

## **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

**José Roberto dos Santos Bedaque**

**Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo**

**Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de**

**Direito da Universidade de São Paulo**

### **1. EXPLICAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

A natureza da atividade desenvolvida pelo juiz após reconhecer o inadimplemento de uma obrigação, tradicionalmente concebida como **executiva** e com sede em processo próprio, sofreu profundas alterações conceituais no sistema processual brasileiro, com a vigência de lei n. 11.232, de 22.12.2005. Por isso, para correta compreensão das novas regras, são necessárias algumas considerações prévias sobre as espécies de tutela jurisdicional, especialmente quanto à relação de adequação entre as modalidades de crise de cooperação verificadas no plano material, impedindo a realização concreta e espontânea da regra, e as formas de tutela jurisdicional.

O processo de execução, tal como tradicionalmente concebido, constitui método destinado à obtenção da tutela satisfativa, na maioria das vezes precedida de outra - a cognitiva-condenatória. Não constitui esse tipo de processo meio próprio à cognição da situação de direito material com fundamento em que se pretende a tutela. Apesar disso, ainda que em caráter excepcional, há cognição no processo executivo, 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. Pretende-se, à luz dessas idéias, identificar os pontos essenciais do novo sistema executivo.

## 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 afastar essa situação de incerteza, pode ele buscar tutela jurisdicional de natureza declaratória negativa. Outrem entende ser filho, mas o indigitado pai nega-se a reconhecer espontaneamente 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

---

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

outro contratante em reconhecer esse direito potestativo, só resta a via judicial, onde 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, a atividade cognitiva do juiz destina-se à formulação da regra e à imposição da sanção condenatória. Com a respectiva sentença, está o autor autorizado, ainda pela via judicial, a invadir o patrimônio do réu para satisfação do direito obrigacional.

Como se verifica, 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>

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

---

<sup>2</sup> 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’inadempimento di obblighi consistenti nell’emanazione di dichiarazioni di volontà..., il processo di cognizione, in difetto della successiva spontanea cooperazione dell’obbligato, 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 Editore, 1999, p. 756).

<sup>3</sup> 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, quiçá especialmente criado 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, São Paulo, Revista dos Tribunais, 8ª ed., p. 73).

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.

### 3. TUTELA CONDENATÓRIA

Toda sentença condenatória é dotada de comando dirigido ao réu, impondo-lhe o comportamento previsto pelo direito material. Após o desenvolvimento de atividade predominantemente lógica – verificação da subsunção dos fatos à norma – o juiz formula a regra do caso concreto.<sup>4</sup>

Violada a regra substancial, mediante comportamento positivo ou negativo, necessária a adoção de medidas destinadas a assegurar a observância do ordenamento jurídico.

Antes de mais nada, é preciso certificar-se de que a transgressão realmente ocorreu. Trata-se do *accertamento* do direito, que pressupõe juízo de valor a respeito da situação supostamente contrária ao que determina a norma.<sup>5</sup>

Exaurida a atividade cognitiva, é preciso dotá-la de eficácia prática, pois seu resultado imediato permanece no plano do dever ser. Não se torna concreto automaticamente, mesmo porque a adoção deste ou daquele comportamento imposto pela regra depende da vontade do destinatário.

---

<sup>4</sup> Essa atividade assemelha-se à desenvolvida pelo historiador na reconstrução e avaliação dos fatos do passado (cfr. Liebman, Processo de execução, p. 44). Difere dela, todavia, pelos efeitos, visto que ao enunciar a regra, o juiz emite um comando, ato típico de quem exerce uma parcela do poder estatal.

<sup>5</sup> Cfr. Calamandrei, Istituzioni, pp. 51/52

Esta característica da tutela condenatória decorre da natureza da crise de direito material a que ela se dirige, qual seja, a crise de cooperação, de adimplemento de uma obrigação.

Enquanto a tutela declaratória é suficiente, por si só, para conferir a certeza desejada pelo autor, a condenatória requer um comportamento ulterior dos sujeitos vinculados à obrigação cujo inadimplemento se reconhece. Essa distinção, insiste-se, está diretamente relacionada ao próprio direito material objeto do processo.<sup>6</sup> Em um caso, a incerteza objetiva; no outro, o inadimplemento.

Se a resistência do réu persistir, sua atividade será substituída por atos de sub-rogação, a serem praticados segundo a forma prevista pelo legislador processual.

Em algumas situações, atos de sub-rogação são inadmissíveis, em razão da natureza da obrigação descumprida. Muitas vezes, a realização prática do preceito substancial depende exclusivamente da vontade do obrigado, que não pode ser substituída por atos materiais praticados pelos órgãos jurisdicionais.

Daí a opção por comandos acompanhados de penas, com o fim de influir psicologicamente na vontade do devedor. É a chamada execução indireta. Inadmissíveis os meios sub-rogatórios, buscam-se alternativas para viabilizar praticamente o que determina a regra de direito material, já declarada pelo juiz.

É necessário, pois, dotar o sistema de meios idôneos à reintegração do direito violado, considerando sempre a natureza deste último. A espécie de medida apta a atuar concretamente o comando da sentença depende fundamentalmente do tipo de obrigação não adimplida de forma espontânea.

---

<sup>6</sup> Como acertadamente observa Giovanni Verde, a sentença condenatória deve não só reconhecer o direito ao adimplemento da obrigação, mas também possibilitar que ele se faça coercitivamente: “Il di più che si ritrova nella sentenza di condanna si coordina, in questo modo, alla diversa natura della situazione giuridica dedotta nel processo, che è quella di una *pretesa insodisfatta*. Se teniamo conto di ciò, siamo anche in grado di comprendere che - a differenza della sentenza di accertamento, che dà al soggetto tutto ciò che questi pretendi - quella di condanna non servirebbe a nulla se non fosse in grado di essere portata ad esecuzione nel caso in cui l'obbligato-condannato continui a non dempiere.” (Profili, p. 120).

Essas variações não influem, todavia, no tipo de crise apresentada ao juiz, que é sempre a mesma: inadimplemento. Por isso, em todos os casos, a sentença é condenatória.<sup>7</sup>

Considerada, portanto, a situação de crise verificada no plano material, ou seja, a natureza do litígio, a tutela jurisdicional será declaratória, constitutiva ou condenatória, sendo suficiente, por esse ângulo, a denominada classificação ternária.<sup>8</sup>

É claro que em uma mesma relação jurídica pode surgir mais de uma crise: o réu nega-se a cumprir a obrigação porque não reconhece a existência da dívida. Temos aí duas crises: de certeza e de adimplemento. Nada obsta sejam pleiteadas, cumulativamente, as tutelas declaratória e condenatória. Exemplo típico são as demandas em que se pedem reconhecimento judicial da paternidade e alimentos.

Não é, pois, simplesmente a natureza da relação material declarada o elemento a ser considerado para determinação do tipo de tutela,<sup>9</sup> mas a crise a ser solucionada por ela. Aliás, no sistema brasileiro, embora já configurado o inadimplemento, pode o autor limitar-se a pedir tutela declaratória (CPC, art. 4º, parágrafo único). Embora a lei não esclareça, a admissibilidade está condicionada à afirmação da incerteza ou dúvida objetiva quanto à existência da relação.

---

<sup>7</sup> Cfr. Calamandrei, Istituzioni, pp. 51/57.

<sup>8</sup> Cfr. Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres, pp. 187 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni, Tutela específica, pp. 31 e ss.; Araken de Assis, Sobre o método, pp. 45 e ss e Manual do processo, pp. 76/94. A respeito da classificação quinária, não se pode desconsiderar a crítica formulada por José Carlos Barbosa Moreira. Além de questionar a expressão executiva *lato sensu*, pois não é conhecida a tutela executiva *stricto sensu*, o notável processualista carioca demonstra ser inadequada a classificação, visto que não realizada segundo critérios homogêneos (cfr. Questões velhas e novas, pp. 26 e ss.; Sentença executiva?, p. 6). Interessante, ainda, as observações por ele feitas em relação à origem da tutela mandamental, bem como à transformação da própria natureza do instituto ocorrida na versão brasileira, que não é fiel à origem germânica (cfr. A sentença mandamental, pp. 53 e ss.). Também crítico da concepção quinária é Flávio Yarshell, para quem não parece acertado considerar como modalidades diversas tutelas cuja especificidade reside apenas na forma de efetivação do comando (cfr. Tutela jurisdicional, p. 163; Tutela jurisdicional específica, pp. 21/22).

<sup>9</sup> No que tem razão Calamandrei (cfr. La condena, p. 552).

Levando-se em conta, todavia, outro aspecto do fenômeno material, o processualista passa a preocupar-se com a forma ou o modo mais adequado à efetivação prática da tutela cognitiva. Por esse ângulo, podem ser apontados dois momentos da jurisdição: a cognição e a execução. Primeiro, individualiza-se a regra aplicável à situação concreta. Como nem sempre essa atividade é suficiente para restabelecer o direito, passa-se à segunda fase, representada pela efetivação prática do preceito antes formulado, fim último da jurisdição.

Este problema não se verifica em relação às tutelas declaratórias e constitutivas, em que basta a atividade cognitiva para solucionar a crise de certeza ou de modificação. Não há necessidade de atos materiais para dotá-las de satisfatividade plena. Tendo em vista a natureza do próprio litígio, é suficiente o pronunciamento jurídico, que satisfaz inteiramente o titular do direito.<sup>10</sup> Elas esgotam a proteção pleiteada pelo autor.<sup>11</sup>

É na tutela destinada a eliminar a crise de adimplemento das obrigações que normalmente surge a necessidade de atividade posterior à cognitiva, destinada a fazer com que a formulação da regra produza os efeitos práticos concretos. Aqui, em princípio, não é suficiente o fenômeno jurídico produzido pela sentença. Torna-se imprescindível a prática de atos materiais para que o ato de cognição acarrete as alterações desejadas no plano material.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Nas hipóteses em que se pretende mera certeza oficial ou modificação jurídica, a sentença é suficiente para atender às necessidades do direito material: “Pode acontecer que a sentença esgote inteiramente a tutela concebível, ou, em outras palavras, que o autor, com ela, se satisfaça *in totum*.” (Barbosa Moreira, Sentença executiva?, p. 11).

<sup>11</sup> Cfr. Liebman, Execução e ação executiva, p. 36; Calamandrei, Istituzioni, p. 68.

<sup>12</sup> Em relação à sentença condenatória - *garanzia giurisdizionale contro la trasgressione del precetto* - observa Calamandrei que, salvo se o devedor cumprir voluntariamente o comando nela contido, não basta a simples decisão para se atingir o escopo da jurisdição: “ha bisogno, affinché l’osservanza del diritto sia ristabilita, di una ulteriore attività giurisdizionale, di cui essa condanna, che guarda all’avvenire, è così dire il preannuncio e la legittimazione.” (Istituzioni, p. 69).

Surgem então as tutelas condenatória, condenatória-executiva (sentença executiva ou executiva *lato sensu*) e mandamental.<sup>13</sup>

A realização prática da tutela destinada a afastar o inadimplemento de uma obrigação pode dar-se no mesmo processo ou em processo autônomo. No primeiro caso, temos uma sentença executiva ou condenatória-executiva; no segundo, ela é simplesmente condenatória. Ou seja, a crise de adimplemento pode ser solucionada por qualquer dessas duas espécies, cuja classificação leva em conta a técnica adotada pelo legislador para efetivação da tutela. Se a prática dos atos de execução exigir processo autônomo, a tutela cognitiva será simplesmente condenatória. Se a cognição e a execução ocorrerem no mesmo processo, aqui denominado sincrético, estaremos diante de uma tutela condenatória-executiva ou executiva.

Dúvida não há de que a sentença condenatória não apresenta o mesmo grau de efetividade da declaratória e da constitutiva, pois sua realização prática requer a realização de atividades complementares. Mas isso se deve à própria natureza da crise de direito material, não ao tipo de tutela jurisdicional.

Não se trata de negar ou admitir o caráter ideológico do processo de conhecimento, especialmente no que se refere à tutela condenatória, destituído de eficácia prática porque restrito à prática de atividade cognitiva.<sup>14</sup>

Embora as recentes alterações no sistema processual tenham amenizado o problema, com a admissão das antecipações de tutela<sup>15</sup> e com a

---

<sup>13</sup> Embora sem adotar a terminologia criada pelos adeptos da classificação quinária, mesmo porque considera suficiente a tradicional, Giovanni Verde identificou o problema da tutela condenatória: a forma de efetivá-la. Como há obrigações não passíveis de execução forçada, há necessidade de dotar a sentença de outro mecanismo, valendo-se o sistema da imposição de sanções coercitivas, como por exemplo, as *astreintes*. Aliás, nem mesmo a possibilidade de execução significa que toda sentença condenatória imponha sanção executiva: “Ciò dipende da una scelta discrezionale dell’ordinamento giuridico positivo.” (Profili, pp. 120/121).

<sup>14</sup> Cfr. a respeito, Ovídio Baptista da Silva, *Processo e ideologia*, p. 358.

<sup>15</sup> Que não deve ser “vista como panacéia, aplicável com inteiro desembaraço e sem senso de medida toda sorte de situações concretas” (Barbosa Moreira, *Tutela de urgência e efetividade*, p. 294), mas também não pode encontrar resistência fundada no dogma da certeza como pressuposto da execução (cfr. Napoleão Nunes Maia Filho, *O modo processual*, pp. 102/103).

eliminação do binômio condenação-execução, a verdade é que não se pode desconsiderar a necessidade de a adoção de mecanismos destinados à satisfação do direito ser precedida de razoável dose de convicção acerca de sua existência. Não fosse assim, o processo transformar-se-ia em instrumento absolutamente inseguro, fenômeno tão indesejado quanto aquele resultante do culto à descoberta da verdadeira vontade da lei e ao juízo de certeza.

Por isso, não se propõe o abandono do processo de conhecimento. Pretende-se apenas conferir à técnica que o informa dimensão proporcional à sua finalidade. Nem mais, nem menos.

O binômio condenação-execução, entendido como regulamentação das atividades cognitivas e executivas em processos autônomos, encontra explicação de natureza exclusivamente histórica. Assim era no direito romano e a tradição perdurou no direito luso-brasileiro. Apenas no direito medieval há notícia da execução imediata, *per officium iudicis*.<sup>16</sup>

Eventual discordância com o modelo tradicional não autoriza, todavia, negar natureza condenatória à sentença cuja efetivação prática é feita em outra fase do mesmo processo.

As denominadas sentenças executivas ou mandamentais representam mera variação da forma como serão praticados os atos destinados à realização concreta do conteúdo do ato cognitivo: no mesmo processo ou mediante medidas de coerção. Mas em nenhum caso essa atividade torna-se desnecessária pela simples modificação da técnica destinada a atuar praticamente a sentença.

Daí não ser nada conclusiva a afirmação de que a sentença executiva visa a dotar o ato judicial de maior dose de efetividade, o que faltaria à sentença condenatória. Por esse aspecto, todas as tutelas destinadas a eliminar a crise

---

<sup>16</sup> Cfr. Liebman, Processo de execução, p. 45.

de adimplemento são insuficientes para, por si mesmas, alcançar esse resultado. Para tanto, é necessária alteração do mundo fático, o que depende de atos satisfativos.<sup>17</sup>

Não se consegue ver, portanto, como a sentença destinada a eliminar crise de adimplemento possa ser suficiente, *por si só*, para alcançar este objetivo. Sempre haverá necessidade de atos subseqüentes, normalmente de natureza sub-rogatória, destinados a fazer com que os efeitos da inatividade do devedor sejam afastados. Em outras palavras, somente após a condenação haverá verdadeira agressão ao patrimônio do réu. Se isso se dá no mesmo processo ou não é indiferente para efeito de classificação da sentença, bem como não influi na maior ou menor efetividade dela.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Mais uma vez esse aspecto da questão foi ressaltado por Barbosa Moreira: “Decerto, sublinhe-se, não é a sentença, por si só, que modifica o mundo fático em benefício do autor vitorioso: aqui, como em tantos outros exemplos apontados de sentenças executivas, é sempre necessária uma atividade jurisdicional complementar, e a circunstância de realizar-se essa atividade no mesmo processo ou em processo distinto não tem o magno relevo que se lhe pretende atribuir.” (Sentenças executivas?, pp. 16/17). Bem percebeu o fenômeno Elvino Ferreira Sartório, que destaca o fator externo da chamada execução *lato sensu*, ainda que os atos sejam praticados no mesmo processo (Tutela preventiva, p. 120).

<sup>18</sup> Athos Gusmão Carneiro afirma ter a Lei n. 11.232 abandonado o “sistema romano da *actio iudicati*, com o retorno ao sistema medieval pelo qual a sentença *habet paratam executionem*.” Segundo o eminente Ministro e processualista, “Pelo novo ordenamento, destarte, a sentença condenatória não terá apenas eficácia *declaratória* - no afirmar a existência da relação jurídica que impõe ao réu uma prestação - e eficácia *constitutiva* - pois a sentença é sempre uma 'novidade' no plano jurídico (apresenta-se como um 'título executivo', antes inexistente). A sentença condenatória, pela Lei 11.232, passou a ser também de prevalecte *eficácia executiva*, ou seja, autoriza o emprego imediato dos meios executivos adequados à efetiva 'satisfação' do credor, sem que a parte vencedora necessite ajuizar nenhum outro processo, sucessivo e autônomo. Aplicar-se-á sempre, doravante, aquele 'sincretismo' entre processo de conhecimento e (nele integrados) os subseqüentes procedimentos de cumprimento da sentença, que o direito positivo anterior às reformas só autorizava em casos limitados: ações de despejo, possessórias de força nova, mandados de segurança e poucos outros casos mais. A adoção da epígrafe "*Do cumprimento da sentença*" vem a proclamar, de modo expressivo, a meta desta última etapa do processo de conhecimento: busca-se a *efetivação* da sentença condenatória, efetivação que resultará na entrega ao demandante (plano dos fatos) do bem da vida a que fora declarado com direito. Assim, a sentença de condenação conduzirá desde logo (tanto quanto no mundo dos fatos apresentar-se possível) à 'satisfatividade' de que já se revestem, por sua natureza e em caráter imediato, as sentenças meramente declaratórias e as sentenças (de procedência) constitutivas.” (Do 'cumprimento da sentença', conforme a lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?, estudo inédito). Parece, todavia, que o problema não está na antiga configuração da sentença

Difícil compreender e aceitar, portanto, a afirmação de que a grande diferença entre sentença condenatória e executiva, reside no fato de que a eficácia executiva da primeira é só efeito, não é força. A segunda teria força condenatória completa, pois seu efeito executivo corresponderia a *actio iudicati*. Ela retiraria valor do patrimônio do réu, pondo-o no patrimônio do autor.<sup>19</sup> A atividade complementar, todavia, é essencial a ambas. A única diferença reside na técnica adotada em cada uma delas: processos distintos ou um só processo.

#### **4. TÉCNICAS PARA A SOLUÇÃO DA CRISE DE ADIMPLEMENTO**

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>20</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.

---

condenatória, nem na nova técnica denominada sentença executiva. A dificuldade para eliminação da crise de adimplemento reside na especificidade do conflito, ou seja, no mundo dos fatos. A grande questão é encontrar os meios aptos a eliminar o inadimplemento de modo mais célere possível, sem comprometer o contraditório.

<sup>19</sup> Pontes de Miranda, Tratado das ações, tomo I, pp. 209/212.

<sup>20</sup> 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, 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.

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 vária).<sup>21</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, as sentenças condenatórias versando sobre obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa ou incerta já se efetivam no próprio processo cognitivo. A execução constitui mera fase do procedimento sincrético (CPC, artigos 461 e 461A). Já as condenações referentes a quantia em dinheiro serão executadas em processo autônomo (CPC, artigos 646 e ss.) até a entrada em

---

<sup>21</sup> 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 (cfr. Lezioni, p. 757). Cfr. tb. Comoglio, Ferri e Taruffo, Lezioni sul processo civile, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 750/751

vigor da lei n. 11.232, de 22.12.05, o que deverá ocorrer em 23.6.2006.<sup>22</sup> A partir de então, a tutela condenatória será efetivada na forma dos artigos 475-I e seguintes, ou seja, como mera fase subsequente à 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>23</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>24</sup>

---

<sup>22</sup> Cfr. Humberto Theodoro Junior, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 16/20. No Código de Processo Civil anterior, a execução era mera fase do processo cognitivo (art. 196; cfr. Cândido Dinamarco, Execução civil, p. 131)

<sup>23</sup> 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, in Opere giuridiche, vol. IV, Napoli, Morano Editore, 1970, pp. 67/68; v. tb. pp. 71/72).

<sup>24</sup> 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 alinhar-me 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 premessa e come condizione per poter passare, nella fase

A nova sistemática, portanto, estabelece seja a tutela condenatória versando sobre pagamento de quantia em dinheiro realizada praticamente no próprio processo de conhecimento (art. 475-I). A mesma técnica do processo sincrético, acrescida da ordem acompanhada de meios de coerção, já era adotada para os atos materiais necessários à efetivação das tutelas cognitivas cujo objeto sejam obrigações de fazer, de não fazer e de dar (artigos 461 e 461A).

Essa variação estrutural está relacionada à forma adotada pelo sistema para produzir as alterações no plano material, para dotar de eficácia prática o comando jurídico da sentença condenatória. A existência de múltiplas técnicas, destinadas a transformar em realidade concreta aquilo que até então se encontra no plano da cognição, não influi, todavia, na substância do fenômeno. Qualquer que seja o meio de realização de seus efeitos, a sentença continuará sendo condenatória, pois destinada a afastar o inadimplemento de uma obrigação. Há diversidade apenas quanto à forma de obtenção coercitiva da prestação devida.<sup>25</sup>

## 5. O NOVO CONCEITO DE SENTENÇA

---

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

<sup>25</sup> Retorna-se novamente à precisão de Barbosa Moreira: "Em qualquer caso, cuida-se de levar a cabo uma atividade jurisdicional complementar, tendente a conformar a realidade concreta àquilo que se julgou. A constância desse traço parece-nos muito mais importante que a eventual variação dos revestimentos externos do fenômeno; e tal variação por demais tênue para justificar a convicção de que, na sistemática anterior, se houvesse de qualificar de condenatória a sentença, ao passo que, na conseqüente reforma, ela passe a merecer outro rótulo, o de executiva (com o esdrúxulo complemento *lato sensu* ou sem ele) – além do que, a seu respeito, já não se possa falar corretamente de *execução*." (Sentença executiva?, p. 13). Também Evaristo Aragão Santos entende serem espécies do gênero condentória as sentenças executivas e mandamentais (cfr. Breves notas, p. 39).

A nova técnica de efetivação da tutela condenatória impôs alteração do conceito de sentença, pois o processo cognitivo não mais se extingue por força desse ato. Assim, segundo dispõe a nova redação do art. 162, § 1º, sentença é “o ato do juiz que implica alguma das situações dos arts. 267 e 269 desta lei.”

O verbo implicar foi utilizado no sentido de trazer como consequência, envolver, importar (Aurélio). Assim, se o ato proferido pelo juiz for a causa direta de uma das situações descritas abstratamente no modelo legal indicado no dispositivo (arts. 267 e 269), configura sentença.

O artigo 267 trata das hipóteses de extinção do processo sem julgamento ou, na nova redação, sem resolução de mérito.

Nessa medida, somente será sentença se do ato resultar a extinção da relação processual, sem que o juiz tenha examinado o mérito.<sup>26</sup> Isso ocorre sempre que ausente algum requisito de admissibilidade do julgamento da pretensão deduzida pelo autor, não sendo possível sanar o vício. No Brasil, tais questões preliminares dividem-se em duas grandes categorias: pressupostos processuais e condições da ação. A falta de qualquer desses requisitos, ao menos em princípio, impede qualquer juízo de valor sobre a relação substancial descrita na inicial e da qual é extraído o pedido.

O legislador substituiu o termo *julgamento*, existente na redação anterior (*Extingue-se o processo, sem **julgamento** do mérito*) por “resolução”. Inovou para pior. Primeiro, porque a expressão não é usual na doutrina brasileira e a alteração não traz nenhuma vantagem prática. A redação original, além de consagrada, traduzia com fidelidade o correto significado do fenômeno. Também

---

<sup>26</sup> Para Cássio Scarpinella Bueno, também nas hipóteses de sentença sem conteúdo de mérito, a conceito leva em conta apenas o conteúdo do ato, não sua finalidade. Seria sentença, portanto, a decisão por força da qual litisconsorte é excluído do processo por ilegitimidade (cfr. A nova etapa, pp. 16/18). Observo, todavia, que o art. 162, § 1º, refere-se a ato “que implica alguma das situações do art. 267”, ou seja, que implica extinção do processo sem resolução de mérito.

não há vantagem no emprego de palavra que, no Brasil, é utilizada para designar modalidade de ato administrativo.

De qualquer modo, o art. 267 não sofreu alteração substancial. Verificada uma das hipóteses nele descrita, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito, proferindo sentença.

O art. 269, todavia, que também trata de situações caracterizadas como sentença, teve o conteúdo completamente modificado. Aqui, sentença confunde-se simplesmente com julgamento de mérito (resolução de mérito), sem qualquer referência a extinção do processo.

Agora, portanto, sentença pode ou não por termo ao processo. Depende do conteúdo do ato e do sentido da decisão. Melhor explicando. Se não houver resolução de mérito, somente será sentença se extinguir o processo. O acolhimento de uma preliminar ou o reconhecimento de ofício da ausência de um requisito de admissibilidade do exame do mérito é ato dessa natureza. Já a rejeição de defesas processuais, como não se verifica a extinção do processo, configura decisão interlocutória. O mesmo ocorre se, embora reconhecida a ausência de requisito processual, o processo não for extinto. A declaração de incompetência, por exemplo, é decisão interlocutória, pois o processo prosseguirá em outro órgão jurisdicional.

Se o juízo de valor realizado pelo julgador solucionar, ainda que parcialmente, alguns dos pedidos formulados pelas partes, inclusive em reconvenção ou mediante a técnica das ações dúplices, haverá sentença, embora não se verifique a extinção do processo.

A modificação visou a compatibilizar o conceito desse ato processual com o novo modelo de efetivação da tutela sobre o cumprimento de obrigação.

Segundo a nova técnica, no direito processual brasileiro não há mais a tutela condenatória tradicional, cuja efetivação prática se dava mediante processo de execução autônomo.

A eliminação de crise de adimplemento das obrigações ocorrerá num único processo, em fase posterior à cognitiva. Reconhecido o dever jurídico (dar, fazer, não fazer, pagar quantia), poderá o sujeito ativo pleitear o cumprimento dessa sentença, na forma dos arts. 461, 461-A e 475-J (art. 475-I).

Os atos necessários à efetivação prática da sentença se realizam no mesmo processo, característica do fenômeno denominado pela doutrina brasileira de sentença executiva ou sentença executiva *lato sensu*.<sup>27</sup>

Por essa razão, não se pode mais falar em extinção do processo por força de sentença de mérito. Ao menos aquela destinada a afastar a crise de adimplemento de uma obrigação não mais põe termo ao processo.

A modificação, todavia, será fonte de novas divergências.

Há casos em que o juiz resolve o mérito e o processo não é extinto (indeferimento liminar de demanda reconventional por decadência ou prescrição, resolução de declaratória incidental).

Se tais atos passam a configurar sentença, o recurso cabível é apelação, cuja interposição e processamento implicam a remessa dos autos ao tribunal, com a conseqüente paralisação do processo.

Temos, pois, de começar a pensar na apelação por instrumento, a fim de que, não extinto o processo mediante sentença de mérito, possa a relação processual desenvolver-se em 1º grau e o recurso possibilitar a devolução unicamente da questão resolvida.

Fica a sugestão para mais uma reforma do processo civil brasileiro. Enquanto isso não ocorre, cabe à doutrina e à jurisprudência a solução dessa questão técnica.

---

<sup>27</sup> Sobre as críticas a essa categoria de tutela jurisdicional, cfr. Bedaque, *Efetividade*, pp. 503 e ss.

Já se pensou na alternativa de, interposta a apelação, simplesmente admitir-se a extração de cópias das peças essenciais ao exame da sentença pelo tribunal, possibilitando o prosseguimento do processo em 1º grau, para resolução do restante do mérito.<sup>28</sup>

Também não pode ser descartada a opção pelo agravo de instrumento. Em duas outras oportunidades, atos decisórios considerados sentenças à luz do novo conceito, são passíveis de impugnação por essa via (artigos 475-H e 475-M). Em ambos os casos, ainda que a decisão tenha conteúdo de mérito, não é a apelação o recurso adequado. Essa solução pode ser estendida a hipóteses análogas, reservando este último recurso apenas para as sentenças de mérito que ponham termo à fase cognitiva.

De qualquer modo, o princípio da fungibilidade recursal será de grande utilidade nesta sede.

Outra consequência da inovação é a admissibilidade, em tese, de mais de uma sentença no mesmo processo. Haverá tantas sentenças quantas forem as resoluções de mérito.

## 6. A MULTA

Segundo a nova técnica, estendeu-se à execução por quantia em dinheiro a possibilidade de o juiz fixar multa pelo não cumprimento da sentença,

---

<sup>28</sup> Cássio Scarpinella Bueno, a despeito da nova redação dos dispositivos ora examinados, considera sentença apenas o ato que encerra uma fase do procedimento. Daí, embora com conteúdo dos artigos 267 e 269, seria decisão interlocutória, por exemplo, o indeferimento liminar de demanda reconvenicional. Para impugná-la, adequado o agravo (cfr. A nova etapa, pp. 13/21). É mais uma tentativa destinada a conferir coerência ao novo sistema, apesar da letra da lei. Seja a fórmula proposta pelo ilustre professor da PUC/SP, seja a aceitação de uma “apelação por instrumento”, o importante é procurar soluções destinadas a afastar qualquer óbice ao desenvolvimento do processo. A única alternativa inaceitável é aquela resultante da letra da lei, isto é, a apelação com remessa dos autos ao tribunal.

medida até então admissível apenas nas execuções versando sobre obrigação de fazer, não fazer e dar (art. 461, §§ 5º e 6º; art. 461-A, § 3º).

Uma das questões na interpretação da regra legal (art. 475-J, *caput*) diz respeito ao termo *a quo* da incidência da sanção.

A idéia do legislador parece ser esta: a multa incide a partir do momento em que o réu saiba qual o valor devido (liquidez do crédito), independentemente do trânsito em julgado, desde que eficaz a decisão.

Assim, se a sentença condena em quantia certa, a multa incide imediatamente após a intimação, se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo. Caso contrário, como a atribuição desse efeito implica suspensão da eficácia da sentença, a fixação da multa também permanece ineficaz. Julgado o recurso e mantida decisão, a quantia será exigível de plano, sendo desnecessária intimação para esse fim específico (art. 475-B). O não cumprimento em quinze dias importa aplicação da multa.<sup>29</sup> A sanção subsiste mesmo se o devedor realizar espontaneamente o pagamento após o término do prazo.

## 7. DEFESA DO EXECUTADO

Como não há mais processo de execução fundado em título judicial, primeiro problema a ser solucionado é terminológico. Como identificar as partes na fase do cumprimento da sentença. Não há mais exequente e executado, expressões adequadas, todavia, na execução fundada em título extrajudicial.

---

<sup>29</sup> Esta é também a opinião de Athos Gusmão Carneiro: “Tal prazo passa *automaticamente* a fluir, independente de qualquer intimação, da data em que a sentença (ou o acórdão, CPC art. 512) se torne exeqüível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo.” (Do 'cumprimento da sentença'). Já Cássio Scarpinella Bueno entende necessária prévia intimação da parte (cfr. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, vol. I, 2006, pp. 77/78). Assim, também, Evaristo Aragão Santos, Breves notas, pp. 34/35.

O legislador utiliza os termos credor e devedor (arts. 475-I, § 2º e 475-J).

Mas a parte contra quem se pede a prática dos atos destinados ao cumprimento da sentença pode insurgir-se e demonstrar a inexistência da obrigação (art. 475-L). Isso significa que, não obstante o reconhecimento do direito na sentença de mérito, algum fato pode extingui-lo ou modificá-lo (art. 475-L, inciso V). Se isso ocorrer, ele não será devedor. Daí por que se sugere denominá-los autor e réu. Como o processo tornou-se sincrético, admitindo atos cognitivos e satisfativos, as expressões autor e réu são suficientemente abrangentes e aptas a identificar as partes em qualquer das fases do procedimento. Não vejo termos mais adequados para a fase do cumprimento da sentença.

De qualquer modo, as questões vocabulares são indiscutivelmente as menos problemáticas no novo modelo.

Com relação à resistência do réu, prevê a lei a figura da impugnação em lugar dos embargos. Estes somente continuam existindo na execução fundada em título extrajudicial.

A redação do art. 475-L é substancialmente idêntica à do antigo art. 741, que hoje regula os embargos à execução contra a Fazenda Pública (lei n. 11.232, de 22.12.2005, art. 5º).

A impugnação é apresentada no próprio processo, instaurando-se incidente cognitivo na fase satisfativa. Configura, segundo autorizada doutrina, ação de oposição à execução, pela qual o executado pleiteia tutela jurídica destinada a corrigir os rumos da atividade executiva ou à extinção do processo.<sup>30</sup>

Não tem efeito suspensivo, que pode ser atribuído pelo juiz na hipótese do art. 475-M: relevância dos fundamentos e risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

---

<sup>30</sup> Araken de Assis, Cumprimento de sentença, Forense, 2006, p. 314.

Deferido o efeito suspensivo, o incidente desenvolve-se nos próprios autos. Denegado, em autos apartados (art. 475-M, § 2º).

Dessa decisão, de natureza interlocutória, cabe agravo (art. 522), que hoje é em princípio retido. Aqui temos um problema. Como só caberá apelação se a impugnação for acolhida e levar à extinção do processo (§ 3º), parece deva ser admitida exceção à regra geral, ou seja, considerar adequado o agravo de instrumento contra o deferimento ou não de efeito suspensivo à impugnação.

Outra curiosidade. Pelo novo conceito de sentença de mérito, basta verifique-se uma das hipóteses do art. 269, ainda que não extinto o processo. Pois bem. Acolhida a impugnação, porque verificada causa modificativa da obrigação, como pagamento, novação ou compensação parciais (art. 475-L, inciso VI), embora se trate de resolução do mérito e, portanto, sentença, adequado é o agravo de instrumento, não a apelação, pois dela não resulta a extinção da execução (art. 475-M, § 3º).

Temos aqui, então, sentença passível de agravo. Também possível concluir-se que o legislador, nesse caso, manteve-se fiel ao conceito tradicional de sentença: ato pelo qual o juiz põe termo ao processo. Como o acolhimento de impugnação com fundamento em causa modificativa do direito não produz esse efeito, estaríamos diante de decisão interlocutória, o que justifica a previsão do agravo de instrumento como recurso adequado.

De qualquer modo, mais uma vez verifica-se a quebra do sistema então em vigor. As reformas parciais infelizmente acabam comprometendo a harmonia dos dispositivos do Código. A alteração estrutural quase sempre gera normas incompatíveis com o sistema originariamente concebido.

Agravo é o recurso cabível também na hipótese de rejeição da impugnação ou de procedência sem extinção do processo (§ 3º). Curioso que nem mesmo o legislador conseguiu libertar-se da expressão “execução” ao indicar a apelação como adequada em caso de extinção.

Rápido exame do novo sistema revela alguns aspectos dignos de nota. Antes havia processo de execução autônomo, agora não há mais. Antes a defesa do executado era apresentada em processo cognitivo autônomo, agora não mais.

Do ponto de vista conceitual, houve profunda alteração. Como já observado, o processo de conhecimento, especialmente nas hipóteses em que se pretende a satisfação coercitiva de obrigação, tornou-se sincrético, pois passou a admitir atos cognitivos e satisfativos (ou executivos).

Se quisermos satisfazer prestigiada corrente doutrinária, eliminou-se a tutela condenatória pura ou tradicional, adotando-se a denominada sentença executiva ou executiva *lato sensu*. Para quem ainda faz questão, o direito brasileiro teria consagrado a classificação quinária, defendida originariamente por Pontes de Miranda.<sup>31</sup>

Mas não é só. Ao contrário do que ocorre na grande maioria dos sistemas, também a defesa do réu, na fase de cumprimento da sentença, é apresentada no próprio processo e denomina-se impugnação. Será recebida em princípio sem efeito suspensivo e autuada em apartado. Caso seja suspenso o processo a pedido do réu, a impugnação se desenvolve nos próprios autos, sem dar origem a novo processo.<sup>32</sup>

## 8. IMPUGNAÇÃO E GARANTIA DO JUÍZO

Controverte-se sobre a exigibilidade ou não de prévia garantia do juízo para oferecimento de impugnação. Há quem a considere pressuposto de admissibilidade do incidente, não só porque a exigência está também prevista para

---

<sup>31</sup> Cfr. a esse respeito, Bedaque, Efetividade, pp. 503 e ss.

<sup>32</sup> Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro, Do 'cumprimento da sentença'

os embargos (CPC, art. 737, inciso I), como também em razão da regra contida no art. 475-J, § 1º: o executado somente será intimado após a penhora.<sup>33</sup>

Duas ponderações, todavia, são necessárias. Em primeiro lugar, se aprovado o projeto de lei sobre execução fundada em título extrajudicial (PL 4.497/2004), o art. 737 do Código de Processo Civil será revogado. Além disso, a desnecessidade de penhora, depósito ou caução será regra expressa (CPC, art. 736). Isso significa dizer que os embargos à execução prescindirão de garantia. Se assim é, não parece haver coerência em exigí-la nas impugnações.

Em conseqüência, admissível interpretar o art. 475-J, § 1º, como regra destinada tão-somente a fixar o termo *a quo* do prazo para a impugnação. Esta pode ser apresentada, todavia, independentemente de garantia, pois não há exigência expressa dessa medida como pressuposto de admissibilidade. Se realizada a penhora, a impugnação deve ser deduzida em quinze dias, sob pena de preclusão.

## 9. EXECUÇÃO, COGNIÇÃO E IMUTABILIDADE DA DECISÃO

Pelas novas regras, a defesa do executado será deduzida no próprio processo, quer mediante impugnação, quer pela via incidental da impropriamente denominada exceção de pré-executividade. por ser deduzida mediante técnicas

---

<sup>33</sup> Cfr. Araken de Assis, Cumprimento da sentença, pp. 341/342. Cássio Scarpinella Bueno, A nova etapa, p. 114. Assim também Athos Gusmão Carneiro: Conveniente explicitar que a 'defesa' do executado, mediante o procedimento incidental de impugnação, *pressupõe a penhora e avaliação de bens*, ou seja, a *segurança do juízo*, mesmo porque uma das questões passíveis de exame, em tal procedimento, é o da *'penhora incorreta ou avaliação errônea'*. Antes de intimado da penhora e avaliação, aliás, o executado sequer sabe (pelo menos processualmente) que os atos executórios tiveram início.). (Do 'cumprimento da sentença').

diversas. Em conseqüência, poderá o juiz conhecer de aspectos da relação substancial, como fatos impeditivos ou extintivos do direito, por exemplo.

Admitida a controvérsia sobre aspectos do mérito, 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>34</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>35</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>36</sup>

---

<sup>34</sup> Segundo Danilo Knijnik, o juiz não define as relações jurídico-materiais: “Ele julga, negando a pretensão à tutela executiva, tão-somente, por mais ponderáveis e eloqüentes que tenham sido as prejudiciais ou as preliminares atendidas, visto que, se desde logo decidisse a questão material, estaria sem dúvida alguma exorbitando o objeto do processo e incidindo em caso de extrapetição.” (A exceção de pré-executividade, p. 195).

<sup>35</sup> Cfr. Sandro Gilbert Martins, A defesa do executado por meio de ações autônomas, pp. 50/51 e 91, nota 51.

<sup>36</sup> Cfr. Sandro Gilbert Martins, A defesa do executado por meio de ações autônomas, p. 87. Como já observado, a admissão de defesas de mérito na execução constitui restrição à eficácia abstrata do título executivo (cfr. Enrico Tullio Liebman, Processo de execução, São Paulo, Saraiva, 4ª ed., pp. 19;22 e 214/216), decorrente da probabilidade, reconhecida pelo legislador, da existência do direito (cfr. Cândido Dinamarco, Execução civil, pp. 462 e ss.). Alguns fatos podem comprometer

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, artigos 295, inciso IV e 269, inciso 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>37</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>38</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 na

---

seriamente a probabilidade e, conseqüentemente, a eficácia abstrata do título, tornado possível a cognição sobre o mérito na própria execução.

<sup>37</sup> Cfr. Bedaque, Efetividade do processo e técnica processual, pp. 338 e ss.

<sup>38</sup> Essa é, ao que parece, a opinião de Olavo de Oliveira Neto, A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123.

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.

Com maior razão, conclusão idêntica deve ser adotada em sede de impugnação. Aqui, toda a defesa, inclusive de natureza substancial, será deduzida mediante simples impugnação (cfr. art. 475-L, inciso 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.

### **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>39</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>40</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

---

<sup>39</sup> O dispositivo tem nítida inspiração no *códice di procedura civile* do Estado do Vaticano, baseado no projeto apresentado por Carnelutti em 1926 para reforma do código italiano (cfr. José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre a extinção da execução, *in* Temas de direito processual civil, quinta série, São Paulo, Saraiva, pp. 169 e ss.).

<sup>40</sup> Considera a doutrina não exaustiva a relação do art. 794 (cfr. Barbosa Moreira, Notas sobre a extinção, pp. 172/173; Cândido Dinamarco, Instituições, vol. IV, p. 791).

praticado o ato.<sup>41</sup> 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>42</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>43</sup> Ao reconhecer esses atos, o juiz profere sentença substancialmente igual à prevista nos incisos II, III e V do artigo 269. Por quê 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

---

<sup>41</sup> Cfr. Araken de Assis, Manual do processo de execução, pp. 297 e 1351. 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, *in* Processo de execução e assuntos afins, obra coletiva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 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, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 36ª ed., p. 340). No mesmo sentido, Paulo Henrique Lucon, Código de Processo Civil interpretado, obra coletiva, São Paulo, Atlas, 2ª ed., p. 2282).

<sup>42</sup> Nesse sentido, Olavo de Oliveira Neto, A defesa do executado, pp. 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 (cfr. 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 defesa substancial, excepcionalmente admitida, 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.

<sup>43</sup> Como bem observa Barbosa Moreira, todas as hipóteses do art. 794 contemplam atos extintivos da relação jurídica material, sendo a extinção do processo mera consequência (cfr. Notas sobre a extinção, 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 (cfr. Instituições, vol. IV, pp. 791/795).

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?

### **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>44</sup>

Com relação às questões de natureza processual, nenhuma surpresa, especialmente no que se refere àquelas cognoscíveis de ofício pelo julgador.<sup>45</sup> Se

---

<sup>44</sup> 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 (cfr. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, *in* Temas de direito processual, São Paulo, Saraiva, sétima série, pp. 119/121).

<sup>45</sup> 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 (Apel. n. 182.897-5/0, São Paulo, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ., j. 30.3.04).

ele pode, independentemente de provocação, reconhecer a carência da ação<sup>46</sup> ou a ausência de alguns pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo,

---

<sup>46</sup> 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 devedor, 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, inciso II), devendo a matéria ser examinada até de ofício (art. 267, § 3º). 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 1º 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 (cfr. Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*, RT, 4ª ed., pp. 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 n. 492), o mesmo não ocorre no arrendamento mercantil (cf. RE. n. 114.938-RS, STF, 1ª T., Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 12.4.88, v.u., *in* DJU de 6.5.88, p. 10635). Nessa medida, é o arrendatário 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 (cfr. REsp. n. 5508-SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, j. 30.10.90, v.u., *in* DJU de 3.12.90, p. 14321; v.tb. A.I. n. 787.970-00/1, 2º TACSP, 4ª Câmara, Rel. Juiz Celso Pimentel, j. 18.3.03; Apel. n. 593.759-00/0, 2º TACSP, 11ª Câmara, Rel. Juiz Carlos Russo, j. 27.11.00; Apel. n. 96.03.010042-0, TRF 3ª Região, 5ª T., Rel. Juiz Pedro Rotta, j. 28.4.97, *in* RT 746/413; Apel. n. 602.401-7, Santos, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 28.09.95, v.u.; Apel. n. 610.502-4, Atibaia, 12ª Câmara, Rel. Juiz Andrade Marques, j. 24.08.95; A.I. n. 572.779-9, Iguape, 8ª Câmara, Rel. Juiz Manoel Mattos, j. 11.05.94). 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” (cfr. 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. A.I. n. 333.581-5/2-00, São Bernardo do Campo, TJSP, 7ª Câmara. Dir. Públ., Rel. Des. Barreto Fonseca, j. 29.9.03, v.u.; A.I. n. 298.802-5/9-00, São Paulo, TJSP, 8ª Câmara. Dir. Públ., Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 20.11.02, v.u.; Apel. 116.145-4/7, Santo André, TJSP, 4ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 8.2.01, 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 (cfr. Resp. n. 21.544-0-MG, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in* DJU de 8.6.92, p. 8.619; A.I. n. 40.951-1-SP, STJ, Rel. Min. Nilson Naves, *in* DJU de 8.10.93, p. 21.091; v. tb. A.I. n. 261.204.5/4, São José do Rio

---

Preto, TJSP, 1ª Câm. Dir. Públ., j. 25.6.02, v.u.; A.I. n. 994.300-6, São Paulo, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 10.4.01, v.u.; A.I. n. 988.691-5, Paraguaçu Paulista, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 6.2.01, v.u.; Apel. Cív. n. 143.232-1/6, TJSP, 2ª Câm., Rel. Des. César Peluso, j. 10.12.91; em sede doutrinária, cfr. JUSTITIA n. 156/48; José Carlos Barbosa Moreira, Legitimidade para agir. Indeferimento da petição inicial, *in* Temas de direito processual, vol. I, Saraiva, pp. 198 e ss.; Kazuo Watanabe, Da cognição no processo civil, RT, 1987, pp. 58 e ss.; Donaldo Armelin, Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, RT, 1979, p. 83; Ary de Almeida Elias da Costa, A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência, Coimbra, Livraria Almedino, 1965, p. 32/34; Giovanni Verde, Profili del processo civile, parte generale, Jovene Ed., Napoli, 1978, p. 130; Crisanto Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, vol. I, 2ª ed., Grappichelli Ed., p. 55; Elio Fazzalari, Istituzioni di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1975, p. 134 e Note in tema di diritto e processo, Giuffrè, Milano, 1957, p. 160). Apurada a natureza da relação jurídica de direito material, chega-se à conclusão 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 (A.I. n. 389.122-5/3, São Paulo, TJSP, 1ª Câm. Dir. Públ., j. 17.3.05; Apel. n. 182.897-5/0, São Paulo, TJSP, 1ª Câm. Dir. Públ., j. 30.3.04; A.I. n. 304.773.5/1, Piquete/Lorena, TJSP, 1ª Câm. Dir. Públ. Jan/03, j. 4.2.03, 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 (cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Embargos à execução, Saraiva, 1.996, pp. 97/101; Ag no A.I. n. 197.577-GO, STJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJU de 5.6.00; A.I. n. 965.451-3, Bauru, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 24.10.00, v.u.; 904.155-4, Mirassol, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 15.2.00, v.u.; 877.728-8, Santos, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 19.10.99, v.u.; 699.909-3-SP, 1º TACSP, 1ª Câm., Rel. Juiz João Carlos Garcia, j. 16.9.96, 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 (cfr. Danilo Knijnik, A exceção de pré-executividade, dissertação de mestrado, UFRGS, inédita; v. tb. A.I. n. 1.021.150-6, Amparo, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 18.9.01, v.u.; A.I. n. 904.155-4, Mirassol, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 15.2.00, v.u.; A.I. n. 877.728-8, Santos, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 19.10.99, v.u.). Diante desse quadro, é de ser acolhida a alegação da executada,

não parece razoável exigir-se a propositura da ação de embargos pelo executado, com a única finalidade de viabilizar esse exame. Nada obsta seja o pedido apresentado na própria execução, sem necessidade de processo cognitivo autônomo.<sup>47</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 demandem produção de prova. Pode-se até invocar a idéia de direito *líquido e certo*, ou seja, aquele identificado de plano, mediante documentos.<sup>48</sup>

---

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.” (A.I. n. 381.286-5/2, São Bernardo do Campo, TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., j. 4.10.05, m.v.).

<sup>47</sup> 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, cfr. Sérgio Shimura, *Título executivo*, São Paulo, Editora Método, 2ª ed., pp. 99/100). Sobre os mecanismos de defesa do executado no direito estrangeiro, cfr. Leonardo Greco, *Em busca da efetividade do processo de execução*, pp. 170/171.

<sup>48</sup> 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 1ª edição de sua consagrada obra *Execução civil*, advertia para os juízos de valor proferidos pelo juiz nessa espécie de processo (cfr. 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 (cfr. *Processo de execução*, São Paulo, LEUD, 6ª ed., 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, a apenas a prova pré-constituída representada pelo título (cfr. *A exceção de pré-executividade*, pp. 192 e ss). Também invoca a idéia do direito líquido e certo (ob. 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 (cfr. *Sobre a objeção de pré-executividade, in Processo de execução e assuntos afins*, pp. 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

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 trânsita 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

---

“passíveis de análise *prima facie*, independentemente de maiores perquirições.” (O controle dos atos executivos e a efetividade da execução, *in* Processo de execução e assuntos afins, pp. 335 e ss., esp. 351). A respeito do tema, v. a extensa bibliografia referida por Sandro Gilbert Martins, A defesa do executado, p. 81, nota 25.

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 formulado pelo executado, independentemente de formalidades, pois manifesta a inadmissibilidade da tutela executiva.<sup>49</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>50</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>51</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 suscitados no próprio processo

---

<sup>49</sup> 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 Código de Processo Civil (cfr. Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, vol. IV, São Paulo, Malheiros, p. 716).

<sup>50</sup> 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 artigos 461 e 461A do Código de Processo Civil 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.

<sup>51</sup> 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 (cfr. Execução civil, pp. 384/389)

executivo. Trata-se da cognição natural, destinada ao controle da relação processual<sup>52</sup> Já defesas de mérito são admissíveis em caráter excepcionalíssimo, somente se a situação revelar sério comprometimento da verossimilhança oriunda do título.<sup>53</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>54</sup>

---

<sup>52</sup> Inerente, portanto “ao desenvolvimento das atividades executórias pelo juiz.” (José Miguel Garcia Medina, Execução civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 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 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, p. 167).

<sup>53</sup> 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, pp. 111/118). De todas 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 (cfr. pp. 117/118). Cfr. tb. Araken de Assis, Manual do processo de execução, pp. 580/583 e Sérgio Shimura, Título executivo, pp. 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 monitória. Prescrição propriamente dita somente ocorrerá após vencido o prazo fixado pelo legislador civil para a exigibilidade do crédito.

<sup>54</sup> 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, § 3º, do Código de Processo Civil, desnecessário o retorno dos autos à origem. A questão é exclusivamente de direito, não havendo necessidade da prática de qualquer ato de natureza probatória em 1º grau (cfr. Apel. n. 341.448-5/0, São José dos Campos, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ., j. 19.10.04; Apel. n. 341.350-5/2, São Paulo, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ., j. 17.8.04; Apel. n. 213.496-5/9, São Sebastião da Gramma/ São José do Rio, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ., j. 19.8.03). 3. Os fatos geradores do tributo ocorreram em abril e

Também as chamadas exceções podem ser deduzidas na execução, desde que não demandem dilação probatória.<sup>55</sup>

É inegável que essas novas técnicas de efetivação da tutela jurisdicional, voltadas à eliminação das crises de adimplemento das obrigações, devem-se à percepção, pelo processualista, de realidade jurídico-material diversa daquela para a qual é prevista a condenatória seguida de processo de execução. A natureza da obrigação, evidentemente, deve influir na forma a ser adotada para transformar em realidade prática o reconhecimento do direito a uma prestação contida na tutela cognitiva.<sup>56</sup>

Aliás, existe em sede doutrinária manifestação favorável à imposição de multa também no caso de descumprimento de sentença cujo objeto seja pagamento de quantia. Por razões ligadas à efetividade do processo, essa posição merece apoio integral. Não se vislumbra razão para a multa ficar restrita às obrigações de fazer, de não fazer e de dar, especialmente porque abrangem também

---

maio de 1993. O auto de infração foi lavrado em junho de 1993. A inscrição da dívida deu-se em 30.5.03 e a demanda foi proposta em outubro do mesmo ano. Segundo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, 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 (REsp n. 198.631-SP, STJ, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, j. 25.4.00, *in* DJU de 22.5.00, p. 100; REsp n. 189.421-SP, STJ, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 17.11.98, *in* DJU de 22.3.99, p. 87; REsp n. 101.407-SP, STJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.8.97, *in* DJU de 15.9.97, p. 44.228). No caso dos autos, o prazo de decadência iniciou-se apenas em 1.1.99 (CTN, artigos 150, § 4º e 173, inciso 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 (Apel. n. 129.837.5/9, Santos, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ. j. 5.11.02, v.u.). 4. Assim, nega-se provimento ao recurso, alterado o dispositivo da sentença.” (AGRV. Nº: 384.371-5/2).

<sup>55</sup> Se a alegação demandar cognição exauriente da situação de direito material, com necessidade de complexa instrução, a matéria está excluída do âmbito da execução (A.I. n. 1.021.150-6, Amparo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 18.9.01, v.u.).

<sup>56</sup> Quanto a isso, mais uma vez concordo inteiramente com Marinoni: “O que realmente importa é que, ao se admitir uma forma de sentença ligada à multa e outra que viabiliza a concentração da execução no processo de conhecimento, tomam-se em consideração – e isso é absolutamente evidente – novas realidades e novos valores.” (Técnica processual, p. 125).

prestação e objeto fungíveis. Nessa medida, também pode o meio de coerção abranger o pagamento de quantia.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> A proposta é de Luiz Guilherme Marinoni. Merece aplausos e integral apoio (cfr. Técnica processual, pp. 621 e ss).