

COORD. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

# PROCESSO CIVIL



evolução

20 anos de vigência

Araken de Assis / Antonio Gidi / Carlos Alberto Carmona

Cibele Pinheiro Marçal Tucci / Carlos Silveira Noronha

Donaldo Armelin / Flávio Luiz Yarsbell

José Ignacio Botelho de Mesquita / José Rogério Cruz e Tucci

Milton Paulo de Carvalho / Marcos Afonso Borges

Oreste Nestor de Souza Laspro / Paulo Henrique dos Santos Lucon

Sálvio de Figueiredo Teixeira / Teresa Arruda Alvim

Walter Piva Rodrigues / Rodolfo de Camargo Mancuso

Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci

1995

 editora  
**SARAIVA**

## REFLEXÕES EM TORNO DA EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA NO DIREITO BRASILEIRO

Flávio Luiz Yarshell

*Mestre pela Faculdade de Direito da USP.  
Advogado em São Paulo.*

*Sumário:* 1. Introdução. 2. A execução para entrega de coisa no quadro geral da tutela executiva. 3. Execução para entrega de coisa e classificação das sentenças. 4. Os modos de execução das sentenças que impõem entrega de coisa. 5. Perspectiva comparativa: a matéria oponível pelo demandado. 6. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

Conquanto tenha experimentado indiscutível desenvolvimento nos planos científico, doutrinário, legal e mesmo jurisprudencial, entre nós o processo de execução ainda se encontra em posição insatisfatória e seus resultados — mesmo à míngua de dados estatísticos mais abalizados que respaldem a asserção — podem ser considerados insuficientes para conferir a esse modo de atuação jurisdicional o atributo de verdadeira efetividade ou, ao menos, de uma efetividade possível.

Esse estado de coisas avulta, mais ainda, quando se compara essa modalidade de tutela à de conhecimento (principalmente) e mesmo à cautelar, cujas elaborações — cada qual por razões diversas — atingiram níveis de desenvolvimento e de resultados práticos superiores. Pensando primeiro no confronto com a tutela cognitiva, não deixa de ser paradoxal a constatação de que boa parte de toda a construção doutrinária do processo civil esteja calcada precisamente no modelo do processo de conhecimento condenatório que, para se concretizar e proporcionar resultados efetivos, não prescinde — exceto por inesperado e esporádico cumprimento voluntário do devedor — dos atos de invasão da esfera individual que constituem a execução. Também na comparação com a tutela cautelar, não deixa de ser paradoxal, ao menos sob certo aspecto, que se tenha buscado aumentar a efetividade do processo, entre outros caminhos, a partir de um modelo tradicionalmente pensado para situações emergenciais, voltado à provisoriamente e calcado em uma cognição não exauriente da relação material controvertida, deixando-se de lado um outro modelo, construído precisamente para o atingimento da “satisfação” do direito.

De outra parte, dentro do processo de execução, e sem embargo do notável desenvolvimento atingido em todos os planos já mencionados, ficou a execução para entrega de coisa relegada a um plano secundário, sem atrair ou merecer maiores e melhores reflexões da doutrina e — arrisca-se a afirmação — sem receber do ordenamento uma disciplina mais homogênea e coerente.

Calcado nessas premissas é que, sem outra pretensão que não a de simplesmente levantar pontos que mereçam reflexões mais autorizadas, animamo-nos a fazer as considerações seguintes, que procuram examinar sumária, mas criticamente, os modos pelos quais a execução para entrega de coisa se perfaz no direito brasileiro.

## 2. A EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA NO QUADRO GERAL DA TUTELA EXECUTIVA

A tutela executiva que propicia entrega de coisa é espécie do que, em doutrina, convencionou-se denominar *execução específica*, gênero que a primeira compõe ao lado das execuções que objetivam a satisfação de obrigações de fazer e não fazer. Na tutela executiva dita específica, costuma-se apontar, os meios executivos recaem sobre objeto determinado, de modo a proporcionar restauração idêntica da situação violada. Essa tutela executiva específica, como também se costuma assinalar, distingue-se da execução por quantia, em que os meios executivos recaem sobre qualquer

bem sujeito à responsabilidade patrimonial e o objeto do direito é algo essencialmente fungível<sup>1</sup>.

Na verdade, a tutela executiva para entregar de coisa certa pode ainda ser enquadrada em uma categoria mais abrangente que a apontada. De fato, não é certo dizer que, em todas as hipóteses em que o Estado-Juiz busca proporcionar o exato resultado prático atingível pelo adimplemento, ele o faça pela prática de atos de execução. É pensar na sentença dita substitutiva, a que aludem os arts. 639 a 641 do Código de Processo Civil e bem ainda nas hipóteses de obrigações de fazer ou não fazer marcadas pela infungibilidade, onde não há espaço para atos típicos de execução.

A constatação dessa circunstância, então, levou a doutrina a falar na categoria mais ampla da *tutela jurisdicional específica*, que designa o conjunto de providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o exato resultado prático atingível pelo cumprimento espontâneo da obrigação. Dita categoria, por seu turno, opõe-se à das medidas tendentes apenas a eliminar as conseqüências da violação ou compensar pecuniariamente o credor<sup>2</sup>. Nela enquadra-se, então, também a execução para entrega de coisa.

Da execução para entrega de coisa diz-se ainda — pela invocação de critério mais rigorosamente processual — configurar execução *por desapossamento*, diferenciando-se então das execuções por expropriação e por transformação, voltadas respectivamente à satisfação de obrigações de pagamento de quantia, e de obrigações de fazer e não fazer<sup>3</sup>.

## 3. EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA E CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

A tutela executiva prestada na entrega de coisa pressupõe, ao menos como regra no ordenamento brasileiro, a existência de sentença e, portanto, de título executivo judicial<sup>4</sup>. Contudo, se é certo que toda execução para

1. Cf. Crisanto Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1953, n. 1, p. 15; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 170-2; Ricardo Arcoverde Credie, *Adjudicação compulsória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 24.

2. Cf. Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas, in Temas de direito processual, terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 31, e o nosso *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de prestar declaração de vontade*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 37, especialmente notas 71 e 72.

3. Cf. Cândido Dinamarco, *Execução civil*, cit., p. 169.

4. O art. 621 do Código de Processo Civil fala expressamente em “Quem for

entrega de coisa deve, ao menos em princípio, estar fundada em sentença, não é pacífica, em doutrina, a qualificação das sentenças que autorizam essa modalidade de tutela; ou, ao menos, que ensejam a instauração de um processo de execução para entrega de coisa. E é precisamente aí que começam as dificuldades para uma disciplina unitária, ou ao menos mais coerente, da matéria.

A questão, como se percebe, principia pelo tema da classificação das sentenças. Não se trata aqui de debater cada uma das posições doutrinárias a respeito — o que seria inviável em trabalho de tão reduzidas dimensões — mas de ressaltar os desdobramentos práticos que essa classificação tem em matéria de execução para entrega da coisa.

É sabido que a doutrina tradicional vislumbra três modalidades de tutela cognitiva: a *meramente declaratória*, a *constitutiva* e a *condenatória*, sendo esta última a que nos interessa por ora, visto que, também na perspectiva mais aceita entre nós, a tutela executiva está voltada à atuação da sanção contida nessa modalidade de provimento; o que se dá precisamente pela instauração e desenvolvimento de um processo de execução<sup>5</sup>.

Além dessas três modalidades, parte da doutrina indica — com o acatamento nem sempre bem esclarecido da jurisprudência — a existência de outras duas modalidades de sentença: a chamada *executiva lato sensu* e a dita *mandamental*. Quanto à primeira, seria ela provimento que encerraria em si mesma eficácia executiva e, dispensando um processo de execução, efetivar-se-ia por “ordem do juiz”, isto é, pela mera expedição e cumprimento de mandado<sup>6</sup>. Os exemplos indicados são as sentenças em *ação de despejo* e de *reintegração de posse*<sup>7</sup>. Quanto à segunda, seria ela provimen-

---

condenado”, embora estabeleça exceção na parte final do inciso II do art. 585, ao viabilizar tal execução em face de título executivo ou extrajudicial consistente em documento público ou particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, de que conste a obrigação de entrega de *coisa fungível*. As hipóteses contidas no § 1º e incisos do art. 59 da Lei n. 8.245/90 não podem ser consideradas exceções à regra aludida porque o instrumento de “mútuo acordo” (inciso I) ou “a prova escrita da rescisão do contrato de trabalho” (inciso II) não são títulos executivos extrajudiciais, mas apenas documentos que atestam situações ensejadoras, a critério do Legislador, de *antecipação de tutela*, que deverá ser confirmada pela sentença. Tal expediente — quanto ao seu conteúdo e efeitos — não difere em substância das hipóteses de antecipação de tutela em matéria de reintegração de posse e mesmo em mandado de segurança.

5. Essa, como cediço, a posição de Liebman (cf. *Processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1986, n. 2, p. 4, e *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido Dinamarco, Rio de Janeiro, Forense, 1984, v. 1, n. 90, p. 203-4).

6. Confira-se, por todos, Ovídio A. Baptista da Silva, A eficácia executiva da ação de imissão de posse, *Revista de Processo*, v. 2, *passim*.

7. Os arts. 928 e 929 do Código de Processo Civil falam na “expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse”, enquanto o art. 65 da Lei de Locação

to diferenciado pela qualidade do destinatário — funcionário ou agente público —, também sendo atuada sem a necessidade da instauração de um processo de execução<sup>8</sup>. O exemplo sobre o qual se apóiam as construções doutrinárias a respeito, parece claro, é o *mandado de segurança*.

Então, colocada essa multiplicidade de tipos de provimentos, e procurando restringir o exame da matéria apenas ao tema proposto, ter-se-ia o seguinte: sentenças tipicamente condenatórias à entrega de coisa ensejariam execução e, com certeza, a instauração de um processo de execução; sentenças executivas em sentido lato e sentenças mandamentais — mesmo que impondo entrega de coisa — não ensejariam execução, ou, ao menos, não a instauração de processo de execução.

Na verdade, existe um equívoco na distinção dos tipos de sentença referidos no parágrafo precedente pelo critério de seu conteúdo e efeitos. Todas elas são sentenças que impõem uma prestação — no caso particular, a entrega de coisa — e liberam a atuação jurisdicional para a prática de atos materiais de invasão da esfera jurídica do devedor, ou seja, para a atuação da sanção, via execução. Vale dizer: todas elas são, quanto ao conteúdo e efeitos, igualmente sentenças condenatórias ou sentenças de prestação<sup>9</sup>.

De fato, quanto aos aspectos salientados — e obviamente feita ressalva à questão material discutida —, são rigorosamente idênticos, apenas para exemplificar, os provimentos que impõem ao demandado a restituição da coisa esbulhada na ação de reintegração de posse, que determinam a devolução do bem locado na ação de despejo, que ordenam a imissão de posse em favor do demandante vencedor na ação reivindicatória, e mesmo que impõem à autoridade coatora a devolução do bem apreendido ilegalmente, no mandado de segurança. Em todas essas hipóteses, o que existe é uma sentença que impõe ao demandado vencido um dever de prestação — consistente em entrega de coisa —, impondo ou declarando atuável a sanção.

---

fala em “notificação” do demandado para desocupação, com o “despejo” em caso de renitência do vencido na entrega da coisa.

8. Além da previsão de concessão de liminar para que “se suspenda o ato que deu motivo ao pedido” (inciso II do art. 7º), a Lei n. 1.533/51 estabelece que à procedência da demanda segue-se a transmissão de “ofício” à autoridade coatora do inteiro teor da sentença (art. 11, *caput*). Para exame da doutrina em torno da sentença “mandamental”, confira-se Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, v. 1, p. 143-5, e ainda Cleide Perero Previtalli, *Ação mandamental*, *Revista de Processo*, v. 19, p. 39 e 55.

9. Cf. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 271: “Tanto no civil como no penal, o processo condenatório é, sem dúvida, o mais frequente; no campo não-penal são condenatórios todos os processos que visem a impor ao réu uma prestação de dar, fazer ou não fazer (por isso, tais processos também se denominam *de prestação*)”.

Então, o fulcro da questão decididamente não está na própria sentença, mas em algo que lhe é exterior, isto é, em seu modo de execução. Realmente, todos os exemplos figurados — como casos típicos de sentenças condenatórias que são — não dispensam o prosseguimento da atuação estatal para que o respectivo comando produza efeitos concretos. A esse propósito, dizer que uma sentença que impõe prestação é “executiva” — no sentido de que dispensa a execução — é contrariar a lógica porque uma sentença com esse conteúdo e efeitos, por si só, nada produz em prol do demandante vencedor e em nada altera o mundo concreto, o que somente poderá ocorrer com a prática de atos materiais de invasão da esfera individual do devedor<sup>10</sup>.

#### 4. OS MODOS DE EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS QUE IMPÕEM ENTREGA DE COISA

Certo, por um lado, que todas as sentenças que impõem o dever de entrega de coisa são sentenças condenatórias e que, como tal, não dispensam nova atuação estatal para o atingimento do resultado prático perseguido pelo demandante, nem por isso se pode dizer que todos os provimentos dessa natureza sejam atuados, em concreto, da mesma forma. Vale dizer: a atuação estatal que necessariamente terá lugar após a edição de uma sentença que imponha a entrega de coisa nem sempre será feita por caminhos idênticos.

Então, o que se vê é que o traço distintivo das sentenças condenatórias à entrega de coisa não reside nelas mesmas, mas no modo de sua execução. A esse respeito, parece correto dizer que essa modalidade de provimento pode concretizar-se por *duas formas distintas*.

A primeira delas dá-se pela instauração de nova relação jurídica processual, diversa daquela que teve lugar na fase cognitiva, com nova citação do demandado vencido e com abertura de oportunidade de defesa, via embargos do devedor<sup>11</sup>. Essa é precisamente a forma estabelecida pelos arts. 621

10. De fato, não há dúvida de que as sentenças de prestação são as que, dentre os provimentos cognitivos, são as dotadas de menor grau de efetividade, porque não dispõem da auto-suficiência de que se revestem os provimentos meramente declaratórios e especialmente os constitutivos, onde o Estado-Juiz atua onipotente — na produção de efeitos de direito. A propósito, confira-se Barbosa Moreira, *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*, in *Temas de direito processual*, quarta série, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 217.

11. Sem pretender discutir a natureza jurídica dos embargos do devedor, é fato que a respectiva interposição pelo executado faz nascer nova relação processual, com posições jurídicas ativas e passivas (ônus, faculdades, poderes, deveres) distintas daquelas presentes na relação processual executiva onde, embora presente o contraditório, este se revela em

e seguintes do Código de Processo Civil. A segunda delas dispensa a formação de nova relação jurídica processual, não impõe nova citação do vencido e tampouco permite que o mesmo exercite defesa pela via dos embargos do devedor, visto que a sentença aí se cumpre pela expedição e cumprimento de “simples” mandado.

Essa segunda forma tem lugar em hipóteses especialmente previstas pelo ordenamento, que então a elege como forma mais adequada de solução de determinados tipos de controvérsias, como os já referidos casos das sentenças proferidas em ações de reintegração de posse e de despejo — ditas executivas *lato sensu* — e também das sentenças condenatórias à entrega de coisa editadas em mandado de segurança — ditas mandamentais —, sendo aqui de todo irrelevante o fato de o destinatário ser ente público<sup>12</sup>.

Essa segunda forma de execução pode, portanto, ser considerada *especial* em relação à primeira, à qual se atribui uma nota de ordinariedade e que desempenha um papel residual, pois, quando a sentença condenatória à entrega de coisa não houver que ser executada por vias especialmente regulamentadas, deverá sê-lo mediante as regras da “*vala comum*”, que é o processo estatuído pelos já citados arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil<sup>13</sup>.

#### 5. PERSPECTIVA COMPARATIVA: A MATÉRIA Oponível PELO DEMANDADO

A diversidade nos modos de execução das sentenças condenatórias à entrega de coisa, como já se teve oportunidade de adiantar, não é apenas procedimental. Na verdade, a nota distintiva mais relevante entre uma e outra formas de execução reside precisamente na relação jurídica proces-

estrita consonância com os objetivos dessa última modalidade de tutela, ou seja, a satisfação do credor.

12. Cf. Vicente Greco Filho, *Da execução contra a fazenda pública*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 34: “No caso de execução para entrega de coisa, o bem objeto da entrega foi reconhecido, por sentença, de propriedade do particular e, portanto, sua entrega não interfere no patrimônio público, seguindo, pois, as mesmas regras da execução comum dessa natureza”.

13. Talvez esse caráter residual do processo disciplinado pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 621 e seguintes, explique o relativo desprestígio do tema na doutrina, mais preocupada com as formas “especiais” de tutela executiva para entrega de coisa. Contudo, e conforme se procura demonstrar ao longo do trabalho, a execução das sentenças ditas executivas e mandamentais não dispensa a aplicação de determinadas regras contidas no procedimento “comum” traçado pelo Código, e bem ainda regras genericamente estabelecidas para todo o processo de execução; ou, ao menos, existe importante interação entre as duas modalidades de execução.

sual, em seu desenvolvimento e nas posições jurídicas ativas e passivas que dela emergem, com especial ênfase para a questão dos poderes exercitáveis pelo demandado.

Em primeiro lugar, a execução disciplinada pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil, como já assinalado, não dispensa — salvo exceção — a existência de título executivo judicial, isto é, de sentença condenatória. De sua parte, a execução de sentenças ditas executivas e mandamentais — as quais dispensam a instauração de nova relação processual —, embora também pressuponha a existência de uma sentença, frequentemente admite a antecipação de tutela, pela concessão de provimento liminar que, ao final e em caso de procedência da demanda, acaba sendo objeto de confirmação<sup>14</sup>. Tal antecipação, contudo, pode também ser obtida na primeira das formas estudadas, mediante o recurso à tutela cautelar, embora aí a concessão do provimento esteja sujeita a requisitos diversos, próprios dessa última modalidade da tutela<sup>15</sup>.

Mas é precisamente a ausência de uma nova relação processual a marca distintiva entre a execução disciplinada pelo Código (arts. 621 e s.) e aquela outra, de sentenças ditas executivas e mandamentais. Enquanto na primeira faz-se necessária a propositura de nova demanda — ainda que não sujeita a maior rigor formal, pela precedente existência de um processo de conhecimento —, na segunda não há nova invocação de tutela após a edição da sentença. Mais ainda, enquanto na primeira o devedor é citado para “satisfazer o julgado” ou garantir o juízo para embargar, na segunda o demandado é apenas cientificado para dar cumprimento ao comando judicial, sem possibilidade da apresentação de embargos.

Tais circunstâncias parecem deixar claro que o modelo de execução das sentenças condenatórias ditas executivas e mandamentais prestigia a celeridade, reduzindo as possibilidades de o demandado opor-se aos atos executivos e, nessa medida, contribuindo para efetividade do sistema pro-

14. Além das liminares em mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51) e na reintegração de posse, a Lei n. 8.245 estabeleceu a possibilidade de antecipação de tutela, com um despejo liminar, nas hipóteses do § 1º e incisos do art. 59. Por outro lado, a possibilidade de antecipação de tutela na execução de sentenças ditas executivas e mandamentais não afasta o cabimento em certos casos, e, desde que preenchidos os requisitos específicos para tanto, da tutela cautelar.

15. A antecipação da tutela — pela entrega provisória da coisa disputada ao próprio demandante — pode ser obtida mediante a propositura de ação cautelar de sequestro ou, fora das hipóteses previstas pelo art. 822, pela invocação do poder geral de cautela, seja na fase cognitiva, seja mesmo na fase executiva, caso ainda não seja possível proporcionar ao credor a imissão na posse ou a busca e apreensão executiva, de que trata o art. 625 do Código de Processo Civil. Quanto à invocação do poder geral de cautela, fala a doutrina em ação cautelar de imissão na posse (cf. Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Porto Alegre, Lejur, 1986, v. 11, p. 142-3).

cessual. E, em um contexto de ineficiência da tutela jurisdicional executiva, realmente não parece incorreto propor a generalização do citado modelo para toda e qualquer sentença que imponha prestação de dar, suprimindo-se a disciplina estabelecida pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil.

Contudo, a questão não é tão simples, pois doutrina e jurisprudência ainda não encontraram fórmulas adequadas e aceitas, ao menos de forma generalizada, para resolver problemas surgidos particularmente na execução das sentenças executivas em sentido lato, e também passíveis de ocorrências nos provimentos mandamentais que imponham prestação de dar coisa certa.

Um primeiro problema diz com as possíveis alegações que o demandado tenha a opor após a edição da sentença, por fatos ou circunstâncias a esta supervenientes, tais como aquelas arroladas pelo art. 741 do Código de Processo Civil, naquilo que aproveitável à execução para entrega de coisa.

Na execução “ordinária” disciplinada pelo Código, o devedor é citado para satisfazer o comando judicial e, tanto que seguro o juízo, tem o poder de embargar a execução, consoante regra do supramencionado art. 741. Exemplificativamente, se tiver ocorrido novação superveniente à sentença, porque os litigantes ajustaram mais certo tempo de permanência do bem em poder do demandado, ou ainda se o demandante pretender o desapossamento de coisa diversa daquela fixada na sentença, o executado pode e deve — embora se expondo à constrição de sua esfera jurídica — articular tais ocorrências, opondo-se pela via definida e regulamentada dos embargos.

Contudo, na execução de sentenças ditas executivas e mesmo mandamentais são inadmissíveis os embargos do devedor e, caso ocorrente algum fato superveniente à sentença e juridicamente relevante para os fins da execução, duas alternativas teóricas se apresentam: ou se entende que o demandado simplesmente não pôde articular qualquer matéria dessa natureza, sujeitando-se, naquela relação processual, à injustiça da execução e podendo simplesmente pleitear providências de cunho reparatório, por vias autônomas e adequadas; ou se entende que o demandado pode deduzir tais alegações, fazendo-o sem propriamente opor embargos do devedor, mas ingressando com “simples” petição nos autos, em que noticia e, sendo o caso, documenta suas alegações.

Perceba-se que, nessa segunda hipótese, não se trata apenas de nomear uma petição de “embargos do devedor”, ou deixar de fazê-lo. A diferença é substancialmente mais profunda porque o aforamento dos embargos pressupõe a garantia do juízo e, portanto, invasão da esfera individual do demandado que, só então, e já onerado, poderá falar.

A primeira das alternativas causa certa repugnância porque é realmente difícil aceitar que o órgão jurisdicional possa dar prosseguimento aos

atos de execução quando se depara com a prova de que o desapossamento não se deve ultimar, ou não ao menos da forma pretendida pelo demandante. Contudo, a pura e simples adoção da segunda alternativa também é injusta porque, caso admitida a dedução de alegações sem qualquer ônus para o demandado, estaria este em posição muito mais favorável do que aquele executado que se sujeita às regras da execução "ordinária" e, conseqüentemente, estaria o demandante em posição muito mais desfavorável do que a do exequente que se submete a essas mesmas regras; quando se tem por certo e aceito que as sentenças ditas executivas e mandamentais devem concretizar-se de pronto, sem abertura para óbices opostos pelo demandado.

Eis aí um dilema de difícil solução, que talvez seja possível se considerados elementos de uma e outra alternativas. Assim, primeiramente deve ser descartada qualquer vedação cega e absoluta à oposição pelo demandado de matéria superveniente à sentença e relevante para o desfecho da execução. Seria contrariar o Direito e mesmo o bom-senso, e o processo nesse caso estaria traindo sua missão institucional de pacificar pela atuação concreta do direito objetivo.

Em segundo lugar, deve ser enfatizado — embora sabidamente isso não resolva o problema — o poder/dever de o juiz conhecer de ofício matéria afeta a pressupostos processuais e condições da ação. Tal expediente, conquanto escassamente empregado pela jurisprudência em matéria de processo de execução, encontra autorizado respaldo doutrinário, onde se trata a questão sob o prisma da denominada "exceção de pré-executividade". Dessa forma, algum caminho já estaria aberto para a alegação e o conhecimento de matérias obstativas de uma execução injusta.

É claro que essa última sugestão não resolve o problema de forma cabal porque ela própria enfrenta uma séria dificuldade, consistente em separar as categorias do *mérito* e das *condições da ação*. Contudo, talvez essa sugestão ajude a mostrar que o problema deve ser resolvido em face da *profundidade e extensão da cognição* que o juiz, na execução de sentenças ditas executivas e também mandamentais, pode ou deve empreender na respectiva relação jurídica processual.

Para ilustrar o raciocínio que se pretende desenvolver, voltemos à hipótese da execução "comum", valendo-nos da execução por quantia certa contra devedor solvente. Imagine-se que, citado para pagar ou nomear bens à penhora, o demandado, sem fazer um ou outro e, portanto, sem garantir o juízo, ingresse nos autos com "simples" petição, alegando *pagamento* superveniente à sentença e juntando instrumento que diz ser a prova literal da quitação da dívida. O pagamento, ninguém haverá de duvidar, é matéria classicamente apontada como fato extintivo de direito e, portanto, com típica alegação de mérito.

Diante disso, qual deve ser a conduta do magistrado? Deve ignorar a alegação e o documento, sob o argumento de que o mérito da execução somente é passível de discussão em embargos — os quais pressupõem a garantia do juízo pela penhora — e remeter o demandado para essa via processual? Deve, em atenção à regra do art. 398 do Código de Processo Civil, mandar ouvir o exequente e, coerente com essa conduta, decidir a questão no bojo da própria execução?<sup>16</sup> Mas, se ao assim proceder o magistrado, vier o demandante, em seqüência, articulando outros fatos ligados ao citado recibo, expondo, por exemplo, que o mesmo está ligado a outro negócio jurídico, que de sua parte foi inadimplido e que, portanto, não tem a eficácia extintiva pretendida pelo demandado? Pode então o juiz, na relação processual executiva, realizar atividade cognitiva para dirimir as questões assim estabelecidas?

Todas essas indagações — deliberadamente não respondidas — são feitas com o exclusivo objetivo de demonstrar que, como já ressaltado, a solução para o problema exposto parece estar nos limites da cognição que o juiz pode ou deve empreender, nas relações processuais em que se executam sentenças ditas executivas e mandamentais (para entrega de coisa). Dessa forma, para se estabelecer nesses casos o *que* pode o demandado articular é, conseqüentemente, o *que* pode o juiz conhecer, deve o intérprete — e, melhor ainda, deveria o legislador, em oportuna reforma legislativa — socorrer-se de limites impostos à cognição, por critérios análogos às fórmulas do *direito líquido e certo* — do próprio mandado de segurança — ou da *questão de alta indagação* — encontrável em certos procedimentos especiais, como o do inventário e mesmo o da desapropriação<sup>17</sup>.

Vale dizer: matéria superveniente às sentenças ditas executivas e mandamentais que imponham entrega de coisa, e que sejam relevantes para o desfecho da respectiva execução, pode e deve ser alegada e conhecida na própria relação processual, desde que possa ser julgada de plano pelo juiz, sem a necessidade de proceder a dilação probatória, que não a simplesmente literal e pré-constituída. Do contrário, isto é, sendo necessária essa modalidade de instrução, deve o magistrado remeter as partes às vias próprias e adequadas a tal cognição, aplicando-se *eventualmente* — e desde que verificadas as peculiaridades do caso concreto — a regra do art. 265, IV, *a*, do Código de Processo Civil<sup>18</sup>.

16. Afinal, impressiona, ao menos aparentemente, o argumento de se tratar de prova "literal do pagamento".

17. Os limites indicados no texto limitam a cognição verticalmente, em profundidade; em extensão, a limitação vem pela proibição legal de discussão — salvo raríssima exceção — de matéria precedente à edição da sentença.

18. Embora não se desconheça a corrente jurisprudencial, lastreada em manifestações doutrinárias de peso, que sujeitam a aplicação da regra apontada no texto à condição de que

Ainda com respeito à matéria passível de alegação pelo demandado e de conhecimento pelo juiz, na execução de sentenças ditas executivas e mandamentais, há a hipótese "especial" — por receber tratamento ao menos aparentemente diferenciado — da alegação e/ou constatação de que a coisa cujo desapossamento em favor do demandante é perseguida foi alienada a terceiro.

Na execução "ordinária" prevista pelo Código de Processo Civil, o art. 626 fala que, se alienada a coisa "quando já litigiosa", deve ser expedido e cumprido mandado contra o terceiro adquirente, que somente "será ouvido depois de depositá-la". Na verdade, essa regra deve ser entendida à luz de duas outras: primeiro, a norma contida no art. 42 do mesmo Diploma, dirigida à fase cognitiva da atuação jurisdicional, e que estabelece as conseqüências, para o processo, da alienação da coisa litigiosa, a saber: não se altera a legitimidade das partes, o adquirente pode ingressar em juízo — como substituto do alienante, se assim o consentir o adversário, ou como assistente do próprio alienante — e os efeitos do provimento atingem o adquirente; segundo, a norma do inciso I do art. 593, aplicável à fase de execução, e que reputa fraudulento o ato de alienação de bem sobre o qual penda "ação fundada em direito real".

Não se trata aqui de examinar a questão da alienação da coisa litigiosa e de seu confronto com o instituto da fraude de execução<sup>19</sup>. Trata-se apenas de saber como a questão, que é expressamente disciplinada na forma executiva "comum" do Código de Processo Civil, deve ser resolvida na execução de sentenças executivas ou mandamentais.

Não resta dúvida que ambos os dispositivos — que representam forma de "reação" do ordenamento a atos que ameacem a eficácia do comando estatal — são "regras gerais", por assim dizer, e, portanto, inteiramente aplicáveis às hipóteses de execução de sentenças ditas executivas e mandamentais. A esse respeito, apenas vale observar que, especialmente nas ditas executivas *lato sensu*, freqüentemente o desapossamento é discutido e determinado tão-somente com fulcro na *posse*, não necessariamente decorrente do domínio. Como a mera transferência da posse, em se tratando de bens imóveis, não faz presumir a alienação do domínio — ao contrário do que ocorre com os bens móveis —, a própria sentença, nesse primeiro caso, projeta efeitos sobre todos quantos se encontrem na posse da coisa<sup>20</sup>.

a causa prejudicial já esteja pendente por ocasião da propositura da causa prejudicada (cf. nesse sentido os arestos insertos na *Revista dos Tribunais*, v. 500/96, 611/84 e 613/127).

19. Consulta dessa natureza pode ser feita na bastante abrangente obra de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Alienação da coisa litigiosa*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, especialmente p. 145.

20. Exemplificativamente, e desde que corretamente delimitadas as partes da relação

Por derradeiro, resta examinar uma especial modalidade de alegação do executado, a saber, a realização de *benfeitorias* feitas na coisa cujo desapossamento se pretende e cuja *retenção*, por tais motivos, é pleiteada. A matéria é complexa e apresenta dificuldades não apenas na execução das sentenças ditas executivas *lato sensu*, mas também na execução "ordinária" estatuída pelo Código de Processo Civil. As oscilações e falta de uniformidade da jurisprudência nesse tema atestam essa asserção<sup>21</sup>.

Na execução "comum", o Código contém dispositivos que precisam ser conciliados e que geram certa perplexidade. No art. 628 fala-se que, havendo benfeitorias indenizáveis na coisa — feita pelo devedor ou por terceiros de cujo poder ela "houver sido tirada" —, a "liquidação prévia é obrigatória"<sup>22</sup>. Além disso, o art. 744, do mesmo Diploma, fala que, na execução de sentenças condenatórias à entrega de coisa, pode o demandado "também"<sup>23</sup> deduzir "embargos de retenção por benfeitorias". De outra parte, a impugnação a tais embargos poderá consignar "artigos de liquidação de frutos ou de danos", a fim de se compensarem com as benfeitorias (§ 2º do art. 744)<sup>24</sup>.

processual, pelos critérios de legitimação *ad causam*, o despejo decretado é de pessoas e coisas que se encontram no imóvel.

21. Para uma avaliação sumária do que está dito no texto, confira-se as anotações de Theotônio Negrão aos arts. 628 e especialmente 744 do Código de Processo Civil (cf. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1992, p. 399 e 449-50).

22. Poderia causar certa estranheza que o Código, no art. 628, tenha empregado o tempo passado do verbo (... de cujo poder ela *houver sido tirada*...) para, em seguida, falar em liquidação "prévia", pois, se essa última é prévia, presume-se que a coisa ainda não foi tirada do demandado. Contudo, a antecedência necessária a que alude o texto legal refere-se apenas à entrega efetiva da coisa ao demandante, pois o oferecimento de defesa pelo executado pressupõe o depósito que, subtraindo a coisa ao demandado, nem por isso extingiria o direito à indenização e nem mesmo à retenção, enquanto não entregue a coisa ao credor. No entanto, é preciso ter em mente que o direito de retenção, salvo melhor juízo, não se compadece com a subtração da coisa ao devedor, de tal sorte que, havendo pretensão do executado à retenção, o depósito, em termos práticos, somente poderá ser feito na pessoa do próprio demandado que, por isso e embora a título diverso, permanecerá na posse do bem. A propósito do tema, confira-se Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, v. 6, t. 2, p. 710).

23. Isto é, além dos embargos do devedor, cuja matéria está elencada pelo art. 741. Ambos os dispositivos, 741 e 744, estão inseridos no mesmo capítulo, "Dos embargos à execução fundada em sentença".

24. Parece difícil conciliar a exigência do § 1º do citado art. 744 com a regra do art. 628, pois, se a liquidação aludida por este último é "obrigatória", presume-se que toda a especificação de que trata o outro dispositivo já tenha sido julgada antes da interposição dos embargos, pois essa mesma liquidação, ao que também se presume, é anterior à interposição dos embargos.

O que parece relevante observar neste tópico — embora muito mais pudesse ser cogitado — é que a “liquidação” pressupõe o reconhecimento prévio de uma obrigação imposta em sentença<sup>25</sup>. No caso enfocado, ela pressupõe reconhecimento da obrigação do demandante, que é credor da coisa mas, ao mesmo tempo, *devedor de indenização por benfeitorias*. Ora, se a liquidação pressupõe a imposição da obrigação em sentença, conclui-se que é já na fase cognitiva que o demandado deverá opor, e o magistrado conhecer, da alegação de existência de benfeitorias, condenando o demandado a entregar a coisa, mas também condenando o demandante a pagar a indenização por benfeitorias; indenização essa cujo *quantum* poderá ser apurado posteriormente, aí sim em liquidação<sup>26</sup>.

Assim, a rigor, parece lícito afirmar que a obrigação de ressarcimento por benfeitorias — mesmo no processo “comum” do Código — deve constar da sentença exequenda, sob pena de não poder ser conhecida na fase executiva, pois a liquidação, repita-se, objetiva apenas a fixação do *quantum*, não do *an debeatur*<sup>27</sup>. O mesmo, de outra parte, pode ser dito quanto ao eventual crédito do demandante por frutos ou danos, a que alude o § 2º do art. 744, uma vez que não parece possível que o exequente, somente quando deduzida pretensão à retenção, venha a formular tal postulação. Portanto, também essa matéria deverá ter sido regulada pela sentença e, portanto, conhecida e julgada na fase cognitiva, restando à liquidação simplesmente a fixação do *quantum debeatur*.

Deixando de lado, deliberadamente, outras inúmeras questões que poderiam ser levantadas quanto a essa matéria — isso para que não se alargue demasiadamente o objeto do presente estudo — resta saber se as regras assim sumariamente indicadas — quanto à indenização por benfeitorias e retenção — são aplicáveis às execuções de sentenças ditas executivas *lato sensu*.

Partindo-se da premissa de que os embargos de retenção constituem modalidade de embargos oponíveis pelo devedor<sup>28</sup>, é vedado ao deman-

25. Como bem acentua Cândido Dinamarco, quanto à liquidação, “o que tem em mira é sempre a integração da eficácia executiva da sentença genérica” e, portanto, precede o processo de execução (cf. *Execução civil*, cit., p. 296-7). E, no caso indicado nos autos, não estão presentes as exceções em que a liquidação surge como incidente da execução, nascida específica e convolada, por óbice natural ou jurídico, em execução por quantia (cf. Dinamarco, *Execução civil*, cit., p. 297-8).

26. Como se percebe, surge aí a questão de saber se a alegação de tais benfeitorias e do conseqüente dever de indenizar pode ser simplesmente articulada em contestação ou se exige o aforamento de reconvenção.

27. No entanto, na execução “ordinária” o Código não condiciona a interposição dos embargos de retenção a qualquer prévio reconhecimento, o que, inclusive, é mais um meio que, usado distorcidamente, permite a procrastinação indevida ao executado.

28. Tão-somente versam matéria particularizada.

do, tanto que cientificado para entrega da coisa, pretender simplesmente valer-se do citado remédio processual, sendo inaplicável aí a regra do art. 744 do Código de Processo Civil. Contudo, e de outra parte, não se pode singelamente admitir que a regra processual suprima um direito estatuído no plano material de ordenamento (a retenção), quando, inversamente, seu papel é o de lhe dar efetividade. Portanto, parece ser perfeitamente viável que o demandado, *na fase cognitiva*, articule seu direito a indenização e retenção para que a sentença o reconheça e condicione a execução ao ressarcimento, cujo *quantum* pode ser, este sim, objeto de liquidação.

## 6. CONCLUSÃO

Não é preciso ou adequado sumular o que foi exposto ao longo do trabalho. A título conclusivo, bastará reafirmar o que já foi acenado, quanto à necessidade de que a execução para entrega de coisa no nosso sistema seja repensada, quiçá com a supressão do modelo estatuído pelos arts. 621 e seguintes do Código de Processo Civil e a generalização da forma de execução própria das sentenças ditas executivas em sentido lato e também das chamadas mandamentais, como forma de agilização do sistema e aumento de efetividade da tutela executiva.