitindo ao credor abrir mão de uma posição de vantagem (portador de título executivo). O contrário, contudo, não é possível: renúncia a direitos é permitida no sistema, mas não a aquisição de direitos inexistentes.
- e) *Concentração*: esta regra se aplica para a entrega de coisa incerta. Coisa incerta é aquela individualizada pelo seu gênero e sua qualidade (duas sacas de café, por exemplo); por ser incerta, depende de ulterior definição. Esta definição é denominada concentração ou individuação do bem. Há de se verificar a quem compete a escolha:
- ◆ *Escolha pelo credor*: se competir ao credor, este deve fazer a escolha já na petição inicial (CPC, art. 461-A, § 1º, e CC, art. 244). Como se trata de obrigação que será realizada *dentro do mesmo processo* em que já foi declarado o direito de entrega, não há se falar em petição inicial (que já foi formalizada no início da fase de conhecimento), mas de **requerimento** para a entrega. A não escolha no requerimento gera preclusão, outorgando ao devedor a faculdade de escolha.
 - ◆ *Escolha pelo devedor*: se a escolha couber ao devedor, deverá efetivá-la no prazo que o magistrado conceder para o cumprimento. A *escolha* e a *entrega* se dão instantaneamente, e não em momentos distintos. Caso não proceda a escolha, transfere-se para o credor esta opção (CPC, art. 571, § 1º).
- f) *Aplicabilidade do art. 461, § 5º, CPC*: o § 2º do art. 461-A utiliza como medidas de apoio a busca e apreensão (se coisa móvel) ou imissão na posse (se coisa imóvel). Até mesmo pela subsidiariedade

(§ 3º do referido artigo), nada impede que se utilizem as medidas de apoio previstas no art. 461, § 5º, CPC. Como exemplo, a remoção de pessoas e coisas que estiverem no imóvel quando da expedição do mandado de imissão ou mesmo a busca e apreensão do bem, procedimento que pela sua dimensão será trabalhoso e dispendioso. Nesse caso o magistrado poderá determinar multa para que o próprio devedor apresente o bem.

- g) *Contraditório*: como a sentença é cumprida dentro do mesmo processo (natureza executiva) e possui regramento próprio, não há se falar em apresentação de embargos à execução, impugnação à execução ou arrematação. E isso porque os embargos (execução e arrematação) pressupõem a existência de um processo próprio, o que não ocorre com o cumprimento das obrigações de entrega. Ademais não há se falar em impugnação, pois esta se aplica somente aos casos de cumprimento de quantia. Nas tutelas específicas há procedimento próprio.

Assim dispõe o art. 475, I, do CPC: “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste capítulo”.

- h) *Alienação do bem na pendência da demanda*: a coisa se torna litigiosa com a citação válida (CPC, art. 219). Se no curso da demanda houver a alienação do objeto litigioso, não haverá modificação das partes, pois a venda é ineficaz para o autor. Nesse caso configura-se fraude à execução (CPC, art. 593, I). Desta forma a pergunta que se faz é a seguinte: quais os direitos que o credor possui quando o bem está nas mãos do terceiro adquirente?

No plano subjetivo poderá: i) autorizar o ingresso do terceiro no lugar do réu originário por meio de sucessão processual (CPC, art. 43), respondendo este para os termos da demanda ou ii) impedir o ingresso (CPC, arts. 264 e 42, § 2º) quando o terceiro poderá ingressar como assistente simples.

No plano objetivo há, igualmente, duas opções: i) determinação para que o terceiro entregue o bem sob pena de expedição de mandado (busca

e apreensão ou imissão na posse) ou ii) conversão em perdas e danos (CPC, arts. 461, § 1º, e 627).

2.3 Procedimento

O magistrado poderá conceder a tutela específica por sentença ou tutela antecipada. A eficácia desta decisão se dá: i) com o trânsito em julgado no caso da sentença; ii) na recepção de qualquer recurso sem efeito suspensivo permitindo a execução provisória, ainda no caso de sentença e iii) do trânsito em julgado ou do recebimento do agravo sem efeito suspensivo no caso de decisão interlocutória.

Com a decisão eficaz, o magistrado fixará um prazo para cumprimento da obrigação. Diferente da regra do art. 621, em que o prazo já é estabelecido em lei: dez dias. No silêncio da lei há dois entendimentos: para parte da doutrina, o prazo segue por analogia o do art. 621, portanto dez dias; para outra parte, seguirá a regra geral do CPC, portanto cinco dias (CPC, art. 185).

Escoado o prazo autoriza-se a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse. As medidas de apoio previstas no § 5º podem ser utilizadas quando, por exemplo, o réu se recusa a informar o local do bem ou quando a entrega do bem depender de conhecimento técnico especializado que apenas o réu possui.

Perceba que o momento de eficácia da decisão é diverso daquele em que se autoriza a prática dos atos executivos, que só são permitidos com o escoamento do prazo conferido pelo juiz ao devedor. Contudo, se a medida for de urgência, tendo sido concedida *inaudita altera pars*, poderá o magistrado conceder a medida antes do prazo para cumprimento conforme a necessidade do caso concreto.

2.4 Conversão em perdas e danos

Conforme verificado no capítulo das obrigações de fazer e não fazer, a conversão em perdas e danos é uma opção para o autor caso não deseje mais a tutela específica. Contudo, há de se perguntar se esta alternatividade também incide nas obrigações de entrega de coisa certa ou incerta. Acreditamos que não. O sistema traz ao menos dois bons argumentos para tanto:

- a) *Previsão no direito material*: o Código Civil nos arts. 233 a 242 estabelece que a conversão em perdas e danos somente poderá ser feita se a coisa foi *deteriorada* ou *perdida*. Desta forma, sendo o art. 461-A instrumento colocado à disposição do direito material para seu efetivo cumprimento, não seria crível entender que uma regra de processo possa se sobrepor a matéria cuja competência pertence ao direito material. Desta forma a opção somente teria razão num desses dois casos.
- b) *Facilidade na obrigação “in natura”*: a doutrina explica que “enquanto na obrigação de fazer e não fazer (...) o objeto da obrigação ainda não existe fisicamente, pois o comportamento esperado exige uma realização concreta por parte do devedor (salvo quando o comportamento é tolerar ou abster), na obrigação de entrega de coisa o bem devido existe e está indevidamente na posse do devedor ou terceiro. Ademais, por que optar por perdas e danos se o bem existe e pode ser restituído?” (Marcelo Abelha Rodrigues, *Execução civil*, 2006, p. 250).

Desta forma a conversão não é tão simples quanto parece, no plano da obrigação de entrega da coisa certa ou incerta. Didier, Cunha, Braga e Oliveira sistematizam cinco situações em que a conversão seria possível: i) consentimento do executado; ii) recusa pelo executado no cumprimento da ordem; iii) coisa não encontrada; iv) deterioração; e v) quando estiver em poder de terceiro e não for reclamada.

Capítulo 7

◆ Liquidação de Sentença

1. Introdução

Exige-se que a obrigação estampada no título seja líquida, certa e exigível (CPC, art. 586) sob pena de nulidade (CPC, art. 618, I).

O Estado somente poderá atuar sob a forma de sanção quando todos os elementos obrigacionais estiverem presentes. Em respeito ao primeiro elemento, a liquidez, sua importância é manifesta na medida em que com ela se verifica a extensão dos atos executivos a serem praticados.

Contudo, para a devida compreensão do instituto, é importante verificar como as regras pertinentes ao processo (fase) cognitivo estabelecem a possibilidade de um título (sentença) ser proferido padecendo do *quantum debeatur*.

Estabelece o art. 286 do CPC que todo pedido deve ser certo ou (“e” de acordo com ampla doutrina) determinado. Em decorrência dessa regra, o art. 459, parágrafo único, veda que o juiz profira sentença ilíquida se o pedido formulado for certo.

Há jurisprudência, contudo, mitigando os rigores do art. 286 no sentido de se permitir ao magistrado, mesmo diante da presença de pedido certo, a formulação de sentença ilíquida.

Dois são os argumentos que encampam essa tese:

1.1 Economia e aproveitamento dos atos processuais

Para se evitar morosa produção probatória que, à evidência, retardará o resultado do processo, poderá o magistrado proferir sentença ilíquida (mesmo diante de pedido certo) diferindo a apuração do valor para

ulterior liquidação. Até mesmo porque essa regra foi criada em proveito do autor e muitas vezes a pronta sentença de condenação (mesmo sem a extensão) é mais proveitosa do que o aguardo do estabelecimento desse valor.

1.2 Livre convencimento do magistrado (CPC, art. 131)

Por vezes o magistrado não se convence da extensão do valor, limitando-se apenas à fixação do *an debeat* (o que é devido). Não seria razoável postergar a declaração do direito se os elementos respeitantes à existência da obrigação já estejam presentes, faltando apenas o valor.

Contudo, e excepcionalmente, o próprio art. 286 estabelece a possibilidade de o autor formular pedido genérico: a) nas ações universais; b) quando houver fato ou ato ilícito indeterminado; ou c) quando a determinação do valor depender de um ato a ser praticado pelo réu.

Nesse caso, sem discussão na doutrina ou jurisprudência, a sentença poderá ser ilíquida.

A iliquidez pode decorrer:

- 1) quando a sentença não estabelece o montante da obrigação (*quantum debeat*); ou
- 2) deixa de individualizar o objeto da prestação.

Nesses dois casos (sentença genérica decorrente de pedido determinado ou indeterminado), a sentença proferida não é detentora de eficácia executiva. Para obter tal desiderato, é necessário que a sentença passe por um procedimento próprio, a fim de que adquira essa condição. Esse procedimento tem por objetivo único atribuir valor certo à sentença desprovida de valor. Este procedimento é denominado pela lei **liquidação de sentença**.

Uma vez estabelecidas todas essas premissas, é possível que se chegue à seguinte indagação: por que haveria de se instaurar um novo procedimento (liquidação) se o próprio juiz, antes da sentença, está municiado de meios (instrutórios) para que se apure o valor correto e, portanto, profira decisão líquida?

É importante entender que toda a estruturação do microsistema da liquidação foi desenvolvida com fundamento nas necessidades de ordem prática. E isso porque a apuração do valor, por vezes, pode acarretar excessivo gasto de tempo e produção de inúmeras provas para se apurar, ao final, improcedência da demanda. A apuração dos valores, em diversos casos, não guarda relação com a verificação da existência do direito: é possível que a apuração deste seja célere e eficaz, ao contrário daquele.

- a) *Ação de reparação de danos decorrente de prédio que ruiu.* Nesse caso, é dispendiosa e desnecessária a apuração de cada dano sofrido por cada condômino (móveis, pertences pessoais, valores já despendidos na aquisição da unidade condominial) sem antes se apurar a responsabilidade da construtora, engenheiro ou moradores.
- b) *Servidores públicos em litisconsórcio pleiteiam diferenças de depósitos de FGTS, cada um em um valor, em períodos distintos.* É recomendável, em primeiro lugar, verificar a existência do direito (recebimento de valores) para depois fazer a apuração exata de cada um (Teori Zavascki).

O objetivo da liquidação, portanto, é integrar a decisão com uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica, a fim de que essa decisão seja objeto de futura execução.

2. Natureza jurídica

A doutrina discute qual seria a natureza jurídica da liquidação: se declaratória ou constitutiva.

- ◆ *Natureza declaratória:* é importante estabelecer que toda e qualquer decisão tem carga declaratória. É possível apenas desenvolver esse posicionamento, sob pena de esvaziá-lo, quando se diz que a preponderância da eficácia seja declaratória. Para esta corrente, a liquidação somente fixa o valor de uma relação preexistente e, portanto, não teria o condão de alterá-la, mas apenas declarar o valor que estava sob termo. Este posicionamento é defendido por Enrico Tullio Liebman, Cândido Dinamarco e Teori Zavascki.
- ◆ *Natureza constitutiva:* para os defensores dessa corrente, a liquidação teria natureza constitutiva, pois modificaria uma realidade da sentença: se antes era ela ilíquida, agora passa a ser líquida. A

constitutividade estaria inserida na (agora) possibilidade de proceder à execução, o que antes não era possível. É defendido este posicionamento por Pontes de Miranda e Araken de Assis.

3. Liquidação de título executivo extrajudicial

Questiona-se também se haveria liquidação para apuração de título executivo extrajudicial. Evidente que há de se diferenciar a **iliquidez originária** da **iliquidez superveniente**. Liqueidez originária ocorre quando a propositura da demanda toma como base título cuja obrigação seja ilíquida. Nesse caso não é possível falar em liquidação. E isso porque o título deve constar de todos os seus elementos para sua própria configuração como título. É este o motivo por que a sentença deve perpassar pela fase de liquidação antes da execução quando não apurado o *quantum debeatur*. Contudo, um título extrajudicial ilíquido sequer é título e, portanto, não há se falar em execução, tampouco em prévia liquidação.

Contudo, é comum ocorrer no curso da execução a impossibilidade de satisfação da obrigação por impossibilidade no cumprimento (v.g., o executado não cumpre a obrigação de fazer pactuada em título extrajudicial). Nesse caso haverá a conversão em perdas e danos (CPC, art. 633) com liquidação incidente nos próprios autos da execução.

4. Liquidação no atual Código de Processo Civil (modalidades)

4.1 Introdução

A liquidação no direito brasileiro historicamente sempre teve natureza de ação. Esta regra decorria da divisão rígida de atividades de cada processo no direito brasileiro. Com a preferência por processos puros, era possível encontrar até quatro processos distintos para que se obtivesse o mesmo bem jurídico: processo de conhecimento, processo de liquidação, processo de execução e embargos à execução.

Assim, o início da liquidação se dava com uma petição inicial, sendo o réu citado para se manifestar, e terminava com uma sentença.

Excepcionalmente, contudo, havia uma modalidade de liquidação incidental para a apuração das perdas e danos no próprio processo.

Hoje, com a ampla incidência do modelo sincrético na execução brasileira e com o advento da Lei n. 11.232/2005, instituiu-se uma nova modalidade de liquidação: a liquidação como fase do procedimento. Desta forma, dentro do mesmo processo haverá: fase de conhecimento, fase de liquidação, fase de cumprimento da sentença (execução de título judicial) e fase de impugnação.

Há de se perguntar se a “ação de liquidação”, tendo se tornado uma “fase de liquidação” dentro de um processo sincrético, haveria estabelecido o fim da liquidação como ação. A resposta é negativa. Remanescem ainda algumas situações em que será necessária a instauração de uma verdadeira ação de liquidação.

Portanto, no Brasil, existem três formas de se proceder à liquidação: **como processo, como fase e na forma incidental.**

4.2 Fase de liquidação

O ordenamento brasileiro tem por regra a liquidação como fase do procedimento. Conforme asseverado no item anterior, com a instituição do modelo sincrético no sistema executivo, a liquidação deixou de ser um processo autônomo, para se tornar mera fase de um processo único. Desta forma o regramento anterior da liquidação (CPC, arts. 603 a 611), previsto no Livro II, foi transferido para o Livro I, como uma etapa anterior ao cumprimento de sentença (CPC, arts. 475-A a 475-H).

Esta mudança estrutural trouxe importantes reflexos na configuração desta modalidade de liquidação:

- a) A perda de autonomia processual não significa que a liquidação não terá autonomia quanto à sua finalidade: a fase de liquidação terá cognição própria, finalidade distinta (quantificação do valor devido), decisão própria e recorribilidade separada do restante do processo. Ademais, a decisão da liquidação é apta a fazer coisa julgada e sujeita a rescisão típica no prazo de dois anos (CPC, art. 485).
- b) Apesar de se tratar de apenas uma fase, e não mais um processo, a liquidação não pode ser instaurada de ofício com base no mero

impulso oficial (CPC, art. 262). Desta forma, exige-se expresse requerimento do credor (CPC, art. 475-A, § 1º).

- c) Por não criar uma nova relação jurídica processual, não é mais necessário proceder à citação do réu, mas à mera intimação na pessoa de seu advogado (CPC, art. 475-A, § 1º).

4.3 Processo de liquidação

O estabelecimento da liquidação como uma fase (conferido pela Lei n. 11.232/2005) não quer dizer, em absoluto, que foi abolido o processo de liquidação.

Há títulos executivos judiciais que são produzidos fora do juízo cível. Desta forma, tendo a necessidade de seu cumprimento nessa esfera e sendo a obrigação estampada no título carecedora do predicado liquidez, deverá se instaurar uma verdadeira ação de liquidação, justamente por não haver ainda, no juízo cível, base procedimental própria.

Portanto, ainda é necessária a liquidação como processo para:

- 1) Sentença penal condenatória transitada em julgado (CPC, art. 475-N, parágrafo único, art. 91, I, do CP, art. 63 do CPP e art. 935 do CC).
- 2) Sentença arbitral não liquidada (CPC, art. 475-N, parágrafo único, e art. 31 da Lei n. 9.307/96).
- 3) Sentença estrangeira homologada pelo STJ (CPC, art. 475-N, parágrafo único, e CF, arts. 105, I, *i*, e 109, X).
- 4) Acórdão procedente da revisão criminal (CPP, art. 630).
- 5) Sentença coletiva que verse sobre direitos individuais e homogêneos.

Nesse caso a formação de nova relação jurídica enseja a citação (e não intimação) da outra parte para se manifestar.

Desta decisão caberá apelação, que será recebida no seu duplo efeito, pois não constitui exceção à regra (como era o revogado inciso III do art. 520).

4.4 Liquidação incidental

A liquidação incidental continua vigendo no ordenamento brasileiro e, ao lado da fase de liquidação e do processo de liquidação, consiste em uma das três modalidades existentes. Denomina-se incidental porque será

apresentada incidentalmente ao processo de execução. Tem sua incidência em, pelo menos, três situações distintas:

- a) *Valor defasado*: trata-se de hipótese peculiar. Se o valor devido tiver sido defasado por qualquer razão, é possível esta modalidade de liquidação. Nesse caso, trata-se da liquidação simples feita por mero cálculo aritmético, também denominada liquidação extrajudicial.
- b) *Apuração de perdas e danos*: nas execuções específicas (entrega de coisa, fazer ou não fazer), não sendo possível o cumprimento da prestação específica, transforma-se o objeto da execução em perdas e danos (CPC, arts. 627, § 2º, 633, parágrafo único, 638, parágrafo único, e 643).
- c) *Benfeitorias indenizáveis*: por fim, nas hipóteses de execução para entrega de coisa objetivando apurar o valor das benfeitorias indenizáveis, benfeitorias que foram realizadas pelo devedor ou terceiro (CPC, art. 628).

Não será necessário instaurar nova relação jurídica. As perdas e danos serão liquidadas (e posteriormente cobradas na execução por quantia) nos mesmos autos em que se concretizou uma das hipóteses acima mencionadas.

A decisão será interlocutória, desafiando o recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522).

5. Espécies de liquidação

5.1 Liquidação por cálculos (liquidação extrajudicial)

5.1.1 Definição

Havia no Brasil, até 1994, a liquidação por cálculos do contador, que nada mais era que a nomeação de contador judicial para estabelecer o valor caso a apuração do valor contido na decisão necessitasse de cálculos aritméticos.

Contudo, com o advento da Lei Federal n. 8.898/94, houve profunda alteração no art. 604 do CPC, outorgando agora ao credor a fixação do

valor quando a sua apuração na decisão necessitar de simples cálculos aritméticos (juros, correção, encargos).

Inegavelmente a reforma teve por objetivo a economia processual. Por outro lado, gerou um grande retrocesso:

- ◆ Pois as partes passavam longo período discutindo o devido valor, seja pela adoção deste ou daquele índice, seja pelos cálculos equivocados, dentre outros.
- ◆ Ademais, muitas vezes os elementos necessários para a elaboração das contas estavam em poder do executado e até mesmo de terceiro, gerando diversos problemas e entraves para o prosseguimento da execução.

Desta forma, era necessário implementar uma nova reforma: assim o art. 604 foi modificado (mais uma vez!) pela Lei Federal n. 10.444/2002 e posteriormente foi revogado pela Lei n. 11.382/2006 com a redação dada pelo art. 475-B do CPC.

Este artigo teve o mérito de estabelecer de forma mais clara e completa esta modalidade de apuração do valor.

Importante é saber se esta apuração de valor é de fato modalidade de liquidação. De acordo com majoritária doutrina, não se trata propriamente de liquidação. Não há abertura de nova fase procedimental, podendo a execução iniciar-se desde logo. Os valores serão aferidos por meio de cálculos aritméticos obtidos fora do processo. Tanto que se aplica à execução de título executivo extrajudicial.

A liquidez é conceito de direito material, sendo um atributo da obrigação que ela possua um valor. Desta forma pode se considerar obrigação líquida quando a apuração do *quantum* independa de fatos externos ao título que dá corpo àquela obrigação.

É o caso. A apuração do valor independe de outros fatores senão a mera confecção de cálculos.

Apenas por uma questão terminológica, denominaremos liquidação por cálculos, pois, a despeito de não se tratar da liquidação convencional (arbitramento e artigos), há um procedimento, ainda que extrajudicial, para apuração do valor.

5.1.2 Procedimento

- a) *Requerimento*: conforme se verifica do *caput* do art. 475-B, o exequente deverá fazer seu requerimento (e não petição inicial), por se tratar de cumprimento de sentença (CPC, art. 475-J) com memória discriminada e atualizada do cálculo (CPC, art. 614, II). A dispensa da fase de liquidação própria sublinha o que havia sido ressaltado no parágrafo anterior: não se trata propriamente de liquidação de sentença.
- b) *Dever de colaboração do devedor ou terceiros*: se os dados necessários à elaboração dos cálculos estiverem em poder do devedor ou de terceiro, o magistrado determinará (com requerimento do credor) requisição para sua apresentação, conferindo prazo de até trinta dias para cumprimento da diligência. Trata-se em verdade de uma ação de exibição incidente à execução. Desta forma, o procedimento utilizado para esta modalidade será aqui aplicado de maneira suplementar (CPC, arts. 355 a 363).

O pedido formulado pelo autor será no próprio requerimento que dará ensejo à execução, vedada a possibilidade de ofício, na medida em que se trata de *interesse exclusivo do credor* formular requerimento e é nesta oportunidade que apresentará *os cálculos pertinentes à atualização do crédito*.

- c) *Inércia e suas consequências*: não apresentação dos dados: a lei, no art. 475-B, § 2º, estabelece consequências distintas para a não apresentação de dados pelo devedor e pelo terceiro:

Se o executado não apresentar os dados, os cálculos formalizados pelo exequente serão tidos como corretos. Há um pequeno equívoco na ordem das coisas: o executado será intimado para apresentar os dados *antes* de qualquer apresentação de cálculos pelo exequente (que justamente não possui os dados necessários).

Desta forma a melhor interpretação da norma é a seguinte: se o devedor não apresentar os dados, o exequente poderá apresentá-los (mesmo com poucas informações), presumindo-se (de maneira relativa) verdadeiros os seus cálculos. Caso as poucas informações que possui não sejam suficientes para elaborar a planilha atualizada, deverá o magistrado, utilizando-se do seu “poder geral de efetivação”, estabelecer

o cumprimento da tutela específica, seja por busca e apreensão, multa ou outro meio idôneo que entenda necessário.

No que concerne à presunção relativa dos cálculos, há a possibilidade de o executado impugnar este valor por meio da impugnação à execução com base no excesso de execução.

Se o terceiro não apresentar os dados, o caso será de imediata busca e apreensão, com auxílio de força policial se necessário e tipificação em crime de desobediência (CPC, art. 362).

d) *Contador do juízo*: o § 3º do referido artigo estabelece que “Poderá o juiz 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”. Portanto, verifica-se que em duas hipóteses será possível a remessa para o contador:

- 1ª) quando houver **excesso de execução** por parte do credor na elaboração dos cálculos; e
- 2ª) na **assistência judiciária**.

Na primeira hipótese, o magistrado deve constatar, com uma breve análise, que os cálculos são excessivos. Não se trata de uma análise precisa, mas apenas uma constatação de que claramente há um descompasso entre o valor devido e o valor pleiteado.

A segunda hipótese refere-se ao beneficiário da gratuidade da justiça. Aqui é a condição do exequente, e não a regularidade do cálculo, que é levada em questão. É caso estranho. A possibilidade de confecção do cálculo em nada se relaciona com a condição financeira do credor. A apuração se daria por simples cálculos: irrelevante a condição social de quem os elabora.

Contudo, para que se possa dar vigência ao novel § 3º, a regra deve ser interpretada no seguinte sentido: se a apuração do valor necessitar de *conhecimento especializado*, o que necessitará de gastos pelo credor com contador, valores estes que não possui, poderá requerer a nomeação de contador do juízo.

Evidente que se trata de uma regra para o credor: se porventura o beneficiário da gratuidade da justiça apresentar os cálculos, não será

necessária a remessa ao contador, pois desaparecerá o fato gerador da necessidade.

e) *Recusa dos cálculos*: estabelece o § 4º do art. 475-B: “Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador”.

Caso o credor não concorde com os cálculos, abrirá contraditório para que possa se discutir o acerto dos valores. Há um descompasso na regra. A penhora reflete o valor da execução que foi apurado pelo contador. Como se permitir que o valor da penhora seja apurado pelo contador e o valor da execução seja o eleito pelo exequente?

A melhor leitura do parágrafo em comento deve ser, acredita-se, da seguinte forma: para fins e efeitos de garantia do juízo (CPC, art. 475-J, § 1º) a penhora far-se-á pelo valor encontrado pelo contador. Ao apresentar a impugnação, poderá o executado se insurgir por eventual excesso de execução (CPC, art. 475-L, V) que seria discutida nessa fase. Duas são as consequências:

- 1ª) Havendo redução, provavelmente o magistrado o fará com base no valor apurado pelo contador (até mesmo porque, para que se verifique o acerto do *quantum* cobrado, deverá se socorrer novamente do contador).
- 2ª) Não havendo impugnação nesse sentido ou sendo ela (ao menos nessa parte) improcedente, haverá reforço de penhora para se integralizar o valor apresentado pelo exequente.

5.2 Liquidação por arbitramento (CPC, arts. 475-C e D)

5.2.1 Definição

Ocorre liquidação por arbitramento quando a apuração do valor exequendo depender de prova pericial. O artigo não explicitou no que consiste a liquidação por arbitramento, limitando-se a estabelecer as hipóteses. Desta forma, de acordo com o art. 475-C, há três hipóteses (e uma quarta prevista fora do referido artigo):

- 1ª) *Quando determinar a decisão*: poderá o magistrado na sentença, certificando as circunstâncias do caso, estabelecer esta modalidade de liquidação.
- 2ª) *Por convenção das partes*: esta hipótese, de raríssima incidência prática, ocorre quando as partes previamente (leia-se, na fase cognitiva ou mesmo por contrato antes da propositura da demanda) estabelecem a modalidade de liquidação. Evidente que esta escolha está condicionada à adequação do valor a ser apurado com a modalidade eleita. Assim, caso a situação não comporte arbitramento (v.g., necessidade de se provarem fatos novos), a convenção fica prejudicada.
- 3ª) *Quando exigir a natureza da prestação*: este é certamente o caso mais comum. Após a sentença, de acordo com as necessidades do caso concreto, estabelecerá a liquidação por arbitramento. Desta forma a liquidação da sentença penal (CP, art. 91, I) será por artigos, pois haverá a necessidade de se provarem fatos novos. Mesmo que o magistrado tenha fixado em sentença, poderá a parte optar por outra que entenda mais adequada, o que não acarretará nulidade. É o que estabelece o Enunciado 344 da Jurisprudência do STJ: “A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”.
- 4ª) *Por força de lei*: há situações em que a própria lei estabelece como será feita a liquidação: assim acontece na apuração dos danos na litigância de má-fé (CPC, art. 18, § 2º) e nos casos dos danos decorrentes da execução provisória (CPC, art. 475-O, II).

5.2.2 Procedimento

A lei destacou apenas um artigo (CPC, art. 475-D) para regulamentar o procedimento desta modalidade de liquidação. Contudo, em interpretação sistemática com o Código, é possível proceder a uma estrutura mínima que deve conter o itinerário da liquidação por arbitramento:

- a) A liquidação depende sempre de iniciativa da parte (CPC, arts. 2º e 262). O que modificará é a forma de ingresso: a ação de liquidação começa com petição inicial e a observância do art. 282 do CPC. A

liquidação fase ou liquidação incidente iniciam-se com mero requerimento.

Discute-se se seria necessária a apresentação, desde já, dos quesitos e de assistente técnico na primeira peça ou se poderia ser diferida para a fase de instrução:

- 1) A **primeira corrente** defende que deve ser na inicial, tendo em vista a sumariedade do procedimento que não admite grandes dilações. Esta posição é defendida por Vicente Greco Filho e Paulo Henrique Lucon.
 - 2) A **segunda corrente** defende a possibilidade de se apresentá-los (quesitos e assistente) após a entrega do laudo. Este entendimento, ao qual nos filiamos, tem por fundamento os arts. 421 e 475-D do CPC. O primeiro estabelece que: “Art. 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. § 1º Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I – indicar o assistente técnico; II – apresentar quesitos”. Já o segundo dispõe: “Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo”. Como a redação deste artigo se assemelha à da regra geral (do art. 421), tendo suprimido apenas os parágrafos, não há como negar que a aplicação deve ser análoga. Este posicionamento é defendido por Araken de Assis, Daniel Neves e Alexandre Câmara.
- b) Em atenção ao princípio do contraditório, a parte contrária deverá ser intimada (se incidente/fase) ou citada (se ação) na pessoa de seu advogado (CPC, art. 475-A, § 1º) para se manifestar no prazo fixado pelo juiz. Como não se trata de novos fatos, mas exatamente novos contornos sobre os mesmos fatos, não há se falar em revelia (CPC, art. 319), na medida em que não há o que presumir verdadeiro.
- c) Com a apresentação de defesa, o magistrado determinará a entrega do laudo em prazo a ser fixado (CPC, art. 475-D), nomeando perito que deverá prestar compromisso. Deverão as partes, em cinco dias da entrega do laudo, indicar assistente técnico e formular quesitos. Poderão as partes, igualmente, formular exceção de impedimento ou

suspeição do perito caso se enquadre nas hipóteses-tipo dos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil (CPC, art. 138, § 1º).

- d) Seguem-se então as regras da prova pericial (CPC, arts. 420 a 439).
- e) Sempre que houver a necessidade de se provarem fatos novos, a liquidação será por artigos, mesmo que essa apuração se dê por prova pericial.

5.3 Liquidação por artigos (CPC, arts. 475-E e F)

5.3.1 Definição

Ocorre liquidação por artigos quando houver a necessidade de se **alegarem e provarem** fatos novos (CPC, art. 475-E).

Não se pode ser induzido em erro com o conceito de fato novo: fato novo não tem relação com o *momento em que o fato ocorreu*, mas, sim, com o *momento em que ele foi apresentado ao processo*. Ele pode ter surgido antes, no curso e até mesmo após a litispendência. Importante que se entenda que este critério temporal da existência não é levado em consideração. A novidade deve ser para o processo, seja porque não existia, seja porque não havia sido alegado anteriormente. Assim, ele não pode ter sido apresentado e tampouco decidido pelo juízo em que se formou o título. Se o magistrado condenar o plano de saúde ao pagamento da cirurgia e todos os gastos daí decorrentes, estes gastos serão provados após a sentença por meio da liquidação e serão considerados, para todos os fins, fato novo.

É liquidação que deve ser evitada na medida em que se trata de morosa e complexa modalidade para a apuração do valor exequendo.

5.3.2 Procedimento

O art. 475-F dispõe que o procedimento da liquidação por artigos aplicará, no que couber, o rito ordinário ou sumário (CPC, art. 272).

- a) A interpretação do art. 475-F só pode querer dizer que o rito da liquidação seguirá de acordo com a fase cognitiva anterior. Desta forma, se o processo correu pelo rito ordinário ou sumário, a

liquidação também seguirá. Na hipótese de liquidação autônoma (ação), seguem as regras normais de adoção de procedimento.

- b) Assim como na liquidação por arbitramento, haverá requerimento inicial do credor indicando os fatos novos que baseiam o seu pedido (CPC, art. 475-A, § 1º).
- c) Em atenção ao princípio do contraditório, a parte contrária deverá ser intimada (se incidente/fase) ou citada (se ação) na pessoa de seu advogado (CPC, art. 475-A, § 1º) para se manifestar de acordo com o procedimento correspondente: a defesa será apresentada na audiência (se for rito sumário) ou em quinze dias (se for rito ordinário). Nesse caso, ao contrário da liquidação por arbitramento, há se falar em revelia (CPC, art. 319), pois os fatos apresentados são novos para o processo.

6. Decisão que julga liquidação de sentença

Estabelece o art. 475-H do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.282/2005, que da decisão que julga a liquidação caberá agravo de instrumento. Percebe-se que a lei tomou o cuidado de estabelecer *qual* recurso é cabível, mas não de que *decisão* se trata.

Portanto, é importante verificar qual decisão se está enfrentando. A questão é controversa na doutrina.

- ◆ A **primeira corrente** defende que se trata de decisão interlocutória. Primeiro porque, pelo princípio da adequação, cada decisão corresponde a um respectivo recurso e, sendo o agravo de instrumento o recurso cabível, a decisão somente poderá ser interlocutória. Segundo porque o legislador expressamente revogou o art. 520, III, do CPC, que estabelecia ser sentença a decisão da liquidação (Cassio Scarpinella Bueno, Humberto Theodoro Júnior, Luiz Fux e Nelson Nery).
- ◆ A **segunda corrente** defende que, a despeito de agravável, a decisão mantém-se como sentença. E isso porque a reforma empreendida pelo legislador de 2005 ao art. 162, § 1º, teve o condão de definir a sentença pelo seu conteúdo, e não mais pelo seu efeito (Athos Gusmão Carneiro, Teresa Arruda Alvim Wambier, Heitor Vítor Mendonça Sica, Rodrigo Cunha Lima Freire e Daniel Neves).

- ◆ A **terceira corrente** assevera que dependerá da modalidade de liquidação (arbitramento ou artigos) para se verificar qual decisão se está enfrentando. E isso porque a decisão da liquidação de arbitramento é apenas um acessório, já que confere valor que a sentença ainda não possui. Já na liquidação por artigos, a cognição judicial é maior na medida em que o magistrado deve apreciar *atos novos* e, portanto, haverá nova causa de pedir e novo pedido. Há uma pretensão própria nessa liquidação (Rodrigo Mazzei).

Não é possível responder a este questionamento e conseqüentemente tomar uma posição sem partir de algumas premissas importantes:

- 1) **Adequação:** o agravo é recurso cabível contra decisões interlocutórias. Quando Alfredo Buzaid desenhou o Código de Processo atual, fez questão de deixar claro que o critério para definir decisão interlocutória e sentença no modelo atual foi para fins de sua **recorribilidade**. Desta forma, muito mais prático que questão surgida no curso do processo desafie o recurso de agravo que ou não subirá imediatamente (agravo retido) ou subirá sem os autos do processo (agravo de instrumento).

O que não se pode permitir é o cabimento de apelação (que leva consigo todo o processo), ou mesmo agravo (que quebraria a regra dos arts. 513 e 522 do CPC).

- 2) **Atipicidade:** a lei define expressamente quais são as sentenças previstas no nosso ordenamento (CPC, arts. 267 e 269). Caso o intérprete deseje saber “que” conteúdo uma sentença pode oferecer, basta a leitura desses dois dispositivos. Ocorre que a lei (corretamente, diga-se) não sistematizou as interlocutórias. Não o fez por impossibilidade prática. Desta forma, nada impede que uma decisão, justamente por falta de regramento próprio, tenha conteúdo do art. 267 ou 269.

É interlocutória porque resolve questão incidente (como o caso da liquidação) independentemente do seu conteúdo.

Desta forma a decisão, em nosso entendimento, é interlocutória e desta maneira deve ser interpretado o art. 475-H do CPC.

Decisão interlocutória esta que, por discutir o mérito (da liquidação), é apta a fazer coisa julgada material e sujeita à ação rescisória se

preenchidos os requisitos legais (STJ, 2ª T., REsp 717.977/MT, rel. Min. Humberto Martins, DJ 19-3-2007).

7. Questões processuais pertinentes

7.1 Legitimidade

Sabendo-se que a liquidação não pode ser instaurada de ofício em nenhuma hipótese, de regra, somente o credor poderá instaurar a liquidação. Muito se questionava se esta prerrogativa estaria também aberta ao devedor. Os questionamentos foram antes de 2005, quando ainda estava em vigor o art. 570 do CPC, que autorizava uma verdadeira “consignação em pagamento”. Se o executado pode promover a execução para se ver livre dela, por que não proceder à liquidação para saber o correto valor devido? Esta possibilidade estava prevista expressamente no art. 605 do CPC. Como o referido artigo também foi revogado, discute-se se o devedor ainda possui esta legitimidade. Acreditamos que sim. Há pelo menos dois motivos:

- a) *Direito material*: o processo não pode desprezar a previsão do direito material: o art. 334 do Código Civil autoriza ao devedor a possibilidade de consignação como meio de se livrar da dívida (desde que tipificada em alguma das hipóteses do art. 335). Desta forma, a revogação dos arts. 570 e 605 pode ter subtraído do CPC o *instrumento*, mas se mantém incólume o *direito*. A liquidação é importante etapa na elucidação do correto valor.
- b) *Multa*: no cumprimento de sentença, o não pagamento do valor no prazo de quinze dias importa em multa sancionatória de dez por cento. Há interesse do devedor em pagar a obrigação no valor correto e poderá, portanto, antecipar-se e requerer a liquidação.

7.2 Competência

Não há no microsistema da liquidação regras atinentes à competência, de modo que se deve socorrer das regras gerais para o cumprimento de sentença (CPC, art. 475-P).

Se a liquidação for **incidente**, será sempre no mesmo juízo em que corre a execução.

A **fase** de liquidação será do juízo que proferiu a sentença liquidanda (competência funcional) por força da conexão por sucessividade.

À **ação** de liquidação aplicar-se-á a regra do art. 475-P, III, do CPC.

Importante observação trazida pela doutrina é saber se os benefícios do parágrafo único do art. 475-P podem ser aplicados à liquidação. A resposta é negativa. A regra foi implementada para otimizar a prestação da tutela jurisdicional na fase da *penhora*, ato jurídico não presente na fase de liquidação.

7.3 Procedimento sumário

Preconiza o art. 475-A, § 3º: “Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas *d* e *e* desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido”. Assim, nos casos de acidente de veículo terrestre, bem como na respectiva cobrança de seguro, não caberá liquidação, pois é vedado ao magistrado, nesses específicos casos, proferir sentença ilíquida. A criação da regra foi motivada pela facilidade com que se apura o valor nessas duas específicas situações.

7.4 Liquidação provisória

Normalmente a liquidação provisória é efetivada com o trânsito em julgado da sentença ilíquida. Contudo, da mesma forma que é possível iniciar a execução antes do trânsito, por meio da denominada execução provisória (CPC, art. 475-O), também há previsão normativa da denominada “liquidação provisória” (CPC, art. 475-A, § 2º).

Ambas são regidas pelo fundamental direito da duração razoável do processo e efetividade, afinal por que aguardar a decisão definitiva se a apuração dos valores já pode ser antecipada?

Algumas questões importantes:

- 1) *Momento*: assevera o art. 475-A, § 2º, que a liquidação pode ser requerida na pendência de recurso. A primeira conclusão que se abstrai da norma é a autorização para a liquidação provisória, desde que o recurso recebido contra a decisão liquidanda o seja somente no seu efeito devolutivo, tal qual é a execução provisória. Aqui

indiferente ser somente o efeito devolutivo *ope legis* (CPC, art. 520) ou *ope judicis* (CPC, art. 273).

Contudo, a liquidação provisória não pode ser medida com a mesma régua que a regra que a inspirou (CPC, art. 475-O). E isso porque na execução provisória há prática de atos de alienação de levantamento de dinheiro, ou seja, atos de agressão à esfera jurídica do executado.

Não é o caso da liquidação. Trata-se de direito potestativo cujo objetivo é proceder ao acertamento dos valores, sem que haja (ao menos em princípio) nenhum prejuízo ao devedor.

Desta forma, a melhor interpretação, que também é acompanhada por parte da doutrina, é no sentido de se autorizar a liquidação provisória ainda que na pendência de recurso recebido no duplo efeito. É a melhor interpretação para se dar efetividade à norma e à outorga da tutela jurisdicional.

2) *Autuação*: a liquidação provisória será autuada em autos apartados, com cópia das peças processuais pertinentes. A documentação dos atos dessa modalidade de liquidação será feita em apartado para que não prejudique o andamento recursal do processo. Como o processo, provavelmente, estará fisicamente no Tribunal, será necessário o traslado de peças. Aqui o legislador não enumerou quais peças seriam, limitando-se a utilizar a expressão “pertinentes”. Um bom referencial está no art. 475-O, § 3º, que disciplina as peças necessárias à instrução da execução provisória.

Justamente por não haver previsão legal, a falta de qualquer “peça pertinente” não poderá acarretar o indeferimento da liquidação, devendo ser aberto prazo para que se possa proceder ao complemento das peças faltantes.

A autenticação das peças, por interpretação ao sistema do CPC, será dada pelo próprio advogado sob sua responsabilidade conforme art. 365, IV, do CPC.

3) *Responsabilidade objetiva*: apesar de omissa (e por que não dizer rara, pois não haverá constrição patrimonial), subsiste a responsabilidade objetiva do liquidante caso o devedor sofra prejuízo com a liquidação antecipada. Esta interpretação é extraída dos arts. 475-O, I, e 811 do CPC.

7.5 Princípio da fidelidade do título (CPC, art. 475-G)

A liquidação de sentença tem um específico fim: conferir liquidez ao título. Diante dessa limitação, a cognição a liquidação fica limitada a esta apuração de valores. Portanto, é vedado nesse procedimento: i) trazer novos elementos não discutidos na fase cognitiva e ii) rediscutir aquilo que já foi decidido.

Exceção feita aos pedidos implícitos que servem como valores na liquidação, como os juros, os honorários advocatícios e a correção monetária (CPC, art. 283), que, mesmo não requeridos e não decididos, serão inseridos na decisão liquidanda. Evidente que, se a sentença expressamente os exclui, fica vedada sua análise.

Esta regra, além de no art. 283, tem previsão no art. 407 do CC (juros de mora), no art. 1º da Lei n. 6.899/81 (correção monetária), no art. 20 do CPC (honorários) e no Enunciado 254 da Súmula do STF, mesmo tendo sido concebido na vigência do Código de Processo Civil de 1939.

Ademais, a sentença poderá fixar os critérios da apuração do valor. Desta forma, uma vez transitada em julgado a decisão, não poderão as partes, em sede de liquidação, estabelecer atualização ou índices de correção distintos daqueles fixados na sentença.

7.6 Liquidação com dano zero

É possível que a apuração do valor em liquidação não confira ao credor nenhum direito pecuniário? Se a sentença confere a condenação sem estabelecer o valor, mas a liquidação quando da apuração afere que não há nenhum resultado positivo, é possível permitir uma liquidação dano zero, mesmo com o princípio da fidelidade do título? Um exemplo pode aclarar o tema: numa demanda bancária, o correntista discute em juízo o índice adotado pelo banco para a correção dos valores. Argumenta que o índice deveria ser outro, mais favorável ao seu interesse. A sentença é procedente e o magistrado determina que se proceda a liquidação para a apuração dos valores constantes do contrato agora sob a incidência do índice indicado pelo autor. Em liquidação apura-se que o

valor agora é inferior àquele adotado pelo banco, não havendo nenhum valor a ser percebido pelo correntista.

Contudo, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: qual o destino da liquidação quando o magistrado não encontrar nenhum valor a ser executado?

Em duas situações isso pode ocorrer: na primeira quando não houver provas suficientes para provar o alegado; na segunda quando, de fato, não há valor algum a ser percebido.

No primeiro caso, em virtude da falta de provas, não se pode autorizar o julgamento *non liquet*, vedado no sistema brasileiro (CPC, art. 126). Nesse caso, o magistrado deve se utilizar de seu poder instrutório (CPC, art. 130) e determinar a produção de todas as provas necessárias para a condução de um resultado na liquidação. Caso, mesmo assim, não obtenha as provas necessárias, deve aplicar a regra de julgamento do ônus da prova (CPC, art. 333) para se verificar quem sofrerá o encargo da não produção da prova faltante.

No segundo caso, é de se levar à improcedência da liquidação.

Capítulo 8

◆ Pagamento de Quantia Certa contra Devedor Solvente (Título Executivo Extrajudicial)

1. Introdução

Conforme visto no capítulo dedicado aos princípios da execução, o patrimônio do executado responde pelas dívidas (princípio da patrimonialidade, CPC, art. 591). O cumprimento espontâneo é a regra e, quando não ocorre, incide a responsabilidade patrimonial.

Desta forma a execução de quantia é instrumento processual que objetiva proceder à expropriação dos bens do executado para a satisfação do crédito perante o credor (CPC, art. 646).

A execução por quantia certa contra devedor solvente, fundada em título executivo extrajudicial, mereceu maior cuidado e detalhamento pelo legislador na elaboração de seu procedimento. E isso se deve a, pelo menos, dois fatores:

- a) Casuisticamente, a execução de quantia é a mais comum, o que torna maior a preocupação do legislador em instaurar uma execução mais rente à realidade prática possível. Some-se à maciça jurisprudência decorrente da larga utilização dessa modalidade executiva, o que faz com que o legislador seja forçado a normatizar diversas nuances decorrentes da situação prática.
- b) o procedimento de execução por quantia é modalidade de execução por sub-rogação (coerção indireta), modalidade executiva em que a atividade do executado reveste-se de menor importância, já que o Estado deve utilizar meios objetivando o desapossamento dos bens do devedor. Some-se ao fato de que esta execução prestigia o *princípio da tipicidade dos atos* em que, ao contrário da execução por coerção,

os atos executivos são expressamente estabelecidos como um itinerário fixo a ser seguido pelo magistrado e partes no sentido da satisfação do crédito. Essas duas situações fazem com que o legislador se preocupe em estabelecê-los, com a maior riqueza de detalhes possível.

De acordo com a possibilidade financeira do devedor em responder pela obrigação do título, o CPC criou duas situações distintas. Havendo patrimônio suficiente, a execução será por quantia certa contra devedor solvente (CPC, art. 646 e ss.). Trata-se de execução para a expropriação de bens necessários à satisfação dos interesses daquele específico credor. Há, contudo, a execução por quantia certa contra devedor insolvente para as hipóteses em que o executado não possua bens ou sejam insuficientes para responder pela gama de credores que possui. Nesse caso, haverá um procedimento distinto com a habilitação do crédito para recebimento em rito similar ao da falência (CPC, arts. 746 até 786).

A execução por quantia pode ser procedida como fase do procedimento (cumprimento de sentença, CPC, art. 475-J) ou como processo autônomo, objeto de estudo neste capítulo. A execução como processo autônomo poderá ser efetivada de três formas:

- 1ª) Execução de título executivo extrajudicial.
- 2ª) Execução de sentenças cuja formação do título não se deu perante o juízo cível (sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória), conforme CPC, art. 475-N, parágrafo único.
- 3ª) As execuções por quantia de créditos de natureza especial (alimentos e Fazenda Pública). Neste sentido, Cândido Dinamarco assevera que estes casos são de cumprimento de sentença, mas a má estruturação do Código de Processo Civil neste tocante faz com que essas hipóteses sejam regidas pelo procedimento de execução autônoma (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 564).

2. Fase inicial (proposição)

- a) A *fase inicial* é desenvolvida em processo autônomo (não fase) e começa com uma petição inicial, com todos os requisitos do art. 614 e no que couber do art. 282 do CPC. Deverá ser acompanhada do título

executivo e do demonstrativo de débito atualizado (CPC, art. 614, I e II).

- b) A *Lei n. 11.382/2006* modificou completamente a fase inicial desta modalidade de execução. Antes o executado era citado para em vinte e quatro horas pagar ou nomear bens à penhora. Hoje, será citado apenas para pagamento em três dias.

Perceba que a execução não é processo vocacionado ao contraditório (que será diferido aos embargos ou alguma medida impugnativa autônoma), motivo pelo qual o executado não é citado para se defender tal como ocorre na demanda de conhecimento. Tanto que a não oposição dos embargos não gera revelia (CPC, art. 319). Contudo, dado o possível desconhecimento jurídico do executado, é possível que no mandado conste o prazo de quinze dias para que possa opor embargos.

A lei suprimiu também a possibilidade de o executado nomear bens à penhora, faculdade esta atribuída ao credor (CPC, art. 652, § 2º). Não que o executado não possa, mas hoje perdeu o “direito de preferência” que poderia exercer nas vinte e quatro horas que a norma lhe concedia. O credor poderá exercer esse direito e constará do mandado que se penhorem especificamente estes bens caso não haja o pagamento em três dias.

A lei menciona expressamente o art. 655, que expõe a ordem dos bens a serem penhorados. A despeito da menção, não está o exequente adstrito à ordem, até mesmo porque ela foi criada a seu favor e, portanto, não impede que haja a indicação de bem estabelecido pela lei como abaixo daquele de que o exequente, *sponte sua*, abriu mão de indicação.

Questão interessante é saber o termo inicial para a fluência do prazo de três dias, se da juntada aos autos do mandado (CPC, art. 241, II) ou se da efetiva citação, tal qual se via no regime anterior. Aplica-se neste particular a regra geral do art. 184 do CPC, excluindo-se o dia de início e incluindo-se o dia final.

O melhor entendimento é que o prazo fluirá independentemente da juntada do mandado. E isso porque a citação do executado já oportuniza ao oficial proceder à penhora dos bens independentemente da devolução do mandado de citação para os autos, conforme se interpreta do art. 652, § 1º, do CPC. A juntada do mandado somente terá serventia para a

fluência do prazo dos embargos ou da moratória processual (vistos adiante). O ato complexo procedido por dois mandados praticados sucessivamente justifica a adoção da contagem do prazo pelo regime anterior, e não pela regra geral do art. 241, CPC.

c) *Honorários*: o executado apenas se desonera da dívida se houver o pagamento, dentre outros, dos honorários advocatícios. Os honorários são fixados na execução de maneira equitativa pelo juiz (CPC, art. 20, § 4º). Neste sentido, duas questões importantes devem ser asseveradas:

1ª) Os honorários são, de acordo com a jurisprudência, fixados pelo juiz no mandado inicial para que facilite ao executado, se desejar, proceder ao pagamento espontâneo. Este entendimento dos Tribunais restou sedimentado com a reforma no art. 652-A.

◆ De maneira equitativa, isenta-se o magistrado de estabelecer os critérios fixados no parágrafo anterior (dez a vinte por cento).

2ª) Questão importante é saber o valor dos honorários finais, em havendo a oposição de embargos à execução. A fixação da verba honorária dependerá do resultado deste incidente.

◆ Se procedentes e gerarem a extinção da execução, os honorários da execução não serão devidos e apenas os dos embargos serão exigíveis.

◆ Se improcedentes (ou procedentes sem extinção), terá o exequente direito a duas verbas honorárias, uma da execução e outra dos embargos. E isso porque os embargos consistem em nova ação, com objeto litigioso diverso, que demandou mais trabalho do advogado.

O STJ, em recente decisão sobre o assunto, decidiu acerca da dupla condenação, independentemente do resultado dos embargos, em virtude da sua natureza de ação (REsp 1.212.563/RS).

O cabimento bifronte decorre da regra expressa no art. 20, § 4º, do CPC, ao estabelecer “execuções embargadas ou não”.

d) *Citação por oficial*: a citação será feita sempre por oficial de justiça (CPC, art. 222, *d*), o que proíbe seja feita pelo correio. A citação por meios eletrônicos dependerá da regulamentação prática da Lei n. 11.419/2006, arts. 5º e 6º, bem como do art. 221, IV.

As modalidades de citação ficta também são possíveis, consoante se depreende do Enunciado 196 da Súmula dominante do STJ. Apesar de que existe acesa discussão sobre a citação por hora certa na execução.

e) A lei estabeleceu um procedimento mais expedito no que concerne à atuação do oficial de justiça. Desta forma em um só mandado constará: a) na primeira via, a citação; b) na segunda via, a penhora e avaliação (CPC, art. 652, § 1º).

f) O executado, ao ser citado, pode exercer uma dessas quatro opções:

1ª) *Pagamento da dívida*

Havendo o pagamento espontâneo da dívida, e aqui se inclui o valor do principal, juros, correção monetária, custas e honorários advocatícios da parte contrária (CPC, art. 651), encerra-se a execução (CPC, art. 794, I). De duas formas, a reforma da execução criou mecanismos para estimular o devedor para com o cumprimento da obrigação: na execução de título judicial criou uma sanção punitiva – não pagamento em quinze dias acarreta multa de dez por cento sobre o valor do crédito – e na execução de título extrajudicial, ao contrário, criou-se um benefício, a sanção premial. Desta forma, se o executado cumprir a obrigação no prazo fixado na lei, somente arcará com metade dos honorários advocatícios da parte contrária.

2ª) *Oposição de embargos à execução*

Poderá o executado se insurgir contra o crédito por meio dos embargos que constituem modalidade de defesa clássica neste procedimento. Os embargos possuem natureza de ação e não necessitam mais de garantia do juízo para que sejam opostos, motivo pelo qual o prazo de quinze dias flui da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Os embargos instalam porção cognitiva ampla na execução, de modo a permitir em processo autônomo (pena de desvirtuar a natureza da execução) a existência da dívida.

3ª) *Pedido de moratória processual*

É possível ainda que o executado, no prazo dos embargos, proponha um plano de parcelamento da dívida, que será mais bem visto em capítulo próprio.

4ª) *Ficar inerte*

Caso o executado fique inerte, o magistrado vai determinar a expedição de mandado de penhora à avaliação, autorizando o oficial de justiça (caso o exequente já não os tenha indicado) a procurar bens expropriáveis do executado para satisfazer o crédito exequendo. Perceba que hoje o oficial de justiça exerce dupla função: procede à penhora e à avaliação do bem. Esta ideia já estava presente na Justiça do Trabalho (CLT, art. 721, § 3º) e na Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 13) e agora é utilizada para qualquer execução. Esta possibilidade decorre: a) da desnecessidade de um avaliador especificamente para atribuir valor a um bem de conhecimento notório. O gasto seria financeiro e de tempo; b) de que hoje é perfeitamente possível que o oficial de justiça, fazendo rápidas buscas na internet, encontre o valor adequado para a grande maioria dos bens.

Evidente que, se o bem fugir do espectro de conhecimento do oficial e for necessário conhecimento especializado (uma obra de arte, por exemplo), será designado, de maneira excepcional, um avaliador.

g) Contudo, duas situações fáticas são possíveis quando da diligência do oficial na procura do devedor e dos bens. Essas duas situações criarão circunstâncias processuais distintas e isso porque é possível:

- 1) Que se encontre o executado, e não bens. Nesse caso, o magistrado deve determinar a suspensão do processo (CPC, art. 791, III). Discute-se na doutrina e na jurisprudência o prazo em que este processo poderá ficar suspenso. E, mais, se poderia haver prescrição intercorrente (Enunciado 150 da Súmula dominante do STF).
- 2) Que se encontrem bens, mas não o executado. Encontrando bens, mas não o executado, o oficial não poderá proceder à penhora. Desta forma, a fim de evitar uma diligência inútil, poderá proceder ao arresto dos bens (CPC, art. 653).

Diverge a doutrina acerca da natureza jurídica do arresto, havendo aqueles que defendem sua natureza cautelar (CPC, art. 813) e outros como satisfativa, ou seja, instrumento próprio da execução.

Entendemos tratar-se de natureza satisfativa. Há motivos: 1) não tem como pressuposto a urgência, ou seja, o risco de dilapidação não é o fato gerador para a incidência desta modalidade de arresto; 2) sua natureza não é acautelatória, mas satisfativa, pois o arresto não visa a salvaguardar outro processo, mas é o próprio direito que se busca; 3) este arresto poderá ser concedido de ofício, o que não é possível com o arresto cautelar. Tanto que, depois de enfrentadas as diligências que serão vistas abaixo, o arresto convola-se em penhora.

Tanto tem natureza de pré-penhora que o direito de preferência decorrente da penhora (CPC, art. 612) atinge também esta modalidade, o que não impede a concessão de arresto cautelar *initio litis* quando se constatar o risco de dilapidação (CPC, arts. 615, III, e 813).

Com a efetivação do arresto, o oficial deverá procurar o executado por três vezes nos dez dias subsequentes para tentar a citação (afinal, se o objetivo da execução é empreender a penhora, o arresto nada mais é do que uma penhora sem ciência). Não o encontrando, o oficial devolverá o mandado negativo ao juiz, que intimará o exequente para que proceda a intimação por edital no prazo de dez dias. O magistrado determinará prazo de três dias para que o executado responda do edital. Aqui o prazo não começa da efetiva citação, mas do escoamento do prazo previsto no art. 232, IV, do CPC. Findo esse prazo, o arresto converte-se em penhora (CPC, art. 654).

Neste caso, deverá ser nomeado curador especial (CPC, art. 9º, II, e Enunciado 196 do STJ) para eventualmente opor embargos à execução.

Não é necessária a intimação do executado para a conversão do arresto em penhora. Os Tribunais tinham entendimento de que a necessidade de intimação (entendimento baseado no regime anterior) decorria do fato de que da decisão de conversão corria o prazo para a oposição de embargos. Ocorre que hoje o prazo dos embargos flui independentemente da segurança do juízo, motivo pelo qual a intimação se tornou desnecessária.

Veja que a situação aqui se enquadra na hipótese de não localizar o executado para a citação. Encontrando-o, mas não pagando em três dias, o oficial poderá, desde já, penhorar tantos bens quantos bastem à satisfação do crédito.

h) *Intimação da penhora*: a intimação da penhora será feita imediatamente na pessoa do executado e, não havendo advogado, a intimação será pessoal (CPC, art. 652, § 4º). Preconiza o parágrafo seguinte que: “Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências”. Observe que o vocábulo *podrá* autoriza ao juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, verificar se será necessária nova busca do executado ou se já se deu por satisfeito. Nesse caso, não há se falar em nulidade decorrente da falta de intimação, pois a lei autoriza ao juiz verificar a necessidade ou não desta comunicação após a sua não localização.

Evidente que a não localização do executado que *já tenha* advogado nos autos permite a intimação pela imprensa oficial.

É possível que o juiz, em não se localizando bens penhoráveis, intime o executado para indicar bens suscetíveis de penhora (CPC, arts. 652, § 3º, 600, IV, e 601). A não indicação representará ato atentatório à dignidade da justiça, sendo prevista multa para o descumprimento. Esta intimação será feita na pessoa do advogado, quando o executado tiver patrono nos autos. Caso contrário, será pessoal.

i) *Averbação da execução* (CPC, art. 615-A): conforme visto, uma das acepções da fraude à execução é a tentativa de alienação de bens capaz de reduzir o executado à insolvência (CPC, art. 593, II).

O executado que tiver *animus* de fraudar não tem como ser impedido, mas é possível alertar terceiros de que o bem a ser adquirido pode ficar comprometido para com o cumprimento da execução.

Assim preconiza o mencionado artigo que o exequente, no ato da distribuição, poderá requerer certidão do ajuizamento da demanda, com os dados pertinentes (nome das partes, valor da causa), para que possa averbá-la junto ao registro de imóveis, DETRAN e todos os lugares suscetíveis de registro em que se encontram bens penhoráveis do executado.

O objetivo precípua é alertar terceiros e mesmo o próprio executado antes da citação de que a alienação ou oneração daquele bem pode acarretar em fraude à execução. E a lei presume essa fraude (CPC, art.

615-A, § 3º). Evidente que essa presunção é relativa, pois o executado poderá ter outros bens para responder à obrigação, não sendo tipificados na regra do art. 593.

- 1) Concretizando a averbação, o exequente deverá comunicar ao juízo acerca dela no prazo de dez dias. O decurso do prazo sem a devida comunicação acarreta perda da eficácia da averbação.
- 2) Havendo averbação sobre conjunto de bens que ultrapassem o valor da execução, o magistrado determinará o cancelamento do que se averbou a maior.
- 3) A averbação indevida apenará o exequente conforme art. 18, § 2º, do CPC. Por averbação indevida, tenha-se a averbação de bens impenhoráveis ou notoriamente com valor superior ao da execução (sabendo-se que já houve a averbação de outros que satisfazem o crédito).

3. Fase da penhora

3.1 Introdução

A penhora é o instrumento que objetiva individualizar os bens do executado que serão destinados ao cumprimento da execução. A penhora modifica a situação *genérica* da execução, até então no plano da responsabilidade patrimonial, para se transformar em situação *concreta* com a apreensão dos bens aptos a satisfazer o crédito.

Três correntes tentam explicar a natureza jurídica da penhora:

- a) *Medida cautelar*: para essa corrente a penhora seria uma segurança para salvaguardar bens do executado para a fase de expropriação. Essa corrente não é a mais adequada na medida em que a cautelar possui finalidade distinta do processo principal, mesmo que para salvaguardá-lo.
- b) *Medida híbrida* (ora cautelar, ora executiva): para essa corrente a penhora seria um ato executivo, mas também acautelatório. Como este acautelamento é mera consequência do ato e não integra a sua essência, não há se falar em natureza cautelar.
- c) *Ato executivo*: constitui ato simples da execução, cujo objetivo é a individuação e preservação dos bens que responderão no processo de

execução para com a dívida. Este é o posicionamento majoritário da doutrina e o que, a nosso ver, é o mais consentâneo com a natureza do instituto.

A penhora produz ao menos cinco efeitos, seja de natureza material, seja de natureza processual:

- 1) *Prevenção executiva* (processual): trata-se da individuação dos bens que serão afetados com a penhora. Via de consequência, os demais estarão livres para que possam ser dispostos da maneira que ao executado melhor aprouver (oneração ou alienação) sem que incorra em fraude à execução.
- 2) *Garantia do juízo* (processual): a penhora é, ainda, requisito de admissibilidade para a defesa do executado nas execuções de título judicial. Não o é mais para a de título extrajudicial. Diante do juízo de verossimilhança de que se reveste o título, a garantia do juízo visa a conferir equilíbrio na relação executiva, pois é grande a probabilidade de êxito do exequente, além de criar condições práticas para a satisfação do crédito.
- 3) *Direito de preferência* (processual): o mesmo bem pode ser penhorado diversas vezes em processos distintos. Esta situação ocorre quando o executado não possui muitos bens e o bem penhorado possui valor tal que alcança o valor das execuções que nele se procedeu ao gravame. Em havendo diversas penhoras e não sendo o caso de execução contra insolvente, a preferência dos credores seguirá a ordem cronológica da penhora *prior in tempore, potior jure*. Esta preferência ultrapassa até mesmo a natureza do crédito, que aqui não se reveste de importância. O direito de preferência se dá pela própria penhora, e não pelo registro, que constitui apenas mecanismo para dar ciência a terceiros. Esta regra se aplica, igualmente, ao arresto executivo (CPC, art. 653).
- 4) *Desapossamento* (material): o executado mantém-se proprietário do bem. Contudo, perde a sua posse direta, na medida em que o bem será retirado de seu contato. Manterá desta forma a posse indireta do bem. Nas situações, não raras, em que o próprio executado se mantém como depositário do bem, continuará com a posse direta? Sim, mas haverá uma modificação no título da posse. Antes como mero

possuidor e agora como possuidor-depositário, respondendo pela incolumidade do bem.

5) *Ineficácia de atos de oneração/alienação* (material): o bem penhorado pode ser alienado, pois o executado ainda é proprietário. Contudo, a fim de evitar fraude, a venda é ineficaz em relação ao credor, que ainda mantém direito de seqüela sobre o bem que responde para com a execução da qual está vinculado.

A penhora deve produzir resultados práticos e concretos. É por isso que “Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” (CPC, art. 659, § 2º).

3.2 Ordem da penhora

Havendo diversos bens no patrimônio do executado e sabendo-se que nem todos serão penhorados, a lei optou em criar uma ordem de preferência entre eles. Semelhante regra está prevista na Lei de Execução Fiscal (art. 11, Lei n. 6.830/80).

O art. 655 do CPC, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.382/2006, estabelece a seguinte ordem de bens sujeitos à penhora: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II – veículos de via terrestre; III – bens móveis em geral; IV – bens imóveis; V – navios e aeronaves; VI – ações e quotas de sociedades empresárias; VII – percentual do faturamento de empresa devedora; VIII – pedras e metais preciosos; IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI – outros direitos.

Esta ordem hoje é endereçada em grande parte ao exequente, e não ao executado. No regime anterior competia ao devedor pagar em vinte e quatro horas ou nomear bens à penhora. Assim, neste lapso de tempo, era possível ao executado decidir o bem que poderia ser levado à constrição judicial.

Esta ordem, contudo, não é absoluta. O *caput* do art. 655 utiliza o vocábulo “preferencialmente”. Desta forma a escolha deverá ser feita com base em dois vetores importantes e que permeiam toda relação

executiva: a) o cumprimento da obrigação e b) a menor onerosidade ao executado (CPC, arts. 620 e 656).

Estabelece o § 1º do art. 655 do CPC: “Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora”.

3.3 Efeitos subjetivos da penhora

Inegavelmente a penhora produz efeitos para o credor, para o devedor e para terceiros.

1) O credor possui um direito em potencial e um em concreto. Em potencial será o direito que detém ao crédito decorrente do bem penhorado, podendo adquiri-lo para si (adjudicação), receber o fruto da venda deste bem (arrematação ou alienação por iniciativa particular) ou mesmo usufruir dos rendimentos do bem penhorado (usufruto).

Em concreto é o direito de preferência que exerce em relação aos demais credores quando sua penhora é anterior às eventuais que existam sobre aquele bem.

2) O devedor tem como primeiro e principal efeito o desapossamento ou mesmo a mudança na qualidade da posse (se for designado como depositário). O devedor não perde o domínio (que só ocorrerá na fase de expropriação), mas perderá os direitos de usar e gozar do bem ou zelar pela sua incolumidade já que responde pela sua perda ou deterioração.

3) Em relação a terceiros, há três situações em que a penhora atinge a sua esfera jurídica produzindo seus regulares efeitos:

a) A penhora exerce função semelhante a de um direito real e, portanto, possui eficácia *erga omnes*. Assim, qualquer terceiro estará ciente que eventual aquisição do bem penhorado gerará ineficácia em relação ao processo, mantendo-se o bem vinculado ao processo em que se procedeu ao gravame.

b) Se o bem penhorado estiver em posse de terceiro (CPC, art. 659, § 1º), este deverá acatar a ordem judicial procedendo sua imediata

devolução ou cuidando do bem no caso de se manter como depositário.

- c) Preconiza o art. 655-B do CPC que: “Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem”. Desta forma restará apenas a venda do bem com a devolução em dinheiro da meação correspondente a cônjuge que, justamente por estar fora do processo, considera-se terceiro. O cônjuge deverá ser intimado sob pena de nulidade (CPC, art. 655, § 2º). Esta regra se aplica também, nos mesmos moldes, aos demais condôminos.

3.4 Modificações na penhora

Vige no ordenamento brasileiro a regra de que a penhora é imodificável (CPC, art. 667). Contudo, a lei, em raras situações, excepciona esta regra permitindo que haja alteração (substituição, ampliação, redução, renovação).

- 1) Ocorre **ampliação** quando o magistrado, após a avaliação, verificar a insuficiência dos bens para integralizar a satisfação do crédito (CPC, art. 685, II). É o denominado *reforço de penhora*. Nesse caso, de acordo com a lei, poderá: a) apreender outros bens para atingir o valor desejado; ou b) substituir por bens de maior valor.
- 2) Ocorre **redução** da penhora em que, notoriamente (geralmente descoberto após a avaliação), os bens apreendidos são de valor excessivamente maior que o crédito exequendo e acessórios. Neste caso: a) poderá liberar alguns bens ou b) substituir por bens de menor valor (CPC, art. 685, I).
- 3) Ocorre **renovação** quando for necessária a realização de outra penhora decorrente da mesma execução (CPC, art. 667). De acordo com o referido artigo, haverá renovação quando: I – a primeira for anulada; II – executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor; III – o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados. A doutrina costuma inserir mais uma hipótese não prevista em lei que é a situação dos bens perecidos, subtraídos ou destruídos quando já penhorados.

4) Contudo, a hipótese mais comum de modificação da penhora é sua **substituição**. O CPC se ocupou do assunto em dois artigos distintos (CPC, arts. 656 e 668). No primeiro, a substituição é dirigida a qualquer das partes; no segundo, somente ao executado.

a) *Pelas partes* (CPC, art. 656): o referido artigo enumera amplo rol com sete incisos especificando quando seria possível a substituição dos bens penhorados.

Perceba que essa hipótese de substituição, ao contrário da referida no art. 668, não possui prazo estabelecido em lei, o que se conclui pela ausência de preclusão temporal. Nessa hipótese (ao contrário da do art. 668), o vício está na penhora, motivo pelo qual basta o enquadramento da hipótese legal no caso concreto para se verificar a pertinência da substituição (tipicidade).

b) *Pelo exequente*: é possível que o exequente requeira a substituição do bem dado em penhora se não preencher qualquer requisito do já mencionado art. 656, especialmente se o problema não for com o bem (**conteúdo**), mas com a formalização da penhora (**forma**) (CPC, arts. 656, VII, e 668, parágrafo único).

c) *Pelo executado*: além das hipóteses previstas no art. 668, o art. 656 traz regulação comum ao exequente e ao executado. Assim, o executado poderá requerer a substituição do bem penhorado por fiança bancária ou seguro-garantia judicial (CPC, art. 656, § 2º), que notoriamente são mais vantajosos, do ponto de vista prático, para o exequente e para a própria execução. Esta regra é novidade no sistema trazida pela Lei n. 11.382/2006, mas que já tinha previsão na execução fiscal (LEF, art. 15, I). Por se tratar de dinheiro, não se submete ao prazo de dez dias, pois age como uma remição da execução.

Remição da execução é o pagamento efetivado pelo executado no curso do processo, antes da adjudicação ou arrematação (CPC, art. 651).

Independentemente de quem tenha procedido ao pedido de substituição, compete ao magistrado, preliminarmente, ouvir a parte contrária no prazo de três dias. Pela incompatibilidade com o rito da execução, a eventual impugnação deve prescindir de dilação

probatória, com todos os argumentos aptos a demonstrar o direito da parte desde já em sua petição. Trata-se de incidente processual que correrá nos mesmos autos da execução.

- d) *Exclusivamente pelo executado (CPC, art. 668)*: o legislador se preocupou em moldar a norma em comento de maneira mais completa, estabelecendo não apenas prazo para seu requerimento, mas também requisitos para que seja autorizada pelo juiz.

Desta forma, apenas o executado poderá requerê-la no prazo de dez dias após a intimação da penhora, desde que haja: i) ausência de prejuízo ao exequente; ii) menor gravosidade ao executado.

É complexa a tarefa do juiz em harmonizar duas diretrizes opostas. De regra, a menor gravosidade ao executado incide em prejuízo ao exequente e vice-versa. Devem se aplicar com parcimônia estas diretrizes em atenção ao princípio da proporcionalidade.

A doutrina é pacífica em asseverar que ambos os requisitos são cumulativos, não podendo requerer a substituição com base em apenas um deles.

Nesta hipótese não há vício na penhora. Desta forma a substituição deve preencher os requisitos anteriormente enumerados. Ao contrário da hipótese do art. 656, em que os requisitos são intrínsecos, ou seja, da própria penhora que, por ser invalidada, autoriza a substituição.

3.5 Efeitos espaciais da penhora

A dimensão espacial da penhora diz respeito ao local onde se procede. A regra vem prevista no art. 659, § 1º, do CPC ao dispor: “Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros”. A regra não cria limites para que se proceda a penhora independentemente do lugar. Contudo, a lei estabelece alguns mecanismos para que se torne a penhora menos onerosa e mais efetiva:

- a) *Bens fora do foro*: o art. 658 do CPC estabelece que, se o devedor não tiver bens no foro do processo, a penhora será feita por carta, no local em que se procederá a avaliação e à alienação. Tanto que os embargos por carta serão julgados no juízo deprecado se houver vício na penhora, avaliação ou alienação dos bens (CPC, art. 747). Em dois

casos não será necessária a penhora por carta: i) nas hipóteses de penhora on-line (CPC, art. 655-A) e ii) nas hipóteses de bem imóvel que poderá ser realizada por termo de penhora nos autos (CPC, art. 659, §§ 4º e 5º).

b) *Bens imóveis*: a penhora de bens imóveis será realizada da mesma forma que a de bens móveis. Contudo duas questões são importantes asseverar:

- 1) Deve ser providenciada a averbação em registro imobiliário para conhecimento de terceiros. Constitui presunção absoluta em relação a terceiros que não podem alegar má-fé.
- 2) Não será necessária a expedição de carta se se tratar de bem imóvel situado em outra comarca. Basta que se apresente em juízo a certidão da matrícula do imóvel (independentemente de sua localização) quando a penhora será formalizada por termo nos autos (CPC, art. 659, § 5º). A intimação da parte será pessoal ou endereçada a seu advogado, se tiver.

3.6 Penhoras especiais

3.6.1 Penhora on-line

Além da penhora física, empreendida por oficial de justiça, a lei regulamentou a penhora por meios eletrônicos, a denominada penhora on-line. Nada mais natural que a ampliação do leque de possibilidades de constrição de patrimônio do executado. Uma pela natural recalcitrância em localização dos bens penhoráveis. Outra por se tratar o dinheiro do patrimônio de maior liquidez, seja pela preferência do exequente, seja pela desnecessidade de se proceder ao moroso procedimento para conversão deste patrimônio em renda (arrematação, alienação por iniciativa particular e usufruto).

Desta forma, para que o exequente verifique a existência de algum crédito, empreendeu-se um convênio do Banco Central com o Judiciário (*Bacenjud*) permitindo que o magistrado oficie o Banco Central para que este expeça ofício a todos os bancos e determine o bloqueio de valores em contas correntes ou aplicações financeiras do executado.

Algumas questões importantes:

- a) Não se trata de quebra de sigilo bancário. Nem o exequente, nem o juiz terão informações acerca da movimentação bancária. O direito à penhora confere ao exequente e ao Estado o direito de saber se o executado possui bens ou valores depositados em contas ou investimentos.
- b) O bloqueio se limita ao valor do débito, não seguindo mais o antigo regime que a jurisprudência asseverava do bloqueio de todos os ativos financeiros.
- c) É possível o bloqueio de apenas uma conta se esta contiver valor suficiente à satisfação do crédito. Mas nada impede que se proceda a bloqueio de diversas contas até se chegar ao valor necessário.
- d) *Havendo vários bloqueios* – uma vez que os bancos recebem seus ofícios com a ordem, mas sem ciência de que os demais bancos já procederam ao bloqueio, o primeiro que proceder a constrição será a instituição preventa. Comunica-se ao banco central que expedirá contramandados às demais instituições de modo a não proceder à penhora, para evitar o excesso de penhora.

A Resolução 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça permite que as empresas procedam ao cadastro de uma conta corrente junto ao Superior Tribunal de Justiça para que eventual penhora recaia sobre essa específica conta (art. 4º).

- e) Conforme se depreende do art. 655-A do CPC, a penhora on-line depende de requerimento da parte. Apesar de na prática forense se encontrar a atuação oficiosa de alguns magistrados, entende-se que esta modalidade de penhora é de interesse exclusivo das partes, motivo pelo qual fugiria da esfera de disponibilidade judicial esta atuação independentemente de provocação.
- f) Além de expresso requerimento do exequente, a penhora on-line encontra limites no § 2º do art. 655-A que reporta ao art. 649, IV, do CPC. Isso porque se trata de uma das hipóteses de impenhorabilidade os rendimentos do executado necessários ao provimento de sua família.

Contudo, este benefício somente poderá ser usufruído pelo executado se expressamente provar que este numerário decorre para tal finalidade.

A penhora de valores na conta poupança não fica obstada, desde que se mantenha o limite de quarenta salários mínimos, conforme se depreende do art. 649, X, do CPC.

O artigo observa ainda, no já comentado § 2º, que a impenhorabilidade não se limita apenas ao inciso IV do art. 649. Portanto, as demais situações de impenhorabilidade também incidem nessa modalidade de penhora.

g) Estabelece o art. 655-A, § 4º: “Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995” (com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal n. 11.694/2008).

h) A penhora on-line poderá alcançar conta conjunta. Aliás, é o que ficou decidido em recente entendimento do STJ no REsp 1.229.329/SP.

3.6.2 Penhora de créditos

Se a penhora recair sobre crédito que o executado tenha direito a receber, a constrição será feita pelo oficial de justiça. Desta forma será intimado: i) o terceiro devedor para que não pague ao seu credor e ii) o credor do terceiro para que não disponha do seu crédito (CPC, art. 671).

Se se tratar de título de crédito (cheque, promissória, duplicata), a penhora se dá pela apreensão do documento, independentemente de quem esteja na sua posse. Caso não haja a apreensão, poderá o terceiro confessar a dívida, quando será o depositário do valor. Fica, portanto, vinculado ao cumprimento e somente se exonera depositando em juízo o valor do crédito.

Independentemente, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor em relação àquele crédito, podendo optar pela alienação do direito penhorado, conforme dispõe o art. 673, § 1º, do CPC.

Se este direito estiver sendo pleiteado em juízo, deve se proceder à **penhora nos rostos dos autos** (CPC, art. 674), para que o crédito ali proveniente seja passado – até o limite da obrigação – ao credor.

As demais regras estão previstas nos arts. 675 e 676 do CPC.

3.6.3 Penhora sobre empresa e outros estabelecimentos (CPC, arts. 677 a 679)

Se recair a penhora em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como semoventes, plantações ou edifício em construção, deverá o magistrado nomear um depositário para que em dez dias apresente a forma como fará sua administração. O depositário pode também ser nomeado pelas partes.

Nada impede que as partes determinem como será feita a administração, ficando condicionada à homologação do juiz.

Contudo, se a empresa funcionar mediante concessão ou autorização (CPC, art. 678), a penhora será sobre a renda, sobre alguns bens ou sobre todo o patrimônio, dependendo do valor do crédito. Nesse caso, preferencialmente será nomeado como depositário um diretor da pessoa jurídica.

Quando se tratar de **navio** ou **aeronave**, é possível continuar seu regular uso até a alienação, desde que o executado faça seguro usual contra riscos.

3.7 Procedimento

- 1) *Resistência do executado* (CPC, arts. 660 a 664): se o devedor impedir a penhora obstando o ingresso no local, o oficial comunicará ao magistrado, que poderá determinar ordem de arrombamento. Nesse caso, a ordem de arrombamento será efetuada por dois oficiais de justiça e duas testemunhas presentes que assinaram o auto. Se necessário, será solicitada força policial para acompanhar a diligência, que poderá atribuir voz de prisão por resistência.
- 2) *Auto de penhora* (CPC, arts. 665 a 666): considera-se realizada a penhora com a apreensão e o depósito dos bens, sendo lavrados em apenas um auto caso as diligências sejam cumpridas no mesmo dia.

Para cada penhora haverá um auto. O auto deve conter: a) local e data da penhora; b) nome do credor e do devedor; c) descrição completa dos bens penhorados; d) o depositário dos bens. O art. 666 estabelece onde os bens serão preferencialmente depositados:

I – no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito [As joias, pedras e objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate.];

II – em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos;

III – em mãos de depositário particular, os demais bens.

Os bens podem ficar depositados com o executado em duas situações: a) expressa autorização do exequente ou b) bens de difícil remoção. A despeito de a lei estabelecer o executado como depositário uma situação excepcional, na prática a regra é que os bens fiquem em seu poder.

4. Moratória processual e avaliação

4.1 Moratória processual

4.1.1 Introdução

A animosidade entre as partes no processo (no caso, exequente e executado) sempre foi óbice para a composição de acordo em juízo. Muitas vezes, a recalcitrância interminável do devedor no pagamento da obrigação leva o credor a buscar o Poder Judiciário para receber o seu crédito e, sendo citado, este devedor poderá até propor acordo. Contudo, mesmo pela demora no cumprimento da obrigação, é possível que o credor, até mesmo como revanchismo, recuse a proposta sob o argumento de que não lhe é interessante.

Era necessário ao legislador estabelecer uma regra que “forçasse” ou, quando muito, estimulasse a realização do acordo: foi criada a moratória

processual (CPC, art. 745-A). Estabelece o referido artigo: “No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês”.

Não se trata de negar vigência ao art. 314 do Código Civil, mas, bem diferente, de criar condições para que o pagamento seja efetivado de fato. Trata-se, em verdade, de dar fundamento ao **princípio da efetividade**, pois provavelmente o credor receberá antes do momento em que normalmente receberia se o processo seguisse seu natural caminho, e ao da **menor onerosidade**, pois se o próprio executado apresentou o parcelamento é porque esta forma é menos gravosa a sua esfera jurídica.

Portanto, a petição deverá ser endereçada ao próprio juiz da causa, no prazo dos embargos com o requerimento para pagamento. A lei estabelece em até seis vezes o pagamento. Dentro dessa possibilidade, poderá o executado escolher a melhor forma de proceder ao pagamento. Sobre as parcelas incidem juros de um por cento ao mês.

4.1.2 Questões processuais pertinentes

a) *Recusa*: o parcelamento não pode ser recusado pelo credor. Não se trata de uma imposição para composição de acordo, mas, bem diferente, de um direito conferido ao devedor. E, mais, se os pressupostos estiverem preenchidos, também é vedado ao magistrado indeferir a moratória. Caso contrário, com receio de que o magistrado possa indeferir seu pedido, o executado não apresenta o plano de moratória, pois não quer abrir mão de opor os embargos caso haja o indeferimento. Evidente que no caso concreto deve-se observar a saúde financeira do executado e verificar se, de fato, tenha condições para honrar o acordo. Nada impede que o magistrado condicione o deferimento à demonstração da forma de pagamento, forma de obtenção do numerário, entre outros requisitos que entenda importantes.

Contudo, a recusa justificada constitui decisão interlocutória que desafia o recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522).

b) *Valor*: o depósito prévio de trinta por cento tem como base de cálculo o valor da execução (principal, leia-se valor do título executivo) somado a juros, correção monetária, custas processuais (que são adiantadas pelo exequente, CPC, art. 19) e honorários advocatícios (que já foram fixados pelo magistrado, conforme art. 652-A, CPC). Questão interessante diz respeito à redução da verba honorária: o plano de moratória apresentado até o terceiro dia isenta o executado de metade dos honorários conforme art. 652-A?

A resposta é negativa e isso porque a lei exige “integral pagamento”, o que não ocorre quando se apresenta o acordo.

Este depósito ademais já deve acompanhar a petição sob pena de preclusão consumativa. Não se pode requerer posterior juntada da guia de depósito.

c) *Prazo*: como se fala em prazo dos embargos, deve ser levado em consideração o termo inicial com a juntada aos autos do mandado de citação cumprido (CPC, art. 738), e não a efetiva citação (= ciência formal da demanda).

d) *Aplicação em execução de título executivo extrajudicial*: estabelece o art. 475-R do CPC que a execução de título extrajudicial aplica-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença “no que couber”. A questão é apenas verificar se a regra do art. 745-A “se encaixa” no procedimento da execução de título judicial. Há no Brasil duas correntes:

A **primeira corrente** defende que não seria possível, na medida em que o executado já se valeu de todo prazo possível para o pagamento e proposta de acordo, sendo mais um ônus a ser suportado pelo exequente. Esse posicionamento é defendido por Humberto Theodoro Júnior e Luiz Guilherme Marinoni.

A **segunda corrente** defende o posicionamento de que seria possível. E isso decorre do fato de a moratória, na maioria dos casos, ser ainda mais célere que o procedimento natural da execução (penhora, intimações, hasta pública...). Este posicionamento é defendido por Cassio Scarpinella Bueno.

A última corrente seguramente é a que melhor atende aos princípios que norteiam a execução. E isso porque a celeridade que a moratória

proporciona na satisfação do crédito é sobejamente superior ao trâmite regular da execução. De fato a expressão “reconhecendo o crédito” prevista no art. 745-A deve ser vista com as devidas adaptações quando do seu transporte para o Livro I na aplicação ao cumprimento de sentença.

Não há, de fato, *reconhecimento*, quando sobre o título repousa a coisa julgada que deflagra o já reconhecimento da existência **do crédito** por decisão judicial. Contudo o enfoque não pode ser nessa ótica. Até mesmo porque o executado pode não reconhecer o crédito (excesso de execução, cálculo equivocado, incidência a maior dos honorários) **tal qual executado**.

Desta forma, não há como recusar a aplicação desta regra no cumprimento de sentença em atenção às já comentadas efetividade e menor onerosidade.

e) *Moratória parcial*: questão a ser discutida também é se seria possível proceder à moratória parcial – reconhecendo e procedendo ao parcelamento de parte da dívida – com a consequente possibilidade de opor embargos sobre o remanescente.

A questão resulta na discordância do executado com o valor exequendo e, portanto, haveria uma espécie de “consignação parcelada”, pois depositaria o que entende devido com os benefícios do parcelamento.

A situação esbarra na vontade do legislador ao instituir a moratória que é a possibilidade de *encerrar* a execução. A moratória parcial não resolveria este problema.

Contudo, não vemos como problema a possibilidade de moratória processual parcial que agiria como um “julgamento antecipado parcial da lide pelo incontroverso”, nos termos do art. 276, § 6º, do CPC. Assim, o valor incontroverso seria objeto de parcelamento, e o restante, de discussão judicial pelos embargos (desde que observados os prazos legais).

4.1.3 Descumprimento (CPC, art. 745-A, § 2º)

A lei estabelece rígido controle para o caso de descumprimento. Desta forma, caso o executado não cumpra a moratória, a lei estabelece três

consequências para o caso de descumprimento:

- a) Vencimento antecipado das demais parcelas.
- b) Incidência de multa de dez por cento sobre as vincendas.
- c) Impossibilidade de opor embargos. O que é óbvio em decorrência da preclusão lógica. Afinal, como discutir em sede de embargos a dívida que foi confessada em petição anterior? Entretanto, nada impede que o executado se valha dos embargos de segunda fase, caso ocorram vícios no processo após a penhora (que provavelmente será realizada em virtude do inadimplemento do acordo).

Desta forma o exequente comunicará ao juízo o inadimplemento, refazendo os cálculos da execução com o valor restante acrescido da multa.

4.2 Avaliação (CPC, arts. 680 a 685)

A avaliação do bem é necessária, pois com base nela é que se poderá fazer a alienação do bem penhorado.

O novo regramento da execução determina que a avaliação seja feita pelo oficial de justiça (CPC, arts. 143, V, e 652, § 1º). Em duas situações não será o oficial a empreender a avaliação: a) quando depender de conhecimentos especializados ou b) quando houve a aceitação do valor estimado pelo executado (CPC, art. 668, parágrafo único, V).

Se a avaliação se der por oficial, o seu laudo integrará o auto de penhora; contudo, nas hipóteses de avaliação por especialista, o magistrado fixará prazo para a apresentação de laudo. Este laudo deverá conter a descrição completa do bem, a indicação do seu estado e o seu valor.

Se for possível o desmembramento, a avaliação poderá ser feita em partes pelo avaliador, para facilitar a expropriação do bem penhorado.

Se se tratar de valor dos títulos da dívida pública, ações das sociedades e títulos de crédito negociáveis na bolsa, o valor será da cotação oficial do dia, com prova de certidão ou publicação no órgão oficial competente (CPC, art. 682).

O art. 683 autoriza nova avaliação em três situações:

- a) qualquer das partes arguir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador;
- b) se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou
- c) houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, V).

Quanto ao contraditório, a questão foi mais bem desenvolvida no [item 3.4](#) sobre modificações da penhora.

5. Fase da expropriação

5.1 Introdução

Depois da penhora e da avaliação e tendo perpassado a fase dos embargos ou impugnação (que serão vistos em momento oportuno no Capítulo 11), é necessário verificar os mecanismos de expropriação colocados à disposição do Estado e do exequente para que possam converter em renda os bens retirados do executado.

Expropriar é transferir ao credor o direito sobre o crédito de um bem que foi retirado coativamente do devedor.

Fazendo rápida analogia com o direito administrativo, a expropriação se assemelha com a desapropriação. E isso porque nesta se retira a propriedade de alguém transferindo sua propriedade ao Poder Público. Naquela, enseja a alienação forçada (ou transferência, via adjudicação) para a satisfação do crédito na execução.

Se não houve a penhora de dinheiro (CPC, arts. 655, I, e 655-A), a fase de expropriação se faz presente. Com a remodelação da execução com a reforma empreendida pela Lei n. 11.382/2006, estabeleceram-se nova ordem e novos mecanismos expropriatórios muito mais consentâneos com a realidade. No regime anterior, havia a predileção que o bem fosse arrematado por terceiros estranhos ao processo. Sabendo que o bem, de regra, não era levado na primeira hasta pública, os terceiros aguardavam para arrematar na segunda hasta, quase sempre por valor vil. Esta forma de expropriação não favorecia ao credor, nem ao devedor e tampouco ao Estado.

Hoje a expropriação observa a seguinte ordem: a) adjudicação (CPC, arts. 685-A e B); b) alienação por iniciativa particular (CPC, art. 685-C); c) arrematação (CPC, arts. 686 a 707); e d) usufruto de bem móvel ou imóvel (CPC, arts. 716 a 724).

A antiga remição *de bens* (que não pode ser confundida com a remição *da dívida*, ainda existente, que consiste na possibilidade de o executado, a qualquer tempo, mas antes da arrematação/adjudicação, pagar a dívida e seus acessórios), prevista no revogado art. 787, não mais existe. Hoje a lei confere ao ascendente, descendente ou cônjuge do executado a possibilidade de adjudicação do bem (CPC, art. 685-A, §§ 2º e 3º).

5.2 Adjudicação

5.2.1 Introdução

Ocorre adjudicação quando o credor ou outro legitimado conferido por lei transfere para si, *in natura*, o(s) bem(ns) penhorado(s). Se o objeto da execução é dinheiro (quantia certa) e o exequente/legitimado deseja o bem objeto da penhora, e não o seu correspondente valor, inegavelmente constitui modalidade de dação em pagamento (CC, art. 356).

É forma de aquisição derivada da propriedade móvel ou imóvel.

Com a nova sistemática da execução, a adjudicação, que era apenas mais uma forma de expropriação, tornou-se a principal modalidade, preferida sobre todas as demais.

Por isso mesmo, é necessário que haja requerimento expresso da parte, na medida em que a adjudicação é uma faculdade, não podendo o credor ser compelido a aceitar o bem, já que a regra é o recebimento de quantia. Recomendável, outrossim, que o advogado tenha poderes especiais para requerê-la (CPC, art. 38).

Além disso, a adjudicação somente poderá ser aperfeiçoada se o credor (ou os demais legitimados) oferecer valor igual ou superior ao da avaliação. Se não quiser levar pelo valor avaliado, deverá se submeter à arrematação ordinária e aguardar que ocorra a segunda hasta pública em que poderá atribuir lance inferior ao da avaliação (desde que não seja valor vil).

O valor do crédito deve ser compatível com o valor do bem. Não sendo, deve-se proceder aos devidos ajustes: o art. 685-A, § 1º, estabelece que, se o valor do crédito for: i) inferior ao do bem, deve o credor depositar a diferença para proceder à adjudicação; ii) superior ao do bem, procede-se à adjudicação, prosseguindo a execução pelo remanescente.

Ao contrário do regime anterior que limitava a adjudicação aos bens imóveis, hoje poderá ser exercido este direito também para bens móveis.

A lei não fixou prazo para a adjudicação. Evidente que, tendo como pressuposto o valor mínimo da avaliação, somente após esta é que se defere o direito de adjudicar. A doutrina costuma estabelecer que, à falta de prazo legal, segue-se o prazo de cinco dias (CPC, art. 185), podendo, à evidência, o magistrado estabelecer outro prazo, por exemplo, até o início da hasta pública.

5.2.2 Legitimidade

A reforma ampliou objetiva e subjetivamente o conceito de adjudicação, o que é perfeitamente possível, pois se trata de conceito do direito positivo, e não da ciência do direito. De maneira objetiva, porque inseriu dentro do seu conceito (com as devidas alterações no plano temporal) a antiga remição (CPC, revogado art. 787), bem como subjetiva, já que hoje não apenas o credor tem esse poder, conforme se verifica a seguir.

- 1) *Exequente*: o autor da execução tem legitimação para adjudicar.
- 2) *Credor com garantia real*: a legitimidade é conferida independentemente de prévia existência de processo/fase de execução deste credor contra o executado. A sua preferência decorre de sua garantia real e o conseqüente direito de seqüela. Para exercer esse direito, é necessário ter conhecimento da ação em curso. Portanto, é fundamental que tenha sido intimado da penhora, conforme arts. 615, II, e 698 do CPC.
- 3) *Familiares*: ascendente, descendente ou cônjuge poderão adjudicar o bem. O que difere a atual condição do regime anterior (remição) é o momento em que se exerce esse direito: enquanto na remição o direito era de vinte e quatro horas após a arrematação/adjudicação, mas antes

da assinatura do auto, hoje os familiares foram alçados à categoria de adjudicantes, devendo proceder ao seu direito de preferência após a avaliação.

Contudo, a despeito da revogação do art. 787 do CPC, o Código Civil de 2002 possui regramento semelhante que assevera sobre a remição. Não se trata de remição, mas de adjudicação. E isso porque remição significa resgate, e não há o que resgatar, pois o bem ainda não foi arrematado. A remição está abolida do nosso ordenamento (apesar de, equivocadamente, ainda persistir em determinadas passagens do CPC, como no art. 558), até mesmo porque quem não exerceu seu direito de adjudicar certamente não deseja remir.

Entre os adjudicantes, existe uma ordem de preferência: 1) cônjuge; 2) descendente; e 3) ascendente. Desta forma, basta que o adjudicante preferencial exerça seu direito pagando o valor da avaliação para que se concretize a transferência. Se houver vários pleitos de adjudicantes de mesmo grau, far-se-á licitação, cujo critério será o de maior valor (CPC, art. 685-A, § 3º).

Os familiares do executado têm prioridade na adjudicação quando confrontados com credores comuns. Assim, havendo igualdade de oferta, os familiares têm preferência aos demais (CPC, art. 685-A, § 3º, *in fine*). Mesmo os com garantia real: a adjudicação extingue o direito real que gravava o bem (CC, art. 1.499, VI).

A palavra cônjuge deve ter acepção ampla, também abrangendo a União estável (CF, art. 226, § 3º).

4) *Sócio ou sociedade*: se quota social da sociedade for penhorada, os sócios ou a sociedade têm preferência sobre qualquer outro credor (até mesmo os familiares do executado). Desta forma, assim como a preferência do cônjuge, descendentes e ascendentes, basta a sociedade ou sócio darem lance igual ao de maior valor para que possam fazer valer seu direito. Esta regra tem explicação em dois pontos importantes: a) na *affectio societatis*, já que os sócios devem ter o ânimo de constituir a sociedade e ninguém é obrigado a se associar com quem não queira e b) ausência de prejuízo, já que os interessados irão receber o valor financeiro correspondente à quota.

5) *Credores concorrentes*: de regra, somente o exequente tem legitimidade para adjudicar, bastando, após a avaliação, pagar o preço pelo bem no valor da avaliação (CPC, art. 684-B). A questão se torna interessante quando há diversos credores com interesse na adjudicação. Nesse caso, o Código de Processo Civil criou um sistema para se apurar quem dentre os diversos legitimados terá direito ao bem penhorado.

Entre vários credores, são irrelevantes as preferências decorrentes da penhora. Importa é o que, dentre eles, der maior lance na licitação a ser realizada pelo juízo. Contudo, a natureza do crédito tem influência na adjudicação. Assim basta o credor com garantia real dar o mesmo valor do maior lance oferecido pelos credores quirografários, pois goza desta preferência (CC, art. 1.482).

5.2.3 Formalização da adjudicação

Preconiza o art. 685-A, § 5º, que, “decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação”. Na adjudicação não há sentença, sendo o auto instrumento bastante para o aperfeiçoamento e a configuração da adjudicação (CPC, art. 685-B). Desta decisão, caberá agravo de instrumento no prazo de dez dias (CPC, art. 522). O não cabimento do retido decorre da total incompatibilidade do seu rito com o da execução.

Caso o bem adjudicado seja imóvel, será necessária a expedição de Carta de Adjudicação para que se possa proceder ao registro da propriedade no cartório competente. Para bem móvel, não será necessário, pois a transferência se opera com a tradição, independentemente de qualquer documento em algum órgão público.

Os eventuais embargos à adjudicação contam da assinatura do respectivo auto (CPC, art. 546).

5.3 Alienação por iniciativa particular

5.3.1 Introdução

Uma importante novidade introduzida pela Lei Federal n. 11.382/2006 operou-se no campo da expropriação judicial: trata-se de

mais uma modalidade de transferência dos bens do executado. É o que a lei denomina *alienação por iniciativa particular*.

Constitui modalidade que pode ser utilizada caso não haja a adjudicação dos bens (qualquer que seja o motivo), mas ainda antes da alienação em hasta pública.

Trata-se de modalidade intermediária de expropriação: inegavelmente a adjudicação é o meio mais rápido de transferência dos bens, pois eles serão repassados *in natura* para o exequente. De outro lado, a alienação em hasta pública é extremamente morosa e onerosa, na medida em que deve se perpassar longo ritual para seu aperfeiçoamento.

Muitas vezes, o bem poderia ser facilmente alienado, seja porque um específico terceiro tenha imediato interesse, seja porque, dada a liquidez do bem, não haveria dificuldades em proceder à venda.

Desta forma, estabeleceu-se uma medida que medeia estas duas formas: constitui a possibilidade de o executado proceder, ele mesmo, a venda dos bens ou requerer que um corretor da confiança do juízo o faça (CPC, art. 685-C).

Apesar de o nome sugerir que a venda se dê em caráter privado, sem intervenção Estatal, constitui instituto de natureza híbrida, pois a forma da venda e suas diretrizes são todas regradas pelo juiz ou, como denomina Araken de Assis, num “sucedâneo da alienação em hasta pública”.

Não constitui esta modalidade uma novidade no sistema. O CPC/73 já tinha esta previsão no revogado art. 700, permitindo que um corretor procedesse a venda do imóvel penhorado. Contudo, há diversas diferenças: i) a atual regra se aplica tanto para bens móveis como para imóveis (CPC, art. 685-C, § 2º), enquanto no regime anterior apenas para imóveis; ii) enquanto a regra anterior consistia numa alternativa à alienação em hasta pública, a atual vem necessariamente antes como forma preferencial de expropriação.

Nos Juizados Especiais Cíveis (art. 52, VII, Lei n. 9.099/95), há expressa previsão neste sentido.

5.3.2 Legitimidade, prazo e preço

Apesar de a norma ser endereçada de maneira exclusiva ao exequente (CPC, art. 685-C, *caput*), nada impede que o magistrado possa determinar a alienação de ofício. E isso porque é atribuição do juiz tornar o processo efetivo e “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, art. 125, II). Com o advento da Lei n. 11.382/2006, criou-se uma falsa impressão de que a fase de expropriação seria de exclusiva disponibilidade das partes (CPC, art. 685, parágrafo único) ao estabelecer que a adjudicação é a primeira modalidade de acordo com sua vontade (CPC, art. 685-A, *caput*) e caso não queira adjudicar poderá proceder à alienação por iniciativa particular.

Entretanto, a norma deve ser interpretada à luz de todo o sistema. A *forma* como a tutela jurisdicional será prestada e *como* ela é prestada é dever do Estado-juiz. Desta forma, além da efetividade, o magistrado pode proceder à alienação (mesmo de ofício) quando verificar que a arrematação (que ocorrerá se a alienação não for levada a efeito) possa causar prejuízo ao executado. Desta forma, devendo “assegurar às partes igualdade de tratamento” (CPC, art. 125, I) a fim de evitar prejuízo ao executado (CPC, art. 620), o magistrado poderá determinar a alienação mesmo que a parte não requeira. Contudo, é prudente aguardar que o exequente faça esse requerimento até mesmo para indicar terceiro interessado no bem.

Havendo Ministério Público no processo quando sua intimação se faça necessária, nada obsta que o requerimento seja procedido por este órgão.

O executado, pelos mesmos motivos, pode requerer (a despeito do silêncio da lei) a alienação.

Para que possa haver alienação por iniciativa particular, é necessário que não tenha ocorrido a adjudicação. Desta forma, o prazo se inicia após o procedimento de avaliação (CPC, art. 685, parágrafo único) quando a parte será intimada para que dê início à expropriação dos bens. Nesse caso, poderá optar ou pela adjudicação ou pela alienação por iniciativa particular (pois seu silêncio acarretará invariavelmente na alienação em hasta pública).

O termo final é a arrematação em hasta pública.

A lei silenciou acerca do preço mínimo. De acordo com a doutrina, há duas correntes:

- 1) A **primeira corrente** é aquela que entende que o valor somente pode ser o da avaliação (CPC, art. 685-C, § 1º). E isso porque a lei faz menção expressa ao art. 680, justamente o dispositivo que trata da avaliação. Esta posição é defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Cassio Scarpinella Bueno e Araken de Assis.
- 2) A **segunda corrente** é aquela que autoriza que a venda possa ser abaixo da avaliação desde que: a) autorize o executado (disponibilidade das partes) ou b) ocorra alguma situação que deprecie o valor do bem (circunstância autorizada pela variação do mercado, desvalorização do imóvel, dentre outros). Este posicionamento é defendido por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, José Miguel Garcia Medina, Daniel Neves e Alexandre Câmara.

Concordamos com a segunda posição. Portanto, o art. 680 mencionado no dispositivo deve ser tomado como mera referência para fixação do valor pelo juiz, e não como o valor mínimo.

5.3.3 Procedimento

Preconiza o art. 685-C, § 1º, que “o juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem”.

Não se trata de procedimento jurisdicional, mas devem ser observadas todas as regras pertinentes como se dentro de um processo fossem realizadas.

A parte contrária deve ser intimada para se manifestar em atenção ao princípio do contraditório.

Com a alienação efetivada, será formalizado um termo nos autos, devendo ser assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se estiver presente, pelo executado. Constitui a documentação nos autos de evento ocorrido fora dele.

A concordância do juiz produz ato jurídico perfeito com o encerramento da execução *ex vi* do art. 794, I, CPC, ou o seu

prosseguimento pelo remanescente, caso o valor da alienação não cubra o montante da dívida.

Com o termo, haverá expedição de carta de alienação se se tratar de bem imóvel (CC, arts. 1.227 e 1.245) ou mandado de entrega se o bem for móvel (CPC, art. 685-C, § 2º).

O § 3º do referido artigo dispõe que: “Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispondo sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos”.

A despeito de a União ter competência privativa para regular sobre processo, ela tem competência concorrente com os Estados para disciplinar sobre procedimento (CF, art. 24, XI). Portanto, podem os Tribunais regulamentar a forma da alienação por iniciativa particular, especialmente por meios eletrônicos, o que já possuía previsão conforme art. 18 da Lei n. 11.419/2006.

5.3.4 Especificamente sobre o corretor

O corretor deve preencher três requisitos para que possa participar desta modalidade de expropriação:

- a) *Titulação:* o corretor deve ser vinculado à sua autarquia de classe, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 6.530/78. Deve, portanto, ser detentor de “Título de Técnico em Transações Imobiliárias”.
- b) *Credenciamento:* o corretor deverá ser previamente credenciado pelo magistrado, conforme provimento expedido pelo Tribunal do qual aquele juiz fizer parte. Portanto, o corretor será um auxiliar do juízo, assim como o intérprete ou perito. A falta de provimento não impede a corretagem que se dará por profissional da confiança do juízo, que deverá prestar compromisso. Até mesmo porque não se trata de norma de eficácia contida e que esteja condicionada à regulamentação de tal provimento.
- c) *Experiência:* a lei estabelece que os corretores devam ter experiência mínima de cinco anos na profissão (CPC, art. 685-C, § 3º).

O magistrado, ao designar o corretor, fixará o valor de sua comissão com base no valor do bem. É possível que este valor seja estabelecido

entre o corretor e o exequente sujeito à aprovação judicial.

A corretagem é comum nas transações imobiliárias, mas incomum nas mobiliárias. Contudo, nada impede a nomeação de um corretor para bem móvel, máxime quando se tratar de bem cuja atribuição de valor dependa de conhecimentos especializados (obra de arte, carro antigo, ponto comercial).

5.4 Alienação em hasta pública (arrematação)

5.4.1 Introdução

A terceira modalidade de expropriação no ordenamento brasileiro é também a mais comum: a alienação em hasta pública é o nome dado (acertadamente) à antiga “arrematação”. A correção se deu na medida em que arrematação é um dos atos que compõem esta modalidade de alienação. É o ato final em que se outorga o bem ao terceiro. Contudo, precede a este ato uma série de atividades preparatórias que não podem ser denominadas arrematação. Portanto, é incorreto nominar o todo quando a apenas uma parte desse todo se refere o instituto.

O art. 686 expressamente assevera que a alienação em hasta pública será exercida quando frustrada a adjudicação e a alienação por iniciativa particular.

A transferência dos bens por esta modalidade de alienação comporta três formas distintas:

1^a) *Praça (CPC, art. 686, IV) para bens imóveis: a praça normalmente se realiza no átrio do fórum, ou seja, no local designado no edifício para atender esta solenidade. Aqui quem dirige os trabalhos é o porteiro, um auxiliar da justiça destacado para esta finalidade (CPC, arts. 694 e 688, parágrafo único).*

2^a) *Leilão (CPC, art. 704) para bens móveis: de regra, o leilão deve ocorrer onde os bens estejam situados (CPC, art. 705, II). Quem dirige os trabalhos é o leiloeiro (CPC, art. 706). É o leiloeiro, a despeito da omissão da lei, auxiliar da justiça (CPC, art. 139) e incorre em todos os deveres dessa função.*

O art. 705 assevera que são atribuições do leiloeiro:

- I – publicar o edital, anunciando a alienação;
- II – realizar o leilão onde se encontrem os bens, ou no lugar designado pelo juiz;
- III – expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;
- IV – receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz;
- V – receber e depositar, dentro em 24 (vinte e quatro) horas, à ordem do juiz, o produto da alienação.

A indicação do leiloeiro será dada pelo exequente (CPC, art. 706), mas nada impede que seja pelo juiz. É possível que, na falta de leiloeiro, a hasta possa ser presidida por oficial de justiça conforme entendimento do magistrado (CPC, art. 143, II).

3ª) *Pregão da bolsa de valores (CPC, arts. 684, II, e 704)* para títulos ou bens com cotação na bolsa de valores.

A alienação em hasta pública constitui modalidade solene, dedicando o Código de Processo Civil vinte e um artigos ao assunto. Para a melhor compreensão da matéria, a abordagem do tema será dividida em diversas fases e incidentes que a compõem na ordem cronológica do procedimento.

5.4.2 Edital

Conforme explicitado, não ocorrendo a adjudicação nem a alienação por iniciativa particular, é necessário proceder a venda dos bens em hasta pública. Como se trata de modalidade em que preferencialmente terceiros arrematam o produto da penhora, é necessário que se comunique a todos os interessados acerca da possibilidade de aquisição destes bens. Este ato é o edital.

Edital é a comunicação formal e pública para que terceiros e demais interessados possam comparecer em juízo numa solenidade denominada hasta pública, para que seja possível proceder a arrematação do bem em juízo. Trata-se o edital da lei que rege a alienação em hasta pública.

De acordo com o art. 686, CPC, o edital conterà:

- I – A descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros.

É importante proceder a individualização do bem para que se possa distingui-lo de outros da mesma espécie. Conforme dispõe a lei, não é necessário transcrever o bem imóvel, bastando proceder a remissão à matrícula.

II – O valor do bem.

Este valor é apurado pelo oficial de justiça (CPC, arts. 475-J, § 1º, e 652, § 1º). Se se tratar de título ou mercadoria que tenha cotação na bolsa (CPC, art. 684, II), o § 1º do art. 686 dispõe que será o valor o da última cotação.

III – O lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo, em que foram penhorados.

É importante para que os terceiros possam previamente analisar o bem antes da hasta pública. No que concerne aos bens imóveis (que o referido inciso omitiu), esta exigência está prevista no inciso I do referido artigo.

IV – o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel.

Há expressa utilização do vocábulo “local” no leilão, pois a sua realização não se dará no átrio do fórum, local sabido por terceiros para a praça, mas no local onde estiverem os bens (CPC, art. 686, § 2º).

V – Menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados.

Quando o terceiro estiver na iminência de arrematar o produto da penhora, é importante que ele saiba todas as situações que envolvam o bem e seus gravames, para que possa sopesar os benefícios ou não da sua aquisição. Nesse caso é importante a menção no edital de todos os “ônus, recurso ou causas pendentes sobre os bens a serem arrematados” para que o terceiro saiba de todos os riscos inerentes ao ato de transferência do domínio.

A arrematação é modalidade *derivada* de aquisição de propriedade e é possível que no momento da arrematação recaia sobre o bem algum ônus (servidão, usufruto, hipoteca) ou mesmo haja uma causa pendente. Nesse caso é importante a sua menção no edital para que o terceiro saiba de todos os riscos inerentes ao ato de transferência do domínio.

Desta forma é importante estar explicitado no edital:

- a) *A existência de outras penhoras sobre o bem:* para salvaguardar o interesse dos terceiros que tenham o mesmo direito, especialmente se a penhora tiver sido averbada no registro de imóveis (CPC, art. 659, § 4º).
- b) *A existência de recurso pendente:* esse caso terá incidência somente nas hipóteses de execução provisória (CPC, art. 475-O). E isso porque, com a nova sistemática implementada por esta modalidade de execução, é possível a alienação de propriedade (leia-se arrematação) desde que se preste caução. Nesse caso a arrematação poderá ser efetivada, devendo apenas recompor eventuais perdas e danos experimentados (incisos I e II do referido artigo).
- c) *A existência de causa pendente:* aqui refere-se a existência de qualquer demanda, seja ela possessória ou petítória, em que se discuta o bem penhorado. Este caso, como bem se refere a doutrina, tem por objetivo salvaguardar a vigência do art. 457 do Código Civil, que afasta a evicção quando o arrematante (na lei, adquirente) tinha conhecimento de que a coisa era litigiosa ou pertencia a outrem.
- d) *A existência de ônus real:* aqui é necessária a intimação dos credores (CPC, arts. 615, II, e 698). Sempre que houver algum ônus real sobre o bem, é necessário intimar os respectivos credores.

VI – A comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (art. 692).

A despeito da literalidade da lei, nada impede que o lance seja dado por valor *igual* ao da avaliação, não necessitando seja ele *superior*.

Não havendo licitantes na segunda praça ou leilão (hasta negativa), restam duas possibilidades: a) designar uma nova hasta, com novo edital ou b) realizar uma nova penhora, conforme art. 656, VI, do CPC. Neste caso retorna-se ao *status quo*, outorgando ao exequente novamente a adjudicação, seguida da alienação por iniciativa particular até a arrematação.

Algumas questões são importantes estabelecer:

- a) *Prazo e publicidade:* o art. 687 do CPC regulamenta a *publicidade* e a *forma* do edital. Para garantir a publicidade do ato, o edital deve ser

afixado em local comum no fórum (geralmente no átrio) e publicado com antecedência mínima de cinco dias em jornal local de ampla circulação. Este prazo corre normalmente nas férias, pois não se trata de prazo para as partes (CPC, art. 173).

Evita-se, desta forma, a publicação de edital por meio da imprensa oficial que terá um alcance muito pequeno (salvo nas hipóteses do art. 687, § 1º, conforme item “e” *infra*).

b) *Ausência de meio*: se a comarca não possuir jornal de grande circulação, “atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação” (CPC, art. 687, § 2º).

Esta regra toma reforço com o disposto no § 3º do referido artigo em que os editais de bens imóveis devem ser divulgados preferencialmente nos locais destinados a “negócios imobiliários”.

c) *Invalidade*: a falta de qualquer requisito do edital, se causar prejuízo ao interessado, gerará invalidação da arrematação.

d) *Valor*: dispensa-se a publicação do edital se o valor penhorado for menor que sessenta vezes o salário mínimo vigente à época da avaliação. O legislador vem paulatinamente estabelecendo este teto como critério de pequeno valor. Encontra-se este mesmo valor no procedimento sumário, nos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, nas hipóteses de dispensa de reexame necessário (CPC, art. 475, § 2º). Desta forma não apenas haverá dispensa de edital como na segunda hasta pública o bem não poderá ser arrematado por valor menor que o da avaliação. A divulgação se dará apenas no átrio do fórum e pelo *Diário Oficial*.

e) *gratuidade*: o beneficiário da gratuidade da justiça terá direito à publicação do edital no órgão oficial (CPC, art. 687, § 1º). E isso porque não terá condições de arcar com os custos em jornal de grande circulação local.

f) *é possível o edital eletrônico* (CPC, art. 689-A).

- g) *Edital cumulado*: a fim de otimizar os gastos inerentes ao edital e agilizar a comunicação nesta fase do processo, poderá o magistrado reunir num único edital várias publicações, mesmo que em execuções distintas (CPC, art. 687, § 4º).
- h) *Intimação*: o executado ou o responsável patrimonial (aquele que responde com seu patrimônio mesmo não sendo o devedor originário) devem ser intimados do dia, hora e local da hasta. Esta intimação será feita na pessoa do advogado da parte, salvo se não tiver patrono nos autos, quando então deverá ser intimado pessoalmente (carta, mandado ou edital). Sua importância reside na possibilidade de o executado ter o direito de remir a execução conforme art. 651 do CPC, bem como possa acompanhar o procedimento da venda. Esta intimação também deverá ser feita na pessoa de seu cônjuge quando se tratar de bem imóvel, salvo se o regime for de separação absoluta.

É importante, da mesma forma, a intimação dos credores com garantia real (hipoteca, por exemplo). Nada impede que o bem seja arrematado por credor quirografário, até mesmo porque a intimação se sobrepõe importante, pois têm eles preferência na aquisição do imóvel por meio da adjudicação (CPC, art. 685-A, § 2º).

Com a venda, o gravame desaparece do bem, e o credor real terá direito ao produto da venda. Há uma autêntica sub-rogação: o direito era sobre o *bem* e agora é sobre a *quantia da venda*.

Esta regra tem reforço no art. 698 do CPC ao estabelecer que “Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução”.

A intimação nesse caso objetiva permitir que estes credores possam exercer as prerrogativas concedidas pelo seu direito real ou averbação anterior da penhora.

A averbação anterior (CPC, art. 659, § 4º) também deve ser levada em consideração. Desta forma, o exequente que tiver penhora averbada no imóvel deverá ser intimado. Lembrando sempre que o sistema processual

civil brasileiro entende que, entre credores de mesma classe, prevalece o critério da anterioridade.

Se o terceiro já fora intimado anteriormente (CPC, art. 615, II) e, portanto, já está nos autos, sua intimação se torna desnecessária.

Quando a lei no art. 698 utiliza-se da expressão “qualquer modo idôneo”, está, na verdade, ampliando as modalidades de intimação possíveis, permitindo até os meios eletrônicos e editais, dependendo do caso.

O não cumprimento do art. 698 do CPC pode gerar consequências diversas de acordo com a doutrina:

- ◆ Para a primeira corrente, a inobservância da regra gera ineficácia da alienação, já que se trata de requisito necessário, conforme se depreende do *caput* do art. 698, CPC.
 - ◆ Para a segunda corrente, há de se verificar a *vontade* do credor do direito real. E isso porque ele pode optar em não impugnar a alienação, mas manter-se como credor do direito real. Desta forma, ao contrário do que preconiza o artigo em comento, não haveria sub-rogação para o crédito da venda, mas seu direito permaneceria sobre o mesmo bem. Este parece ser o posicionamento mais correto à luz do sistema brasileiro, conforme se depreende da leitura dos arts. 619 e 694, § 1º, do CPC e do art. 1.501 do Código Civil (que traz exceção à extinção da hipoteca referente ao art. 1.499, VI, do CC).
- i) *Adiamento*: os arts. 688 e 689 do CPC disciplinam acerca do adiamento da praça ou leilão. Assevera o art. 688 que será necessário “motivo justo” para a não realização da hasta. Por justo deve ser entendido qualquer motivo que: a) impeça a realização da ata e b) não tenha sido causado pelo exequente (eleições, greve, eventos da natureza). Esta segunda situação ganha maior reforço na medida em que “O escrivão, o porteiro ou o leiloeiro, que culposamente der causa à transferência, responde pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 (cinco) a 30 (trinta) dias” (CPC, art. 688, parágrafo único). Esta pena somente poderá ser aplicada após o devido processo administrativo.

Não será necessário publicar novos editais ou mesmo republicar os já existentes. Apenas é necessário comunicar as novas datas com a

menção aos editais anteriormente expedidos.

- j) *Alienação por meio eletrônico* (CPC, art. 689-A): o referido artigo autoriza que o regramento da alienação em hasta pública possa ser efetivado por meio eletrônico (Lei n. 11.419/2006), fomentando inegável celeridade, efetividade e economia processual. Celeridade, pois o meio de comunicação que se estabelece é mais ágil e evita a burocracia inerente aos trabalhos que antecedem a arrematação. Efetividade, pois a forma eletrônica tem o condão de atingir um número maior de pessoas (já que dificilmente alguém se preocupa em ler editais). Além de economia, pois os gastos decorrentes dessa modalidade de comunicação são sobejamente inferiores.

Evidente que a norma, para que seja efetivada, padece de regulamentação na medida em que o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça devem regulamentar, dentro de sua esfera de competência, as diretrizes para esta forma de alienação. Por isso mesmo, constitui norma de eficácia contida condicionada a esta regulamentação.

- k) *Arrematação*: é a aquisição em hasta pública do bem penhorado. Era antes da reforma da lei o nome dessa fase e acertadamente foi modificado, pois a arrematação constitui um dos atos da complexa fase “alienação em hasta pública”. É possível estabelecer a arrematação em algumas etapas:

- 1) A arrematação é realizada com o pagamento do preço imediatamente ou por caução no prazo de quinze dias (CPC, art. 690).
- 2) Havendo diversos bens, com diversos lançadores, terá preferência aquele que preferir arrematar todos. Desta forma, os que interessarem serão levados pelo maior lance, e os demais, pelo valor da avaliação.
- 3) Na segunda hasta, não será aceita a alienação se por preço vil. Não existem critérios acerca do que vem a ser preço vil. Apenas para os incapazes, existe um patamar mínimo quando se tratar de imóvel (CPC, art. 701). Há na jurisprudência indicativos de percentuais que vão de cinquenta a oitenta por cento. Mas se trata de conceito vago e indeterminado a ser definido pelo magistrado no caso concreto. O que é certo é a base conferida para a apuração de

preço vil que seria o cotejo entre o valor de mercado do bem penhorado com o da arrematação. Esta “diferença” deve ser valorada pelo magistrado a ponto de se constatar se se trata ou não de preço vil.

- 4) A arrematação constará de auto que será imediatamente lavrado, constituído das condições de alienação do bem. Será expedida carta de arrematação (se bem imóvel) ou ordem de entrega (se for bem móvel) apenas se efetuado o depósito ou prestadas as devidas garantias pelo arrematante.
- 5) Uma vez assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário ou leiloeiro, a arrematação considera-se perfeita e acabada em caráter irretratável mesmo que os embargos do executado sejam julgados procedentes. Esta regra tem por objetivo proteger o arrematante de boa-fé. Contudo, há situações, previstas no art. 694, § 1º, do CPC, em que a arrematação pode se tornar ineficaz: “I – por vício de nulidade; II – se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; III – quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; IV – a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1o e 2o); V – quando realizada por preço vil (art. 692); VI – nos casos previstos neste Código (art. 698)”.
- 6) A Carta de Arrematação deverá conter (CPC, art. 703): a) a descrição do imóvel com a indicação de sua matrícula e seus registros; b) cópia do auto de arrematação; e c) prova de quitação do imposto de transmissão.

1) *Legitimidade*: qualquer um na livre administração de seus bens poderá lançar. Contudo, o art. 690-A excepciona e veda o direito de arrematar a determinado grupo de pessoas, que a despeito de serem civilmente capazes não detêm essa legitimidade: i) dos tutores, curadores, testamenteiros, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade; ii) dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; iii) do juiz, membro do Ministério Público e da

Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.

O parágrafo único traz interessante regra ao autorizar ao exequente o direito de arrematar. O sistema sempre entendeu que o direito do exequente em adquirir o bem somente poderia ser exercido por meio da adjudicação. Contudo, a lei hoje permite que participe da hasta pública em igualdade de condições com os demais lançadores. Porém, pela sua condição de parte e credor, a lei lhe confere um procedimento próprio distinto daquele estabelecido aos terceiros: se vier a arrematar o bem, não precisará exibir o preço. Apenas deverá em até três dias depositar a diferença, caso o bem possua valor maior que a dívida. Não o fazendo, os bens serão levados novamente para hasta sob suas expensas.

A regra decorre da desnecessidade de o credor depositar algum valor, ao contrário de terceiro.

- m) *Não pagamento*: o não pagamento é regulamentado pelo art. 695 do CPC. Conforme art. 690 do CPC, a “arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução”. Desta forma o não pagamento acarreta na transferência da caução para o exequente. Ademais, fica impossibilitado de participar de nova hasta pública (CPC, art. 695). O art. 696 autoriza ao fiador que pagar o valor do lance e a multa requerer lhe seja transferida a arrematação. Por fim, não pago o valor devido, a arrematação torna-se sem efeito (CPC, art. 694, § 1º, II), e, os bens serão levados novamente à hasta pública (praça ou leilão).
- n) *Arrematação de imóvel*: a arrematação de bem imóvel deve seguir procedimento diferenciado. Desta forma, o art. 690 nos §§ 1º a 4º estabelece um microssistema para a alienação nesta modalidade de bem:
- 1) Quem tiver interesse na aquisição do imóvel poderá oferecer sua proposta (de valor igual ou superior ao da avaliação) para pagamento de, ao menos, trinta por cento à vista, e o restante seria garantido com hipoteca do próprio imóvel (CC, art. 1.489, V).
 - 2) As propostas serão acostadas nos autos com o prazo, modalidade e forma de pagamento. E o magistrado decidirá dentre elas, por

ocasião da praça, a proposta mais conveniente (CPC, art. 690, §§ 2º e 3º).

3) Se o pagamento se der a prazo, as parcelas serão do exequente até o limite do seu crédito, quando então serão entregues ao executado.

Quando se tratar de imóvel de incapaz, visando a lei a proteger os seus interesses, não poderá em segunda hasta ser levado por valor menor que oitenta por cento da avaliação. Em regra, o art. 692 apenas assevera que não poderá ser levado por preço vil. Mas nada impede que seja levado por cinquenta por cento, dependendo das circunstâncias do caso. No caso do imóvel de incapaz, existe um patamar mínimo.

Desta forma, não chegando a este valor, o magistrado adiará a alienação por até um ano, confiando o imóvel a um depositário idôneo. É possível, contudo, a alienação antes da nova praça, conforme § 1º, se algum interessado assegurar, mediante caução idônea, o valor da avaliação. Caso se arrependa arcará com multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, que será revertida ao menor.

O imóvel ainda poderá ser locado pelo período em que se aguarda a nova praça.

O imóvel sujeito a divisão poderá ser vendido em partes por determinação do juiz (CPC, art. 702). E isso porque a parte do imóvel (que comporta divisão, repise-se) já alcança o valor da dívida e, portanto, pode, em atenção à menor onerosidade (CPC, art. 620), ser vendida apenas parte, e não o todo.

5.5 Usufruto

5.5.1 Introdução

Importante asseverar que não existe mais no ordenamento brasileiro usufruto de empresa. No sistema atual, existe apenas penhora de empresa (CPC, arts. 677 a 678) e penhora sobre o faturamento da empresa (CPC, arts. 655, VII, e 655-A, § 3º).

A execução por quantia certa tem por objetivo fundamental converter em dinheiro a penhora realizada. Para tanto, faz-se a expropriação

judicial que pode se dar tanto por alienação em hasta pública como por iniciativa particular.

De outro lado, a despeito de regra, a expropriação é medida extremamente agressiva à esfera jurídica do executado, pois procede ao destaque de seus bens para o cumprimento da obrigação. Assim, a efetividade da execução (CPC, art. 612) deve ser contrabalanceada com a menor onerosidade do executado (CPC, art. 620).

Atenta a esta situação, a lei estabeleceu um método que consegue a um só tempo unir estes dois valores: satisfaz a obrigação de modo efetivo e não causa extremo gravame ao executado. Desta forma instituiu-se o usufruto judicial: *é a possibilidade de se conferir ao credor, temporariamente, o direito aos rendimentos do(s) bem(ns) do executado, evitando assim a sua expropriação.*

Com o cumprimento da obrigação, o bem será em sua integralidade do executado, que poderá usá-lo da maneira que melhor lhe aprouver. Desta forma o cumprimento da obrigação é gradativo (*pro solvendo*), e não instantâneo (*pro soluto*).

A decretação do usufruto retira do executado o gozo do bem e permite que o usufrutuário (exequente) de maneira direta ou por administrador passe a perceber esses frutos e rendimentos.

5.5.2 Natureza jurídica

O sistema processual pegou emprestado vocabulário de direito civil para empregá-lo nessa modalidade de expropriação (CC, arts. 1.390 a 1.411).

Contudo a semelhança se encerra na nomenclatura. Sua aproximação maior seria, em verdade, com a anticrese (CC, arts. 1.506 a 1.509), que objetiva a percepção dos frutos do imóvel pelo credor anticrético.

Contudo, constitui instituto de direito processual somente e seu regramento não é (nem pode ser) concebido pelo direito material.

5.5.3 Pressupostos

Consoante se depreende do art. 716, dois são os requisitos para a concessão do usufruto judicial: a) meio mais eficiente para obtenção do crédito e b) menor gravosidade.

- a) *Eficiência*: o art. 722 do CPC estabelece que haverá nomeação de perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e “calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida”. Assim, se o tempo para que os frutos/rendimentos possam quitar o crédito seja muito longo, não está preenchido o requisito da efetividade. Pode ocorrer também que os frutos não sejam suficientes para o pagamento total da obrigação. Desta forma, seria mais *eficaz* a venda do bem.
- b) *Menor gravosidade*: constitui pressuposto até desnecessário na medida em que o sistema contempla artigo específico que deve nortear toda a execução (CPC, art. 620). Mas, mesmo assim, a menor gravosidade é presumida: como negar que a mera retirada dos frutos poderia causar mais prejuízo que a perda total deste bem em decorrência da alienação? Assim, preferível que o executado fique privado *temporariamente* de obter os rendimentos do bem para o pagamento do crédito exequendo a ter que perder este bem em definitivo.

5.5.4 Procedimento

- 1) *Momento*: determina o art. 721 do CPC que o usufruto seja requerido antes da realização da praça. Duas questões se fazem importantes: a primeira é que o usufruto pode ser de bem móvel ou imóvel. Como o art. 721 não foi alterado pela Lei n. 11.382/2006, manteve-se a redação com base no regime anterior (quando o usufruto somente poderia ser de imóvel). Desta forma a leitura atual do dispositivo deve ter inserta a expressão “praça e leilão”. A segunda refere-se ao momento em si. Uma desatenta leitura do artigo em comento pode induzir a pensar que o usufruto somente poderia ser requerido em momento imediatamente anterior à praça (ou leilão). Não é verdade. O usufruto pode ser requerido a partir do momento em que os bens estejam penhorados e avaliados, tendo como limite final a praça ou leilão.
- 2) *Requerimento*: não é possível a concessão do usufruto independente de requerimento da parte. Apesar do silêncio do art. 716, o art. 721 complementa a regra e estabelece que dependa de requerimento.
- 3) *Procedimento*: com o requerimento do exequente, o magistrado, verificando se estão preenchidos os requisitos para a concessão do

usufruto (CPC, art. 716), determinará a oitiva da parte contrária para manifestar-se (CPC, art. 722). Após sua oitiva o magistrado nomeará perito para que avalie os frutos e rendimentos do bem e calcule o tempo necessário para o pagamento da dívida. A nomeação do perito poderá ser dispensada se o valor dos frutos/rendimentos e o prazo para o pagamento forem de fácil constatação. Após a apresentação do laudo, as partes têm o prazo de dez dias para se manifestar (CPC, arts. 722, § 1º, c/c 433, parágrafo único). Apesar do silêncio da lei, nada impede que as partes apresentem assistente técnico em cinco dias após a intimação acerca da nomeação do perito (CPC, art. 421, § 1º).

A decisão acerca do usufruto é interlocutória e desafia o recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522), uma vez que o procedimento do agravo retido é incompatível com a via executiva.

- 4) *Administrador*: conforme o art. 719 do CPC, o magistrado nomeará o administrador por decisão interlocutória (e não sentença, como diz a lei) para que possa gerir o bem na pendência do usufruto. Nada impede que seja o exequente ou o próprio executado, desde que haja mútuo consentimento (CPC, art. 719, parágrafo único). Os deveres do administrador estão de forma geral nos arts. 148 a 150 e de forma específica nos arts. 720 e 723, todos do Código de Processo Civil.
- 5) *Publicidade e eficácia*: a partir da decisão que conceda o usufruto, este passa a ter eficácia (CPC, art. 718). Contudo, se o bem for imóvel, é necessária a averbação deste direito no registro imobiliário para que tenha eficácia perante terceiros. Até mesmo porque é perfeitamente possível que o bem possa ser penhorado em outra execução, mantendo-se incólume o usufruto instituído. Aliás, é o que se depreende do § 1º do art. 722: “Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão; caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro”.

Capítulo 9

◆ **execução de entrega de coisa certa e incerta com base em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 621 a 631)**

1. Execução de entrega de coisa certa

A execução de entrega de coisa com base em título executivo extrajudicial possui um regime diferente do cumprimento de sentença de entrega de coisa.

- a) *Petição inicial*: aqui, deverá o executado propor *demanda própria*, com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, instruindo a petição inicial com o título que embasa a pretensão do exequente (CPC, art. 614, I).
- b) *Citação*: ao receber a petição inicial o magistrado determinará a citação do executado (sempre por oficial de justiça, art. 222, *d*, CPC) para que entregue a coisa no prazo de dez dias ou, em querendo, apresente embargos para discutir a exigibilidade da obrigação.

A redação do art. 621 determina que os embargos dependem de prévia garantia do juízo ao asseverar “seguro o juízo” e, mais adiante, no art. 622, em que se exige o depósito da coisa para opor embargos.

Contudo, o específico capítulo que dispõe sobre a execução de entrega não acompanhou as reformas empreendidas pelo legislador da Lei n. 11.382/2006. E isso porque os embargos, a partir da referida lei: a) têm o prazo de 15 (quinze) dias e não mais 10 (dez); b) independem da garantia do juízo (salvo se for para a obtenção de efeito suspensivo), até mesmo porque o artigo a que o art. 621 faz menção (737, II) foi revogado pela referida lei.

Assim, estabelecendo uma interpretação sistemática da execução de entrega ao regime da execução por quantia vigente, há de se interpretar a regra com base nas novas alterações, leia-se: *i) a parte tem o prazo de dez dias para cumprir, mas de quinze para opor embargos; ii) embargos estes sem necessidade de garantia do juízo.*

Seguindo, portanto, a interpretação sistemática, se desejar a obtenção do efeito suspensivo, basta que proceda ao depósito da coisa (CPC, art. 739-A).

c) *Opções do executado*: o executado, uma vez citado, possui algumas opções previstas no ordenamento:

1) Se a parte deseja cumprir a obrigação entregando a coisa, o seu depósito, em princípio, acarreta a extinção da execução, uma vez satisfeita a obrigação (CPC, art. 794, I). Contudo, duas questões são importantes:

a) Deverá o exequente ser intimado da entrega do bem na medida em que o devedor poderá depositar coisa diversa, a qual o credor não é obrigado a aceitar, mesmo que de maior valor.

b) Nem sempre a execução se encerra com o depósito. E isso porque é possível, conforme o art. 624, CPC, após o termo de entrega a execução prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos. Ademais (e independentemente dos frutos e ressarcimentos), o depósito deve vir acompanhado do correspondente pagamento das custas e honorários. Nesses casos, em não havendo o respectivo depósito desse valor, haverá a conversão da execução de entrega para execução por quantia. Será necessária, igualmente, liquidação incidente para apuração do exato valor a ser executado.

2) A parte poderá, como dito, opor embargos no prazo de quinze dias, independentemente de seguro ou juízo.

3) Há ainda uma última situação: o executado pode manter-se inerte, não cumprindo a obrigação. Nesse caso o magistrado tomará as medidas necessárias para que a obrigação seja adimplida ou, ao menos, resolvida pecuniariamente a favor do credor (CPC, arts. 625 e 461, § 5º). Assim poderá:

- a) *Fixar multa pecuniária por dia de atraso* (CPC, art. 621), que pode ter outra configuração quanto ao período (CPC, art. 461, § 6º) e que somente incidirá **após** os dez dias que a parte tinha para proceder ao depósito da coisa (assim a lei fala na *fixação* da multa na petição inicial, mas sua *incidência* se dará quando transcorrido o prazo legal).
- b) *Determinará a expedição de mandado* de busca e apreensão (se for bem móvel) ou imissão na posse (se for imóvel). Esta medida também será aplicada se os embargos não forem recebidos com o efeito suspensivo. Ocorre que, na medida em que existam embargos pendentes, sob pena de se perder o objeto da execução, o bem apreendido não será entregue *incontinenti* ao exequente, devendo ficar depositado em juízo até o término do incidente. Mesmo no caso de embargos dotados de efeito suspensivo (quando o depósito da coisa é condição para sua ocorrência), o término da execução somente se dará com o julgamento do incidente (CPC, art. 623).
- c) *Caso o bem esteja em poder de terceiro* (CPC, art. 626) porque alienado a este no curso da execução, o terceiro deverá depositá-lo para, somente depois ser ouvido. No Brasil há duas correntes sobre a possível defesa do terceiro:
- 1) **Primeira corrente:** embargos de terceiro (Nelson Nery, Luiz Guilherme Marinoni e Marcelo Abelha).
 - 2) **Segunda corrente:** embargos à execução, afinal o terceiro é sucessor do executado (CPC, art. 43) (Vicente Greco Filho).
- 4) *Caso o bem tenha se deteriorado, ou esteja desaparecido*, a obrigação converte-se em perdas e danos, gerando a conversão automática da execução de entrega para a execução de quantia que abrangerá: 1) o valor do bem; 2) custas e honorários; 3) eventual benfeitoria ou fruto; 4) a multa pecuniária e 5) as perdas e danos. No caso de não constar no título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exequente deve estabelecer uma estimativa que estará sujeita a expropriação judicial (CPC, art. 627, § 1º).

Por fim, estabelece o art. 628 do CPC que: havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo devedor ou por terceiros, de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória. Se houver saldo em favor do devedor, o credor o depositará ao requerer a entrega da coisa; se houver saldo em favor do credor, este poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo.

2. Execução de entrega de coisa incerta

A execução de entrega de coisa incerta ocorre sempre que recair sobre coisas determinadas pelo seu gênero e sua quantidade (CPC, art. 629). **Não se pode confundir incerteza com fungibilidade.** A coisa fungível é o bem móvel que pode ser trocado por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade – Código Civil, art. 85. Assim, cinco sacas de café não são indeterminadas, mas fungíveis, pois quaisquer cinco sacas de café do executado são válidas e esta hipótese não necessita do procedimento que a lei determina.

♦ *Coisa incerta:* é aquela que se constitui como determinável, mas a *escolha* é determinante. Por exemplo, dentre as crias de um cavalo de raça, cada uma poderá ter aptidões diferentes.

Quando se tratar de entrega de coisa incerta, segue-se o mesmo procedimento estabelecido para a entrega de coisa certa. A diferença ocorre no momento da individualização da coisa:

- a) *Se a escolha couber ao devedor* (seja pelo contrato, seja na sua omissão, já que a lei confere a ele a prerrogativa primária), este será citado para entregar a coisa incerta individualizada (CPC, art. 629). Esta entrega deve ser feita em dez dias. Não será mais necessário o depósito para opor embargos conforme já explicitado.
- b) *Se a escolha couber ao credor* (porque assim foi determinado em contrato), deverá indicar o bem *já* escolhido na petição inicial sob pena de preclusão. Assim, a escolha competirá, diante da contumácia, ao executado.

De qualquer forma, competindo a escolha ao exequente ou ao executado, cada qual poderá impugnar a escolha do outro no prazo de **quarenta e oito horas**. Este prazo contará a partir da juntada aos autos

do mandado de citação devidamente cumprido se competir ao exequente, e do depósito se competir ao executado.

No momento da concentração (escolha do bem), há de se observar a regra do art. 244 do Código Civil de que o devedor não é obrigado a fornecer a coisa melhor nem pode dar a coisa pior.

Conforme dispõe o art. 630 do CPC, deverá o magistrado julgar de plano ou, caso seja necessário, nomeará um perito.

Capítulo 10

◆ **execução de obrigação de fazer e não fazer com base em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 632 a 645)**

As execuções de obrigação de fazer e não fazer diferem-se sobremaneira das demais modalidades de execução previstas no ordenamento brasileiro. E isso porque, enquanto as demais formas de execução – máxime as execuções de entrega e pagamento de quantia – se resolvem com o pagamento ou a entrega que se perfaz de maneira patrimonial, as obrigações de fazer e não fazer resultam num comportamento do executado (comissivo ou omissivo).

Tal peculiaridade faz com que haja maior embaraço no cumprimento da tutela, devendo o magistrado ser detentor de amplos mecanismos coercitivos para impor a regra de conduta perante o executado.

1. Execução das obrigações de fazer

- a) *Petição inicial*: assim como nas obrigações de entrega, deverá o executado propor demanda, com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, evidentemente instruída a petição inicial com o título que embasa a pretensão do exequente (CPC, art. 614, I).
- b) *Citação*: ao receber a petição inicial, o magistrado fixará um prazo para que a obrigação seja satisfeita. Não há prazo fixado em lei na medida em que tempo para “o fazer” depende da natureza do direito material postulado em juízo. Contudo, o juiz deverá respeitar o prazo contido no título executivo caso haja previsão (CPC, art. 632). Entretanto, esta regra é, na prática, inócua, pois um dos requisitos para proceder a execução é o inadimplemento e, certamente, a

execução está sendo efetivada porque não houve o cumprimento espontâneo na data aprazada. Nada impede que o magistrado fixe uma data específica (10 de dezembro, v.g.), e não necessariamente um prazo.

c) *Multa*: poderá ser fixada, até mesmo de ofício (CPC, art. 461, § 4º), multa pecuniária por dia de não cumprimento (CPC, art. 645), que poderá ter outra periodicidade se assim entender o juiz (CPC, art. 461, § 6º). A parte final do referido art. 645 estabelece que o magistrado deva fixar a data a partir da qual a multa será devida. Da mesma forma, o magistrado poderá mudar o valor da multa quando esta estiver prevista em contrato (CPC, art. 645, parágrafo único). Aqui a lei disse menos do que queria. O texto fala somente em “reduzir” quando na verdade é possível ampliar, já que a multa tem natureza coercitiva e o magistrado deve empregá-la de acordo com a realidade fática da causa. Este permissivo está no também já mencionado art. 451, § 6º, do CPC.

d) *Possibilidades*: o executado, ao receber a citação, poderá:

- 1) *Cumprir a obrigação*: quando então a execução somente será encerrada com o pagamento das custas e honorários advocatícios.
- 2) *Opor embargos no prazo de quinze dias*: os embargos opostos não precisam de garantia do juízo. Tal situação, diferente da execução de entrega, não decorre de uma interpretação sistemática do art. 736, CPC, mas da justa impossibilidade de fazê-lo. E isso porque, ao contrário do pagamento em dinheiro ou de entrega, *depositar o direito já feito* seria a própria satisfação da obrigação (não se imagina que o executado que deva construir um muro o faça somente para opor embargos).

Situação interessante ocorre se o executado pretende opor embargos e neles obter o efeito suspensivo. E isso porque é condição para sua concessão a garantia do juízo (CPC, art. 739-A, § 1º). Pensamos que nesse caso, em atenção ao contraditório, desde que o executado demonstre o dano, poderá o magistrado conceder o efeito suspensivo **independentemente de caução**.

- 3) *Ficar inerte*: caso o executado não opte por nenhuma das situações anteriores, o juiz determinará o cumprimento forçado, cumprimento

este que variará conforme a natureza da obrigação (fungível ou infungível). Assim, o caráter personalíssimo da obrigação gera relevantes impactos no procedimento executivo. Lembrando que este cumprimento forçado, ou fase de execução forçada, será necessário nas hipóteses de oposição de embargos sem efeito suspensivo ou nos casos em que houver inércia.

◆ *Sendo a obrigação infungível (CPC, art. 638)*: a única forma de pressionar o cumprimento da obrigação é a imposição de multa. E isso porque **apenas o executado** tem a possibilidade de cumprir a obrigação. Ganham mais relevância, portanto, as medidas coercitivas. Assim, ao contrário do que dá a entender o art. 633 do CPC, nem todas as obrigações de fazer podem ser realizadas por terceiro. A infungibilidade pode ser dividida em duas modalidades:

- 1) *obrigações “intuitu personae”*: nesse caso, por convenção a obrigação somente pode ser cumprida por aquele com quem se contratou. Um cantor específico não pode ser substituído por outro, assim como o credor não precisa aceitar a pintura de quadro por pintor diverso.
- 2) *Obrigações de conhecimento específico*: há situações, contudo, em que a destreza técnica e peculiaridades do direito material impossibilitam que terceiro possa cumprir a prestação, como no caso da restauração de determinada obra sacra em que apenas uma pessoa é capacitada para tanto.

Caso não seja cumprida, a despeito desse meio de coerção, a obrigação será resolvida em perdas e danos. Dessa forma, ou haverá liquidação incidente para a apuração das perdas e danos, ou ocorrerá *incontinenti* execução por quantia certa quando esta indenização já tiver sido prevista no contrato (cláusula penal).

◆ *Sendo a obrigação fungível (CPC, arts. 634 a 637, e CC, art. 249)*, o exequente terá quatro opções: i) requerer o cumprimento por terceiro; ii) cumprir a obrigação pessoalmente ou preposto à custa do executado; iii) requerer que o cumprimento se dê pelo próprio executado ou iv) requerer a conversão em perdas e danos.

Na primeira hipótese, como se trata de obrigação fungível, não precisará que seja cumprida pelo executado (a construção de um muro, v.g.). Desta forma a execução poderá ser procedida por terceiro à custa do

executado. É possível enxergar nesta modalidade de cumprimento duas formas de execução: a primeira como obrigação específica de fazer, na medida em que o terceiro irá cumprir a obrigação; e a segunda como execução de quantia, na medida em que o valor gasto pelo terceiro será cobrado, nos mesmos autos do executado.

Contudo, uma ressalva importante: é recomendável que o magistrado, mesmo antes de determinar que o exequente adiante as quantias necessárias ao cumprimento da obrigação (CPC, art. 634, parágrafo único), intime o executado para fazê-lo. E isso porque não seria razoável pensar que o exequente, que sofreu prejuízo pelo inadimplemento do executado, ainda tenha que arcar com essa despesa. Nesse caso, como a obrigação do executado para o terceiro (pagar quantia) não é **finalística**, mas de **meio** (viabilizar a realização), poderá o juiz determinar a cominação de multa ou outra medida coercitiva para o pagamento.

Se o terceiro não cumprir a obrigação que lhe foi designada, poderá o credor, nos termos do art. 636 do CPC, requerer no prazo de dez dias que o juiz o autorize a concluir/reparar por conta do contratante. Haverá a instauração de um incidente (CPC, art. 636, parágrafo único), ouvindo-se o contratante no prazo de cinco dias. E, se constatado o inadimplemento, haverá a apuração do custo das despesas necessárias, que ficarão ao encargo do terceiro. Assim haverá verdadeiro título executivo contra o terceiro a ser cobrado, eventualmente, nos moldes do cumprimento de sentença.

Poderá o exequente, contudo, exercer seu direito de preferência (CPC, art. 637) e proceder ele próprio a execução ou por meio de preposto. Esse direito somente pode ser exercido até cinco dias após a apresentação da proposta pelo terceiro.

Hoje compete à parte ou ao juiz decidir qual terceiro deverá realizar a obrigação. No regime anterior à Lei n. 11.382/2006, era necessária uma “licitação particular” onerosa e burocrática para escolher o terceiro.

A lei é omissa, mas nada impede que o exequente, ao requerer que a obrigação seja cumprida por terceiro, já peça que este faça a proposta. Depois, será ouvida a parte contrária (CPC, art. 634, parágrafo único).

Compete, de regra, ao exequente indicar o terceiro que prestará o fato. Este terceiro deve apresentar sua proposta com os custos daí decorrentes.

Outra questão opera relevante impacto no campo do procedimento: se o credor, desde já, requerer a cobrança das perdas e danos (desiste da obrigação específica), poderá proceder à execução de título extrajudicial cujo valor será colhido da cláusula contratual que terá previamente fixado o dano.

Contudo, se frustrar a execução após a tentativa do cumprimento da obrigação específica, poderá o magistrado determinar a conversão em perdas e danos. Neste caso, trata-se de execução de título judicial (CPC, art. 475-J) e isso porque o magistrado declara o dever de pagamento de quantia, já que o exequente adiantou os valores para que o terceiro cumprisse a obrigação e deve ser ressarcido pelo executado.

Por fim, conforme se depreende do art. 635 do CPC: “Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 (dez) dias; não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação, em caso contrário, decidirá a impugnação”.

2. Execução das obrigações de não fazer

Tecnicamente não se trata de uma obrigação de não fazer, mas de *desfazer*, na medida em que o ato de abstenção que deveria ser respeitado não o foi. Constitui o oposto da obrigação de fazer, pois se deve desfazer aquilo que foi feito e não poderia. Essa é a dicção do art. 642 do CPC.

Aqui se diferencia da tutela inibitória que objetiva proibir a prática do ato (tutela repressiva). Aqui a finalidade é retornar ao *status quo ante* (tutela reparatória). Dessa forma, o mero temor ou concretos indícios de que o sujeito possa fazer o que estava proibido não permitem a execução nesses moldes, mesmo que o exequente seja detentor de título executivo extrajudicial. Isso ocorre porque um dos requisitos para promover qualquer execução é a existência do estado de inadimplemento (CPC, arts. 580 e 586). Nesse caso deve a parte se socorrer de demanda de conhecimento (CPC, art. 461).

Há duas formas de obrigações negativas (não fazer): i) **permanentes**, em que o desfazer é ainda possível (a demolição de uma casa cuja construção estava vedada) e ii) **instantâneas**, cuja possibilidade de restaurar o *status quo* não é possível (a emissora que estava

impossibilitada de passar determinada reportagem). Desta forma a obrigação se resolve somente em perdas e danos.

Capítulo 11

◆ Defesas do Executado

1. Embargos do devedor

É preciso explicitar e corrigir um comum equívoco prático: embargos do devedor consistem em gênero do qual figuram os embargos do executado como espécie. Não se pode confundir o adjetivo: embargos *do devedor* têm referibilidade com a **legitimidade**. E isso porque apenas o devedor poderá embargar à execução. Portanto, esta legitimidade é conferida ao devedor para embargar **à execução, à adjudicação, à arrematação e à alienação**. As espécies *dentro* da legitimidade são divididas **pelo momento**.

Invariavelmente os embargos de segunda fase também visam a atacar à execução (a mera leitura do art. 746 explicita isso), mas, para que não se confira o mesmo nome a dois institutos diversos, que são opostos em momentos distintos, com prazos (e contagem de prazo) próprios e regularidade formal específica, preferível atribuir a cada qual uma denominação.

Os embargos podem ser classificados em dois grandes grupos:

- 1) *Quanto à matéria*: os embargos podem ser substanciais (de fundo, de mérito) ou processuais (de forma). Os embargos substanciais objetivam ao reconhecimento da inexistência do direito do credor em pleitear a referida prestação. Desta forma, a prescrição ou o pagamento superveniente seriam matérias dos embargos substanciais. Já os embargos processuais são aqueles que objetivam atacar irregularidades do título executivo ou do próprio processo que veicula este título. Assim a inépcia da petição inicial ou a falta de memorial discriminado do débito podem ser deduzidas nos embargos de forma.

2) *Quanto ao seu momento*: os embargos podem ser de primeira ou segunda fase. Os embargos de primeira fase são aqueles apresentados nos quinze dias após a juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Já os embargos de segunda fase apenas serão deduzidos após a fase expropriatória (alienação, arrematação e adjudicação), conforme art. 746 do CPC.

1.1 Embargos à execução

1.1.1 Introdução

Conforme exposto ao longo dos capítulos precedentes, a execução (processo ou fase) objetiva satisfazer um direito previsto no título executivo. Como o cumprimento espontâneo é mais desejável do ponto de vista da economia e efetividade, o sistema exige que o executado seja citado para pagamento. Uma vez citado, poderá o executado cumprir ou não a obrigação.

Contudo, não lhe é conferido, de regra, o direito de debater. A função precípua da execução é concretizar aquilo que o título atesta. A eficácia abstrata do título retira da execução a possibilidade de discussão sobre o mérito e autoriza o desencadeamento de atos expropriatórios independentemente do direito subjetivo material.

Entretanto, após a criação do título (pela sentença ou pela formação da relação jurídica, quando extrajudicial, não cumpridas), alguns acontecimentos podem surgir e gerar reflexos importantes na subsistência da própria obrigação. Contudo, em virtude da impossibilidade de sua ampla discussão no processo executivo (pena de ferir a já sinalada eficácia abstrata), há instrumento próprio para alegar esta pretensão: os embargos à execução.

Estes embargos não consistem numa mera resistência do executado para com a pretensão do exequente tal como se vê na contestação no processo/fase de conhecimento. Aqui há inversão de polos e o executado assume a posição ativa com firme propósito de se desconstituir o título que aparelha a execução do credor. Esta inversão se dá com nova demanda, daí a doutrina praticamente pacífica propugnar a natureza de

ação dos embargos do devedor (a questão será mais bem estudada no item seguinte).

Os embargos, como demanda autônoma, nasceram de uma necessidade de se adequar o contraditório na execução com a “pureza” da execução que não poderia permitir a inserção de matéria de mérito.

1.1.2 Natureza jurídica

Há duas formas de se analisar a natureza jurídica dos embargos: pela sua *estrutura* ou pelos seus *efeitos*.

Quanto à sua *estrutura*, há de se perguntar se os embargos têm natureza de ação ou mero incidente. Os embargos no Código de Processo Civil de 1939 tinham natureza jurídica de mero incidente. Hoje praticamente a unanimidade da doutrina defende que os embargos tenham natureza de ação. E isso porque, a despeito de se tratar de *resistência do executado*, há dedução de pedido que, por diversos motivos, objetiva impedir a execução indevida.

Constitui nova demanda com pedido próprio mediante provocação (CPC, art. 2º), cognição diferenciada, nova relação jurídica de que podem não figurar as mesmas pessoas (v.g., cônjuge), procedimento distinto e finalidade diversa.

Contudo, há dois argumentos de ordem legal que ajudam a defender a tese dos embargos como ação: o art. 736, parágrafo único, do CPC, que assevera sejam os embargos “distribuídos por dependência” e “instruídos com cópias das peças processuais relevantes”.

Mas principalmente o art. 569 do CPC, que estabelece o princípio da disponibilidade da execução. Neste caso, se os embargos versarem sobre o mérito, não poderá o exequente desistir da execução sem a concordância do embargante.

Do que se colhe da doutrina, há dois posicionamentos contrários: Harold Pabst, em seu pioneiro trabalho sobre a natureza jurídica dos embargos do devedor, e mais recentemente Cassio Scarpinella Bueno.

Especificamente para o segundo autor, seria uma contradição asseverar que o executado apresenta uma “ação” para exercer a sua “defesa”. Até mesmo porque defesa consiste na possibilidade de se voltar contra pedido de tutela jurisdicional formulado. É o que ocorre.

Há ainda quem defenda posicionamento intermediário, entendendo que os embargos consistem num misto de ação e defesa, como Nelson Nery e Rosa Nery. E ainda há quem defenda que a sua natureza dependerá da matéria veiculada, como José Miguel Garcia Medina (*Execução...*, p. 118-120). Em suma, o autor assevera o seguinte: se os embargos veicularem um pedido para que se reconheça uma situação jurídica outorgando um bem jurídico ao embargante, estar-se-á diante de nova ação. Contudo, se o objetivo dos embargos versar sobre as condições da ação executiva ou a validade dos atos, não há propriamente pedido formulado, tratando-se de mera defesa incidental.

Quanto aos efeitos, deve-se perquirir se a natureza dos embargos é declaratória, constitutiva ou mesmo mandamental.

- ◆ Uma **primeira corrente** defende o posicionamento de que os embargos têm natureza declaratória, uma vez que o pedido de declaração é acerca da existência ou inexistência da dívida. Desta forma os embargos estarão satisfeitos com a declaração de que o crédito é inexigível. Este posicionamento é majoritário na doutrina italiana e, no Brasil, possui defensores como Ada Pellegrini Grinover e Celso Neves.
- ◆ Uma **segunda corrente** defende o posicionamento de que os embargos têm natureza constitutiva. Para essa doutrina, (só) a declaração do direito não consegue satisfazer integralmente o interesse do devedor, pois a mera declaração de inexistência do débito não inviabiliza a execução. A inexistência do crédito (único efeito obtido se os embargos tivessem efeito declaratório) é o **motivo** que levará a retirar a eficácia do título. Desta forma, o efeito constitutivo (negativo) é quem tem o condão de subtrair do título suas peculiaridades, que levam ao desencadeamento dos atos executivos. Esta posição é adotada por praticamente toda a doutrina brasileira.
- ◆ Uma **terceira corrente** defende a eficácia mandamental dos embargos. É posicionamento minoritário, esposado por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva. Para o primeiro autor, a força mandamental decorre do “contramandamento que proíba a concretização da força executiva ou o efeito executivo”.

1.1.3 *Matérias arguíveis*

Historicamente, as execuções de título judicial e extrajudicial sempre se diferenciaram pelo grau de cognição dos embargos: enquanto a cognição dos embargos para título extrajudicial era ampla (CPC, art. 745), para título judicial era limitada (CPC, art. 741). As reformas empreendidas pelas Leis ns. 11.232/2005 e 11.383/2006 não tiveram o condão de alterar esta realidade. Mesmo modificando a defesa (nomenclatura e estrutura) no cumprimento de sentença, a cognição ali é mais limitada do que a cognição dos embargos à execução.

Apesar de o art. 745 do CPC dividir a matéria dos embargos em incisos, torna-se desnecessária a discriminação na medida em que o inciso V estabelece uma verdadeira cláusula geral autorizando quaisquer matérias utilizáveis no processo de conhecimento. Desta forma, o que o inciso quer deflagrar é a inexistência de limitação na cognição dos embargos quer no plano horizontal, quer no plano vertical.

Paulo Henrique Lucon estabelece importante ressalva: os títulos executivos cambiais (CPC, art. 585, I) possuem limitação, tendo em vista a sua natureza. Tendo a abstração como um dos requisitos fundamentais à sua existência, o negócio jurídico que deu causa ao título não entrará em discussão. Apenas os títulos causais (como a duplicata, v.g.) em que a relação jurídica subjacente reveste-se de importância necessitam a fundamentação dessa causa de pedir.

1) *Nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado*

Não há execução sem título (CPC, arts. 580 e 614, I). E, além de ser título, deve preencher os requisitos necessários para a perfeita individualização da obrigação (CPC, art. 586), sob pena de nulidade (CPC, art. 618, I).

Desta forma, a execução não poderá ser instaurada sem o título executivo em decorrência da taxatividade (com as ressalvas já feitas no capítulo sobre princípios). Ademais, a obrigação que estampa o título deverá ser líquida, certa e exigível.

As nulidades da execução não se encerram somente na falta de título, motivo pelo qual o inciso I do art. 745 deve ter interpretação extensiva e receber as hipóteses do art. 618, II e III.

Ademais, qualquer matéria que gerar vício formal na execução (inépcia da petição inicial, ilegitimidade de parte) deve ser alegada nesse inciso. Constituem matérias de ordem pública que, em verdade, sequer precisariam ser suscitadas em embargos, podendo ser alegadas em petição simples a qualquer momento ou por meio da denominada “exceção de pré-executividade”.

2) *Penhora incorreta ou avaliação errônea*

A penhora incorreta tem uma interpretação mais ampla do que a lei sugere. Aplica-se o inciso II em três situações distintas: a) quando houver penhora de bem impenhorável (CPC, art. 649, e Lei n. 8.009/90); b) quando há atribuição de valor errado aos bens e c) em caso de não observância da ordem estabelecida em lei (CPC, art. 655).

Tanto a alínea *a* como a *c* constituem matérias de ordem pública cognoscíveis de ofício e, portanto, dispensáveis de alegação em embargos.

Avaliação errônea constitui erro de atribuição de valor conferido tanto ao oficial de justiça como ao avaliador (nas hipóteses em que se necessita de conhecimento especializado).

Há uma questão de ordem prática que gera influência na alegação dessas matérias. Com o advento da Lei n. 11.382/2006, o prazo dos embargos começa a correr da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. A mudança do *dies a quo* foi motivada pela hoje não necessidade de garantia do juízo para a oposição dos embargos.

Logo, em não sendo mais condição para sua apresentação, não raro os embargos serão opostos **antes** de qualquer penhora realizada e conseqüentemente antes da avaliação. Especialmente naquelas hipóteses que dependam de avaliador e em que haja necessidade de se instaurar um incidente (CPC, arts. 680 a 681). Assim, restaria inócuo o inciso para esta situação em particular que, por constituir fato superveniente, não é passível de ser alegado.

Desta forma, não pode o executado embargante ser apenado com preclusão temporal, podendo alegar esta matéria no prazo de quinze dias após a juntada do auto de penhora em interpretação extensiva ao art. 303, I, do CPC.

Dúvidas há na doutrina sobre a forma de alegação desta matéria. Alguns autores defendem o aditamento dos embargos aproveitando a defesa já existente. Outros defendem a possibilidade de novos embargos.

3) *Excesso de execução ou cumulação indevida de execuções*

O inciso III estabelece duas matérias de defesa distintas: o excesso de execução e a cumulação indevida. Nos dois casos, é necessário socorrer-se de artigos esparsos para a devida compreensão.

O art. 743 enumera as hipóteses de excesso de execução:

- a) Quando o credor pleiteia quantia superior à do título: constitui a forma clássica de excesso e também a mais comum. Ocorre quando se pleiteia valor superior àquele consignado no título. Nesse caso específico, é ônus do executado estabelecer qual o valor correto sob pena de rejeição liminar dos embargos (CPC, art. 739-A, § 5º).
- b) Quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título: aqui o exequente requer obrigação distinta daquela estabelecida no título. As perdas e danos não se incluem nessa situação, pois somente poderão ser fixadas no curso do processo (seja a conversão subjetiva, seja objetiva), e não quando da propositura.
- c) Quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença: os modelos executivos seguem o procedimento de acordo com a natureza da obrigação. Desta forma, não se pode ingressar com execução de quantia quando o direito obrigacional do título for entrega de coisa.
- d) Quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582): é a *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476) analisada sob a dinâmica processual.
- e) Se o credor não provar que a condição se realizou: se foi estabelecida condição (negócio jurídico subordinado a evento futuro e incerto) para o cumprimento da obrigação e não houve sua correspondente efetivação, não há se falar em inadimplemento (CPC, art. 580) e, portanto, é inexigível a prestação.

A despeito de o referido artigo estar situado no Capítulo II, destinado aos Embargos à Execução Contra a Fazenda Pública, constitui regra geral aplicável – no que couber – a toda execução.

Quanto à cumulação de execuções, estabelece o art. 573 do CPC: “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo”.

A cumulação indevida acarreta a extinção do processo. Como se trata de vício formal, nada impede que a parte apresente estes diversos pedidos em demandas próprias.

4) *Retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621)*

Nas ações que envolvam a entrega do bem, é possível que aquele que o possuía tenha feito benfeitorias e deseje ser ressarcido sobre elas.

Se a ação em que se reivindica o bem for de conhecimento, deverá o réu fazer seu pedido de retenção em sede de contestação, sob pena de preclusão (CPC, art. 461-A).

Portanto, o inciso IV em comento somente se aplica às execuções para entrega de coisa com base em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 621 a 631). Antes de 2006, o direito de retenção era exercido em embargos próprios (retenção de benfeitorias) que foram revogados.

Conforme expressamente estabelecido em lei, somente as benfeitorias necessárias e úteis são suscetíveis de indenização, aliás, em perfeita consonância com o direito material (CC, art. 1.219).

Interessante possibilidade na retenção por benfeitorias está no § 1º do próprio art. 745 ao estabelecer que: “Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exequente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo”.

Nesse caso, os embargos não têm o condão de extinguir a execução, mas simplesmente dilatar a marcha do procedimento.

O executado, ao embargar, poderá reter o bem até que seja indenizado dos gastos efetivados no bem. Contudo, quando o exequente se

manifestar acerca dos embargos (CPC, art. 740), poderá requerer compensação com eventuais danos ou mesmo frutos devidos do executado para com o exequente em virtude da posse do bem.

Para tanto, será necessário nomear um perito para que possa, em seu laudo, apurar tanto o valor das benfeitorias como os frutos e danos sofridos pelo executado. Se a apuração dos valores depender de meros cálculos aritméticos, poderá o magistrado dispensar a nomeação de perito.

Se o exequente caucionar o valor das benfeitorias (ou ao menos o resultante da compensação), poderá ser imitado na posse do bem (CPC, art. 745, § 2º).

5) *Qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento*

Conforme visto no [item 1.1.3](#), os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial possuem ampla cognição (vertical e horizontal), podendo neles se arguir qualquer matéria que seria lícita deduzir se houvesse um processo de conhecimento discutindo-as (exceção feita às cambiais, conforme ressalvado).

Este inciso veiculará as exceções substanciais, pois discutirá frontalmente a matéria de fundo, e não a forma.

As limitações cognitivas se encontram em outras defesas na execução, como os embargos da Fazenda Pública (CPC, art. 741), a Impugnação (CPC, art. 475-L), nos embargos de segunda fase (CPC, art. 746) e até mesmo na atípica “exceção de pré-executividade (em que se permite a alegação de matérias de ordem pública e, as que não sendo, não demandem dilação probatória)”.

1.1.4 Procedimento

a) *Prazo (CPC, art. 738)*: os embargos serão oferecidos no prazo de quinze dias contados da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Houve alteração na redação do art. 738 (que alterou o prazo de quinze para dez dias), bem como a supressão dos parágrafos (que exigiam a garantia do juízo para oposição dos embargos).

O prazo será de quinze dias, mesmo havendo litisconsórcio com procuradores diferentes. Não incide, portanto, a regra do art. 191 do CPC

(CPC, art. 738, § 1º). Desta forma, o prazo é simples, independentemente do número de executados embargantes.

Igualmente não incide a regra do art. 241, III, do CPC. Assim, se houver vários executados e a juntada aos autos dos mandados se der em dias distintos, o prazo para que todos se defendam será contado **individualmente**, e não do último.

À falta de regulamentação legal, quando a citação na execução se deu por edital, segue-se a regra geral (CPC, art. 241, V). Desta forma, o prazo começará a correr ao término do prazo fixado pelo magistrado.

b) *Garantia do juízo* (CPC, art. 736): a redação da Lei n. 11.382/2006 expressamente subtraiu dos embargos a necessidade de garantia do juízo para a sua oposição. Vale dizer: a despeito de a penhora ser um bem jurídico perseguido na execução, ela não é condição para a apresentação dessa modalidade de defesa.

c) *Competência*: os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo da execução (CPC, art. 736, parágrafo único) e, como corolário lógico, correrão no mesmo juízo (CPC, art. 108). Constitui regra de competência funcional decorrente da conexão por sucessividade.

Questão interessante diz respeito à situação dos bens do executado. Como a penhora deve ser feita no foro da situação da coisa, caso o executado somente tenha bens em outra comarca, deverá haver expedição de carta precatória (CPC, art. 658), pois o juízo da execução não pode proceder à penhora fora de sua competência. Portanto, no juízo deprecado, por economia processual, é que se procederão a penhora, a avaliação e a alienação do bem.

Para onde os embargos, portanto, serão endereçados? A matéria será fator determinante para a fixação de competência, conforme art. 747 do CPC.

Sistematicamente o artigo assim dispõe: se a matéria versar sobre vícios ou defeitos na penhora, avaliação ou alienação de bens, o foro competente para processamento e julgamento será do juízo deprecado. Caso contrário, a escolha é livre, mas o julgamento, nesse caso, será exclusivamente do juízo deprecante.

Este entendimento foi ratificado pelo Enunciado 46 do STJ: “Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo

deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens”.

Contudo, há uma questão importante a ser asseverada: com o novo sistema de execução, os embargos não dependem mais da prévia garantia do juízo e é muito provável que sejam opostos sem que nenhuma penhora tenha sido realizada.

Desta forma, a regra somente pode ser aplicada se, quando da oposição dos embargos, já houver penhora. Caso contrário, por se tratar de direito superveniente, será alegado por petição em momento próprio.

d) *Legitimidade*: de regra, a legitimidade para opor os embargos pertence ao **executado**. É importante diferenciar o executado do devedor. Devedor é todo aquele que, no plano do direito material, contraiu alguma obrigação. Nem sempre será demandado. Executado é aquele que, no plano do direito material, figura no polo passivo de uma demanda executiva. Como o conceito de parte no ordenamento é eminentemente processual, é possível que o executado, que tem legitimidade para opor embargos, não seja, no direito material, devedor. Tanto que poderá ingressar com o incidente justamente para provar essa situação.

Havendo pluralidade de executados, haverá pluralidade de embargos. É possível que os embargos opostos por um aproveitem aos demais, desde que a defesa entre eles – executados – seja comum.

O **Ministério Público** tem legitimidade para opor embargos, desde que a demanda se enquadre em alguma das situações previstas para sua participação.

Os **responsáveis patrimoniais** (CPC, art. 592) que, de regra, não possuem obrigação, mas responsabilidade, como podem figurar como executados, também têm legitimidade para figurar como embargantes.

Da mesma forma, o **curador especial** (Enunciado 196 da Súmula do STJ) tem legitimidade em nome do executado citado de forma ficta (edital ou hora certa).

O **cônjuge** tem legitimidade para opor embargos à execução. Contudo, sua legitimidade fica condicionada: se estiver no título, mesmo que não seja executado, detém legitimidade para opor embargos à

execução; se não estiver no título, somente poderá se socorrer dos embargos de terceiro (CPC, art. 1.046, § 3º).

No polo passivo, os embargos devem necessariamente ser opostos em face do exequente. Mesmo que ele não seja, de fato, credor. O mero dado objetivo de estar no polo passivo confere legitimidade passiva ao executado.

e) *Efeitos*: historicamente os embargos sempre foram recebidos no seu efeito suspensivo (revogado art. 739, § 1º, CPC). Tratava-se de suspensão *ope legis*, na medida em que não permitia ao magistrado decidir acerca da suspensão, uma vez que estava prevista em lei.

Contudo, a lei estabelecia uma incongruência: suspendia-se o processo justamente para aquele que – em virtude da natureza abstrata do título executivo – era o detentor do direito em juízo. Melhor dizendo, o exequente deveria suportar com o ônus do tempo em detrimento do executado. O legislador, atento a esta situação, resolveu retirar a suspensividade inerente dos embargos e passou a tratá-la como forma excepcional.

A regra hoje é que a execução trafegue normalmente; e somente em casos específicos, desde que preenchidos requisitos predeterminados, permite-se a sua suspensão.

Desta forma, o art. 739-A e o art. 791, I, vedam a regra dos embargos com efeito suspensivo.

Como a concessão do efeito suspensivo decorre de uma situação de urgência (haja vista os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), para que o executado – excepcionalmente – obtenha esse efeito é necessário provar a **potencialidade de dano**. Contudo, a lei estabelece outra exigência: a garantia do juízo. Desta forma, além de se provar o dano, a caução será necessária (requisitos cumulativos). Perceba que a garantia do juízo somente será necessária se e quando for requerido o efeito suspensivo *ope judicis*.

f) *Carta precatória*: o § 2º do art. 738 cria regra especial para os embargos por carta precatória, o que afasta a incidência do art. 241, IV, do CPC. Assim, o referido artigo de lei estabelece que: “Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante,

inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação”.

Desta forma, o termo inicial para a contagem do prazo não se conta como na regra geral da juntada aos autos da carta precatória cumprida, **mas da juntada aos autos da comunicação, feita pelo juízo deprecado ao deprecante, de que ocorreu a citação.**

g) *Valor da causa*: tendo os embargos à execução natureza jurídica de ação, devem ser atendidas as prescrições do art. 282. No caso, toda demanda deverá ter valor da causa (inciso V). Normalmente o valor da causa dos embargos é o mesmo que o da execução. Tal fato não decorre da “suposta” acessoriedade existente (o que não existe, a despeito do art. 569 do CPC), mas do proveito econômico que os embargos podem proporcionar: se o interesse é o não pagamento da dívida, evidentemente que o valor da causa entre execução e embargos será o mesmo, pois na justa medida que o credor deseja receber determinado valor o executado não pretende pagá-lo.

Contudo, há situações em que o valor da causa será diferente, como no excesso de execução (em que se terá como base de cálculo a diferença) ou na retenção de benfeitorias (cuja base será o valor delas).

Em caso de vício processual a que não se tenha como atribuir valor (v.g., inépcia da petição inicial executiva), o valor da causa será apenas para fins fiscais (CPC, art. 258).

h) *Contraditório*: conforme art. 740 do CPC, recebidos os embargos o exequente será intimado para se manifestar no prazo de quinze dias.

1.2 Embargos de segunda fase

Os embargos de segunda fase tiveram substanciais modificações com a Lei n. 11.282/2006.

Chama-se de segunda fase, pois somente podem ser arguidos vícios após a penhora. E aqui reside a grande diferença entre os embargos de primeira e segunda fase: enquanto aqueles discutem a higidez e a validade do *título executivo*, estes apenas discutem questões após a *penhora*.

Desta forma, poderá o executado oferecer embargos (CPC, art. 746) cinco dias após a adjudicação, alienação por iniciativa particular e

arrematação, desde que o vício seja posterior à penhora.

Interessante notar que esses embargos subsistem mesmo com as modificações trazidas pela Lei n. 11.282/2005 acerca dos títulos executivos judiciais. Não há se falar em “impugnação de segunda fase”. Apesar de não serem cabíveis mais embargos à execução no (agora) cumprimento de sentença, mantém-se o cabimento dos embargos de segunda fase.

Algumas questões são importantes asseverar:

a) *Momento: o caput* do art. 746 do CPC assevera que a nulidade ou causa extintiva da obrigação seja “superveniente à penhora”. Contudo, e apesar de a redação do artigo ter sido também alterada com a Lei n. 11.382/2006, o legislador não levou em consideração que a penhora não constitui mais requisito para a apresentação de embargos à execução. Entretanto, para que se proceda à venda do bem em juízo (que invariavelmente se dará pela adjudicação, alienação ou arrematação), é necessário que haja penhora. E se o vício ocorrer após a oposição dos embargos à execução, mas antes da penhora (o que é bem comum)?

Para suprir este “vácuo de impugnabilidade”, é melhor que se leia o art. 746 do CPC não como vícios após a penhora, mas que surgiram após a apresentação dos embargos de primeira fase.

Na execução de título executivo judicial, em que a penhora ainda é requisito de admissibilidade, a letra da lei pode ser interpretada tal qual redigida.

b) *Aplicação remissiva: quanto ao procedimento*, a reforma da execução subtraiu o parágrafo único do art. 746, que fazia remissão aos artigos dos embargos à execução, explicitando que se seguia por analogia. Agora, os embargos de segunda fase e os embargos de primeira fase estão todos sob a mesma rubrica “embargos à execução” (apesar de nos primeiros não se tratar propriamente de embargos à execução. A lei também tomou o cuidado de ser clara na aplicação analógica ao asseverar, na parte final do referido art. 746, que aos embargos de segunda fase se aplica “no que couber, o disposto neste capítulo”).

c) *Prazo: estabelece a lei que o prazo será de “5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação”*. O prazo na verdade não se

inicia da adjudicação, alienação ou arrematação propriamente dita, mas do dia seguinte à formalização desta venda (documentação processual: lavratura do auto ou termo).

- d) *Efeito suspensivo*: é possível que o executado-embargante obtenha, com base nos requisitos previstos no art. 739-A, § 1º, do CPC, o efeito suspensivo, de modo a evitar a expedição da competente carta (adjudicação, alienação) para que se aperfeiçoe (se for móvel) ou permita o registro (se imóvel) da propriedade.
- e) *Recorribilidade*: da decisão acerca dos embargos de segunda fase, caberá apelação, por se tratar de sentença (CPC, art. 513). Em que efeitos? O art. 520, V, do CPC explicita que a apelação interposta contra embargos à execução será recebida somente no seu efeito devolutivo. Sabendo que a lei não faz menção aos embargos de segunda fase, fica a pergunta: é possível aplicar de maneira analógica? Há dois posicionamentos:

O **primeiro** assevera que a apelação será recebida no seu efeito somente devolutivo, conforme Enunciado 331 da Súmula dominante do STJ. Assim: “A apelação interposta contra sentença que julga embargos à arrematação tem efeito meramente devolutivo”.

O **segundo** parte de premissa diversa: como a decisão não tem previsão legal, entende-se aplicar a regra, ou seja, duplo sentido.

- f) *Desistência da aquisição*: nos termos dos §§ 1º e 2º do CPC poderá o adquirente desistir do bem quando o executado opuser embargos. Esta medida foi criada para salvaguardar o direito do adquirente que não deseja passar por discussões judiciais acerca do aperfeiçoamento da venda. Não será necessária nenhuma justificativa, tampouco autorização judicial. Basta o dado objetivo “oposição dos embargos” para que se oportunize ao adquirente a desistência. Tampouco se os embargos teriam chance de êxito deve ser levado em consideração.

Com a desistência o magistrado deferirá de plano a liberação do depósito feito pelo adquirente (CPC, arts. 746, § 2º, e 694, § 1º, IV).

- g) *Embargos protelatórios*: estabelece o § 3º do art. 746, CPC: “Caso os embargos sejam declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição”. Trata-se

de novidade trazida pela Lei n. 11.382/2006. A multa veio na onda reformista de 2006, no intuito de se criar um “processo executivo do credor”, a fim de se estabelecer maior efetividade na satisfação do crédito inibindo atitudes que objetivem retardar a outorga da tutela jurisdicional. A base de cálculo (vinte por cento) tem por parâmetro o valor da *execução*, e não da *venda do bem*.

O beneficiário da multa será o adquirente que desistiu da aquisição (§ 3º). Importante uma ressalva não prevista em lei: a multa deverá incidir mesmo que não haja desistência da aquisição. Isso porque a multa visa a sancionar aquele que age com manifesto propósito protelatório, independentemente de ter causado a desistência por parte do adquirente ou não. Desta forma, o adquirente receberá a multa tendo desistido ou não da aquisição. A decisão valerá como título executivo em favor de terceiro.

h) *Aplicação na execução fiscal*: como não há regra semelhante na execução fiscal (Lei n. 6.830/80), aplicam-se os embargos naquela modalidade de execução (STJ, 1ª T., REsp 598.186/SP, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31-5-2004).

2. Impugnação

2.1 Definição e natureza jurídica

Até a reforma empreendida na execução, em 2005, a execução de título judicial e a execução de título extrajudicial poderiam ser contestadas por meio dos embargos à execução, que possuíam o mesmo regime jurídico para as duas modalidades de título. A diferença estava no plano da cognição: os embargos com base em título extrajudicial tinham cognição livre, permitindo ao executado deduzir qualquer matéria tendente a neutralizar os efeitos do título (CPC, art. 745), e conseqüentemente ampla possibilidade de o magistrado analisar esta matéria. Contudo, na execução de título judicial, a cognição era limitada. A natural restrição se dava pelo anterior processo de conhecimento em que as matérias poderiam ser livremente deduzidas (CPC, art. 741, agora dedicado aos embargos na execução contra a Fazenda Pública).

Com as mudanças trazidas pela Lei n. 11.282/2005, a defesa típica da execução de título judicial (cumprimento de sentença) agora se denomina **impugnação** (CPC, arts. 475-J, § 1º, 475-L e 475-M).

A despeito de a lei *aparentemente* restringir a impugnação ao cumprimento de sentença por quantia certa, duas questões são importantes:

- a) O cumprimento de sentença que se opera por meio de *processo autônomo*, e não fase (sentença arbitral, estrangeira e penal condenatória), tem a impugnação como modalidade de defesa típica.
- b) Fica abarcado por esta modalidade de defesa também o cumprimento de sentença das obrigações específicas (entrega de coisa e obrigação de fazer e não fazer). Não haveria por que limitar a uma modalidade de obrigação (entrega diversa de dinheiro) e não permitir a defesa nas obrigações específicas. A atipicidade dos atos judiciais ou a mandamentalidade/executoriedade do provimento não pode ser argumento para tolher o contraditório.

É controversa a natureza jurídica da impugnação. No Brasil surgiram três correntes:

- ◆ *Defesa*: há autores que entendem que o estabelecimento do processo sincrético criou uma fase própria para a defesa, denominada impugnação. Não se trata de ação autônoma, mas mero incidente (exceção). Este posicionamento é defendido por Cassio Scarpinella Bueno, José Miguel Garcia Medina, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier.
- ◆ *Ação*: outra parcela da doutrina visualiza a impugnação como ação incidente. Se a defesa é substancialmente o mesmo que os embargos, não há se falar em natureza jurídica diversa. Esse posicionamento é defendido por Arruda Alvim e Araken de Assis.
- ◆ *Híbrida*: existe uma terceira corrente que confere, de acordo com a matéria apresentada na impugnação, natureza de ação ou defesa. Este posicionamento é defendido por Leonardo Greco.

Entendemos que a impugnação tenha natureza de defesa. Especialmente pela vontade do legislador em estabelecer, na execução de título judicial, o modelo sincrético. Desta forma, da mesma maneira que se derrubaram as barreiras nas relações “processo de conhecimento –

processo de execução” e “processo de liquidação – processo de execução”, nada mais intuitivo que a impugnação seja também apenas uma fase do processo único, que é composto de fase de conhecimento, fase de liquidação (eventual), fase de execução (eventual) e fase de impugnação (eventual).

Evidente que a impugnação como defesa (inserindo uma fase no processo único) relativiza o princípio do desfecho único da execução, pois, se a atividade executiva é tendente a tão só satisfazer o crédito do exequente, a possibilidade de insurgir por defesa nesta modalidade de processo, podendo obter sentença que declare a inexistência do crédito, apta a fazer coisa julgada material, cria diversas variantes para o fim da execução.

2.2 Matérias (fundamentos)

Como observado, a cognição é limitada na impugnação. Tal circunstância decorre do fato de estar o executado impedido de levantar todas as matérias que normalmente se alegam em defesa. Vejamos as matérias:

2.2.1 Falta ou nulidade de citação se o processo correu à revelia (inciso I)

Constitui fato anterior à formação do título.

Nesse caso, a decisão está contaminada com o que se chama de vícios transrescisórios, que dizem respeito a fatos anteriores à produção do título. Há dúvidas na doutrina se a ausência de citação constitui pressuposto de existência ou de validade do processo. Independentemente, aqueles que defendem a inexistência têm como pressuposto que a magnitude do vício impede a sua preclusão, motivo pelo qual seria recomendado alegar a matéria em impugnação ou mesmo posteriormente pela denominada *querela nullitatis*, que, justamente por ser ação declaratória, não se submete a nenhum prazo prescricional ou decadencial.

Já para aqueles que defendem a citação como pressuposto de validade (portanto sua falta gera nulidade), não há de se preocupar com a

observância do prazo bienal da ação rescisória na medida em que se trata de vício transrescisório.

É importante que se tenha tipificado a revelia. A simples falta de citação não acarreta a revelia, pois é possível o comparecimento espontâneo (CPC, art. 214), que pela instrumentalidade das formas supre a “forma” citação, ou o caso pode, por opção prévia da lei, não acarretar revelia (CPC, art. 320).

2.2.2 Inexigibilidade do título (inciso II)

A inexigibilidade não é do título, mas da pretensão; por exemplo, quando sobre a obrigação pender condição ou termo ainda não verificável. A inexigibilidade do título refere-se ao interesse de agir na execução. O título é inexigível também nas hipóteses do § 1º do art. 475-N quando a decisão tiver por fundamento lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou quando colidir com aplicação ou interpretação dada à lei ou ato normativo pelo mesmo tribunal.

2.2.3 Penhora incorreta ou avaliação errônea (inciso III)

Este inciso constitui novidade trazida pelo legislador de 2006. Ambas devem ser atacadas na impugnação sob pena de preclusão. E isso porque ambas ocorreram antes da apresentação da impugnação (já que este incidente está condicionado à segurança do juízo e à avaliação) e, portanto, constitui o primeiro momento em que o executado pode falar aos autos.

Existe, é fato, a possibilidade de não ter havido ainda avaliação dos bens penhorados (v.g., discordância com o valor atribuído pelo oficial ou necessidade de prova técnica). Nessa situação a parte deve apresentar a sua impugnação e eventualmente contestar o valor da avaliação a ser arbitrada em incidente próprio.

Esta regra tem por objetivo concentrar todos os atos de defesa do executado num único instrumento, a fim de evitar dilações desnecessárias.

2.2.4 Ilegitimidade das partes (inciso IV)

Pode o executado alegar a ilegitimidade das partes do processo de execução. A questão é de rara incidência. E isso porque foi certificada em sentença (imunizada pela coisa julgada) a condenação daquele específico executado sobre aquela específica dívida. As questões de carência de ação supervenientes no caso da legitimidade podem ser exemplificadas: a) desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50) e b) cessão de crédito.

2.2.5 Excesso de execução (inciso V)

O art. 743 define que há excesso de execução quando: a) pleiteia quantia superior à do título, b) recai sobre coisa diversa daquela declarada no título, c) se processa de modo diferente daquele que consta na sentença, d) quando o credor, sem provar que cumpriu sua parte, cobrar a do devedor e e) o credor não provar que a condição se realizou.

Quando se asseverar que o credor cobrou acima do valor do título, é preciso atentar que deve o impugnante informar de imediato o valor correto sob pena de rejeição liminar da obrigação (475-L, § 2º).

Também há excesso de execução quando o executado discute o acerto dos cálculos apresentados pelo exequente na “liquidação extrajudicial”, conforme art. 475-B do CPC.

2.2.6 Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição desde que superveniente à sentença (inciso VI)

Trata-se de rol exemplificativo. Em atenção à eficácia preclusiva da coisa julgada, exige-se que estas matérias sejam supervenientes ao trânsito em julgado. Assim, é erro falar em superveniente à sentença, quando na verdade deve ser superveniente ao trânsito em julgado. Portanto, a prescrição que aqui se aduz refere-se à prescrição intercorrente (Súmula 150 do STF), e não à prescrição originária da pretensão.

2.2.7 Especificamente sobre a hipótese do art. 475-N, § 1º, do CPC

Estabelece o art. 475-N, parágrafo único: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em Lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

2.3 Procedimento

A impugnação deverá ser apresentada em quinze dias da juntada aos autos do termo/auto de penhora cumprido nos autos. Desta forma, ao contrário dos embargos, a impugnação exige garantia do juízo. Assim como os embargos, a impugnação não terá efeito suspensivo. Contudo, poderá o executado requerer o efeito suspensivo desde que prove o dano (não será necessário garantir o juízo, pois este requisito já foi preenchido).

Da decisão que julgar a impugnação, caberá agravo de instrumento, salvo se a impugnação for julgada procedente e essa procedência acarretar a extinção de toda a execução. Nesse caso, caberá apelação.

3. Exceção executiva – “exceção de pré-executividade”

3.1 Introdução

Na clássica tipologia das ações, a execução é processo cujo objetivo consiste na satisfação de um direito já declarado por decisão judicial ou por documento que, por si só, contenha os elementos necessários para desencadear a atividade jurisdicional executiva. Todos eles decorrem de expressa opção político-legislativa.

Esta posição de vantagem, conferida pelo título executivo decorrente de sua eficácia abstrata, projeta importantes efeitos para o plano do processo. Como o direito está abstratamente definido pelo título, não é necessário ao magistrado investigar acerca da existência do direito

subjacente, motivo pelo qual a tutela executiva é toda desenhada para a sua realização, e não descoberta.

Desta forma, não se tem um procedimento voltado ao contraditório, mas, sim, para o cumprimento da obrigação. Quando o Código de Processo Civil de 1973 foi levado a efeito, era grande a preocupação em tornar a concretização do título eficaz, motivo pelo qual se criaram algumas barreiras para impedir a mera protelação da marcha do processo pelo simples exercício do direito da ampla defesa.

O executado não era citado para se defender, mas, sim, para pagar ou nomear bens à penhora. A defesa deveria ser empreendida por ação autônoma, e não dentro do mesmo processo, para não desnaturar a atividade que ali se exercia e, principalmente: para o exercício desse direito de defesa, era necessário garantir o juízo, ou seja, para se discutir a higidez do título era necessário prestar caução.

A adoção dessas medidas tem por escopo reequilibrar a situação das partes no processo e eram, como são, adotadas de forma a não causar prejuízo ao exequente, em manifesta situação de vantagem no plano do direito material.

Contudo, é relativa a presunção da existência do crédito. É possível que o desencadeamento dos atos executivos se dê com base em título executivo espúrio, ou a cobrança seja feita de maneira errônea. Desta forma a parte tem para si a possibilidade de se defender por meio dos já citados embargos, desde que haja prévia garantia do juízo.

É nesse sentido que se coloca a questão: seria justo impor a garantia do juízo para se defender de título manifestamente inidôneo? E se a parte não possui bens ou valores suficientes para garantir o juízo, como fica o exercício constitucional do contraditório?

É esta a função da exceção de pré-executividade. Seu objetivo é permitir a impugnação de vícios inerentes ao título executivo ou a própria demanda que o veicula independentemente da oposição das defesas típicas (embargos/impugnação).

Já está superada a discussão acerca do contraditório na execução. Tal situação decorre de pelo menos dois motivos: a) a Constituição Federal assegura a ampla defesa e o contraditório *ex vi* do art. 5º, LIV e LV, independentemente de que processo esteja se tratando; b) se o sistema

brasileiro adota o princípio da menor gravosidade (CPC, art. 620), como assegurá-lo sem que a parte tenha, correspondentemente, os instrumentos para exercer o direito conferido em norma legal?

A discussão sobre a exceção remonta a décadas. Apesar de duvidosa a origem, parece bem aceito que os primeiros contornos foram dados por Pontes de Miranda em parecer para a Companhia Siderúrgica Mannesmann, em 1966. O incidente desenvolvido pelo autor alagoano teve por objetivo evitar a garantia do juízo para denunciar vícios processuais cognoscíveis de ofício.

Como se trata de nova situação dentro do processo, não prevista na cadeia regular de atos, inegavelmente a exceção tem a natureza jurídica de incidente processual.

3.2 Cabimento e nomenclatura

A despeito de não haver regramento acerca dessa modalidade de incidente, a doutrina e a jurisprudência admitem a exceção de pré-executividade para levantar todas as matérias de ordem pública, **sejam elas pertinentes ao título** (v.g., ilegitimidade, falta de interesse de agir, prescrição), **sejam elas pertinentes ao próprio processo de execução** (v.g., inépcia da petição inicial, falta de citação).

Contudo, o amadurecimento do instituto fez permitir também o cabimento para matérias dispositivas, desde que não dependam de dilação probatória, pois, do contrário, tornariam a demanda executiva em processo de cognição. Desta forma, se houver prova cabal e documental do pagamento, poderá ser apresentado por meio de exceção.

Assim:

- a) *Matérias de ordem pública*: que podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição. Em verdade, seria até desnecessária a existência do incidente na medida em que a provocação dessas matérias independe de qualquer solenidade específica.
- b) *Matérias dispositivas com prova pré-constituída*: nesse caso a matéria não é cognoscível de ofício, mas o executado possui prova de plano que demonstra a existência de algum fato que elida a atividade executiva (v.g., pagamento, compensação, novação). O Enunciado

393 da Súmula do STJ estabelece que na execução fiscal a exceção de pré-executividade se aplica às matérias de ordem pública **que** não demandarem dilação probatória.

Quanto à nomenclatura, apesar de apenas importar no plano acadêmico, a doutrina costuma criticar o substantivo “exceção” como o adjetivo “pré-executivo”. Este último é contestado pela sua equivocada designação temporal: se é “pré-executivo”, certamente deveria vir *antes* da execução, e não no curso dela. Assim, é melhor denominar-se simplesmente “executivo”.

Já a expressão “exceção” também é criticada na medida em que se traduz como sinônimo de disponibilidade; e o incidente tem como objetivo precípuo a alegação das matérias de ordem pública. Esta relevância fez alguns autores até dividirem em “exceção de pré-executividade” e “objeção de pré-executividade”.

Contudo, discordamos dessa restrição: primeiro porque, independentemente de a nomenclatura ser a correta para o caso, o que importa são os efeitos que ela produz. Há diversos institutos no processo que não refletem aquilo que de fato representam e nem por isso deixam de ser utilizados, como o usufruto judicial, a tutela antecipada pelo incontroverso, execução de obrigação de não fazer, entre outros.

Segundo, porque o vocábulo “exceção” é uma expressão polissêmica: i) pode ser considerada defesa em sentido *lato*, seja como o direito abstrato de defesa ou exercício de defesa; ii) pode ser vista também como matéria circunscrita à esfera de disponibilidade das partes (em contraposição a objeção); iii) pode ser, por fim, designativa de uma das defesas do réu, denominadas exceções rituais.

No caso, a exceção designa a primeira situação, ou seja, exceção na locução em comento é o exercício do direito de defesa. Portanto, mais correto será denominá-la “exceção executiva”. Denominar-se “objeção” seria diminuir o campo de aplicabilidade do instituto, que também se aplica às matérias dispositivas.

3.3 Procedimento

Na falta de previsão legal, a exceção executiva deve ser analisada sobre aquilo que se tem admitido na doutrina e na jurisprudência.

- a) *forma*: justamente por falta de previsão legal, a exceção pode ser alegada por petição simples. Esta resposta se torna mais evidente quando a matéria discutida for de ordem pública. Sendo matéria cognoscível de ofício, a lei despreza a formalidade do ato, pois constitui apenas uma forma de mostrar ao juiz aquilo que deveria ter sido apreciado e não foi. Tendo a jurisprudência autorizado a análise das matérias também dispositivas desde que não demandem dilação probatória, a petição simples é também permitida, pois a importância não está nas alegações da peça, mas no documento hábil a impedir o desencadeamento dos atos executivos.
- b) *prazo*: em se tratando de matéria de objeção, esta pode ser alegada a qualquer tempo durante o trâmite do procedimento executivo. Em se tratando de matéria dispositiva com prova pré-constituída, a alegação deve ser feita na primeira oportunidade em que a parte falar aos autos sob pena de preclusão (CPC, art. 245).

O prazo para que o exequente se manifeste acerca da exceção será conferido pelo magistrado. No seu silêncio, será de cinco dias (CPC, art. 185).

Interessante questão diz respeito à pertinência da exceção quando a matéria já foi veiculada em sede de embargos ou impugnação. Se a matéria já foi decidida em sede de embargos, seja ela matéria cogente ou dispositiva, operou, para aquele juiz, preclusão. O fato de a matéria ser de ordem pública não autoriza que o mesmo magistrado possa lhe dar novos contornos se ela já foi decidida em algum momento (preclusão horizontal). Nada impede, contudo, que esta matéria possa ser analisada em sede de recurso pelo Tribunal.

Mas permitir o incidente seria autorizar a utilização de dois instrumentos com fins idênticos para desconstituir o mesmo vício dentro do mesmo processo.

Nada impede, contudo, que se alegue a exceção executiva sobre vícios ocorridos após a penhora (que podem, repise-se, ser objeto de embargos de segunda fase).

- c) *Efeitos*: a exceção de pré-executividade não tem o condão de suspender o procedimento executivo. Há pelo menos dois bons motivos: i) o art. 791 do CPC, que estabelece as hipóteses de

suspensividade, é taxativo e não contempla obviamente a hipótese da exceção executiva; ii) independentemente desse motivo, os embargos/impugnação hoje não possuem mais efeitos suspensivos *ope legis*. Desta forma, apenas se e quando presentes os pressupostos para sua concessão é que a suspensão poderá ser deferida. Um dos requisitos para a concessão do efeito suspensivo é a garantia do juízo. Como a garantia é justamente o que se deseja evitar com a apresentação do incidente, entende-se ilógico autorizar a suspensão.

Justamente por ser a exceção incidente que se decide questões de plano, não deverá o magistrado se alongar na sua análise e decisão sob pena de se causar prejuízo ao executado. Desta forma, a não suspensividade não trará gravames à parte caso o magistrado decida com celeridade o incidente.

- d) *recorribilidade*: a exceção de pré-executividade poderá ter três destinos: i) ser julgada procedente, acarretando a extinção da execução; ii) ser julgada procedente, regularizando o vício e prosseguindo a execução e iii) ser julgada improcedente, prosseguindo a execução. No primeiro caso, caberá recurso de apelação. Nos demais, por se tratar de decisão interlocutória, desafia o recurso de agravo de instrumento.
- e) *coisa julgada*: há de se ter em mente que, a despeito de a execução, justamente não enfrentar o direito material, em regra não faz coisa julgada. Contudo, não quer dizer que isso nunca ocorra. Já está pacificado que a verificação de prescrição ou decadência produz esse efeito. Normalmente a discussão sobre o mérito fica diferida para os embargos, ação autônoma que possui extinção e coisa julgada próprias. Contudo, a oposição da exceção executiva discutindo matéria dispositiva transporta para o universo da execução matéria de mérito. Pergunta-se: a decisão endoprocessual sobre essa modalidade de matéria, uma vez transitada em julgado, é apta a fazer coisa julgada material?

A resposta só pode ser positiva.

- f) *Campo de atuação*: pela sua própria gênese, a exceção executiva tem incidência nas execuções de título executivo judicial (cumprimento de sentença) em que ainda se exige a garantia do juízo para a

apresentação de impugnação. Como os embargos na execução de título executivo extrajudicial, desde a Lei n. 11.382/2006, independem de garantia de juízo, não haveria razão na oposição dos embargos. Contudo, nada impede a oposição do incidente para vícios que ocorreram após a penhora ou alienação de bens.

- g) *Honorários advocatícios*: como constitui incidente processual, caberão honorários advocatícios independentemente do seu resultado. Aliás, já se posicionou neste sentido o STJ (3ª T., REsp 944.917/SP, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 18-9-2008).

◆ Referências

- ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Teoria geral do processo: civil, penal e trabalhista*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2012. v. 2.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.17, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: RT, 2011.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999. v. I.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.
- BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador. In: *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: Didier Jr., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1979.
- CINTRA, José Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

- COCURUTTO, Ailton. *Fundamentos de direito processual civil: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, t. I e II.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 5.
- DIDIER JR., Fredie; *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade no processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, II e III.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – um enfrentamento positivo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JR., Nelson. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Três ordens de questões no processo cautelar: preliminares, prejudiciais e mérito no processo cautelar. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil para concursos*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. 2009. v. 2.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Problemi del processo civile*. Morano: 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1968. v. I.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Revista Forense*, 1945, v. 104.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MONTENEGRO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTENEGRO, Misael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção et. al. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 46, 1987.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1972. t. I.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- SÁ, Renato Montans de. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. I.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.
- ZAVASCKI, Teoria Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: Fredie Didier Jr. (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2008.