

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

Professor na Faculdade de Direito  
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro

# **TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL**

(Sétima Série)

2001

EDITORA LUCO AUTOR

 Editora  
**Saraiva**

qualquer texto legal específico, é imposição de princípios básicos e, afinal de contas, do puro e simples bom senso. Nem “excepcionalmente” se deve admitir outra coisa; de resto, como se traçariam as linhas delimitadoras dessa excepcionalidade? Em substância, a qualificação de uma espécie como “excepcional”, mencionada como requisito no acórdão, mas deixada à inteira descrição do próprio colégio judicante, nenhuma restrição palpável estabelece à abertura.

Julgamento colegiado não é competição desportiva em que, num “segundo tempo”, fique o resultado sujeito a modificar-se, quicã a inverte-se. Alega-se que a deliberação em foco tem precedentes. Também os há, note-se, em sentido contrário; isso, contudo, não é o essencial. Por enquanto, permanece estranha ao ordenamento pátrio a eficácia vinculativa dos julgados, sem exclusão dos proferidos pela Corte Suprema. De direitos, um precedente, mesmo incluído em *Súmula*, tem para qualquer juiz a autoridade que lhe conferir a força persuasiva dos respectivos fundamentos: nem mais, nem menos. E convenhamos: há precedentes que não merecem outro destino que o de serem lançados em bloco, amarrados à mais pesada pedra que se consiga arranjar, ao fundo do lago de Brasília. Janeiro de 2000.

## EXECUÇÃO SUJEITA A CONDIÇÃO OU A TERMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO\*

1. Para a pessoa legitimada a instaurar processo de execução, uma pergunta fundamental é a relativa ao momento a partir do qual lhe é lícito fazê-lo. A tal indagação dá resposta básica o Código de Processo Civil brasileiro no art. 580 e seu parágrafo único, *verbis*: “Art. 580 — Verificação do inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único — Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”.

A redação, observe-se, não é um primor de técnica. Para começar, a lei não atribui “eficácia de título executivo” a obrigação alguma. O que ela faz, na verdade, é atribuir eficácia executiva a *determinados títulos*, judiciais (art. 584) e extrajudiciais (art. 585), representativos de *créditos*, conforme aliás ressalta da letra de pelo menos dois incisos do art. 585: o nº IV, *principio* (“o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel”) e o nº V (“o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial”).

Pior: o empenho de abranger no mesmo dispositivo as hipóteses de execução fundada em título judicial e de execução fundada em título extrajudicial forçou o legislador a empregar de maneira equívoca a palavra “inadimplemento”. Percebe-se com facilidade que ela não tem sentido igual nas duas cláusulas do parágrafo. Na segunda, referente aos títulos executivos extrajudiciais, inadimplemento significa omissão em cumprir a obrigação regulamentar, a saber, no devido tempo, modo e lugar: é, como bem se percebe, a aceção do direito material. Já na primeira cláusula, atinente aos títulos executivos judiciais, a palavra designa o fato de o

\* Trabalho destinado ao volume em homenagem a ENRIQUE VESCOVI, a sair no Uruguai. Publicado, aqui, no volume coletivo *Doctrina*, nº 9.



4. O que acabamos de expor soará estranho a quem se atenha a *id quod plerumque accidit*. No comum dos casos, com efeito, o implemento da condição suspensiva não só precederá a condenação, senão que até constituirá *pressuposto* dela. Se ainda não ocorreu o evento a que se subordina a eficácia do ato jurídico, a consequência lógica parece consistir na impossibilidade, para o credor, de fazer condenar o devedor, enquanto aquele não se concretizar. Não será a *execução*, mas a própria *condenação*, que esbarará no obstáculo.

Textos como os dos arts. 572, 614, nº III, e 618, nº III, do Código de Processo Civil (aos dois últimos havemos de referir-nos em breve) colocam em evidência que não é rígido, no particular, o sistema do direito brasileiro. Sem dúvida, a regra geral é a de que só cabe condenação se já eficaz o ato jurídico de que a obrigação se originou. Mas a regra não é absoluta. Caso o fosse, não se conceberia situação alguma a que se aplicassem os dispositivos supracitados: ficariam eles pairando no espaço, sem ter onde aterrisar. A conclusão é tão absurda, que faz saltar aos olhos o desacerto da premissa.

Naturalmente, serão raras as hipóteses de condenação *anterior* ao implemento da condição suspensiva. É preciso que as circunstâncias demonstrem ter o autor interesse em demandar o réu antecipadamente<sup>4</sup>. A vantagem que disso lhe poderá advir deve ser legítima e suficientemente relevante para justificar o tratamento excepcional. Em determinadas hipóteses, essa vantagem torna-se óbvia e bastante; por exemplo, há sinais veementes de que sucederá o fato previsto na cláusula contratual e, ao mesmo tempo, de que o réu não mostra disposição alguma — antes ao contrário — de cumprir a obrigação nessa eventualidade<sup>5</sup>. Se o credor tivesse de aguardar o implemento da condição para propor a ação condenatória, o tempo obraria contra seu interesse. É verdade que, embora profetida, a condenação não será executável desde logo; mas o mero

fato de dispor dela — talvez com o selo da coisa julgada — já representará benefício ponderável para o autor. Entre outras coisas, bem pode acontecer que o réu, condenado, se resolva a adimplir: com toda a probabilidade, a condenação vencerá sua resistência mais facilmente do que a simples perspectiva de uma demanda.

Resta ajuntar que as observações precedentes se aplicam, *mutatis mutandis*, ao caso de relação jurídica sujeita a termo.

5. Acode ao espírito indagar se a antecipação da tutela não representaria uma alternativa interessante para o autor. Proposta uma ação de cobrança, poderia ele valer-se da franquia introduzida no ordenamento processual pela Lei nº 8.952, de 13-12-1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil. Reza hoje o *caput* do dispositivo: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". Concorrendo tais pressupostos, caberia uma decisão que antecipasse os efeitos da condenação pleiteada.

No entanto, é intuitivo que a antecipação aqui em nada aproveitaria ao autor. O máximo a que lhe seria dado aspirar era uma decisão de executibilidade *também diferida*. Nem sequer em caráter provisório se concebe que a execução fosse instaurada desde logo. Ter-se-ia de aguardar o implemento da condição ou a ocorrência do termo, exatamente como sucede na hipótese de sentença. Nada se extrai da antecipação dos efeitos da tutela definitiva, porquanto eles se antecipariam *como são*, isto é, dependentes do acontecimento posto à guisa de condição ou termo. A única diferença prática seria uma espera mais longa.

6. Do exposto acima, vale registrar, nascem considerações de relevo para a teoria da sentença. Um setor da doutrina resiste a admitir que seja possível verdadeira condenação na pendência de condição suspensiva. A recalcitrância, em certos casos, está ligada à idéia que se forma da sentença condenatória, cuja essência residiria numa *aplicação de sanção*: é difícil aceitar que se aplique sanção a quem *ainda não* descumpriu a obrigação. Não reproduziremos aqui, porque alheia ao tema do presente estudo, a crítica que fizemos a tal concepção, em trabalho já antigo, mas a cuja

4. O Superior Tribunal de Justiça, em 21-11-1997, no Recurso Especial nº 108.116, admitiu a existência de tal interesse em favor de membro de um consórcio que, tendo desistido, postulava a restituição dos valores pagos; a condenação, à evidência, só se tornaria executável após o termo contratualmente previsto (*apud* ARAKEN DE ASSIS, ob. e ligg. cit. em a nota anterior).

5. Na Alemanha, a propósito da *Klage auf künftige Leistung* (ação para exigir prestação futura), lê-se em ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., München, 1993, p. 513, que ela é admissível "*falls das Verfahren des Schuldners die Besorgnis rechtfertigt, dass er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde* (caso o comportamento do devedor justifique o receio de que ele se fure a prestar no tempo devido)".

substância permanecemos fiéis<sup>6</sup>. Vamos abordar unicamente aspectos que se relacionam de perto com a problemática ora enfrentada.

Em face do ordenamento brasileiro, não há negar a possibilidade de sentenças como estas de que estamos cuidando. Caso não se queira, por outro lado, reconhecer-lhes direitos de cidadania no território da condenação, a única saída é entender que são executíveis *apesar de meramente declaratórias*<sup>7</sup>. Ora, no plano dos princípios, nada impede que se atribua efeito executivo a sentenças declaratórias: trata-se, com certeza, de posição estranha às noções correntes, mas isso é tudo que contra ela se pode arguir. Mudam as coisas de figura, entretanto, na perspectiva do direito positivo. O art. 584 do Código de Processo Civil, ao enumerar os títulos executivos judiciais, alude, no inciso I, à “sentença condenatória proferida no processo civil”; e em lugar nenhum fala de sentença *declaratória*. Contravém à lei, por conseguinte, sustentar a executibilidade, diferida ou não, de qualquer sentença dessa espécie.

Na realidade, mal se justifica a repulsa à idéia de que é possível condenar *para o futuro*. O ordenamento alemão consagra em termos expressos semelhante possibilidade, e na Itália, mesmo sem base textual ampla, tem ela sido acolhida por doutrina prestigiosa<sup>8</sup>. Nenhuma dificuldade exsurge para quem, como nós, põe de lado a tese da *aplicação de sanção* e outras mais, para identificar a diferença essencial entre as duas classes de sentenças — a das meramente declaratórias e a das condenatórias — no objeto formal da declaração: enquanto, na primeira classe (pressupondo-se a procedência de pedido de declaração *positiva*), o juiz declara *existente* o crédito, na segunda ele o declara, além de existente, *exigível*, atual ou

6. A tese da aplicação de sanção como traço distintivo da condenação foi sustentada por LEBMAN: *vide*, entre muitos lugares, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, 4ª ed., Milão, 1980, p. 163. O nosso ensaio a que se refere o texto intitula-se *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil* e está incluído na Primeira Série dos *Temas de Direito Processual*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, p. 72 e s.

7. Assim, na doutrina de nossos dias, TEORI ALBINO ZAWASCKI, *Título executivo e liquidação*, S. Paulo, 1999, p. 139.

8. *Vide*, na Alemanha, as disposições dos §§ 257 e 258 da *Zivilprozessordnung*, que regem hipóteses específicas, e a regra genérica do § 259. No ordenamento italiano, onde inexistente norma equiparável a esta última, nem por isso faltam pronunciamentos autorizados “*a favore dell’ammissibilità in via generale della condanna in futuro, salvo la necessità di verificare, in concreto, la sussistenza del requisito dell’interesse ad agire*” (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1999, p. 179/80). A monografia clássica, na península, é a de ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milão, 1958.

potencialmente. À declaração da executibilidade *potencial* corresponde precisamente a condenação para o futuro. É claro que, assim, estamos admitindo um fundo comum (declaração) a ambas as classes — no que, de resto, nada se descobre de original.

7. Olhado de perto o fenômeno, faz-se evidente a íntima vinculação entre ele e a questão dos atributos imprescindíveis à caracterização do título executivo, consoante o art. 596, *caput, verbis*: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”. Em boa técnica, as notas de certeza, liquidez e executibilidade dizem respeito não propriamente ao título, senão ao *crédito*<sup>9</sup>; aqui, contudo, para não complicar a exposição com um desvio de rota, preferimos conformar-nos à dicção da lei.

Pois bem: a condenação para o futuro, enquanto não verificada a condição ou não atingido o termo, carece de executibilidade. A rigor, a sentença, por si só, não constitui título executivo: este se formará no momento em que se realizar a condição ou sobrevier o termo. Não é outra a razão pela qual o art. 614 impõe ao credor o ônus de, ao promover a execução, instruir a petição inicial com a prova de que se realizou a condição ou sobrevier o termo. Intuitivamente, se constar da sentença a indicação exata do dia em que se fixou o termo, não haverá necessidade de documento comprobatório: bastará que o órgão da execução confronte a sentença com o calendário...

Com a ressalva feita acima, a prova é um dos “documentos indispensáveis à propositura da execução”, mencionados no art. 616<sup>10</sup>. Por isso, se o juiz der pela respectiva falta, incumbê-lhe, de acordo com esse dispositivo, determinar que o credor a supra no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento da petição inicial. Sublinhe-se que a omissão do órgão judicial, nesse primeiro contacto com a postulação do credor, não cria preclusão alguma, nem obsta pois a que se formule a exigência a qualquer tempo e se tire do respectivo descumprimento a consequência devida.

8. Resta ver qual é essa consequência. A tomar-se ao pé da letra o art. 618, nº III, a hipótese será de nulidade do processo executivo; aí se lê, com efeito:

9. Com razão CÂNDIDO DINAMARCO, *Execução civil*, 5ª ed., S. Paulo, 1997, p. 487.

10. Segundo José FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, 4ª ed., S. Paulo, 1981, p. 63, caso não seja suficiente a mera juntada de documento, pode o credor, para concretizar a prova, recorrer a procedimento preparatório (v. g., justificação) e com os respectivos autos instruir a petição inicial.

“É nula a execução ... se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572”. Por sinal, à luz do exposto no item anterior, ainda que não existisse referência específica a tais casos, incidiria o nº I do mesmo artigo, *verbis* “se o título executivo não for líquido, certo e exigível”<sup>11</sup>.

Igualmente neste passo, entretanto, o legislador desprezou a melhor opção técnica. Bem vistas as coisas, não é que a execução seja *nula*: afirma-se mais apropriado reputá-la *inadmissível*<sup>12</sup>. O título ainda não é exigível; melhor dizendo: *ainda não há título executivo*.

O devedor pode impugnar a execução mediante embargos. Se de título extrajudicial se cogita, socorre-o a disposição genérica do art. 745, que lhe permite alegar nos embargos qualquer matéria de defesa. Se se trata de sentença condenatória, ele invocará o art. 741, pouco importando que faça menção ao inciso II (“inexigibilidade do título”) ou — caso queira ater-se à dicção legal — prefira invocar o inciso V (“excesso de execução, ou sua nulidade até a penhora”).

Mesmo, porém, que o devedor não embargue a execução, o defeito é passível de conhecimento *ex officio* pelo órgão judicial. Caso não seja corrigido, o juiz extinguirá a execução, embora a hipótese não se inclua entre as de extinção, previstas no art. 794: a enumeração aí não é taxativa.<sup>13</sup> Janeiro de 2000.

11. Procedente a crítica de ARAKEN DE ASSIS, ob. e v. cit., p. 344, que fala em “surpreendente tautologia”.

12. Para CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., p. 411, “pendente de termo ou de condição, o direito é inexigível e, pelas razões expostas, falta o interesse-necessidade e o credor carece de ação” (cf. p. 422, onde se atribui “manifesta impropriedade” à dicção do art. 618, nº I — censura extensiva, por igualdade de razão, ao inciso III). No mesmo sentido, LEONARDO GRECO, *O processo de execução*, v. I, Rio de Janeiro, 1999, p. 326.

13. Ponto pacífico entre os expositores do tema: *vide*, na doutrina mais recente, entre muitos outros, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. e v. cit., p. 349/50.

## EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: UMA DENOMINAÇÃO INFELIZ\*

Vem-se generalizando na linguagem processual o emprego da locução “exceção de pré-executividade” a propósito dos casos em que, conforme se tem admitido, o devedor (*reus*: o executado) pode opor-se à execução sem necessidade de oferecer embargos e, portanto, de submeter-se ao gravame da penhora ou do depósito (Código de Processo Civil, art. 737). A expressão, que aparece com frequência crescente em obras doutrinárias e em decisões judiciais, ao nosso ver é extremamente infeliz. Tentaremos explicar por quê.

Começemos pelo complemento (“de pré-executividade”). O substantivo abstrato “executividade” — pedindo-se desculpas pela incidência no óbvio — indica a qualidade daquilo que é executivo. Ora, que é que se concebe, neste contexto, que seja executivo? Naturalmente, o processo, ou o título em que ele busca fundamento. Sem temer a redundância, diremos que “processo executivo” e “título executivo” significam, respectivamente, processo e título dotados de executividade.

O prefixo “pré”, por sua vez, expressa, como é notório, anterioridade, precedência, anteposição. “Pré-contrato” é ato jurídico que se realiza antes de um contrato. Diz-se “pré-adolescente” o ser humano que ainda não atingiu, embora esteja para atingir, a adolescência. “Pré-história” é o nome que se dá ao período de desenvolvimento temporal do nosso planeta anterior àquele outro, caracterizado pela existência de documentos (*lato sensu*), ao qual se convencionou chamar “história”. E assim por diante.

Pois bem. Logicamente, “pré-executividade” deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo “pré-executivo” e, em vez de um título executivo, um título “pré-executivo”? Mas que sentido poderão ter semelhantes locuções? Se o título é judicial, o que existe antes da execução é,

\* Publicado no *Informativo ADV*, nº 5/2000, e in *Mundo Jurídico*, nº II.