

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fux, Luiz / Nery Jr., Nelson / Wambier, Teresa Arruda Alvim.

Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2891-1

1. Constituição 2. Processo (Direito) I. Fux, Luiz. II. Nery Junior, Nelson. III. Wambier, Teresa Arruda Alvim.

06-1504

CDU 342.4:347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Constituição e processo : Direito 342.4:347.9 2. Processo e Constituição : Direito 342.4:347.9

Coordenação

LUIZ FUX  
NELSON NERY JR.  
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

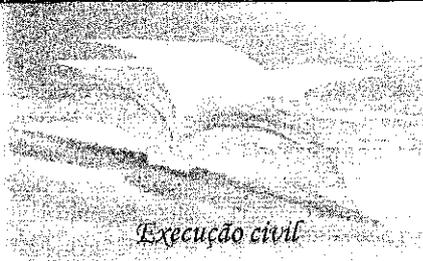
## Processo e Constituição

Estudos em homenagem ao Professor

*José Carlos Barbosa Moreira*

341.408  
M838  
JRC

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Execução civil

## COGNIÇÃO E DECISÕES DO JUIZ NO PROCESSO EXECUTIVO

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE\*

SUMÁRIO: 1. Explicações introdutórias – 2. Crises e tutelas – 3. Técnicas para a solução da crise de adimplemento – 4. Algumas informações históricas – 5. Cognição e atividade executiva – 6. Fraude de execução, desconsideração da personalidade jurídica e bem de família – 7. Natureza da execução – 8. Contraditório e atividade executiva: a denominada exceção de pré-executividade – 9. Execução, cognição e imutabilidade da decisão – 10. Extinção do processo de execução: natureza da sentença – 11. Execução, cognição e contraditório – Conclusão.

### 1. EXPLICAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O exame da atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz no processo de execução deve ser precedido de considerações sobre a relação de adequação entre as modalidades de crise de cooperação verificadas no plano material, impedindo que a realização concreta e espontânea da regra, e as formas de tutela jurisdicional. O processo de execução, tal como originalmente concebido, constitui método destinado à obtenção da tutela satisfativa, normalmente precedida de outra – a cognitiva-condenatória. Não é ele meio próprio à cognição da situação de direito material, com fundamento em que se pretende a tutela. Mas, apesar disso, há cognição na execução, muitas vezes incidente sobre a própria relação substancial.

Para bem compreender o sistema das tutelas e os mecanismos processuais próprios a cada uma delas, são imprescindíveis, portanto, algumas observações introdutórias sobre as crises de direito material e o modo de solucioná-las no âmbito processual. Em seguida, tratar-se-á das peculiaridades da atividade predominantemente prática desenvolvida pelo juiz, com o objetivo de eliminar de forma concreta o inadimplemento de uma obrigação. Tentar-se-á demonstrar a necessidade, mesmo nessa sede, da cognição e, conseqüentemente, de decisões. Não há como compatibilizar a idéia de contraditório, uma das garantias fundamentais do processo, sua própria essência

para alguns, com ausência de conhecimento de questões e das decisões a respeito delas.

Iniciemos, portanto, nossa caminhada.

### 2. CRISES E TUTELAS

No exercício da função jurisdicional, o juiz conhece. Conhece das alegações feitas pelas partes, fundadas em fatos da vida possivelmente aptos a gerar efeitos jurídicos, e formula a regra de direito material para a situação concreta. Ao fazê-lo, soluciona a crise de cooperação verificada no plano substancial, representada pela não observância espontânea das normas pelos próprios destinatários. Tivessem eles, por si mesmos, encontrado a regra abstrata adequada à situação em que se encontram e aceito os efeitos nela previstos, a atividade jurisdicional seria em princípio desnecessária.<sup>1</sup>

Esse resultado implica eliminar incertezas jurídicas, alterar ou manter situações jurídicas e afastar o inadimplemento de obrigações.

Incertezas ocorrem sempre que houver dúvida objetiva sobre a existência ou não de relações jurídicas. Alguém se considera credor e saca duplicata, com o que não concorda o suposto devedor. Para eliminar essa situação de incerteza, pode ele buscar tutela jurisdicional de natureza declaratória negativa. Outrem entende ser filho, mas o indignado pai nega-se a reconhecer espontaneamente

1 Em princípio, em razão da denominada *jurisdição necessária*, destinada a formular e atuar regras de direito material não passíveis de observância espontânea.

a paternidade. Só lhe resta a via judicial, visando à obtenção coercitiva dessa declaração.

Podemos imaginar também conflitos de natureza diversa. Uma das partes de um contrato pretende anulá-lo, por vício de vontade. Se houver resistência do outro contratante em reconhecer esse direito potestativo, só resta a via judicial, em que o interessado buscará a tutela constitutiva para obter essa alteração. O mesmo ocorre se um dos cônjuges pretender a desconstituição do casamento contra a vontade do outro.

Na hipótese de crise de cooperação representada pelo inadimplemento de uma obrigação, não basta a atividade cognitiva, da qual resulta a formulação da regra, consubstanciada numa sentença. As crises de certeza e de modificação jurídica resolvem-se tão-somente com a emissão do juízo pelo julgador. Já para o descumprimento de uma obrigação, a eficácia prática da concretização da norma depende de atividades complementares.

Assim, o juiz declara ou constitui e pronto. Nada mais precisa fazer. Tais tutelas são plenamente satisfativas, pois, tendo em vista a crise de direito material a que elas se dirigem, a atividade cognitiva é suficiente para eliminá-la.

Verificada a incerteza quanto à existência do direito ou da relação jurídica, suficiente a declaração posterior à cognição. Reconhecida a paternidade, a pretensão está plenamente satisfeita.

Ocorrido fato constitutivo de direito potestativo a uma modificação jurídica, conhecer das circunstâncias que o envolvem e declará-lo são atividades suficientes à satisfação do titular do interesse protegido. Afirmado o dolo ou a violação a deveres do casamento, desconstitui-se a relação de direito material, resultado pretendido pelo autor.

Mas se o juiz condena, porque o réu não cumpriu determinada obrigação ou está prestes a fazê-lo, necessário verificar como atuar praticamente essa regra. Não há como dotar a sentença condenatória de efetividade, se não forem adotadas medidas destinadas a atuar praticamente o comando judicial.<sup>2</sup>

2 Como bem pondera Proto Pisani, o escopo do processo é a concretização do comando abstrato. Por isso, a tutela jurisdicional não pode limitar-se à formulação da regra concreta, mas deve proporcionar a satisfação real do direito: "Ove si eccetui la sola ipotesi di pretese insoddisfatte a causa dell'inadimplemento di obblighi consistenti nell'emanazione di dichiarazioni di volontà (...), il processo di cognizione,

A simples certeza advinda da tutela declaratória, portanto, é suficiente para satisfazer quem pretende o reconhecimento da existência ou inexistência de um direito. Se a pretensão refere-se a uma modificação jurídica, basta a certificação do direito potestativo apto a propiciar a alteração. Em ambos os casos, a função cognitiva do juiz é suficiente para eliminar a crise apresentada.

Nos casos de inadimplemento das obrigações, todavia, só a cognição não é suficiente à solução do problema. Tendo em vista o objeto do processo, representado pela situação de direito material litigiosa, a simples tutela condenatória não satisfaz o titular do direito. Será necessário complementá-la com atos materiais destinados a efetivar praticamente o comando nela contido.<sup>3</sup>

Antes de prosseguirmos, importante destacar, para correta compreensão do sistema processual, a existência de situações da vida em que o legislador, por entender suficientemente demonstradas a existência e a exigibilidade da obrigação, dispensa a atividade cognitiva prévia, possibilitando ao credor a postulação, desde logo, dos atos aptos a eliminar o inadimplemento. Nesses casos, prescinde-se da formulação da regra concreta pelo juiz. Admite-se, de plano, a realização prática do direito. Se quiser, o suposto devedor poderá provocar a cognição, pleiteando a respectiva tutela jurisdicional destinada a evitar a invasão de sua esfera jurídica. É a técnica dos títulos executivos extrajudiciais, documentos ou atos suficientes à obtenção da tutela satisfativa, cabendo ao executado impedi-la mediante a oposição de embargos.

in difetto della successiva spontanea cooperazione dell'obligato, è insufficiente a garantire al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità prevista dalla legge sostanziale. Da solo il processo di cognizione è incapace, per adoperare una espressione di Carnelutti, di adeguare il diritto al fatto, di ridurre le parole ai fatti" (*Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999. p. 756).

3 Como acertadamente pondera Araken de Assis: "Em inúmeros casos, porém, considerando a natureza do objeto litigioso exposto na demanda, a simples certeza, decorrente do êxito colhido no processo, pouco satisfaz ao demandante. É preciso, porque houve lesão, algo mais do que certificar ao demandante sua razão – coincidência entre a pretensão, deduzida na demanda, e o comando genérico do ordenamento, quicá especialmente citado para a lide específica –, para eliminar de vez o conflito. A extinção efetiva da lide dependerá da atuação do comando concreto expresso no *dictum* do juiz" (*Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, p. 73).

\* Desembargador do TJSP. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP.

Fechado o parêntese, retorna-se às considerações diretamente relacionadas ao objeto do estudo.

### 3. TÉCNICAS PARA A SOLUÇÃO DA CRISE DE ADIMPLENTO

Verificada a crise de direito material representada pelo inadimplemento de uma obrigação e formulada a regra concreta, consubstanciada na sentença condenatória, inicia-se, a requerimento do autor, a prática dos atos necessários a torná-la efetiva.

Poderão eles se realizar no mesmo processo ou em processo autônomo.<sup>4</sup> Significa dizer que o legislador pode determinar sejam os atos executivos praticados em outra relação processual, para o que se torna necessária a propositura de ação, ou admitir a continuidade da mesma relação, passando-se imediatamente e sem solução de continuidade à fase satisfativa do comando emergente da sentença.<sup>5</sup>

E tem mais. Dependendo da natureza da obrigação, serão atos de sub-rogação (penhora, alienação do bem, realização do ativo e pagamento) ou de coerção (multa, ordem e sanções de natureza

4 Segundo Dinamarco, execução forçada pode ser conceituada como "uma cadeia de atos de atuação da vontade sancionatória, ou seja, conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (ou até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material" (*Execução civil*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 115). Acrescento apenas que tais atos podem ser praticados no mesmo processo cognitivo ou em outro, autônomo. Sua natureza não se altera em razão da técnica processual adotada para efetivá-los.

5 Liebman define corretamente execução forçada como atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, destinada a alcançar o resultado prático equivalente àquele resultante do cumprimento espontâneo da obrigação. Em outras palavras, é "duque il mezzo con cui l'ordine giuridico reagisce a una particolare forma di illecito, consistente nella trasgressione di una regola giuridica concreta, da cui sorge l'obbligo di un determinato comportamento di un soggetto a favore di un altro soggetto" (*Manuale di diritto processuale civile* - Principi. Milano: Giuffrè, 1992, p. 194). Partia o mestre, todavia, da premissa segundo a qual tal atividade desenvolve-se necessariamente em processo diverso daquele em que ocorreu a cognição.

vária).<sup>6</sup> Nada impede a combinação de ambas as técnicas. Só é preciso atentar para o fato de que algumas obrigações, como as de fazer infungíveis, não comportam sub-rogação. Para elas, só restam os atos de coerção.

O mesmo também ocorre em relação aos títulos extrajudiciais. Só que aqui, como inexistente processo anterior, imprescindível a criação de um para viabilizar a prática dos atos materiais de efetivação do direito. É preciso um método de trabalho, para permitir seja tutela executiva concedida com segurança. Mas quanto aos meios de efetivação, também variam em função da natureza da obrigação.

Em síntese, a efetivação ou atuação prática da sentença condenatória e a execução de títulos extrajudiciais importam a realização de atos materiais, o que se verifica em processo autônomo ou não, dependendo da técnica adotada pelo legislador.

No Brasil, por exemplo, para nos limitarmos ao direito positivo em vigor, as sentenças condenatórias versando sobre obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa ou incerta efetivam-se no próprio processo cognitivo. A execução constitui mera fase do procedimento sincrético (CPC, arts. 461 e 461-A). Já as condenações referentes à quantia em dinheiro serão executadas em processo autônomo (CPC, art. 646 e ss.) até a entrada em vigor da Lei 11.232, de 22.12.2005, o que deverá ocorrer em 23.06.2006.<sup>7</sup> A partir de então, a tutela condenatória será efetivada na forma do art. 475-I e ss., ou seja, como mera fase subsequente à

6 Proto Pisani aponta com bastante precisão e sem complicações desnecessárias as duas técnicas possíveis para eliminar o inadimplemento ou a ameaça de inadimplemento. A primeira, denominada execução indireta, consiste na imposição de medidas coercitivas, destinadas a forçar a adoção do comportamento desejado. É adequada especialmente às tutelas preventivas e as relativas às obrigações de fazer infungíveis. A segunda técnica consiste na execução forçada, mediante a qual são adotadas medidas de sub-rogação, visando à satisfação do direito assegurado pelo ordenamento material (cf. *Lezioni...*, cit., p. 757). Cf. tb. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna: Il Mulino, 1995, p. 750-751.

7 Cf.: Humberto Theodoro Junior. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 16-20. No Código de Processo Civil anterior a execução era mera fase do processo cognitivo (art. 196; cf. Cândido Dinamarco, *Execução civil* cit., p. 131).

cognitiva, denominada *cumprimento de sentença*. Não haverá mais processo de execução fundado em sentença condenatória.

Não obstante a autonomia da execução em relação ao processo de conhecimento constitua tradição herdada do direito romano, nada impede a adoção de forma diversa para efetivação prática da tutela cognitiva. A atividade de conhecimento destina-se à formulação da regra concreta e a execução forçada visa a transformar esse comando em modificação prática no mundo externo. A cognição é logicamente antecedente à atuação prática. Mas ambas encontram-se ligadas pela unidade do escopo, podendo ser consideradas unitariamente.<sup>8</sup>

Além disso, temos os processos de execução fundados em títulos extrajudiciais (CPC, art. 585). Nesses casos, o legislador inverte a ordem lógica das atividades. Permite a prática de atos satisfativos sem prévia cognição, que só ocorrerá se o executado provocar. Isso porque o direito, representado por documento, é dotado de alto grau de verossimilhança. Justifica-se, portanto, a dispensa do *accertamento* anterior.<sup>9</sup>

8 Na tutela condenatória a fase cognitiva não exaure os objetivos da jurisdição, pois o comando necessita ser praticamente observado. Consciente dessa realidade, Calamandrei com a simplicidade e clareza próprias dos gênios, apresenta visão unitária dessas duas atividades: "Eppure tanto il conoscere del giudice quanto l'agire dell'esecutore si trovano nella giurisdizione ricollegati dall'unità del fine, in modo che il primo non è pura contemplazione, ma si può considerare come preparazione del secondo e questo viceversa come continuazione del primo. Il fine ultimo della giurisdizione in ogni sua esplicazione, è quello della osservanza pratica del diritto" (Istituzione di diritto processuale civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1970, v. 4, p. 67-68; v. tb. p. 71-72).

9 Não obstante as críticas formuladas por alguns processualistas e correndo o risco de mais uma vez ser acusado de conceitualista e ideologicamente comprometido com visão ultrapassada do direito processual, prefiro alinhá-lo com Calamandrei e considerar a declaração do direito, ao menos em princípio, como requisito necessário à prática dos atos de execução: "L'accertamento appare duque, tutte le volte che esso non basta ad ottenere, per sola virtù della proclamazione d'autorità in esso contenuta, l'osservanza del diritto, como premissa e come condizione per poter passare, nella fase di esecuzione, all'impiego pratico della forza. Non a caso la giustizia si rappresenta simbolicamente munita della bilancia e della spada. La difesa del diritto, che lo Stato esplica attraverso

### 4. ALGUMAS INFORMAÇÕES HISTÓRICAS

Etimologicamente, cognição significa aquisição de um conhecimento.

*Cognitio* e *agnoscere* são expressões já conhecidas no direito romano e significavam a atividade prévia a determinado pronunciamento solicitado por alguém, destinada a permitir o acertamento dos fatos necessários ao atendimento do pedido.<sup>10</sup> Com o tempo passaram a representar o conhecimento e a valoração dos fatos realizados pelo pretor no processo formulário ou até o procedimento como um todo, inclusive a fase decisória (processos *extra ordinem*).

No processo *per formulas* o magistrado exercia atividade cognitiva ao examinar pedido de integração e adaptação das fórmulas, além da aceitação de novas propostas pelas partes. O pretor não se limitava a conhecer dos fatos e verificar a correspondência entre a fórmula requerida e os esquemas abstratos, mas tinha o poder de decidir com certa dose de discricionariedade. Também ao juiz podia ser concedida pela fórmula certa margem de cognição no tocante à admissão e avaliação das provas. Refere-se a doutrina ainda aos provimentos autônomos concedidos pelo magistrado em favor das partes, o que implicava prévia atividade cognitiva. A expressão *cognitio* passou a ser utilizada nesse mesmo período como sinônimo de exame do mérito.

Para o fim de estudo comparativo importa destacar que apenas os processos em que se admitiam avaliação de provas e julgamento do mérito eram denominados *cognitiones*. Isso não

la giurisdizione, non si esaurisce nei ragionamenti del giudice: e, affinché questi passoano tradursi in tealtà, occorre che dietro alle bilancie del giudicante vigili la spada dell'esecutore. Ma, viceversa, la spada dell'esecutore non può muoversi se prima el giudice non abbia imparzialmente pesato le ragioni della giustizia" (Istituzione... cit., p. 68).

10 No período das ações da lei, havia três de natureza cognitiva e duas executivas. Mas as duas ações de conhecimento mais antigas começavam com atos de execução. Se o réu resistisse, contestando, iniciava-se a atividade cognitiva (cf.: José Rogério Cruz e Tucci; Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996, p. 52-53; José Carlos Moreira Alves. *Direito romano*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 196 e ss.; Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3 e ss.).

se dava com aqueles de natureza puramente executiva.<sup>11</sup>

Daí, talvez, a razão da separação absoluta entre processos cognitivos e executivos ainda subsistente no direito moderno.<sup>12</sup> O binômio conhecimento-execução tem fundamento histórico. Todo o formalismo do período arcaico ou clássico da *legis actiones* refletia-se também nessa fase do processo. Após a condenação, concedia-se ao devedor 30 dias para cumprir a obrigação (*tempus iudicati*). Findo esse prazo, configurado o inadimplemento, iniciava-se o procedimento formal, de caráter predominantemente pessoal, destinado à satisfação do credor. A dualidade de ações perdurou no período formular e também no posterior (período pós-clássico ou *cognitiones extra-ordinem*). Mesmo no direito intermédio, após a queda do Império Romano e a invasão bárbara, a execução *per officium iudicis* tinha caráter de ação, embora as formalidades fossem menores, bastando simples requerimento do credor.<sup>13</sup> A grande preocupação era a de evitar execuções injustas.<sup>14</sup> Observava-se com rigor, portanto, o princípio segundo o qual é imprescindível o prévio conhecimento das razões das partes, antes da prática de atos executivos.<sup>15</sup>

A tradição romana se manteve no direito lusobrasileiro e sobrevive até hoje.<sup>16</sup> Argumenta-se com

a necessidade de processos distintos, em razão da diversidade das funções exercidas pelo juiz e da precedência lógica do conhecimento em relação à execução. Cognição é atividade de caráter lógico, ao passo que execução implica prática de atos eminentemente materiais.<sup>17</sup>

A reunião, em um mesmo processo, das atividades cognitiva e executiva constitui rompimento com essa herança histórica. Representa abandono ou relativização do denominado princípio da autonomia entre conhecimento e execução.<sup>18</sup> Configura, sem dúvida, abrandamento do excessivo formalismo romano.<sup>19</sup> A incorporação dessa técnica ao sistema não constitui ofensa a nenhum dogma intocável. Talvez seja até con-

germânico, essencialmente pragmático, predominava a atividade executiva (cf.: Danilo Knijnik. *A exceção de pré-executividade* cit., p. 35), que independia de qualquer manifestação jurisdicional prévia, sendo essa sua principal característica (Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 53). Aliás, possível identificar aí a fonte dos títulos executivos extrajudiciais (Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 58). Como informa Liebman, o sistema atual tem origem na Idade Média, cujos juristas conseguiram encontrar solução intermediária entre a *actio iudicati* dos romanos e o exagerado pragmatismo germânico. A satisfação do crédito era feita mediante duas atividades distintas: cognitiva e executiva (cf.: *Processo...* cit., p. 11-12; Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 40 e 78; v. tb.: Humberto Theodoro Junior. *Comentários...* cit., p. 5-8; José Miguel Garcia Medina. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 268 e ss.).

17 Liebman. *Processo...* cit., p. 43-44. Para exame de visão crítica dessa autonomia do processo de execução, cf.: Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução*. São Paulo: RT, passim, especialmente p. 146 e ss.

18 Cf.: José Miguel Garcia Medina. Op. cit., p. 276 e ss. No sistema do Código brasileiro de 1939, a denominada ação executiva, fundada em título extrajudicial, dava origem a procedimento denominado pela doutrina como sincrético, compreendendo atividades executivas e cognitivas (cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 77). Por outro lado, o Código de 1973, no que se refere à execução de sentença, adotou indiscutivelmente a regra da autonomia entre conhecimento e execução (idem, p. 131).

19 Cf.: Débora Inês Kram Baumöhl. *Condenação, execução, mandamentos e medidas executivas*: a desestruturação do processo de execução. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 171. Tenho dúvidas apenas quanto ao efeito prático dessa medida, visto que a defesa do executado deverá ser admitida, seja no próprio processo, seja em processo autônomo.

veniente adotá-la de forma ampla, como vem fazendo o legislador brasileiro.<sup>20</sup>

Não parece, todavia, seja a nova técnica do denominado processo sincrético, por si só, suficiente para conferir maior efetividade à tutela jurisdicional. Nem a chamada sentença executiva possui mais força que a tradicional condenatória. O problema todo da execução, independentemente de realizar-se em processo autônomo ou não, está nas medidas necessárias à eliminação do inadimplemento. As dificuldades para encontrar e subtrair bens do patrimônio do devedor ou para constrangê-lo a adotar o comportamento a que se obrigou são enormes. E elas têm de ser superadas, haja ou não o binômio. A solução está, portanto, muito mais na previsão de medidas adequadas do que na forma como elas serão implementadas, ou seja, se em processo autônomo ou não.

## 5. COGNIÇÃO E ATIVIDADE EXECUTIVA

Se adotada a concepção restrita de cognição como atividade voltada ao exame do mérito, pode-se dizer que o processo executivo não a comporta. Em princípio pelo menos, qualquer juízo de valor a respeito da situação de direito material em que fundado o título executivo só é admissível em sede de embargos (CPC, art. 745). Se judicial o título, a cognição pode ser provocada pelo réu no próprio processo, mediante o incidente da impugnação (CPC, art. 475-L).

Mas a prática de atos executivos, seja mediante sub-rogação ou constrição, normalmente é precedida de decisão do juiz, que depende de cognição por parte dele sobre a situação processual. Basta lembrar a possibilidade de discussões sobre a penhora (impenhorabilidade, ampliação, redução, remição, fraude de execução),<sup>21</sup> a avaliação e

20 Cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 133.

21 Já julguei inúmeros recursos versando sobre decisões proferidas em execução. Transcrevo algumas situações, a título de exemplo: "1. Ao reconsiderar decisão anterior, o MM. Juiz indeferiu o arresto de bem indicado pelo exequente, que, inconformado, interpôs agravo de instrumento. Sustenta que o direito de exploração da marca Honda, de que a agravada é concessionária, foi dado em garantia do cumprimento de obrigação assumida em instrumento particular de confissão de dívida. Entende possível o arresto desse bem. Invoca os arts. 653 e 813, II, b, do CPC e argumenta com a má-fé dos agravados, que teriam alienado o direito após a assinatura da confissão de dívida. Concluem

a arrematação.<sup>22</sup> A memória do cálculo referida no art. 604 é requisito da inicial e, segundo alguns, sua adequação está sujeita ao controle judicial, independentemente até de provocação.<sup>23</sup> Também existe a previsão para o concurso especial de credores, devendo o julgador estabelecer a ordem de preferências.<sup>24</sup> Outra situação em que há cognição e decisão no processo de execução consiste na aplicação de sanções ao executado, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, arts. 600-601).

Trata-se, segundo autorizada doutrina, de *incidentes cognitivos do processo de execução*,<sup>25</sup> nos quais se

pela inexistência de prova da alienação. Demonstrado o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC, o MM. Juiz prestou informações. Recurso tempestivo e regularmente processado. É o relatório. 2. Pelo que se verifica do documento de f. 104, a empresa executada não é concessionária da Honda desde 07.04.1998. Além disso, a garantia contratual é meramente pessoal, não tem caráter real. Nessa medida, ainda que tenham os executados agido de má-fé, não há como considerar, para efeito de responsabilidade patrimonial, bem a eles não mais pertencente, salvo se demonstrada fraude à execução (CPC, arts. 592, V e 593). Também não procede o argumento de que inexistente prova da alienação. O agravado não trouxe aos autos qualquer elemento capaz de invalidar a informação prestada por empresa responsável pela outorga de concessão da marca Honda. Não há fundamento legal, portanto, para vincular bem de terceiro a obrigação assumida pelos executados, ainda que se trate de garantia pessoal mencionada no contrato. 3. Assim, nega-se provimento ao recurso" (1.º TA CivSP, 12.ª Câmara, AI 861.090-2-São José dos Campos, j. 22.06.1999, v.u.).

22 Dentre outros, Araken de Assis trata de todos os incidentes relativos à transformação na execução de obrigação de fazer infungível, à penhora e à arrematação (*Manual...* cit., p. 508 e ss., 677 e ss. e 781 e ss.).

23 José Miguel Garcia Medina. Op. cit., p. 373-375.

24 Cf.: Araken de Assis. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: RT, 2003. *passim*. O eminente processualista gaúcho aponta a impropriedade da referência à sentença no art. 713. Além disso, enumera várias situações em que o juiz é chamado a decidir no processo de execução (idem, p. 295 e ss.).

25 Cf.: Cândido Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 65. João Lacê Kuhn procura identificar nos vários procedimentos executivos os possíveis incidentes processuais, demonstrando a existência de contraditório, ainda que limitado ao objeto do processo de execução (cf.: *O princípio do contraditório no processo de execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 67-110). Liebman parece confundir incidentes da execução com verdadeiros processos cognitivos incidentais, como os embargos (cf.: *Processo...* cit., p. 65-66).

11 Cf.: Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: DPJ, p. 61 e ss. Não obstante, a *actio iudicati* do período formular admitia defesa pelo demandado, devendo o juiz proferir sentença. Aliás, afirma-se inexistir diferença substancial entre esse procedimento executivo e o anterior, de que ele se originou (*manus iniecto*) (cf.: José Rogério Cruz e Tucci; Luiz Carlos de Azevedo. Op. cit., p. 131 e ss.; José Carlos Moreira Alves. Op. cit., p. 226 e ss.; Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Embargos...* cit., p. 17 e ss.).

12 Tanto a *manus in iniecto* das ações da lei quanto a *actio iudicati* do período formular tinham como elemento essencial o de "reclamar, para expedição de atos executivos, o exercício de uma nova ação segundo a opinião dominante" (Danilo Knijnik. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 9). Aliás, a atividade executiva não era considerada jurisdicional (cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 9-10).

13 Trata-se de afirmação controvertida, como informa Danilo Knijnik (cf. *A exceção de pré-executividade* cit., p. 26). Dinamarco apresenta a idéia do *officium iudicis* como mero prosseguimento do processo, independentemente de nova ação (cf. *Execução civil* cit., p. 57).

14 Cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 53.

15 Cf.: Liebman. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 9-10.

16 Idem, p. 45. Essa dicotomia simplesmente desapareceu com a queda do Império Romano. No direito

resolvem questões atinentes à forma de executar.<sup>26</sup> Em alguns sistemas processuais de países estrangeiros, como Itália, Alemanha e Estados Unidos, existe até previsão de audiência para a solução de determinadas questões atinentes à execução.<sup>27</sup>

A cognição necessária à prática dos atos executivos não varia em função da natureza do título. Seja judicial, seja extrajudicial, serão desenvolvidas atividades destinadas a fazer com que o comando da sentença condenatória ou o direito representado pelo título se efetivem praticamente. Ao determiná-las, o julgador realiza juízo de valor sobre cabimento, conveniência e adequação da medida em relação à situação concreta. Para tanto, tem de conhecer. A execução comporta instrução, compreendida esta como a fase preparatória à satisfativa propriamente dita. Ainda que não implique exame do mérito, a adoção das medidas instrutórias e executivas pressupõe cognição. Embora esse processo não se destine ao exame da relação de direito material, o juiz deve controlar a regularidade dos atos satisfativos, até para manter o equilíbrio entre os interesses em conflito. A superioridade do exequente não pode implicar desconsideração do outro sujeito processual. Devem ser observados os limites admitidos pelo legislador,<sup>28</sup> assegurando ao executado, que não é mero sujeito passivo do processo, o exercício das faculdades e dos poderes a ele outorgadas.<sup>29</sup>

Em outras palavras, embora não haja juízo sobre o mérito – mesmo essa exclusão não é absoluta, com se verá oportunamente – na execução são praticados atos de instrução, com o fim de fornecer ao juiz elementos de convicção acerca da regularidade dos atos executivos individualmente considerados. Além disso, há cognição quanto aos

denominados requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, no Brasil tratados como pressupostos processuais e condições da ação.

Em síntese, todo processo contém atividade cognitiva. No de conhecimento, ela apresenta importância fundamental, pois expressa a própria tutela jurisdicional. Na execução, constitui simples meio para se alcançar a medida satisfativa mais adequada.<sup>30</sup>

#### 6. FRAUDE DE EXECUÇÃO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E BEM DE FAMÍLIA

Entre as várias questões suscetíveis de alegação no próprio processo de execução, três se destacam pela frequência e por produzirem efeitos no plano material.

A primeira, refere-se à penhora de bens de terceiro, porque reconhecida a fraude à execução.

Configurada uma das situações descritas no art. 593 do CPC, a alienação ou oneração é considerada ineficaz em relação ao credor e o bem, embora não mais pertencente ao devedor, fica sujeito à execução (CPC, art. 592, V). A responsabilidade patrimonial incide, nesse caso, sobre o patrimônio de terceiro.

Pois bem. A alegação e o possível reconhecimento da fraude de execução ocorrem no próprio processo, *incidenter tantum*, após adequado contraditório. Eventual resistência do adquirente do bem não pode ser manifestada na mesma relação processual. Deverá ele valer-se dos embargos de terceiro. Mas existe cognição pelo juiz, ainda que sumária, sobre os fatos constitutivos da fraude e a declaração dela, embora com eficácia limitada àquele processo.<sup>31</sup>

Também há cognição e decisão sobre matéria estranha ao processo de execução nas hipóteses em que é postulada a penhora de bens de terceiros, com fundamento em desconsideração da personalidade jurídica da executada. Nesses casos, não é raro o juiz proferir decisão incidental, determinando a constrição sobre bens pertencentes aos sócios, visto que demonstrada a extinção irregular da sociedade.

Parece que tal conclusão – normalmente fundada em cognição sumária da situação, mesmo porque não há como produzir prova dos fatos e o terceiro atingido pelo ato judicial normalmente não participa do processo – só deve ser admitida

30 Idem, p. 168-174. V. tb.: Sandro Gilbert Martins. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 45 e ss.

31 Cf.: Araken de Assis. *Manual...* cit., p. 461-463.

em caráter excepcional, quando houver elementos suficientes para justificá-la.<sup>32</sup>

32 A propósito dessa questão, Carlos Alberto Carmona pondera: “Essa fórmula simplista – decretação da desconsideração da personalidade jurídica por simples decisão interlocutória – já foi alvo de não poucas manifestações de desaproço: de fato, não tendo os sócios possibilidade de defender-se previamente contra o provimento que determina seja seu patrimônio pessoal atingido, o ato causará surpresa e será fonte de inúmeros problemas (basta pensar na questão da fraude de execução, já tratada antes). A alternativa seria remeter o credor, o devedor e os sócios deste último às vias ordinárias, o que inviabilizaria a penhora por meses (anos, talvez, no grandes centros, onde o momento forense é imenso e a demora também!). Prevalece, por ora, a impressão de que é melhor sacrificar o devedor (e seus sócios) a submeter o credor – já prejudicado pelo ‘desaparecimento’ do patrimônio da pessoa jurídica – aos deletérios efeitos da longa duração do processo” (*Código de Processo Civil Interpretado*, 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 1.819-1.820 – obra coletiva).

Já tive oportunidade de examinar concretamente a situação, em agravo interposto contra decisão proferida no processo de execução: “1. Em execução fundada em sentença condenatória civil movida a pessoa jurídica, revogada decisão que aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e declarada ineficaz a penhora, a exequente interpôs agravo de instrumento. Insiste na desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pois considera que a emissão de cheque sem fundos configura violação à lei e má administração. Entende que o fato de o capital social da empresa haver sido integralizado não afasta a responsabilidade dos sócios, visto que infirma a cota de cada um. Recurso tempestivo. É o relatório. 2. A medida pretendida é inadmissível. A tutela condenatória foi proferida tão-somente em face da pessoa jurídica. Apenas ela, portanto, possui legitimidade para figurar no pólo passivo da execução. Eventual responsabilidade patrimonial dos sócios (CPC, arts. 592, II e 596) dependeria de outros elementos, com base em que poderia ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Dos autos consta apenas terem os sócios mencionados pela agravante exercido função administrativa. Nada existe, todavia, a respeito de eventual abuso ou ilegalidade cometida por eles nessa condição. Não configurada a hipótese legal, inadmissível a inclusão dos sócios no pólo passivo da relação material, com a consequente sujeição de seus bens à responsabilidade pelo pagamento da dívida da empresa. Também não se cogita de possível dilapidação do patrimônio da empresa, com o intuito de fraudar credores, o que tornaria possível a desconsideração da personalidade jurídica da executada. Tem-se admitido a incidência da referida teoria se demonstrada a prática de atos fraudulentos, visando a prejudicar os credores, pois sua finalidade é exatamente ‘impedir a consumação de fraudes e abusos de direito, cometidos através da personalidade jurídica’ (Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, p. 265-267; nesse sentido: STJ, 1.ª T., HC 73.881/GO, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.06.1996, DJU 31.10.1996, p. 42.016; v. tb. STJ, 3.ª T., REsp 211.619/SP, rel. Min. Waldemar

Outra questão normalmente cognoscível na execução, sem necessidade de embargos, é a

Zeiter, j. 16.02.2001, DJU 23.04.2001, p. 160; STJ, 3.ª T., REsp 252.759/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.09.2000, DJU 27.11.2000, p. 157; STJ, 4.ª T., REsp 256.292/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.08.2000, DJU 25.09.2000, p. 107; STJ, 4.ª T., REsp 158.051/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.09.1998, DJU 12.04.1999, p. 159; TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 263.214.5/4/Itapeverica da Serra, j. 12.11.2002, v.u.; TJSP, 5.ª Câmara. Direito Público, AI 100.098-5/Campinas, rel. Des. Willian Marinho, j. 06.05.1999, v.u.; TJSP, 7.ª Câmara. Direito Público, AI 67.294-5/Santo André, rel. Des. Jovino de Sylos, j. 10.02.1999). Os elementos constantes nos autos, porém, não revelam tenha a executada dilapidado seu patrimônio para esquivar-se do adimplemento de suas obrigações junto à agravada. Também nada existe a respeito da prática, pelos sócios, de atos destinados a frustrar o pagamento da dívida, mediante a transferência do patrimônio da sociedade. O simples fato de não terem sido encontrados bens passíveis de penhora ou de a executada ter encerrado suas atividades é insuficiente para justificar a constrição pretendida. Necessária prova razoável de má-fé (cf., nesse sentido: TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 263.214.5/4/Itapeverica da Serra, j. 12.11.2002, v.u.; TJSP, 2.ª Câmara. de Direito Público, Ap 52.169-5/Presidente Prudente, rel. Des. Paulo Shintate, j. 29.06.1999, v.u.; v. tb. 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 886.201-1/SP, j. 09.11.1999, v.u.). Além disso, trata-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com capital social integralizado. A inclusão do sócio no pólo passivo, nesses casos, só é admitida em caráter absolutamente excepcional. Nessa medida, ante os elementos dos autos, não podem os sócios responder pelo débito. Nada obsta que, em sede adequada, fique configurada situação apta a justificar sua inclusão do pólo passivo da execução. Por enquanto, não há como admiti-la (cf. STJ, 1.ª T., REsp 597.937/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.03.2005, DJU 04.04.2005). 3. Assim, nega-se provimento ao recurso” (TJSP, 22.ª Câmara. Direito Privado, AI 7.014.263-3/Sorocaba, j. 07.06.2005).

A discussão é muito comum em execução fiscal, tendo em vista a responsabilidade dos sócios estabelecida no Código Tributário. Além dos argumentos acima invocados, nessa sede a questão comporta outras considerações: “A responsabilidade do sócio prevista no art. 135, III, do CTN, está relacionada a excesso de poder ou infração legal cometida por administrador da empresa (cf. STJ, 2.ª T., REsp 436.802/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.10.2002, DJU 25.11.2002, p. 226; STJ, 2.ª T., REsp 299.698/ES, rel. Min. Laurita Vaz; STJ, 2.ª T., REsp 195.597/RS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 1.º.03.2001, v.u.). A agravante considera não configurada qualquer das hipóteses descritas no *caput* do dispositivo em questão. De fato, dos autos consta apenas terem os sócios mencionados pela agravada exercido função administrativa. Nada existe, todavia, a respeito de eventual abuso ou ilegalidade cometida por eles nessa condição. Não configurada a hipótese legal, inadmissível a inclusão dos sócios no pólo passivo da relação material, com a

impenhorabilidade do bem de família. Trata-se de típico incidente cognitivo do processo, pois versa sobre matéria a ele inerente.<sup>33</sup>

conseqüente sujeição de seus bens à responsabilidade pelo pagamento da dívida da empresa. Simples inadimplemento de obrigação tributária pela sociedade não é suficiente o reconhecimento da responsabilidade do sócio. Mora não se confunde com a prática de ato contrário à lei, no entender da jurisprudência predominante (cf. STJ, 1.ª T., REsp 260.524/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.2001, v.u.; STJ, 1.ª T., AgRg no REsp 276.779/SP, rel. José Delgado, j. 20.02.2001, DJU 02.04.2001, p. 260; STJ, 2.ª T., REsp 121.021/PR, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 15.08.2000, DJU 11.09.2000, p. 235; STJ, 2.ª T., REsp 100.739/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.11.1998, DJU 1.º.02.1999, p. 68; v. tb. TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 276.374.5/3/Bauru, j. 11.02.2003, v.u.; TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 295.023.5/1/São Paulo, j. 10.12.2002, v.u.). Em síntese, necessária prova razoável de má-fé (cf., nesse sentido, TJSP, 2.ª Câmara. Direito Público, Ap 52.169-5/Presidente Prudente, rel. Des. Paulo Shintate, j. 29.06.1999, v.u.; v. tb. 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 886.201-1/SP, j. 09.11.1999, v.u.). A esses argumentos, acrescenta-se ter a agravante oferecido bem à penhora em setembro de 2003 (f. 495-496), não havendo manifestação da agravada a respeito. Se existem bens passíveis de penhora, desnecessária a inclusão dos sócios no pólo passivo. 3. Assim, dá-se provimento ao recurso" (TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 346.279-5/4/São Bernardo do Campo, j. 02.03.2004).

O problema surge também com certa frequência nas execuções movidas a pessoas jurídicas constituídas por marido e mulher. A propósito: "Admitindo-se, todavia, a validade da sociedade comercial formada por marido e mulher (cf. Rubens Requião, *Curso... cit.*, p. 342), não há razão para tratá-la diferentemente daquela em que os sócios não são cônjuges. Como bem salienta Paulo Salvador Frontini, os credores não podem 'alimentar em relação aos cônjuges nenhuma pretensão além das que, ante o tipo societário existente, poderiam almejar relativamente aos sócios' (Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?, *JTA* 78/6, São Paulo: Saraiva, mar.-abr. 1983). De tal forma, a teoria da despersonalização jurídica há de ser ministrada à sociedade constituída por cônjuges à luz das mesmas regras aplicáveis a qualquer pessoa jurídica, ou seja, será necessária a prova do exercício abusivo ou fraudulento da personalidade jurídica para que a sociedade formada por esposos seja desconsiderada (cf.: Paulo Salvador Frontini. *Op. cit.*, p. 9-10; Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil cit.*, 3. ed., p. 245-246). Assim, o simples fato de o sócio não possuir bens para satisfação de suas obrigações pessoais não é suficiente para legitimar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a sociedade constituída por marido e mulher. Como já exposto, é imprescindível a configuração da fraude ou abuso de direito para o desconhecimento da autonomia

## 7. NATUREZA DA EXECUÇÃO

Também no curso da execução pode surgir questão relativa à natureza provisória ou definitiva

patrimonial da pessoa jurídica (cf.: Fabio Ulhoa Coelho. *Desconsideração da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 54; Rubens Requião. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. RT 410/23, São Paulo: RT). Necessário é averiguar, portanto, se houve abuso de direito ou fraude no uso da personalidade jurídica da pessoa jurídica, em prejuízo do agravante. Os elementos constantes nos autos, porém, não comprovam tenha o devedor dilapidado seu patrimônio para esquivar-se do adimplemento de suas obrigações junto ao agravante. Nada existe a respeito da prática, pelo sócio, de atos destinados a frustrar o pagamento da dívida, mediante a transferência de bens pessoais para a sociedade (cf., nesse sentido, 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 886.201-1/SP, j. 09.11.1999, v.u.). Como a penhora não pode recair sobre bens de terceiros, salvo nas hipóteses do art. 592 do CPC, agiu corretamente o MM. Juiz ao denegar o pedido formulado pelo agravante. 3) Assim, nega-se provimento ao recurso" (1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 908.361-8/Jundiaí, j. 09.05.2000, v.u.).

- 33 "Tem-se entendido que a nulidade da penhora pode ser argüida por simples petição, sem necessidade de embargos (cf.: Araken de Assis. *Manual... cit.*, 4. ed., p. 528; Humberto Theodoro Junior. *Processo de execução*. 17. ed. São Paulo: Leud, p. 256; v. tb.: 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 881.559-2/Guarulhos, j. 05.10.1999, v.u.; TAPR, 5.ª Câmara. Civ., AI 104.224-8/Londrina, Juiz conv. Antonio Martelozzo, j. 21.05.1997; TJDF, 5.ª T., ApCiv 427.639-6/DF, j. 10.03.1997, rel. Des. Romão C. Oliveira, DJDF 09.04.1997, p. 6.101; STJ, 4.ª T., REsp 21.253/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31.05.1993, DJU 28.06.1993, p. 12.896). Além do mais, a impenhorabilidade de bem de família é considerada matéria de ordem pública, podendo ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, até mesmo sujeita a controle de ofício (cf.: Carlos Gonçalves. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. Síntese, p. 156; Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Embargos... cit.*, p. 147; v. tb. 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, Ap 792.744-6/Marília, j. 20.12.1999, v.u.; TAMG, 3.ª Câmara, ApCiv 248.877-9/Belo Horizonte, rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 11.03.1998, v.u.; TAPR, 6.ª Câmara, AI 683.714-0/Cruzeiro do Oeste, rel. Juiz Ruy Fernando de Oliveira, j. 07.08.1995, DJU 18.08.1995; TJDF, 3.ª T. Civ., AI 452.094/DF, rel. Des. Campos Amaral, j. 30.05.1994, DJ 15.06.1994, p. 6.773). Mesmo que não adotado esse entendimento, dúvida não há sobre a possibilidade de a matéria ser suscitada na própria execução, independentemente de ação cognitiva autônoma (1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 973.133-5/SP, j. 21.11.2000, v.u.). Sendo assim, irrelevante discussão sobre eventual inépcia da petição dos agravantes, porque não atendidos os requisitos dos embargos à execução" (1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 1.027.323-3/Limeira, j. 18.09.2001, v.u.).

do processo. Isso principalmente nas hipóteses de rejeição dos embargos à execução e interposição de apelação contra a sentença. Como existe a possibilidade de inversão do julgamento em segundo grau, muitos sustentam a necessidade de atribuir-se provisoriedade aos atos executivos, para evitar risco de dano ao executado.

Prevaleceu, todavia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência entendimento contrário. A única hipótese legal de execução provisória é aquela prevista no art. 587 do CPC, parte final, ou seja, sentença condenatória passível de apelação sem efeito suspensivo. Nos demais casos, ainda que possível a alteração da decisão proferida nos embargos, deve a execução prosseguir em caráter definitivo, pois fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial (CPC, art. 587, 1.ª parte).

A matéria foi sumulada pelo STJ (Súmula 317).<sup>34</sup>

- 34 A propósito dessa questão, já tive oportunidade de me manifestar em sede jurisprudencial: "Rejeitados os embargos, o processo deve prosseguir, pois a apelação não tem efeito suspensivo (CPC, art. 520, V). E a execução tem natureza definitiva, conforme dispõe o art. 587 do CPC. A existência de recurso ainda não julgado deve ser referida no edital de arrematação, nos termos do art. 686, V (nesse sentido, cf.: Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 414; Alcides Mendonça Lima. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 2, p. 459; Sérgio Bermudes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 153; v. tb. TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, AI 294.104.5/4/Araçatuba, j. 12.11.2002, v.u.; 1.ª TACivSP, 12.ª Câmara, AI 969.495-1/SP, j. 07.11.2000, v.u.). Não obstante respeitáveis opiniões em sentido contrário (Humberto Theodoro Jr. *Processo de execução cit.*, p. 153; Vicente Greco Filho. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 3, p. 34), o C. STJ tem optado pela definitividade da execução (cf. STJ, REsp 254.440/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02.06.2000, DJU 16.06.2000, p. 265; STJ, REsp 223.747/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 22.03.2000, DJU 07.04.2000; STJ, 4.ª T., REsp 162.179/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 28.08.1999, DJU 06.12.1999, p. 95; STJ, 4.ª T., REsp MC 1.574/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.06.1999, DJU 23.08.1999, p. 125; STJ, 4.ª T., REsp 187.851/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.11.1998, DJU 1.º.03.1998, p. 341). Vale observar que, caso se adote a segunda posição, também seriam provisórias as execuções fundadas em sentença transitada em julgado, sempre que o embargante vencido interpusse recurso contra a sentença proferida nos embargos. Nessa linha, a execução seria quase sempre provisória, o que transformaria a exceção em regra. Não parece ter sido essa a intenção do legislador, nem

Essa questão surge e é solucionada no próprio processo executivo.

## 8. CONTRADITÓRIO E ATIVIDADE EXECUTIVA: A DENOMINADA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Além dos incidentes próprio da execução, cuja solução depende, evidentemente, de cognição, também tem sido admitida nesse processo a dedução de defesas processuais e até substanciais. O fenômeno acabou recebendo a criticada denominação de exceção de pré-executividade.<sup>35</sup>

Com relação às questões de natureza processual, nenhuma surpresa, especialmente no que se refere àquelas cognoscíveis de ofício pelo julgador.<sup>36</sup> Se ele pode, independentemente de provocação,

tal solução contribui para a efetividade da prestação jurisdicional. É preferível assumir o risco e prosseguir com a execução até o final, com as cautelas exigidas pelo art. 686 do Estatuto Processual. Apesar disso, nada impediria a suspensão dos efeitos da sentença, medida excepcional, desde que presentes os requisitos do art. 558 do CPC. Não é o que ocorre no caso. Ao menos por enquanto, a executada não corre perigo de perda do imóvel. A possível alienação do bem é antecedida de vários atos, cuja prática demanda tempo razoável. Além disso, existem no sistema medidas a impedir a arrematação ou adjudicação, se verificada alguma irregularidade processual. Em síntese, eventual perda do bem não ocorrerá imediatamente. Inexiste risco iminente de dano grave ou de difícil reparação. Por isso, não há razão para impedir o prosseguimento do processo de execução neste momento. 3. Assim, dá-se provimento ao recurso" (TJSP, 2.ª Câmara. Direito Privado, AI 7.023.415-6/SP, j. 30.08.2005).

- 35 O termo exceção de pré-executividade mereceu crítica procedente de José Carlos Barbosa Moreira, pois seu significado não condiz com o que se pretende identificar. Pré-executividade é algo anterior a fenômeno executivo (título ou processo). O que seria, então? Além disso, utiliza-se normalmente exceção como sinônimo de defesa não cognoscível de ofício. Por isso, exceção de pré-executividade não serve para denominar as defesas passíveis de alegação na própria execução, independentemente de embargos, porque podem ser examinadas sem prévia provocação da parte (cf.: Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, p. 119-121).
- 36 Com relação às objeções, aliás, pondero ser admissível o exame até mesmo em sede de embargos intempestivos. A perda do prazo para a demanda cognitiva torna-se irrelevante, pois no caso ela é desnecessária. Como a matéria deve ser examinada de ofício, no próprio processo de execução, nada obsta seja a alegação enfrentada nos embargos (TJSP, 1.ª Câmara. Direito Público, Ap 182.897-5/0/SP, j. 30.03.2004).

reconhecer a carência da ação<sup>37</sup> ou a ausência de alguns pressupostos de desenvolvimento válido e

37 Com relação à carência da ação, proferi voto vencido em situação interessante, razão por que reproduzo os argumentos desenvolvidos, até para demonstrar a variedade de questões discutíveis na própria execução: 2. Não obstante a verificação da ilegitimidade de parte implique exame da relação de direito material, a cognição realizada é sumária, pois se levam em conta apenas os elementos da inicial. A legitimidade é apurada em face da situação legitimante, que não se confunde com o mérito propriamente dito. A característica das condições da ação reside exatamente na possibilidade de, mediante análise superficial da relação de direito material, determinar-se a admissibilidade ou não da tutela jurisdicional pleiteada. Se negativa a resposta, o juiz deve, de ofício, extinguir o processo. Pois bem. Segundo os fatos relatados na inicial das execuções, a agravante, na condição de arrendante dos bens, seria responsável por infrações cometidas pelo arrendatário. Saber se essa responsabilidade existe realmente, ainda que em tese, significa descobrir o verdadeiro dever, sendo necessário, para tanto, esclarecer tão somente a questão de direito. Embora tal solução aproxime-se muito da decisão de mérito, é autorizada pelo sistema processual (CPC, art. 295, II), devendo a matéria ser examinada até de ofício (art. 267, § 3.º). Trata-se de mecanismo técnico, destinado a evitar o prosseguimento desnecessário do processo. Se os autos já fornecem elementos para a formação de juízo de valor sobre aspectos da relação material, possibilitando eventual extinção da relação processual, melhor realizar o exame o quanto antes. Por tudo, conclui-se pela admissibilidade da discussão da matéria em sede de objeção de pré-executividade, o que deve ser feito em primeiro grau de jurisdição. 3. O arrendamento mercantil é contrato por meio do qual a arrendante adquire bem escolhido pelo arrendatário, que irá usá-lo mediante o pagamento de valores a título de aluguel, com a opção de, ao final do prazo estipulado, quitar o valor residual e adquirir o bem arrendado. Entre os efeitos do contrato de arrendamento mercantil está a transferência da guarda e da posse do bem ao arrendatário (cf. Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*, 4. ed. São Paulo: RT, p. 81 e 87). Não obstante permaneça a arrendante, durante o prazo do contrato e para efeito meramente financeiro, com a propriedade da coisa arrendada, transfere a sua guarda ao arrendatário, não tendo o poder de interferir de forma alguma sobre o modo como este irá exercer sua faculdade de uso e gozo do bem. As características peculiares do contrato de arrendamento mercantil o tornam substancialmente distinto do de locação. No primeiro, determinada importância é colocada à disposição da arrendante, que adquire o bem, escolhido e posteriormente utilizado pelo arrendatário. Já no segundo, o próprio bem é escolhido pela locadora e entregue ao locatário. Essas diferenças se refletem no campo da responsabilidade civil. Enquanto a locadora de veículos é solidariamente responsável com o locatário por danos causados no seu uso (STF, Súmula 492), o mesmo não ocorre no arrendamento mercantil (cf. STF, 1.ª T., RE 114.938/RS, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 12.04.1988, v.u., DJU 06.05.1988, p. 10.635). Nessa medida, é o ar-

regular do processo, não parece razoável exigir-se a propositura da ação de embargos pelo executado,

rendatário quem responde por eventuais atos ilícitos praticados com o veículo arrendado, sendo o arrendante parte ilegítima para figurar no pólo passivo de demanda que tenha por fundamento essa responsabilidade (cf. STJ, 3.ª T., REsp 5508/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 30.10.1990, v.u., DJU 03.12.1990, p. 14.321; v. tb. 2.º TACivSP, 4.ª Câmara, AI 787.970-00/1, rel. Juiz Celso Pimentel, j. 18.03.2003; 2.º TACivSP, 11.ª Câmara, Ap 593.759-00/0, rel. Juiz Carlos Russo, j. 27.11.2000; TRF 3.ª Reg., 5.ª T., Ap 96.03.010042-0, rel. Juiz Pedro Rotta, j. 28.04.1997, RT 746/413; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, Ap 602.401-7/Santos, j. 28.09.1995, v.u.; 12.ª Câmara, Ap 610.502-4/Atibaia, rel. Juiz Andrade Marques, j. 24.08.1995; 8.ª Câmara, AI 572.779-9/Iguape, rel. Juiz Manoel Mattos, j. 11.05.1994). No caso, a multa foi aplicada devido à prática, pelo arrendatário, da infração consistente no transporte de pessoas mediante remuneração, sem autorização da autoridade competente para a exploração desse tipo de serviço. Devido ao próprio caráter punitivo da sanção administrativa, não é admissível seja o arrendante responsabilizado por ato que é "inteiramente estranho a ele arrendador; independe de qualquer atuação sua e não pode ser evitado por ele, por nenhum meio porventura a seu alcance. Assim, não existe justificativa jurídica para apenar o arrendador, apenas por ser proprietário do bem, quando o uso deste destoe da regra e constitua uma infração punível" (cf.: José Francisco Lopes de Miranda Leão, "Leasing" - O arrendamento financeiro. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38-42). 4. Segundo essa linha de raciocínio, portanto, o exequente seria carecedor da ação de execução, por ilegitimidade passiva de parte (cf. TJSP, 7.ª Câmara, Direito Público, AI 333.581-5/2-00/São Bernardo do Campo, rel. Des. Barreto Fonseca, j. 29.09.2003, v.u.; TJSP, 8.ª Câmara, Direito Público, AI 298.802-5/9-00/SP, rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 20.11.2002, v.u.; TJSP, 4.ª Câmara, Direito Privado, Ap 116.145-4/7/Santo André, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 08.02.2001, v.u.). A questão, todavia, apresenta peculiaridades. A agravante figura como devedora na certidão da dívida ativa. Nos termos do título executivo extrajudicial, tem legitimidade para ocupar o pólo passivo da demanda. Eventual irregularidade no lançamento constitui questão de mérito. Necessária cognição exauriente da relação substancial, para verificar se ela é ou não sucessora da devedora. De fato. O exame das condições da ação deve ser feito à luz da situação jurídica de direito material posta pelo autor na petição inicial. Isto é, examina-se hipoteticamente a relação substancial, para extrair dali a possibilidade jurídica da demanda, o interesse e a legitimidade. Trata-se de análise realizada *in statu assertionis*, ou seja, mediante cognição superficial que o juiz faz da relação material (cf. STJ, 3.ª T., REsp 21.544-0/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 08.06.1992, p. 8.619; STJ, AI 40.951-1/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU 08.10.1993, p. 21.091; v. tb. TJSP, 1.ª Câmara, Direito Público, AI 261.204.5/4/São José do Rio Preto, j. 25.06.2002, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 994.300-6/SP, j. 10.04.2001, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 988.691-5/Paraguáçu Paulista, j. 06.02.2001, v.u.; TJSP, 2.ª Câmara, ApCiv 143.232-1/6, rel. Des. César Pelu-

com a única finalidade de viabilizar esse exame. Nada obsta seja o pedido apresentado na própria

so, j. 10.12.1991; em sede doutrinária, cf. *Justitia* 156/48; José Carlos Barbosa Moreira, *Legitimidade para agir*. Indeferimento da petição inicial, *Temas...* cit., p. 198 ss.; Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo: RT, 1987, p. 58 e ss.; Donald Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: RT, 1979, p. 83; Ary de Almeida Elias da Costa, *A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência*, Coimbra: Almedina, 1965, p. 32-34; Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, Parte generale, Napoli: Jovene, 1978, p. 130; Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 2. ed. Ed. Grappichelli, v. 1, p. 55; Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova: Cedam, 1975, p. 134 e *Note in tema di diritto e processo*, Milano: Giuffrè, 1957, p. 160). Apurada a natureza da relação jurídica de direito material, chega-se à conclusão de que a agravante não é devedora do valor exigido a título de multa. Embora se trate de questão exclusivamente de direito, a solução exigiu exame aprofundado da situação substancial, suficiente para configuração do juízo de mérito. De qualquer modo, embora realizado em sede de objeção de pré-executividade, tal cognição revelou a inexistência de responsabilidade pela dívida. Desnecessários os embargos, visto inexistir controvérsia fática e não ser necessária atividade probatória (AI 389.122-5/3/SP, j. 17.03.2005; TJSP, 1.ª Câmara, Direito Público, Ap 182.897-5/0/SP, j. 30.03.2004; TJSP, 1.ª Câmara, Direito Público, AI 304.773.5/1/Piquete/Lorena, j. 04.02.2003, v.u.). Admite-se atividade cognitiva na execução, desde que se trate de matéria de ordem pública, especialmente processual, cujo conhecimento possa ser feito de ofício (cf.: Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos...* cit., p. 97-101; STJ, 4.ª T., Ag no AI 197.577/GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 05.06.2000; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 965.451-3/Bauru, j. 24.10.2000, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, 904.155-4/Mirassol, j. 15.02.2000, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, 877.728-8/Santos, j. 19.10.1999, v.u.; 1.º TACivSP, 1.ª Câmara, 699.909-3/SP, rel. Juiz João Carlos Garcia, j. 16.09.1996, v.u.). Típicas exceções, processuais ou substanciais, também podem ser deduzidas nos próprios autos da execução, independentemente de embargos, desde que não demandem investigação probatória. O que não pode ser aceita é a tentativa de transformar processo de índole satisfativa em cognitivo, possibilitando exame profundo e exauriente da relação de direito material, com o desenvolvimento de ampla atividade instrutória quanto ao mérito (cf.: Danilo Knijnik, *A exceção de pré-executividade*. Dissertação de mestrado. UFRGS, inédita; v. tb. 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 1.021.150-6/Amparo, j. 18.09.2001, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 904.155-4/Mirassol, j. 15.02.2000, v.u.; 1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 877.728-8/Santos, j. 19.10.1999, v.u.). Diante desse quadro, é de ser acolhida a alegação da executada, reconhecendo-se não ser ela devedora do valor exigido a título de multa, por infração cometida pelo arrendatário do bem. 5. Assim, dá-se provimento ao recurso" (TJSP, 22.ª Câmara, Direito Privado, AI 381.286-5/2/São Bernardo do Campo, j. 04.10.2005, m.v.).

execução, sem necessidade de processo cognitivo autônomo.<sup>38</sup>

Esse âmbito, todavia, vem sendo ampliado, para alcançar também matéria pertinente ao mérito. Ainda que admissível essa extensão, é preciso estabelecer limites, sob pena de transformar-se a execução em verdadeiro processo cognitivo. Por isso, a possibilidade de o juiz conhecer de aspectos da relação material deve ficar restrita a questões cuja solução não demande produção de prova. Pode-se até invocar a idéia de direito líquido e certo, ou seja, aquele identificado de plano, mediante documentos.<sup>39</sup>

38 No direito estrangeiro, como alemão, italiano e português, por exemplo, a defesa do executado é objeto de processo autônomo, mas sem a necessidade incondicionada de garantia do juízo e sem prejuízo do exame na própria execução de questões cognoscíveis de ofício. A respeito, cf.: Sérgio Shimura, *Título executivo*, 2. ed. São Paulo: Método, p. 99-100). Sobre os mecanismos de defesa do executado no direito estrangeiro, cf. Leonardo Greco, *Em busca da efetividade...* cit., p. 170-171.

39 A possibilidade de determinadas questões - diversas daquelas próprias dos incidentes cognitivos do processo de execução - serem suscitadas internamente, sem necessidade de embargos, constitui afirmação incontroversa, mesmo porque trata-se de manifestação do inafastável princípio do contraditório. Cândido Dinamarco, já na 1.ª edição de sua consagrada obra *Execução civil*, advertia para os juízos de valor proferidos pelo juiz nessa espécie de processo (cf. p. 95). Também Humberto Theodoro Junior, em 1981, apontava a necessidade de juízos de valor no processo de execução, quanto aos pressupostos processuais, às condições da ação e aos requisitos específicos dos atos executivos (cf. *Processo de execução*, 6. ed., cit., p. 13). Sobre os limites da exceção de pré-executividade, Danilo Knijnik propõe a seguinte fórmula: "cognição rarefeita das condições da ação e pressupostos processuais da ação de execução, de um lado, e, de outro, das objeções substanciais, todos mediatizáveis pelo título". Destaca a necessidade de a alegação ser passível de exame sem necessidade de atividade probatória, levando-se em conta, para tanto, apenas a prova pré-constituída representada pelo título (cf. *A exceção de pré-executividade* cit., p. 192 e ss.). Também invoca a idéia do direito líquido e certo (op. cit., p. 125). Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier restringem o âmbito do incidente a matéria relacionada à admissibilidade da execução e cognoscível de ofício, além de perceptível sem necessidade de instrução complexa (cf. *Sobre a objeção de pré-executividade, Processo de execução e assuntos afins*, obra coletiva, São Paulo: RT, 1998, p. 410-411). Paulo Henrique dos Santos Lucon admite não só a dedução de defesa processual, especialmente se relacionada à própria executividade do título, mas também a de natureza material, desde que "passíveis de análise *prima facie*, independentemente de maiores

A justificativa teórica para admitir-se o conhecimento, na execução, de certa matéria concernente à relação material, consiste no gravame causado ao executado pela necessidade de garantir o juízo para o exercício do direito de defesa, mesmo em situações de manifesta inexistência do direito afirmado pelo executado.

A eficácia abstrata do título executivo está fundada em premissa diametralmente oposta a determinadas situações verificadas no processo de execução. Seja porque o direito já fora reconhecido em sede adequada, com decisão transitada em julgado, seja em razão do alto grau de certeza conferido a determinados documentos, o legislador considera admissível a invasão da esfera patrimonial do suposto devedor, visando à satisfação do crédito afirmado pelo autor. E mais. Não permite que possíveis alegações atinentes ao fundamento da pretensão sejam deduzidos no processo destinado à prática dos atos satisfativos. Se o executado quiser, deverá invocar tutela declaratória negativa ou desconstitutiva, competindo-lhe o ônus de afastar a presunção decorrente do título executivo.

Pois bem. Esse modelo abstrato traçado pelo legislador pode não se revelar adequado ao caso concreto. É perfeitamente possível que, em determinadas situações, o executado tenha condições de demonstrar de plano fato extintivo do direito do exequente. Se isso ocorrer, não parece justificável manter-se a eficácia abstrata do título em homenagem à técnica processual, desconsiderando o direito evidente do executado. Talvez pudéssemos pensar aqui em fenômeno análogo ao da tutela antecipada (CPC, art. 273) ou, mais adequadamente, ao do julgamento antecipado (CPC, art. 330), pois a decisão pela qual seja acolhida a defesa substancial, como se verá a seguir, é apta ao trânsito em julgado.

Tendo em vista a grande probabilidade de que as afirmações do executado estejam corretas, pois fundada em fatos altamente verossímeis a acompanhados de prova inequívoca, admite-se sua dedução no processo de execução. Nesses casos, fica comprometida a eficácia abstrata do título. Prescrição do próprio direito material e pagamento documentalmente demonstrado são exemplos típicos de situações em que o prosseguimento do processo pode ser obstado por pedido

perquirições" (O controle dos atos executivos e a efetividade da execução. *Processo de execução e assuntos afins*, p. 335 e ss., especialmente 351). A respeito do tema, ver a extensa bibliografia referida por Sandro Gilbert Martins, op. cit., p. 81, nota 25.

formulado pelo executado, independentemente de formalidades, pois manifesta a inadmissibilidade da tutela executiva.<sup>40</sup>

Só é preciso cuidado com os exageros. Não se pode perder de vista que a sede adequada para a defesa do executado, ao menos por enquanto, é o processo autônomo de embargos.<sup>41</sup> Admitir defesa de mérito na execução não significa transformá-la em processo cognitivo. Não. Apenas em situações absolutamente excepcionais, em que a prática de atos executivos e a exigência de prévia garantia para o exercício da defesa configurem manifesta injustiça, deve ser aceito o fenômeno representado pela admissibilidade da defesa substancial, direta ou indireta, no processo de execução.<sup>42</sup>

Em regra, o processo de execução só comporta cognição relativa aos incidentes decorrentes da prática dos atos de sub-rogação ou de constrição. Também questões de natureza processual pertinentes aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional podem ser suscitadas no próprio processo executivo. Trata-se da cognição natural, destinada ao controle da relação processual.<sup>43</sup>

40 Claro que, impugnado o documento pelo qual se pretende provar o pagamento, a solução da controvérsia não pode ocorrer no processo de execução, devendo o executado opor embargos. Caso isso não ocorra, pode o juiz impedir até de ofício o prosseguimento do processo, se demonstrado o cumprimento da obrigação, conforme dispõe o art. 581 do CPC (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...* cit., p. 716).

41 Por enquanto e se a execução estiver fundada em título extrajudicial ou versar sobre pagamento de quantia em dinheiro. Nas execuções de sentença condenatória, cujo objeto seja obrigação de fazer, não fazer e dar, a técnica regulada pelos arts. 461 e 461-A do CPC não comporta embargos. Com a previsível extensão desse mecanismo às obrigações de pagamento de quantia, o processo de execução e a ação de embargos subsistirão apenas para os títulos extrajudiciais. Isso se, em nome da tão almejada celeridade, novas alterações não forem introduzidas no sistema processual.

42 José Miguel Garcia Medina é ainda mais restritivo. Admite apenas o exame de matéria substancial cognoscível de ofício e que comprometa a executividade do título, como nulidade absoluta do contrato, por exemplo. Nega, todavia, a possibilidade de o juiz conhecer do pagamento e da prescrição (cf. op. cit., p. 384-389).

43 Inerente portanto "ao desenvolvimento das atividades executórias pelo juiz" (José Miguel Garcia Medina, op. cit., p. 369). Danilo Knijnik estabelece nexos históricos entre a admissibilidade de a defesa do executado ser apresentada no próprio processo e a execução *per officium iudicis* do direito romano: "Assim como, a certo momento, dispensou-se a *actio iudicati* e a execução deu-se por simples *imploratio officii iudicis*, hoje - eis

Já defesas de mérito são admissíveis em caráter excepcionalíssimo, somente se a situação revelar sério comprometimento da verossimilhança oriunda do título.<sup>44</sup>

Nessa medida, pode constituir objeto desse incidente do processo executivo, modalidade de defesa interna, que dispensa embargos, qualquer matéria cognoscível de ofício, à qual a doutrina atribui a denominação de objeção.<sup>45</sup> Também as chamadas

a historicidade do fenômeno - a 'defesa' do executado também pode ocorrer por simples *imploratio officii iudicis*, sem uma nova *actio*, a dos embargos" (*A exceção de pré-executividade* cit., p. 167).

44 Olavo de Oliveira Neto apresenta várias hipóteses em que a execução e a necessidade de garantia podem representar séria injustiça, razão pela qual entende admissível a defesa no próprio processo (*A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, São Paulo: RT, p. 111-118). De todas as hipóteses formuladas, a única pertinente ao mérito é a da quitação da dívida, comprovada mediante recibo apresentado pelo executado. Admite o autor essa modalidade de defesa, independentemente dos embargos, desde que possa o juiz aferir de plano a extinção da obrigação. Vale-se, também, da noção de direito líquido e certo (cf. op. cit., p. 117-118). Cf. tb. Araken de Assis, *Manual...* cit., p. 580-583 e Sérgio Shimura, op. cit., p. 95-110. Este último autor também admite expressamente a defesa de mérito no processo de execução, referindo-se a prescrição e pagamento. Observo apenas que a perda da via executiva pelo decurso do prazo fixado em lei para essa eficácia do título extrajudicial não configura prescrição. Esse fenômeno atinge o próprio direito material, mais especificamente sua exigibilidade ou, se quisermos adotar a terminologia do legislador civil, a pretensão. Assim, se o cheque foi emitido há mais de sete meses - este é o exemplo mencionado - o autor é carecedor da ação por ausência de interesse, na medida em que a tutela executiva é inadequada. Pode, todavia, postular a tutela condenatória ou monitoria. Prescrição propriamente dita somente ocorrerá após vencido o prazo fixado pelo legislador civil para a exigibilidade do crédito.

45 Inclusive de natureza substancial, segundo me parece: "O reconhecimento da extinção do direito à constituição do crédito tributário pelo decurso do tempo independe até mesmo de embargos. Admissível a alegação nos próprios autos da execução, mediante a denominada exceção de pré-executividade. Trata-se de questão de direito, sendo desnecessária a produção de prova. No caso concreto, tendo em vista a inexistência de controvérsia fática, o reconhecimento da decadência, não obstante implique análise do mérito, prescinde de outras provas. Os elementos existentes nos autos do processo de execução são suficientes para formação de convencimento a respeito do tema. Tendo em vista o disposto no art. 515, § 3.º, do CPC, desnecessário o retorno dos autos à origem. A questão é exclusivamente

exceções podem ser deduzidas na execução, desde que não demandem dilação probatória.<sup>46</sup>

## 9. EXECUÇÃO, COGNIÇÃO E IMUTABILIDADE DA DECISÃO

Se a decisão judicial sobre a pretensão à tutela cognitiva resultar de exame exauriente da relação substancial, poderá adquirir a qualidade da imutabilidade, representada pela coisa julgada material. Em princípio pelo menos, cognição plena e coisa julgada são fenômenos intimamente relacionados.<sup>47</sup>

Nessa medida, se os embargos à execução versarem sobre matéria de mérito, dúvida não há quanto à aptidão da sentença ao trânsito em julgado.

Mas, como visto, a defesa do executado por ser deduzida mediante técnicas diversas. Quer

de direito, não havendo necessidade da prática de qualquer ato de natureza probatória em primeiro grau (cf. TJSJ, 1.ª Câmara. Direito Público, Ap 341.448-5/0/São José dos Campos, j. 19.10.2004; TJSJ, 1.ª Câmara. Direito Público, Ap 341.350-5/2/SP, j. 17.08.2004; TJSJ, 1.ª Câmara. Direito Público, Ap 213.496-5/9/São Sebastião da Gramma, j. 19.08.2003). 3. Os fatos geradores do tributo ocorreram em abril e maio de 1993. O auto de infração foi lavrado em junho de 1993. A inscrição da dívida deu-se em 30.05.2003 e a demanda foi proposta em outubro do mesmo ano. Segundo entendimento firmado no STJ, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário tem início somente após cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que foi extinto o direito potestativo da Administração de rever e homologar o denominado auto-lançamento (STJ, 2.ª T., REsp 198.631/SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 25.04.2000, DJU 22.05.2000, p. 100; STJ, 1.ª T., REsp 189.421/SP, rel. Min. José Delgado, j. 17.11.1998, DJU 22.03.1999, p. 87; STJ, 1.ª T., REsp 101.407/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.1997, DJU 15.09.1997, p. 44.228). No caso dos autos, o prazo de decadência iniciou-se apenas em 1.º.01.1999 (CTN, arts. 150, § 4.º e 173, I) e a extinção do direito à constituição do crédito só ocorreria em 2004. Antes, todavia, deu-se a inscrição da dívida ativa. Não houve, portanto, decadência e muito menos prescrição (TJSJ, 1.ª Câmara. Direito Público, Ap 129.837.5/9/Santos, j. 05.11.2002, v.u.). 4. Assim, nega-se provimento ao recurso, alterado o dispositivo da sentença" (Ag 384.371-5/2).

46 Se a alegação demandar cognição exauriente da situação de direito material, com necessidade de complexa instrução, a matéria está excluída do âmbito da execução (1.º TACivSP, 12.ª Câmara, AI 1.021.150-6/Amparo, j. 18.09.2001, v.u.).

47 Cf.: José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumária e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 116-117.

pela impropriamente denominada exceção de pré-executividade, quer mediante impugnação, prevista para a fase procedimental do cumprimento de sentença, nos termos do art. 475-L, VI, do Código (Lei 11.232, de 22.12.2005), poderá o juiz conhecer de aspectos da relação substancial, como fatos impeditivos ou extintivos do direito, por exemplo.

Essa ampliação do âmbito da atividade cognitiva na execução deve ser considerada excepcional. Só defesas substanciais altamente verossímeis, cujo exame independa de instrução mais complexa, podem ser examinadas internamente. Em princípio, deve prevalecer a eficácia abstrata do título e a probabilidade do direito nele consubstanciado.

Admitida a controvérsia, é preciso saber se a respectiva solução pode produzir efeitos no plano material e se é passível de adquirir a imutabilidade própria da coisa julgada.

Em relação à exceção de pré-executividade acolhida, sustentou-se na doutrina ser a sentença meramente extintiva da execução, ainda que a sentença contenha exame da relação jurídica de direito material. Seriam questões prejudiciais, solucionadas internamente, sem o caráter próprio da *res judicata*.<sup>48</sup> Como a cognição é restrita, ou seja, sem a profundidade necessária à estabilidade da decisão, o que somente pode ocorrer em outra sede, a coisa julgada não constituiria qualidade das decisões proferidas no processo de execução.<sup>49</sup>

Opta-se por entendimento diverso.

Na medida em que se admite ao executado deduzir defesa no próprio processo de execução, inclusive de natureza substancial, independentemente de embargos, devem ser considerados eventuais efeitos da decisão no plano material.

Segundo vêm entendendo doutrina e jurisprudência, pode o executado suscitar questões inerentes ao plano material, desde que o exame possa ser feito sem necessidade de atividade instrutória complexa. Mesmo as chamadas exceções substanciais, desde

que envolvam matéria exclusivamente de direito, não estariam excluídas desse incidente.<sup>50</sup>

Pois bem. Imagine-se o reconhecimento da prescrição, do pagamento ou de outra causa extintiva da obrigação, sobre a qual não haja controvérsia ou esta, apesar de existente, possa ser solucionada mediante prova exclusivamente documental.

Ainda que não exauriente, a cognição nesses casos é suficiente à declaração de inexistência do direito material. Se o juiz pode indeferir a inicial, mediante sentença de mérito, por decadência e prescrição (CPC, arts. 295, IV e 269, IV), por que não teria a mesma a sentença que acolhe a alegação feita pelo executado?

Aliás, nem sempre a cognição será sumária. Basta pensar nas questões de direito, como a decadência ao direito de realizar lançamento fiscal, por exemplo. Definida a tese jurídica, a solução independe de prova e será precedida de atividade cognitiva idêntica àquela realizada no processo de conhecimento.

Tem-se entendido que a sentença de extinção do processo com fundamento em carência da ação, embora precedida de cognição não exauriente, produz efeitos no plano material e é apta ao trânsito em julgado.<sup>51</sup>

Não há óbice, portanto, a que essa mesma conclusão seja estendida às decisões proferidas em incidente ao processo de execução, em função do qual tenha havido exame de aspectos da relação material.<sup>52</sup>

Diante dessas considerações, conclui-se pela eficácia material e pela possível imutabilidade das sentenças que, acolhendo defesas substanciais admitidas na execução, ponham termo ao processo. Pretender que o resultado fique restrito ao âmbito processual constitui solução tímida e contrária à visão instrumentalista. Já que, embora em caráter excepcional, tem-se admitido alegações de mérito

50 Idem, p. 87. Como já observado, a admissão de defesas de mérito na execução consútiu restrição à eficácia abstrata do título executivo (cf.: Enrico Tullio Liebman. *Processo...* cit., p. 19-22 e 214-216), decorrente da probabilidade, reconhecida pelo legislador, da existência do direito (cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 462 e ss.). Alguns fatos podem comprometer seriamente a probabilidade e, conseqüentemente, a eficácia abstrata do título, tornado possível a cognição sobre o mérito na própria execução.

51 Cf.: José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, p. 338 e ss.

52 Essa é, ao que parece, a opinião de Olavo de Oliveira Neto, op. cit., p. 123.

na própria execução, não há razões para limitar o alcance e a força da respectiva decisão. Nesses casos, a alegação do executado configura verdadeiro pedido contraposto, implicando ampliação do objeto do processo.

Também não se pode olvidar da recente alteração do sistema processual quanto ao cumprimento de sentença condenatória. Aqui, toda a defesa, inclusive de natureza substancial, será deduzida mediante simples impugnação (cf. art. 475-L, VI). Acolhida a alegação de fato extintivo da obrigação, a sentença de extinção do processo não pode limitar-se ao trânsito em julgado formal. A ela agrega-se a qualidade da coisa julgada material, impedindo seja aquele direito novamente postulado.

#### 10. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO: NATUREZA DA SENTENÇA

Também é preciso examinar a questão da sentença proferida no processo de execução nas hipóteses do art. 794 do CPC,<sup>53</sup> extinguindo-o (art. 795). Discute-se sobre sua natureza, especialmente nas hipóteses em que o fundamento seja uma causa extintiva da obrigação, como o pagamento, por exemplo.<sup>54</sup> Há na doutrina duas correntes. Alguns, talvez a maioria, sustentam tratar-se de fenômeno exclusivamente processual, cuja imutabilidade fica restrita ao processo em que praticado o ato.<sup>55</sup>

53 O dispositivo tem nítida inspiração no *Código di Procedura Civile* do Estado do Vaticano, baseado no projeto apresentado por Carnelutti em 1926 para reforma do Código italiano (cf.: José Carlos Barbosa Moreira. *Notas sobre a extinção da execução. Temas de direito processual civil*. Quinta série. São Paulo: Saraiva, p. 169 e ss.).

54 Considera a doutrina não exaustiva a relação do art. 794 (cf.: Barbosa Moreira. *Notas sobre a extinção cit.*, p. 172-173; Cândido Dinamarco. *Instituições cit.*, p. 791).

55 Cf.: Araken de Assis. *Manual...* cit., p. 297 e 1.351. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, ao extinguir a execução, ainda que com fundamento em fato extintivo da obrigação, o juiz não declara a inexistência da relação jurídica. A carga declarativa da sentença não é apta ao trânsito em julgado, pois nada se decide sobre o direito do autor, pois esse não era o objeto do processo (A sentença que extingue a execução. *Processo de execução...* cit., p. 395-403). Para Humberto Theodoro Junior a sentença tem natureza "meramente declaratória e visa apenas a produzir efeitos processuais perante a execução. Não há, realmente, nenhum provimento de mérito, na espécie, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual se exauriu, nada mais havendo que realizar no processo, em termos de execução forçada" (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 340). No mesmo sentido, Paulo Henrique Lucon et al., *Código de Processo Civil Interpretado*, 2. ed., São Paulo: Atlas, p. 2.282.

Há, todavia, quem estenda a eficácia da sentença, se fundada em fato extintivo do direito, ao plano material. Para os defensores dessa posição, haveria aí coisa julgada material.<sup>56</sup>

Essa é a melhor alternativa, se considerada a natureza instrumental do processo. Embora o autor tenha postulado apenas a tutela executiva, no curso do procedimento as partes manifestaram a vontade, visando a renunciar ou a realizar transação. É possível também que o devedor efetue o pagamento.<sup>57</sup> Ao reconhecer esses atos, o juiz profere sentença substancialmente igual à prevista nos incs. II, III e V do art. 269. Por que somente naquelas hipóteses existe sentença de mérito? Ali também outro era o objeto do processo. Pretendia o autor tutela condenatória e não sentença homologatória. Aceitou-a, todavia. Não há razão plausível para tratar diferentemente fenômenos substancialmente iguais, apenas em razão de técnica segundo a qual no processo de execução não há cognição. Mesmo porque essa afirmativa também não corresponde à realidade, como se pretendeu demonstrar neste estudo. Já que se admite até dedução de defesa de mérito, ainda que em caráter excepcional, por que não conferir imutabilidade material à sentença do art. 794, se fundada em fato extintivo do direito?

#### 11. EXECUÇÃO, COGNIÇÃO E CONTRADITÓRIO

Pelo que até agora se viu, o processo de execução comporta atividade cognitiva, mas com certos temperamentos impostos pela própria natureza da tutela

56 Nesse sentido, Olavo de Oliveira Neto, op. cit., p. 80-86. Flávio Yarshell admite a coisa julgada material como qualidade da sentença proferida na execução, com fundamento na satisfação (art. 794, I), desde que o objeto e o grau de cognição permitam a declaração de extinção da obrigação (cf.: Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216). Parece que se a satisfação se der por ato do devedor, temos verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido. Caso decorra do acolhimento de defesas substanciais, excepcionalmente admitidas, também não há óbice à imutabilidade. Apenas se a satisfação ocorre mediante as medidas de sub-rogação, inexistente qualquer juízo a respeito da extinção da obrigação.

57 Como bem observa Barbosa Moreira, todas as hipóteses do art. 794 contemplam atos extintivos da relação jurídica material, sendo a extinção do processo mera conseqüência (cf. *Notas sobre a extinção cit.*, p. 175). Também Cândido Dinamarco destaca a extinção da obrigação causada pelos atos de vontade enumerados no art. 794, mas conclui possuir a sentença mero efeito processual de por termo ao processo. Nada diz sobre eventual coisa julgada material (cf. *Instituições cit.*, p. 791-795).

pleiteada. Resta saber se essa limitação é compatível com a idéia de contraditório. Lembre-se não haver mais dúvida quanto à natureza jurisdicional da função exercida pelo juiz no processo de execução.<sup>58</sup>

A prática dos atos materiais ou de coerção, destinados à eliminação de crise de adimplemento das obrigações, é autorizada pelo sistema processual se o suposto credor possuir título executivo, judicial ou extrajudicial.

Se a atividade executiva estiver amparada em título judicial, significa que a relação jurídica de direito material foi previamente submetida à cognição. Configurados a existência da obrigação e o inadimplemento, obteve o autor a tutela condenatória. Verificado o trânsito em julgado, consideram-se superadas todas as questões substanciais anteriores, ainda que não suscitadas (CPC, art. 474).

Em relação a elas, justifica-se plenamente a impossibilidade de nova cognição. A imutabilidade da sentença impede discussão a respeito de fatos anteriores que possam comprometer a existência do direito. Alegação nesse sentido não pode mais ser deduzida durante a realização dos atos necessários à efetivação prática da tutela condenatória, quer no próprio processo, quer em via autônoma.

Mas acontecimentos posteriores à sentença podem comprometer a existência do direito nela reconhecido (pagamento, prescrição ou qualquer outra forma de extinção das obrigações).

Mesmo esses, todavia, não são admitidos no processo de execução. Em princípio, qualquer óbice à execução só pode ser alegado na via autônoma dos embargos (CPC, art. 741), processo de natureza cognitiva.

Não obstante a abrangência do dispositivo, há muito a doutrina vem conferindo-lhe interpretação restritiva, pois matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, é admitida no próprio processo executivo. Além disso, existem as questões inerentes a esse processo, cuja solução se dá mediante decisões interlocutórias.

Hoje, encontra-se ainda mais ampliado o âmbito dessa atividade cognitiva do juiz da execução, conforme já visto, em razão da consagração doutrinária e jurisprudencial da denominada exceção de pré-executividade.

Essa técnica foi modificada pela Lei 11.232, de 22.12.2005, que alterou a forma de efetivação

prática da sentença condenatória. Suprimiu-se o processo de execução autônomo, passando os atos destinados ao cumprimento da sentença a integrar fase da mesma relação, que poderíamos denominar executiva. Nesse caso, haverá eliminação dos embargos como processo. Eventual defesa do executado será exercida mediante impugnação, a ser deduzida naquele mesmo processo (art. 475-L). Veja-se que em uma única relação processual haverá fases cognitiva e satisfativa, sendo que esta última comportará incidente destinado à cognição de fatos posteriores à sentença condenatória. É a expressa consagração pelo legislador do fenômeno hoje denominado exceção/objeção de pré-executividade ou de não executividade.

De qualquer modo, por enquanto o que se pretende enfatizar é a exclusão de determinada matéria do conhecimento em sede executiva, ao menos se considerado o sistema anterior, ainda vigente para os títulos extrajudiciais. Fala-se em cognição tênue e rarefeita,<sup>59</sup> ou parcial e atenuada.<sup>60</sup>

Aliás, se pensarmos na execução fundada em título extrajudicial, em relação à qual inexistente cognição prévia, a limitação impressiona ainda mais, pois os atos materiais destinados à realização do direito são praticados no processo, sendo vedado o exame da própria existência dele. Eventual defesa do réu deve ser deduzida em embargos à execução (CPC, art. 745).

O problema reside na compatibilidade dessas limitações com a idéia de contraditório.<sup>61</sup>

Essa restrição à atividade cognitiva não compromete a idéia de contraditório na execução. Ela decorre da técnica processual consistente na fixação do objeto desse processo. A existência de título executivo, judicial ou extrajudicial, torna possível o pedido de tutela satisfativa, a ser concedida mediante determinado modelo legal, em que predominam atos materiais destinados ao cumprimento coercitivo da obrigação. Em princípio, não se admite nesse processo cognição sobre aspectos da relação material, que podem ser suscitados em outra demanda. Não se exclui a possibilidade de o executado fazê-lo. Assegura-se a ele acesso à justiça

59 Cf.: Kazuo Watanabe. Op. cit., p. 128 e 139.

60 Cf.: Comoglio. Principi... cit., p. 462.

61 Sobre a moderna concepção de contraditório, sinônimo de participação efetiva dos sujeitos do processo, inclusive do juiz, na formação do resultado final, cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 164-165; Bedaque. *Tutela... cit.*, p. 93-95 e *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 71-73 e 96-104.

mediante o devido processo constitucional e legal, com todas as garantias a ele inerentes, inclusive contraditório e ampla defesa (CF, art. 5.º, XXXV, XXXVII, LIV, LV, LVI). Por uma questão de técnica processual, esse acesso se dá mediante a forma de demanda autônoma, não de contestação. O contraditório na execução está diretamente relacionado, portanto, ao âmbito da cognição possível.<sup>62</sup> A limitação cognoscitiva decorre, pois, do próprio objeto do processo executivo. Restringe-se, em princípio, aos atos executivos e aos requisitos de admissibilidade da tutela pleiteada (pressupostos processuais e condições da ação), na medida em que não há juízo de valor sobre aspectos da relação material.<sup>63</sup>

Mas a exclusão de determinada matéria da cognição no processo executivo, sem proporcionar ao

62 Nessa linha, referindo ao modelo italiano, Tarzia conclui: "Mas, longe de se adaptar ao molde do processo de cognição, o contraditório executivo tem feições bastante peculiares — segundo a hipótese de trabalho que formulamos — é contraditório parcial e atenuado: parcial enquanto limitado *quoad objectum* a alguns temas (e basta lembrar-se como estão completamente fora aqueles que dariam origem à oposição)" (O contraditório no processo executivo. *RePro* 7/84, out.-dez. 1982). Também Danilo Knijnik justifica a cognição rarefeita do processo de execução, pois adequada a seu objeto. Naquilo que constitui objeto de cognição, admissível o contraditório, observando-se o conteúdo mínimo do princípio (cf. *A exceção de pré-executividade* cit., p. 71-82). Para Sandro Gilbert Martins, a restrição à atividade cognitiva na execução não compromete o contraditório, absolutamente adequada ao objeto do respectivo processo (cf. op. cit., p. 58-59). É esse também o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci, para quem, embora não se possa dizer que haja cognição acerca de *meritum causae*, a preparação, no processo de execução, através de inúmeras providências instrumentais, do ato final de satisfação do credor se caracteriza pela inafastável atuação do juiz e colaboração das partes" (Tutela processual do direito do executado. *Processo civil — Realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, p. 31). V. ainda: Leonardo Greco. Em busca da efetividade... cit., p. 183-187.

63 Cf.: Danilo Knijnik. *A exceção de pré-executividade* cit., p. 82 e ss.; 116 e ss. Sobre a controvérsia doutrinária acerca da existência ou não de contraditório na execução, cf. Tarzia, op. cit., p. 55 e ss.; Sandro Gilbert Martins, op. cit., p. 51 e ss.; João Lacé Kuhn, op. cit., p. 45-66. Prevalece hoje a primeira posição, mesmo porque não fosse assim, os dispositivos que a regulamentam seriam inconstitucionais (CF, art. 5.º, LV). V. tb. Humberto Theodoro Junior, *Comentários...* cit., p. 14-16, que apresenta os argumentos da posição contrária ao contraditório na execução. Cf. tb., do mesmo autor, O processo de execução e as garantias constitucionais da tutela jurisdicional, *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro: IEJ, 1993, v. 61, p. 107 e 117-118).

executado outra forma de defesa, configuraria sim violação à garantia constitucional do acesso à justiça. Imagine-se o suposto devedor de um título executivo extrajudicial não pudesse deduzir defesa de mérito mediante embargos à execução. O contraditório possível no processo executivo seria insuficiente. De que lhe adiantaria a possibilidade de suscitar questões de natureza processual cognoscíveis de ofício, se ele pretende, na verdade, discutir aspectos da relação material. Dizer, portanto, que há contraditório na execução, mas limitado ao objeto do conhecimento, não explica inteiramente a questão. Se o executado não tivesse outro meio processual para discutir matéria substancial, haveria violação à garantia do devido processo constitucional. Em síntese, a denominada cognição tênue ou rarefeita, a restrição cognitiva decorrente do objeto do processo executivo, só não implica lesão ao direito de acesso à justiça porque a exclusão se refere exclusivamente àquele tipo de instrumento. O sistema, porém, oferece outro mecanismo para a dedução de toda e qualquer defesa. Não fosse assim, a situação do executado seria muito semelhante à sujeição pura e simples do processo executivo romano.<sup>64</sup> Daí a necessidade, não importando qual a técnica, de se admitir defesa substancial.

O que importa, portanto, para efeito de assegurar a defesa ao executado, é conferir-lhe meio processual de resistir à execução injusta, sem qualquer limitação injustificável. Durante muito tempo, entendeu-se inconveniente a admissão de alegações do demandado e respectiva cognição no próprio processo de execução. Limitava-se muito o rol de questões suscetíveis de dedução naquela relação processual. Mas não estava o executado impedido de fazê-lo. Tinha de valer-se, todavia, da técnica dos embargos, provocando a instauração de outro processo. Irrelevante o meio adotado pelo legislador infraconstitucional. Fundamental é não restringir indevidamente a garantia da ampla defesa.<sup>65</sup>

64 Cf.: Cândido Dinamarco. *Execução civil* cit., p. 36-37.

65 Ferdinando Mazzarella chega a afirmar que o contraditório pleno do processo de oposição — equivalente aos nossos embargos à execução — estende-se ao de execução, visto que a matéria naquele versada diz respeito a este. Por isso, discorda da expressão contraditório atenuado ou parcial, mesmo porque tal fenômeno equivaleria à ausência de contraditório. Conclui haver contraditório na execução exatamente porque a oposição integra o respectivo processo, muito embora regulada de forma diversa daquela prevista para a resistência do réu nos processos de conhecimento (Sul contraddittorio nel processo esecutivo. *Rivista di diritto civile*, Padova:

Como já lembrado, doutrina e jurisprudência têm ampliado esse limite cognitivo na execução, por meio de técnica impropriamente denominada exceção de pré-executividade, pela qual admite-se a alegação, no próprio processo, de defesas relacionadas ao plano processual e até substancial. Também a técnica da impugnação, prevista no Projeto de Lei 3.253/2004, implica possibilitar defesa de mérito independentemente de outro processo cognitivo. Essas variações não significam, todavia, maior ou menor extensão do contraditório na execução. Revelam apenas a possibilidade da adoção de mecanismos diversos para o exercício do direito de defesa relacionado ao mérito da execução, a ser deduzido pelo executado.

Tratando-se de título extrajudicial, o executado tem à sua disposição os embargos, podendo ainda suscitar algumas questões na execução. Se aprovada proposta de alteração legislativa (Projeto de Lei 4.497/2004), não terão efeito suspensivo e independem de garantia (arts. 736 e 739-A). Se judicial, a defesa será exercida mediante impugnação (475-L). A única diferença é o princípio da autonomia, existente na primeira hipótese e ausente na última.<sup>66</sup>

A exceção de pré-executividade configura flexibilização doutrinária e jurisprudencial dessa técnica. A impugnação regulada no art. 475-L elimina os embargos, possibilitando cognição da fase executiva do processo sincrético. Em qualquer dessas técnicas está assegurado ao executado o acesso à justiça e ao devido processo legal. Para efeito de contraditório, isso é o que importa.

Aliás, vale a pena realizar análise comparativa mais pormenorizada entre as várias formas de defesa

Cedam, 1979, Parte II, p. 623 e ss.). Penso ser possível afirmar a existência de contraditório pleno na execução, ainda que os embargos sejam regulados tecnicamente como processo autônomo. A limitação cognitiva interna não impede o exercício da ampla defesa, ainda que seja necessária a utilização de meios externos. Do ponto de vista substancial, irrelevante a técnica adotada para assegurar o contraditório. Tanto é que nas alterações do processo de execução, propõem-se duas formas diversas de defesa do executado: impugnação e embargos. Ambas, todavia, destinam-se a compatibilizar a atividade jurisdicional satisfativa com a exigência constitucional da ampla defesa e do contraditório.

66 Também na Itália adota-se a técnica da oposição – mecanismo de defesa externo à execução – pela qual o executado pode opor-se à tutela satisfativa, deduzindo matéria processual ou de mérito (CPC, art. 615). Quanto a esta, há diferença em função da natureza judicial ou extrajudicial do título (cf.: Proto Pisani. *Istituzioni...* cit., p. 763-764; Comoglio, Ferri e Taruffo. *Lezioni...* cit., p. 759 e ss.).

do executado, previstas na nova sistemática (Lei 11.232, de 22.12.2005) e pelos projetos em andamento no Congresso Nacional, até para verificar se, do ponto de vista substancial, houve ou haverá alguma alteração.

Tratando-se de título extrajudicial, subsiste a forma tradicional (Projeto de Lei 4.497/2004). As grandes novidades são a desnecessidade de garantia e a ausência de efeito suspensivo. Em tese, portanto, o executado exercerá sua defesa em processo autônomo, sem ter de garantir o juízo, não constituindo essa demanda óbice ao prosseguimento da execução, salvo se relevantes os fundamentos e presente risco de dano de difícil ou incerta reparação. A concessão de efeito suspensivo depende de prévia garantia do juízo (arts. 736 e 739-A).<sup>67</sup>

Ressalta-se na exposição de motivos a grande vantagem da nova sistemática, pois torna desnecessária a denominada exceção de pré-executividade, que causa embaraços à execução.

Análise isenta dessa modificação, todavia, revela inexistência de alteração substancial do *status quo*. Hoje, a defesa do executado é feita mediante embargos ou na própria execução, neste caso com restrições. A grande diferença prática entre um e outro mecanismo é a necessidade de garantia prévia para embargar. A ausência de efeito suspensivo da exceção de pré-executividade é meramente teórica, pois, admitida a discussão de determinada matéria na execução, o prosseguimento do processo depende da solução a respeito. Não há como compatibilizar a prática de atos executivos com a cognição necessária ao exame das questões suscitadas. Ou seja, tanto os embargos quanto a defesa admitida na própria execução acabam por obstar o normal prosseguimento do processo. A diferença, portanto, reside na garantia exigida para os embargos.

Pois bem. Eliminado esse requisito, talvez não tenhamos mais o incidente cognitivo na própria execução. Mas essa atividade será exercida com a mesma facilidade, pois os embargos independem da prévia garantia. E, embora a lei diga o contrário, acabarão por impedir o normal desenvolvimento do processo executivo. A solução traz ainda uma fonte de recursos, visto que retira o efeito suspensivo dos embargos, mas admite sua concessão se presentes determinados requisitos. Não há dúvida de que toda inicial conterà pedido de efeito suspensivo e a decisão, concessiva ou denegatória, será atacada mediante agravo.

67 Essa solução foi sugerida em sede doutrinária por José Miguel Garcia Medina (op. cit., p. 389).

Passemos ao exame da sistemática prevista para a execução dos títulos judiciais, denominada cumprimento de sentença.

As obrigações de fazer, de não fazer e de dar continuam sendo realizadas coercitivamente nos termos dos arts. 461 e 461-A, ou seja, no próprio processo cognitivo, em fase posterior à sentença condenatória. A mesma técnica será adotada para as obrigações de pagar quantia em dinheiro (art. 475-J). Com essa providência legislativa, o direito processual brasileiro teria, de uma penada, eliminado modalidade de tutela cognitiva, a que a doutrina tradicional atribui a denominação de condenatória. Com a vigência da Lei 11.232, de 22.12.2005, o sistema brasileiro passou a contar apenas com a também impropriamente chamada tutela executiva *lato sensu*, que, segundo a exposição de motivos, tem carga de eficácia diversa, pois a executividade passa para primeiro plano. A eliminação do binômio condenação-execução constituiria grande avanço doutrinário e prático, visto integra as fases cognitiva e executiva em apenas um processo.

É preciso cuidado com essas afirmações teóricas, boa parte destituída de significado prático e concreto. Mister entender, até para não criar falsas expectativas, que a alteração do sistema tradicional representa, na realidade, apenas eliminação da citação, ato necessário para validade do atual processo de execução. Quanto à efetivação da tutela jurisdicional, seja ela denominada condenatória ou executiva, serão necessários os mesmos atos materiais, destinados a eliminar a resistência do devedor. É claro que a desnecessidade de nova citação constitui providência salutar. Mas daí a afirmar que a tutela passa a ter dose muito maior de efetividade é ignorar a realidade.

Pois bem, após esse rápido desvio, realizado apenas para melhor compreensão do sistema, voltamos à defesa do executado.

Nesse novo processo sincrético, não há embargos à execução. O réu deverá defender-se mediante impugnação, a ser deduzida no próprio processo, sem suspensão da execução, salvo se, relevantes os fundamentos, houver risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação (art. 475-M).

Chama-se a atenção do leitor para as soluções legais quanto à defesa do executado. Se extrajudicial o título, deverá ele valer-se dos embargos, que independem de garantia e não têm efeito suspensivo, salvo situação excepcional. Em caso de título judicial, o meio adequado é a impugnação, para a qual não é necessária garantia e que, salvo situação excepcional, não suspende a execução.

Muda-se tanto para nada mudar. Até as expressões são as mesmas. E os fenômenos, claro, são substancialmente iguais. Qual a diferença entre permitir a atividade cognitiva no próprio processo, já em fase de cumprimento da sentença, ou em processo autônomo de embargos, em que sequer citação existe (art. 740)? No que difere a impugnação da denominada exceção de pré-executividade, se ambas consubstanciam defesa do executado deduzida no próprio processo? Qual a distinção substancial entre embargos sem garantia e sem efeito suspensivo, impugnação sem garantia e sem efeito suspensivo e exceção de pré-executividade sem garantia e sem efeito suspensivo? Para não ser acusado de processualmente ignorante, esclareço não desconhecer que a primeira providência – os embargos – dá origem a novo processo, embora não seja necessária citação do exequente. Mas minha perplexidade permanece. Em relação à execução, que diferença isso faz? O que importa é que qualquer desses mecanismos, seja lá o nome que se lhes dê, não importando a técnica adotada para viabilizá-los, constitui manifestação do contraditório em relação ao processo executivo ou ao cumprimento da sentença. Provocam cognição do juiz, em maior ou menor extensão.

Basta examinarmos as chamadas medidas de apoio previstas para a efetivação da tutela condenatória versando sobre obrigação de fazer e de não fazer (art. 461, § 5.º). Compreendem providências constritivas, cuja adoção pelo juiz poderá provocar sérios incidentes na fase satisfativa do procedimento. Não se trata de crítica aos mecanismos. Pretende-se apenas demonstrar, mesmo no âmbito de atividades puramente executivas, que a cognição e a controvérsia são inexoráveis.

A mera alteração terminológica ou a simples eliminação do binômio não representa, segundo parece, grande evolução rumo à efetividade da tutela jurisdicional destinada a colocar termo às crises de adimplemento das obrigações. Necessário pensar em medidas práticas, destinadas a dotar os atos executivos de dose razoável de efetividade. Além disso, parece imprescindível prever medidas destinadas a sancionar aquele que abusa do direito de defesa, deduzindo embargos, impugnações ou exceções de pré-executividade com intuito meramente protelatório.

#### CONCLUSÃO

A necessidade de contraditório efetivo e real, como garantia do acesso à justiça, impõe a admis-

sibilità de defesa ampla ao executado, inclusive com relação à matéria substancial ainda não alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Não importa tanto se essa defesa se dá no próprio processo executivo (exceção de pré-executividade, impugnação) ou mediante ação autônoma. Não basta dizer que na execução existe contraditório limitado ao objeto do processo. Não houvesse a possibilidade de o executado deduzir defesas de direito material, configurar-se-ia indevida limitação à garantia constitucional.

Por isso, não parece ter grande relevância prática, senão pela eliminação de alguns atos, a adoção do processo sincrético em lugar do binômio condenação-execução. Seja qual for a técnica, há de se assegurar ao devedor o direito de defesa, facultando-lhe a alegação de toda e qualquer matéria ainda não submetida a decisão judicial. Aliás, a eliminação da antiga ação executiva do Código de 1939 foi saudada como notável avanço, pois abandonava-se o sincretismo, herança da *actio iudicati*,

e equiparavam-se as execuções fundadas em título judicial e extrajudicial. A realidade incumbiu-se de frustrar as expectativas do processualista, pois a amplitude dos embargos opontíveis à execução fundada em título extrajudicial acabou por tornar praticamente inócua a mudança.

O problema da execução não está, pois, na técnica da execução autônoma ou sincrética, nem da impugnação no próprio processo ou mediante ação cognitiva autônoma. Cognição e contraditório sempre haverá, sob pena de violação à garantia constitucional. Não há como impedir que o executado se defenda. A questão está em encontrar mecanismos aptos a evitar que a resistência não configure óbice injustificável à prática dos atos executórios. Mais uma vez, a solução está na conciliação entre dois valores opostos. Também não podem ser desconsideradas as dificuldades existentes no próprio plano material, pois, em razão da inexistência de bens, nem sempre os mecanismos processuais podem ser efetivados.

Execução civil

## LA RICERCA DEI BENI DA PIGNORARE\*

LUIGI PAOLO COMOGGIO\*\*

SOMMARIO: 1. Le innovazioni introdotte nell'art. 492 c.p.c. dalla riforma del 2005. Inquadramento, problemi e quesiti - 2. Le indicazioni compatistiche tradizionali - 3. Segue: I più recenti trends evolutivi e le precedenti proposte di riforma - 4. Gli effetti della dichiarazione rilasciata dal debitore sull'esistenza di beni utilmente pignorabili ed i poteri di indagine dell'ufficiale giudiziario. Rilievi conclusivi.

### 1. LE INNOVAZIONI INTRODOTTE NELL'ART. 492 C.P.C. DALLA RIFORMA DEL 2005. INQUADRAMENTO, PROBLEMI E QUESITI

Le molteplici e cospicue innovazioni, apportate alla disciplina del processo esecutivo dalla riforma attuata con l. 14 maggio 2005, n. 80, sono di tale estensione e complessità, da suggerire, per maggior chiarezza espositiva, una loro classificazione in distinte categorie sistematiche.

Queste ultime sono, a parer mio, paradigmaticamente configurabili con sufficiente analiticità e, come tali, si riducono essenzialmente a quattro.<sup>1</sup>

\* Il presente studio è ricavato da una Relazione predisposta per il Convegno di Studi sul tema *La riforma del processo esecutivo*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II, in Napoli, nei giorni 19-20 dicembre 2005.

Nella sua attuale versione, esso viene dedicato con affetto a José Carlos Barbosa Moreira, insigne Studioso brasiliano, cui mi legano vincoli consolidati di grande stima ed amicizia.

\*\* Ordinario nell'Università Cattolica di Milano.

1 Tra i primi contributi scientifici in materia, si vedano: C. Ferri, *L'esecuzione forzata, L'esecuzione in forma specifica, L'espropriazione forzata in generale, i procedimenti di espropriazione*. In: Comoglio; Ferri; Taruffo. *Lezioni sul processo civile - Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. Bologna, 2005. v. 2, Capp. X-XIII, p. 273-395; F. Cordopatri, *Le nuove norme sull'esecuzione forzata*. *Riv. dir. proc.*, p. 751-780, 2005; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*. 17. ed. Torino, 2005. v. 4, p. 70-77, sp. p. 71-72, 91-101; nonché i contributi di R. Oriani (*Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*), G. Miccolis (*Pignoramento, ricerca dei beni da pignorare, estensione del pignoramento*), E. Fabiani (*Intervento dei creditori, La delega delle operazioni di vendita*), R. Fontana (*Custodia e vendita*

Nella prima, si possono far rientrare gli interventi normativi, che tendono ad incidere sull'*effettività funzionale* delle forme di tutela esecutiva. In essi, per quanto qui interessa, trova una sua precisa collocazione anche l'insieme delle novità introdotte nell'art. 492 c.p.c., con riferimento precipuo ai mezzi di ricerca dei beni da pignorare ed ai notevoli poteri di indagine, che l'ufficiale giudiziario viene ad avere.<sup>2</sup> Nella seconda, si possono raggruppare quei ritocchi normativi che riguardano la *trasparenza* e la *pubblicità* delle forme di esecuzione.<sup>3</sup> Nella terza categoria, poi, va catalogata una serie di integrazioni e di modificazioni, le quali attengono all'*effettività tecnica* ed alla *razionalizzazione* dei c.d. *incidenti contenziosi*.<sup>4</sup> Vi è, infine, una quarta categoria, nella

nell'espropriazione immobiliare), R. Caponi (*Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*), *Foro it.*, 2005, V, cc. 104-140.

2 Si pensi, ad es.: all'integrazione della disciplina del titolo esecutivo e della sua notificazione (artt. 474, 476 e 479 c.p.c.); alla razionalizzazione della legittimazione e delle forme di intervento dei creditori (artt. 499, 525); all'ampliamento delle possibilità di vendita dei beni immobili pignorati, anche senza incanto (artt. 568-571-573); alla conversione del pignoramento, con la riconosciuta possibilità di rateizzazione entro il termine massimo di 18 mesi (art. 495).

3 Si pensi, esemplificativamente, alla nuova regolamentazione degli avvisi e delle offerte di acquisto nell'espropriazione immobiliare (artt. 490 e 584).

4 Mi riferisco, ad es., alle controversie in sede di distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.), alle opposizioni all'esecuzione (ed ivi, in particolare, al potere sospensivo concesso al giudice anche nelle ipotesi contemplate dall'art. 615, 1.° comma), alle opposizioni agli atti esecutivi (ed ivi, soprattutto, alla durata del termine acceleratorio di opposizione, portato da 5 a 20 giorni. art. 617, commi 1-2); alla disposta recla-