

2

RESPOSTA DO EXECUTADO

2.1. Ação e defesa na Constituição

Dentre os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, aquele que garante o direito de acesso à justiça, assim entendido como direito não apenas ao processo, mas à efetiva tutela das pessoas, merece especial destaque por sua vocação garantidora de tantos outros direitos e liberdades, individuais e coletivos.

Basta verificar que é por intermédio do processo que o cidadão buscará a tutela de sua liberdade, de sua integridade física, ou mesmo de sua vida, quando diante de lesão ou ameaça de lesão a esses direitos. Essa constatação, por si só, é suficiente para colocar o direito de acesso à justiça no rol dos direitos fundamentais do homem.

Justamente essa a razão pela qual Mauro Cappelletti e Bryant Garth qualificavam o direito de acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos”,¹ em um sistema que realmente garante e não apenas enuncia direitos.

Assim, é justificável que a Constituição Federal seja pródiga em disposições que, se adequadamente interpretadas, redundam na mesma garantia ao devido processo legal.²

A garantia de acesso à justiça (ou o direito de ação) sempre foi colocada ao lado do direito de defesa, como duas faces de uma mesma moeda. Afinal, teleologicamente não há distinção significativa entre o direito de ação e o direito de defesa

1. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfl et. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12. A esse propósito, Comoglio noticia que a Corte Constitucional italiana, em mais de uma oportunidade, referiu-se ao direito de acesso à justiça como parte essencial dos “principi supremi dell’ordinamento costituzionale” (*Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 17, especialmente nota 15). Entre nós, Humberto Theodoro Jr. afirma que “o direito à jurisdição é, em si, um dos direitos fundamentais do homem no Estado Democrático de Direito, com vários e importantes desdobramentos” (*A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 37).
2. Os incisos XXXV, LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal, ao fim e ao cabo, como será exposto, garantem o mesmo direito a um processo justo e equo.

(entendidos como direito subjetivo à tutela jurisdicional), senão pelo singelo fato de um ser exercido em momento anterior ao outro.³

Chiovenda, defensor da teoria concreta da ação, justifica a possibilidade de julgamento de improcedência do pedido do autor porque no exercício do direito de defesa do réu está, em estado de latência, também o exercício do direito de ação (declaratória negativa), o qual se revela para o processo se e quando o autor tentar abandonar a demanda. Nesse caso, a sujeição do autor ao exercício do direito de ação do réu é o que explica a possibilidade de imposição do prosseguimento da demanda.⁴

No mesmo sentido, Calamandrei afirma que a atividade do réu, quando requer provimento equivalente à declaração negativa do direito do autor, qualifica-se e insere-se no conceito de ação.⁵

Por sua vez, Couture sustenta que o direito de ação e o direito de defesa são paralelos, pois, se é admissível que o autor exerça seu direito abstrato de ação, também se deve reconhecer que o réu, mesmo sem razão, exerça seu direito de defesa, uma vez que possui – tanto quanto o autor – direito ao processo, independentemente do conteúdo da defesa.⁶

Finalmente, Liebman, ao analisar a doutrina de Carnelutti, sintetiza que o direito de ação é análogo ao direito de defesa, para concluir que a ação e a exceção contraposta podem coexistir, mas, se uma procede, a outra, conseqüentemente, é improcedente. Para Liebman o direito de defesa – intimamente ligado ao conceito de exceção – não equivale à declaração negativa do direito do autor, mas apenas determina que o juiz conheça do alegado para decidir sobre o pedido do autor.⁷

3. Mesmo essa questão temporal não fica imune a críticas e pode ser contestada se se pensar em ações proativas do réu, especialmente em demandas desconstitutivas ou declaratórias negativas.

4. CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1, p. 462.

5. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napole: Morano, 1970. v. 4, p. 115.

6. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque del Palma, 1958. p. 95-96.

7. A conclusão de Liebman é antecedida de breve síntese sobre o conceito de exceção na teoria concreta e na teoria abstrata, valendo, pois, o registro: “Chi invece intende l’azione come il diritto al giudizio e perciò al provvedimento sul merito della domanda, è altrettanto naturale che definisca l’eccezione come il diritto al giudizio sul fatto estintivo od impeditivo e perciò come il diritto che, nel provvedere sulla domanda, si giudichi anche sul fatto a cui si riferisce l’eccezione; ed è un diritto, perché se non è proposta l’eccezione, del fatto il giudice non può tener conto. Perciò, in questo modo d’intendere i diritti processuale, l’eccezione non è il diritto al provvedimento di rigetto della domanda, ma soltanto il diritto a che si giudichi anche del fatto che viene eccepito, per decidere se sia esistente od inesistente e produttivo oppure dell’affermata efficacia

Vê-se, portanto, que, apesar das divergências, ação e defesa caminham juntas, como elementos necessários à conformação do devido processo legal. Se o princípio de acesso à justiça é conceito que se mescla com o de tutela jurisdicional,⁸ a defesa do réu representa manifestação do exercício da mesma garantia de acesso à justiça (eis que a lesão ou ameaça de lesão pode muito bem advir da demanda proposta pelo autor).

O direito de acesso à justiça, por sua vez, pode ser examinado a partir de duas perspectivas: uma negativa, como garantia do cidadão em face do Estado, para que o legislador não limite indevidamente o exercício desse direito; e uma positiva, a reclamar a atuação efetiva do Estado para assegurar a plena possibilidade de acesso à justiça.

Oportuno observar a doutrina de Comoglio. Defende o autor italiano que será inconstitucional a norma processual ou material que, embora não impeça o exercício do direito de ação (ou de acesso à justiça), condicione ou determine a sorte do resultado do processo à atividade de apenas uma das partes.⁹ A observação é relevante porque coloca em evidência que será inconstitucional a lei que impossibilitar ou tornar desproporcionalmente custoso o exercício de defesa, justamente por ter fechado as portas do Poder Judiciário ao réu, ainda que, na concepção clássica, não tenha impedido o exercício do direito de ação.

É bem verdade que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa não são absolutos e podem ser condicionados a requisitos e pressupostos, mas tais limitações devem ser razoáveis e fundadas em razões de ordem técnica ou econômica.¹⁰ O condicionamento divorciado de válidas razões de fundo deve ser repellido, pois, conforme Comoglio, não basta o “devido processo legal”, deve-se garantir uma justiça substancial:

“Esta última impõe considerar como devido (e portanto: como ‘due’, ‘devido’ ou devido) não qualquer processo que se limite a ser extrinsecamente ‘fair’ (vale dizer: correto, leal ou regular, sob o plano formal, segundo a ‘law of the land’), mas um processo que seja intrinsecamente équo e justo, segundo os parâmetros

estintiva od impeditiva. In questo modo, non mi pare errato qualificare l’eccezione come un diritto processuale analogo all’azione” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Intorno ai rapporti tra azione ed esecuzione. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 75).

8. “A tutela jurisdicional ou garantia jurisdicional das normas jurídicas representa os vários meios que o Estado utiliza para reagir contra a não observância do direito objetivo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48).
9. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970. p. 155.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 305.

éticos e morais do sentimento comum dos homens livres, de qualquer tempo ou país, de modo que se revela capaz de realizar a justiça verdadeiramente imparcial, conforme sua índole e razão”.¹¹

A concepção do processo como instrumento ético, cunhado por valores sociais, é suficiente para colocar em evidência que a garantia de acesso à justiça e mesmo o devido processo legal não são satisfeitos com o exercício vazio do direito de ação ou do direito de defesa. Mais do que direito ao processo, autor e réu têm direito à tutela jurisdicional adequada, qual seja, aquela capaz de materializar o direito, de tornar efetiva e real a fruição do bem da vida, por meio do emprego de técnica condizente com a crise material debelada, no menor tempo possível e com observância das garantias das partes no processo.¹² A ideia de efetividade do processo liga-se ao direito material,¹³ mas o moderno conceito de tutela jurisdicional extrapola esse conceito, para reconhecer que pelo próprio instrumento do processo também se presta tutela jurisdicional.

Já observado que o processo é método ético de solução de conflitos, inspirado e moldado por valores sociais, é forçoso reconhecer que a preocupação do processualista moderno vai além da tutela de direito. Na expressão de Dinamarco, devem-se

11. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 165. Entre nós, confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 264 e ss.
12. Barbosa Moreira bem sintetizou o que se pretende em termos de efetividade: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*. v. 77, p. 168. São Paulo, RT, jan. 1995). Adverte, ao final, para que não se tome a efetividade como um valor absoluto, o que traz ao pensamento a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que enfatiza o valor da forma, para dar previsibilidade ao procedimento (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7).
13. “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49).

tutelar pessoas.¹⁴ É corrente o entendimento de que o processo não é um fim em si mesmo e que se deve estar preocupado com seus resultados. No entanto, se se tomar o processo de resultados sem a preocupação com a tutela das pessoas, com olhos apenas na tutela do direito (material), abre-se caminho para que só importe o fim, esvaziando-se de garantias o meio, o que não se admite.

Por isso o processo é em si mesmo um instrumento de tutela jurídica. Na definição de Dinamarco, “tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade”.¹⁵

Ao garantir um método organizado e um julgamento imparcial para a composição do litígio, com possibilidade de participação das partes, o Estado presta tutela jurídica mesmo antes de pronunciar quem é o titular do direito substancial. Trata-se da tutela jurídica instrumental, prestada a ambas as partes, haja vista que mesmo para o vencido há tutela jurisdicional, na exata medida em que se garante que sua esfera de interesses não será afetada além do necessário e segundo a legislação de regência, e que ele será ouvido e poderá, perante juiz ou tribunal imparcial, provar suas alegações etc.¹⁶

O direito à tutela jurisdicional não se encerra, pois, no exercício do direito de ação, mas se manifesta a ambas as partes, ao longo de todo o curso do processo, conforme essas alternam suas respectivas posições jurídicas.¹⁷ Essa afirmação se alinha ao que se assentou páginas atrás: ação e defesa caminham juntas, e a tutela jurisdicional instrumental será prestada indistintamente para autor e réu, conforme alternem suas situações ao longo do processo.¹⁸

14. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, p. 379 e ss.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, p. 362-363.

16. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DJP, 2006. p. 28-29. A doutrina costuma afirmar que a tutela prestada ao vencedor é plena, ao passo que o vencido recebe apenas a tutela instrumental. A questão merece alguma reflexão. É inegável que os limites objetivos da coisa julgada se mostram mais intensos para o réu. É dizer: o autor vencedor receberá tutela plena, o réu vencedor, tutela “quase plena”, pois o julgamento de improcedência não obsta que o mesmo pedido seja repetido pelo autor, à luz de diversa causa de pedir.

17. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 424. No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 323.

18. “Sarebbe, dunque, erroneo individuare nei concetti costituzionale di ‘azione’ e ‘difesa’ il riferimento tecnico ad atti determinati e tipici, quali la proposizione della domanda giudiziale o la deduzione di un’eccezione, e quindi non avrebbe senso porsi un problema di specificazione degli ‘atti processuali’ costituzionalmente rilevanti. Nella garanzia dell’art. 24, il parallelismo fra ‘agire’ e ‘difendersi’ tende ad assicurare ad entrambi i

Por isso, para Fazzalari, a ação se exerce ao longo de todo o processo, conforme a parte esteja em uma posição processual que lhe permita desempenhar aqueles poderes e faculdades, isto é, ainda que autor e réu possuam interesses diversos, não é correto afirmar que há uma legitimação ativa e uma legitimação passiva, senão uma alternância das posições jurídicas, o que, segundo Fazzalari, está afinado com a abstração do direito de ação.¹⁹

Não é correto, portanto, tentar enquadrar os atos do autor e do réu como respectivas manifestações de ação e de defesa. O réu pode muito bem adotar uma posição ativa quando, por exemplo, contradita uma testemunha, e o autor, uma posição passiva, quando é chamado a manifestar-se sobre os fatos expostos em contestação. A ação e a reação não se fecham em rótulos, tampouco se vinculam à posição inicial da parte, antes, devem ser aferidas conforme a substância do ato praticado.²⁰

Bem por isso que o art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes (autor e réu, ordinariamente) o contraditório e a ampla defesa como manifestações do devido processo legal; empregando o vocábulo defesa, como “atividades destinadas a postular a efetividade de direitos e interesses no curso do processo. Essa garantia dirige-se a ambas as partes, não exclusivamente ao demandado”.²¹⁻²²

‘soggetti del contraddittorio istituito davanti al giudice’ la possibilità di compiere qualunque atto processuale idoneo a far valere in giudizio i propri diritti ed a condizionare l’esito del processo” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970. p. 147).

19. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 422-433.
20. “Mas, depois de ambos terem nascido, devem desenvolver-se de modo praticamente igual, reduzindo-se as diferenças àquilo que constituir um mínimo inerente às posições assumidas na relação processual por autor e réu. Essa equiparação é impositiva a lume do princípio da igualdade, de tal modo que não se poderia reconhecer que os direitos exercidos pelos litigantes no âmbito processual fossem diferentes porque um deles adiantou-se em instaurar o processo, promovendo a citação do outro” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48).
21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 138-139.
22. Se, na doutrina do século XIX, o contraditório significava apenas a possibilidade de reação do demandando, como noticia Andrea Proto Pisani (*Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2012. p. 201.), modernamente, percebe-se a incompletude da conceituação do contraditório com a ampla defesa, uma vez que “o direito de ação também necessita do contraditório” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 311). O contraditório, como demonstra Ives Braghittoni, não é consequência do princípio da isonomia, é imposição do devido processo legal e assegura o tratamento paritário dos sujeitos do processo, ou seja, muito mais do que garantir a defesa do réu, impõe que as partes sejam ouvidas durante todo o processo, quer estejam em posição ativa ou em posição passiva, o que, para o autor, “é prova de que, dentro do processo, o réu também ataca; e é prova, ao mesmo tempo,

Nessa medida, a ampla defesa é expressão do acesso à justiça, permitindo a constante defesa de interesses no curso do processo, independentemente da posição inicial da parte. Pertinente, nesse contexto, é a observação de Heitor Sica:

“Assim desenhado, o direito à ampla defesa é outorgado igualmente ao autor, resultando ainda mais evidente que o sistema constitucional não se contenta pura e simplesmente em franquear o acesso dos interessados ao Poder Judiciário, mas sim a possibilidade ‘ampla’ de defender seus interesses, com ‘os meios e recursos a ela [defesa] inerentes’, como diz o inciso LV do art. 5º da Carta da República.”²³

Em vista do exposto, fica claro que o direito de ação e o direito de defesa não se conformam como direitos do autor e do réu, respectivamente. Ação e reação são consequências imediatas das posições alternantes das partes no processo, este mesmo, em si, já um instrumento de tutela de direitos.

2.2. Resposta do executado no plano infraconstitucional – Considerações iniciais

Se a aproximação entre ação e defesa é, por vezes, de difícil visualização no processo de conhecimento, não há essa dificuldade quando se trata de execução civil, talvez em razão do difundido entendimento doutrinário acerca da natureza jurídica dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença.

Ainda que se reconheça na iniciativa defensiva do executado natureza jurídica de ação (o que será abordado, com maior profundidade, em momento oportuno), é intuitivo perceber que há, no fundo, o *animus* de defender-se,²⁴ afinal, por mais que seja o executado quem, como regra, dá início ao julgamento acerca da existência ou inexistência do direito material, é o exequente quem retira a jurisdição de seu estado de inércia e desencadeia o início da atuação jurisdicional.

Embora se possam inserir as respostas do réu e as respostas do executado em um mesmo e amplo rol, rotuladas como modalidades de defesa, já que compartilham o objetivo comum de insurgência contra a pretensão do autor ou do exequente,

de que o autor também se defende” (*O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 100).

23. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

24. “Quem impugna ou embarga a execução está a resistir a ela, ou seja, a defender-se, no exercício das faculdades inerentes ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurados. Tomar a iniciativa de instaurar um processo de oposição não significa vir a juízo espontaneamente em busca de um bem da vida negado por outrem, mas resistir à pretensão de alguém que pretende haver um bem da vida à custa do patrimônio do embargante. Substancialmente, isso é defesa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 750).

não há como negar que existem relevantes diferenças, quer se trate de defesa em demanda cognitiva, quer se cuide de defesa em demanda executiva.

A resposta do executado é qualificada em relação à resposta do réu porque contém mais do que a simples rejeição da pretensão do pedido do autor. A resposta do executado acarreta o dever de decidir do juiz, antes instado apenas à prática de atos coercitivos ou expropriatórios. É a resistência do executado que inaugura, como regra, a atividade cognitiva que leva à superação (ou confirmação) da base que dá suporte à prática dos atos executivos.

Outrossim, no processo de conhecimento, ressalvadas as matérias cognoscíveis de ofício,²⁵ o réu deve concentrar todas as matérias de defesa em contestação. Trata-se do princípio da eventualidade, positivado no art. 336, do CPC/2015 (art. 300, do CPC/1973), que impõe ao réu o ônus de alegar todas as matérias de defesa, ainda que incompatíveis entre si, naquela mesma e única oportunidade. Não o fazendo, somente será possível trazer ao conhecimento do magistrado matérias de ordem pública, relativas a direito superveniente ou a fatos novos, respondendo, conforme o caso, por litigância de má-fé em caso de alegação tardia injustificada.²⁶⁻²⁷

O princípio da eventualidade é umbilicalmente ligado à rigidez preclusiva do modelo do processo de conhecimento – marcado por etapas mais ou menos definidas – para propiciar, ao final, em tempo razoável, a prolação da sentença de mérito.²⁸ Em prol da celeridade, exige-se das partes, autor e réu, que todas as alegações de ataque e de defesa sejam apresentadas na fase inicial do procedimento.

A execução civil, nesse aspecto, é sensivelmente diferente. Da perspectiva do executado, a execução não é marcada por uma fase postulatória exatamente

25. Acertadamente, o CPC/2015 retirou as exceções de impedimento e de suspeição do rol das respostas do réu (agora inseridas no art. 146 do CPC/2015, no título “Do juiz e dos auxiliares da justiça”). Tanto o autor quanto o réu podem excepcionar contra eventual quebra de imparcialidade do juiz, de modo que tais exceções não são modalidades de resposta do réu, mas incidentes colocados à disposição das partes, sem distinção quanto ao polo que ocupam na relação processual, para restabelecer a imparcialidade do Poder Judiciário.

26. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 277 e ss.; BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 77.

27. O CPC/2015 não repete no art. 485, § 3º, a parte final do art. 267, § 3º, do CPC/1973, a qual estabelecia o ônus do réu de arcar com as custas em caso de alegação tardia. A omissão, em hipótese alguma, deve servir como incentivo para manobras, uma vez que esta atitude deliberada pode muito bem ser enfeixada como atuação temerária, a atrair a incidência do art. 80, V, do CPC/2015.

28. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 165 e ss.; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 158.

definida. Ao revés do que ocorre na demanda cognitiva, desenhada para um ato final, na execução civil admitem-se idas e vindas, renovações e repetições de atos executivos, uma vez que a tutela jurisdicional não se esgota na declaração do direito, mas se realiza com atos concretos que visam a satisfação do exequente. Como os poderes-deveres executórios são exercitados ao longo de todo o procedimento, desde o seu início até a integral satisfação da obrigação, também a defesa do executado é mais dinâmica, podendo, conforme o caso, voltar-se contra este ou aquele ato executivo específico.

E porque o juízo cognitivo é, ao menos em princípio, inaugurado pelo executado, o ônus de resposta manifesta-se de forma bastante distinta, isto é, a ausência de defesa do executado não culminará na presunção de veracidade da matéria fática plausível.

Se o executado não apresentar defesa, estará sujeito apenas à efetivação desses atos, mas sua inércia inicial não significa a impossibilidade de, posteriormente, reagir contra a execução ou contra o resultado da atividade executiva, pois é da natureza da execução que a cognição sobre a relação de fundo seja realizada *a posteriori*, por iniciativa do executado. Há, aqui, uma ponderação equilibrada de situações: de um lado, o exequente é beneficiado com a via mais célere para sua satisfação e, de outro, a ausência de resistência do executado não reforça ou convalida a probabilidade de existência da obrigação espelhada no título.²⁹

A multiplicidade de meios e procedimentos executivos, conforme a natureza da obrigação ou a origem do título exequendo, dá ao executado variados veículos de defesa: dos embargos à execução à impugnação ao cumprimento de sentença, da chamada exceção de pré-executividade à resistência por simples petição. O CPC/2015 positiva o que já se via na prática e, no mais, é uma decorrência lógica da conformação da execução civil. Além das modalidades típicas de defesa, previstas para o início do procedimento, o Código dispõe a defesa contra os atos executivos por simples petição, sem maiores formalidades (arts. 525, § 11, e 917, § 1º, por exemplo).

Essa variação de caminhos, as diferenças em relação à demanda cognitiva e a possibilidade de descentralização da defesa recomendam, portanto, que o estudo da tutela do executado não adote como ponto de partida o meio (embargos, impugnação etc.), e sim a matéria alegada, conforme a pretensão do executado vise a impugnar matérias de índole processual, a força executiva do título, atos executivos específicos ou mesmo a existência do direito material subjacente.

29. “Por esta razão, o devedor é citado, por exemplo, não para se defender, mas para cumprir o julgado (...) assim, não há que se falar em revelia no processo de execução, na hipótese de o devedor não comparecer ou não interpor embargos” (GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 137). Da mesma forma, v. MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 174.

2.2.1. Objeto da resposta do executado – As três ordens de questões³⁰

O CPC/1973 e, embora com alguma evolução, o CPC/2015 não se ocuparam de sistematizar a resposta do executado quanto ao seu objeto, limitando-se a estabelecer distinções pontuais conforme a natureza do título, preocupando-se mais com a forma de defesa do que com seu objeto ou fundamento. Assim, à míngua de uma classificação legal, a doutrina procurou dar organicidade ao tema, com a sugestão de alguns critérios classificatórios.³¹

É bastante comum encontrar na doutrina nacional referências ao objeto da resposta do executado, dividindo-o em defesas de mérito, defesas quanto à admissibilidade da execução e defesas meramente processuais.³² Essa classificação é inspirada no direito italiano, que permite ao executado reagir contra a execução pela *opposizione all'esecuzione*, cujo fundamento é a ausência de direito à execução, seja porque não subsiste o direito material, seja porque o título não possui força executiva – ambos caracterizados como defesas de mérito, pois relacionados ao direito material à execução –; ou, pela *opposizione agli atti esecutive*, que impugna o modo de se executar, os atos executivos concretos, ou vícios formais do título executivo, sem questionar, contudo, o direito à execução.³³

30. A divisão proposta não equivale àquela identificada por Kazuo Watanabe (*Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79 e ss.). A divisão terá por base aquela proposta por Cândido Rangel Dinamarco, entre questões de fundo, questões processuais e questões relativas aos atos executivos (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 776 e ss.).

31. Exemplificando, Araken de Assis propõe classificar os embargos do executado conforme versem sobre (i) a ausência dos pressupostos gerais da execução; (ii) a ausência dos pressupostos específicos da execução; e (iii) a existência da obrigação (*Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.546-1.547). Humberto Theodoro Jr., por sua vez, sugere cindir os embargos entre aqueles que impugnam o direito à execução e aqueles que impugnam os atos executivos; os primeiros atacando a pretensão de direito material do exequente, e os segundos, a pretensão de direito processual, subdivididos em embargos de ordem, que visam à anulação do processo, e embargos elisivos, com matérias relativas à impenhorabilidade, benefício de ordem etc. (*Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 398-399).

32. No particular, confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 776; e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 144, que afirma categoricamente: “portanto, do ponto de vista científico e pragmático, a única classificação aceitável e concebível é aquela desde o início indicada: embargos relativos à matéria processual, embargos referentes às condições da ação e embargos ao mérito do processo de execução (ou embargos ao mérito)”.

33. MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile: l'esecuzione forzata*. 23. ed. Torino: Giappichelli, 2014. p. 201; LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile: il processo esecutivo*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2013. p. 246-264; e GIUSTI, Giancarlo.

Separar em categorias distintas as defesas puramente processuais daquelas referentes à admissibilidade da execução é adotar classificação muito mais vinculada ao processo de execução ou à fase de cumprimento de sentença, do que com o fundamento da resposta do executado e a projeção de seus efeitos.³⁴

Juan Monteiro Aroca e José Flors narram que, não havendo a lei espanhola de 1881 disciplinado qualquer mecanismo de reação do executado (em execuções fundadas em títulos judiciais), a doutrina e a jurisprudência evoluíram para identificar três ordens de questões, hoje incorporadas ao direito positivo espanhol. São elas: (i) a oposição por defeitos processuais; (ii) a oposição por questões de fundo; e (iii) as oposições aos atos executivos.³⁵

De forma semelhante, o direito português contempla três ordens de fundamentos à oposição à execução, duas delas voltadas à extinção da execução, em razão da (i) inexistência do direito ou (ii) “da falta dum pressuposto, específico ou geral, da ação executiva”; ou, ainda, sem a pretensão de extinguir a execução, (iii) para opor resistência a um ato construtivo.³⁶

Essas ordens de questões são aplicáveis ao direito brasileiro, porquanto decorrem da ordem natural das coisas, indicando, por assim dizer, os “alvos” do executado: a ação (ou fase) executiva (suas condições e pressupostos), os atos executivos específicos (coercitivos ou sub-rogatórios), ou o direito material de fundo.

Desde logo observe-se que a referência aos fundamentos de mérito (embargos ou impugnação de mérito) é indesejável, pois traz a ideia de que apenas nestes casos em que se discute o direito material há mérito, quando, na verdade, o con-

Le opposizioni nel processo esecutivo. Milano: Giuffrè, 2010. p. 1, que sintetiza: “Il codice di rito prevede, essenzialmente, due tipi di opposizione: l’opposizione alla esecuzione e l’opposizione agli atti esecutivi. Mentre la prima opposizione è diretta a contestare l’esistenza del diritto ad eseguire il titolo esecutivo, la seconda opposizione tende a correggere gli eventuali vizi dei singoli provvedimenti notificati dalla parte creditrice o emessi nel corso della procedura da parte del giudice della esecuzione o dai suoi ausiliari”.

34. Aproximando-se dessa ideia, Leonardo Greco propõe que as respostas do executado sejam agrupadas segundo sua natureza, que divide em (i) embargos-ação; (ii) embargos-exceção; e (iii) embargos-defesa – embora esta última o autor reserve para incidentes cognitivos prévios ao desencadeamento da atividade executiva (nominalmente, apenas a insolvência civil), o que culmina na rejeição da ideia de impugnação-defesa. GRECO, Leonardo. *Ações na execução reformada.* In: SANTOS, Ernane Fidélis et al. (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 856 e ss.
35. MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de proceso de ejecución civil.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. t. I, p. 741-746.
36. FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013.* 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 193. Vale observar que no direito português as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa resolvem-se em perdas e danos, sem maiores esforços para coagir o executado ao cumprimento específico da obrigação, de sorte que a resistência aos atos executivos limita-se à oposição à penhora.

ceito de mérito não se identifica com o direito material que dá base à execução, e, sim, no caso das respostas do executado, com o pedido (com a pretensão) por ele deduzido, quer esteja voltado para um ato executivo específico, quer esteja voltado para as condições ou pressupostos da execução.

Assim, a resistência do executado trará uma pretensão oposta à pretensão do exequente, ou seja, sempre terá seu mérito próprio. A variável está no grau de autonomia dessa pretensão, o que, conseqüentemente, repercutirá na sua projeção para além do processo. Por exemplo, se a pretensão do executado é simplesmente reduzir a multa que tenha sido imposta para forçá-lo ao cumprimento da obrigação, a decisão que acolher essa pretensão estará confinada àquele processo ou fase, sem afetar a higidez da relação processual ou da obrigação. Entretanto, se a pretensão do executado disser respeito ao direito material, seu acolhimento resultará na extinção da execução, e também obstará à cobrança futura do débito em outra demanda (de conhecimento ou executiva).

As respostas do executado, portanto, devem ser examinadas à luz da execução somente na medida em que atreladas àquela pretensão executiva, de modo que o estudo dessas respostas deve ter como ponto de partida o objeto da pretensão do executado e suas repercussões para a execução e para fora do âmbito do processo.

Por esse motivo, para efeitos deste trabalho, as respostas do executado serão agrupadas e analisadas em três grupos distintos, qualquer que seja a forma de exercício da pretensão: as defesas de fundo, que questionam a própria existência do direito material exequendo; as defesas processuais, cujo fundamento está nos pressupostos processuais e nas condições da ação; e as defesas contra os atos executivos concretos.³⁷

2.3. Oposição processual

2.3.1. *Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade da execução civil*

2.3.1.1. *Os pressupostos processuais na execução civil*

O CPC/1973, em seu Capítulo III do Título I do Livro II (arts. 580 a 590), embora profundamente alterado pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, indica

37. Em certa medida, a ideia mencionada é compatível com a divisão feita por Barbosa Moreira a respeito das possíveis defesas do réu no processo de conhecimento: “ideias, as várias modalidades que ela pode apresentar. O réu pode defender-se: no plano do processo, no plano da ação e no plano do mérito. Pode formular impugnações de natureza processual, pode arguir a falta de alguma das condições reclamadas para o legítimo exercício do direito de ação, naquele caso concreto, e pode impugnar o próprio pedido, no plano do mérito” (Resposta do réu no sistema do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 2, item 2. São Paulo: RT, abr. 1976).

dois requisitos para o processamento da execução civil, autônoma ou não, quais sejam, o inadimplemento e a existência de título executivo, a revelar a forte influência da doutrina de Liebman na elaboração do Código. De fato, segundo o processualista italiano, existem dois pressupostos para a execução civil: o primeiro, de ordem prática, consistente na falta do cumprimento de uma obrigação (o inadimplemento), e o segundo, de ordem formal, referente ao título executivo.³⁸

Ideia semelhante é adotada em Portugal, referindo-se a doutrina a duas condicionantes (dois pressupostos) para que se possa conhecer da pretensão do exequente: que apresente título executivo formalmente válido e que demonstre a certeza, a liquidez e a exigibilidade da prestação exequente.³⁹ No Brasil, Humberto Theodoro Jr. adota expressamente esse entendimento.⁴⁰

O CPC/2015, por seu turno, repete essa fórmula nos arts. 783 a 788, apesar de preferir falar em exigibilidade da obrigação no lugar do inadimplemento, sem, porém, apresentar qualquer alteração de conteúdo, especialmente em vista da redação do art. 786, que traz a insatisfação da obrigação como “requisito da exigibilidade”.

Ao menos duas considerações são imprescindíveis.

De início, não se pode ignorar que, a partir do momento em que só se admite a execução ou só se constitui a relação processual executiva⁴¹ quando houver o inadimplemento ou quando estiver demonstrada a exigibilidade da obrigação, o resultado da demanda já estará previamente definido, e não há por que sequer permitir ao executado qualquer reação. Em outras palavras, é assumir posição favorável ao concretismo processual, já há tempos superado.

No mais, ainda que se admitam existentes esses “requisitos específicos da execução”, não se pode perder de vista que, como qualquer relação processual, também a execução civil, quer de forma autônoma, quer em fase de cumprimento de sentença, deve preencher os demais pressupostos processuais para existir e validamente desenvolver-se.

38. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6-8.

39. SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 41 e ss.; FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 38-42. Apesar da constante menção aos predicados da obrigação como pressupostos processuais, o autor sugere que esses talvez fossem melhor alocados sob a rubrica de condições da ação executiva.

40. THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 139.

41. SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 41, especialmente a nota 23.

Muito embora a doutrina nacional pareça aceitar de forma majoritária essa afirmação,⁴² deve-se ter em vista que os pressupostos processuais foram cunhados e seu estudo desenvolvido sempre à luz do processo de conhecimento e, consequentemente, sua adaptação à execução civil exige alguma adequação, especialmente nos chamados pressupostos negativos.⁴³

De toda sorte, é bem aceita a ideia de que os pressupostos processuais são requisitos para a existência e o perfeito desenvolvimento da relação jurídica processual, tendente à apreciação do mérito (a satisfação do exequente, para a execução civil). A presença (ou ausência, para os negativos) dos pressupostos processuais é essencial ao atingimento dos escopos do processo. Um processo viciado é incapaz de, satisfatoriamente, atingir esses escopos, pois, muito embora o ato viciado produza efeitos até que seja reconhecida sua nulidade, a simples possibilidade de anulação do ato já representa prolongamento indesejável do estado de incerteza.

Como não interessa ao Estado a manutenção do conflito (ainda que com outra roupagem), tampouco a reiteração de atos já realizados no curso do processo, além, obviamente, do risco de violação do devido processo legal (especialmente, por exemplo, em caso de vício na citação ou quebra da imparcialidade), cabe ao juiz, ao lado das partes, o controle, a qualquer tempo, dos pressupostos processuais. E, como se trata de matéria que pode e deve ser conhecida oficiosamente pelo magistrado, com mais razão poderá sê-lo mediante provocação da parte.

A falta de referência aos pressupostos processuais no rol dos arts. 525, § 1º e 917, do CPC/2015 (arts. 475-L e 745, do CPC/1973) não é, em absoluto, impedi-

42. Assim, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 150; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 85; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 59 e ss.; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 123 e ss.; NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 646 a 795. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VII, p. 6.

43. A classificação dos pressupostos processuais varia tanto quanto os autores que já se debruçaram sobre o tema e escapa aos propósitos deste trabalho declinar as diversas classificações e suas consequências. Para os fins deste trabalho, adotar-se-á a posição de Cândido Rangel Dinamarco sobre os pressupostos processuais (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 633 e ss.). Para exame detido acerca do instituto, confira-se BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – Uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*. v. 214, *passim*. São Paulo: RT, dez. 2012; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-93; e, com análise de diversa posição doutrinária, ARAÚJO, Luciano Vianna. Pressupostos processuais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 575-593.

mento para que o executado alegue o vício processual, seja pela via dos embargos, da impugnação, ou por simples petição nos autos da execução ou fase de cumprimento de sentença, objetivando a extinção da demanda, sem que sejam consumados os atos executivos que lhe são próprios.

No entanto, como já referido anteriormente, os pressupostos processuais ganham nova roupagem quando se trata de execução civil. A ausência de citação, por contar com dispositivo expresso e específico, será tratada em momento oportuno, mas, desde logo, é possível tecer breves considerações acerca de outros pressupostos que ganham contornos próprios, como a litispendência, a coisa julgada e a convenção de arbitragem.

Litispendência. Entendida como a repetição de uma demanda já em curso (com identidade de partes, pedido e causa de pedir),⁴⁴ para a execução civil, não faz sentido afirmar que a extinção da segunda demanda se justifica para evitar decisões contraditórias. Entre o resultado obtido com essa ou com aquela atividade executiva não há a possibilidade de contradição, senão a injusta duplicidade da atividade executiva, sacrificando-se o executado para além do razoável e, mais, para além dos limites de sua obrigação.

Aqui fica clara a insuficiência do título para dar resposta ao problema. Não raro a mesma obrigação gerará dois títulos executivos. Basta pensar no contrato subscrito por duas testemunhas e que serve de base para a emissão de notas promissórias. O credor malicioso poderá ajuizar duas demandas executivas aparentemente distintas, mas cuja obrigação exequenda é exatamente a mesma. Essa circunstância, excepcional, é verdade, mas nem por isso meramente acadêmica, exigirá do magistrado, para a verificação da litispendência, alguma incursão – mesmo superficial – sobre a relação jurídica material, a fim de verificar se se trata de dupla execução para única obrigação, ou se são obrigações distintas.⁴⁵⁻⁴⁶

44. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 380.

45. Araken de Assis (*Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 603) cogita da possibilidade de litispendência no cumprimento de sentença, em razão da possibilidade de cumprimento em local diverso do juízo prolator da sentença (art. 516, parágrafo único, do CPC/2015 e art. 475-P, parágrafo único, do CPC/1973). Com a devida vênia, é bastante remota essa possibilidade, porque se exige a remessa dos autos para o juízo onde se processará a execução.

46. Ao exemplo constante do texto pode-se objetar que há duas relações substanciais distintas, a relação negocial e a relação cambial, que com ela não se confunde, a afastar o fenômeno da litispendência. Todavia, é de ser reconhecer que a abstração dos títulos de crédito entra em cena de maneira ostensiva apenas quando de sua circulação (O caráter abstrato dos títulos de crédito. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. II, p. 1.751-1752) e, ainda que se reconheça essa distinção, haveria concurso de demandas, com nítida influência recíproca, de modo que a satisfação da

No mais, Dinamarco pondera que o estado de litispendência deve ser expandido para o momento intermediário entre a prolação da sentença condenatória e o início da fase de cumprimento de sentença, quando o processo ainda existe e está em estado de latência. A circunstância, contudo, dificilmente implicará duplicação da atividade executiva.

Coisa julgada. A sentença que extingue a execução ou a fase de cumprimento de sentença não faz coisa julgada material, e, formando coisa julgada formal, em tese, não representaria obstáculo à repetição da demanda, como ocorreria no processo de conhecimento. Todavia, na linha do quanto defendido no item 3.1.5, essa sentença tem o condão de exaurir a eficácia executiva daquele título, que não servirá para instrumentalizar nova atividade executiva.

Portanto, o que obstará à repetição da execução não é a formação da coisa julgada material, e sim o exaurimento do título executivo, pois a tutela jurisdicional já foi entregue ao exequente, servindo aquela sentença extintiva como comprovação do cumprimento (forçado que seja) da obrigação. O eventual prosseguimento dessa segunda demanda executiva não redundará, como no processo de conhecimento, em conflito de coisas julgadas, e abrirá ao executado a via da repetição do indébito, para ver-se ressarcido daquilo que “pagou” em duplicidade.⁴⁷

Convenção de arbitragem. Como não se admite a execução fora da jurisdição estatal, a existência de convenção de arbitragem não será obstáculo ao prosseguimento da execução. Do contrário, de nada valeria a eficácia executiva do contrato subscrito por duas testemunhas se a simples existência de cláusula ou compromisso arbitral fosse suficiente para reconduzir as partes, necessariamente, à demanda cognitiva.

Finalmente, em relação aos demais pressupostos processuais, neste trabalho considerados aqueles indicados por Cândido Rangel Dinamarco, como referido na nota 43 *supra*, não se vislumbra qualquer diferença ou especialidade em relação ao

obrigação em uma demanda deverá resultar na extinção da outra, por falta de interesse de agir. Ademais, o STJ já se manifestou favorável ao reconhecimento da litispendência, firme do princípio da economia processual (REsp 84.981/MG, rel. Min. Aldir Passarinho, 4ª Turma, j. 12.12.2000).

47. Dinamarco rejeita a existência desse pressuposto processual para a execução civil, pois a coisa julgada “projeta-se sobre a ordem processual com impedimento de novos julgamentos da mesma causa, o que não constitui objeto da relação processual executiva” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 92). De fato, talvez fosse preferível falar em falta de interesse processual, porquanto já está satisfeita a obrigação, mas, além de não haver nenhuma distinção prática, esse raciocínio poderia ser aplicado também ao processo de conhecimento e, nesse caso, seria mais razoável não encaixar a coisa julgada no rol dos pressupostos processuais, o que, de resto, vai contra o entendimento do próprio autor.

processo cognitivo, para além daquelas que serão consideradas a seguir, observando a ordem de questões disposta no art. 525, § 1º, CPC/2015.

2.3.1.2. *As condições da ação executiva*

As condições da ação representam o ponto de contato entre o direito material e o direito processual, pois é na situação concreta, na relação jurídica de direito material, que se vai verificar sua ocorrência e, conseqüentemente, a aptidão do processo para tutelar eficazmente aquela relação conflituosa que foi submetida ao Poder Judiciário. Elas representam “as faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial”.⁴⁸

As condições da ação servem, destarte, como método para aferição da pertinência do exercício jurisdicional (e não se duvida que a atividade executiva tenha essa natureza), isto é, funcionam como filtro para se analisar se, em tese, a situação jurídica afirmada no processo é passível de tutela. Dessa forma, têm relevante papel na técnica processual, permitindo desde logo que se extinga o processo quando se perceber que a jurisdição não poderá atingir seus escopos. Interessa especialmente ao Estado-Juiz a aferição das condições da ação, independentemente de provocação das partes.

Não há como rejeitar a aplicação da teoria das condições da ação para a execução civil, uma vez que, tanto quanto na demanda cognitiva, desempenham a mesma função de verificar, *prima facie*, a pertinência da demanda. A circunstância de se reconhecer a aptidão eminentemente prática da execução, concebida para a atuação concreta do direito e não para a produção de uma sentença de mérito, em nada afeta a aceitabilidade da teoria, uma vez que servirá para determinar se, em tese, é pertinente a realização dos atos executivos. Como destaca Dinamarco, a execução civil “deve ser estudada pelos mesmos critérios que norteiam o estudo da ação de cognição, sob pena de quebra da unidade do sistema”.⁴⁹

A ampla aceitação da doutrina de Liebman, referida no tópico antecedente, tornou bastante corrente a afirmação de que o título executivo é a única e exclusiva condição da demanda executiva. Amaral dos Santos chega a afirmar que o título executivo é o “pressuposto necessário e suficiente à instauração do processo de

48. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 307.

49. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 377. A doutrina de Dinamarco foi duramente criticada por Araken de Assis. A crítica, contudo, se bem analisada, volta-se não à aplicação da teoria das condições da ação à demanda executiva, mas à teoria como um todo, o que ultrapassa os limites deste trabalho (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 155-158).

execução”.⁵⁰ Liebman diz que o título executivo possui eficácia constitutiva, sendo a “fonte imediata e autônoma da ação executória”.⁵¹ Mais recentemente, Mandrioli e Carratta concluem que o título executivo é a única e verdadeira condição da ação executiva, pois é dele que se extraem o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido.⁵²

Esse entendimento está muito atrelado à ideia – rejeitada neste trabalho – de que a execução é completamente alheia à atividade cognitiva. Liebman, ao sustentar que o título constitui a demanda executiva, o faz para justificar a autonomia da execução em relação ao direito de crédito, esforçando-se para explicar por que a declaração de inexistência do débito implicaria a extinção da execução, uma vez que esta independe da efetiva existência do direito material (o tema é abordado no tópico 2.4.3).

Mandrioli e Carratta, por sua vez, distinguem a demanda cognitiva, que existe desde quando afirmado um direito potencialmente tutelável, da demanda executiva, que pressupõe o prévio accertamento do direito, algo como uma fotografia da situação concreta, tornando desnecessária a verificação de eventual correspondência com a realidade. Para os autores, essa fotografia – o título executivo – exaure as condições da ação, pois a atividade será desenvolvida para a atuação do direito accertado no título, independentemente de sua correspondência com a realidade.

Todavia, a função do título executivo é muito mais tímida. Serve apenas para tornar adequada a via executiva que, de resto, baseia-se nas afirmações do exequente tanto quanto a demanda cognitiva, nas afirmações do autor.⁵³ Mesmo quem sustenta que as condições da ação executiva se esgotam no título executivo não nega a exigibilidade como requisito para a execução e, evidentemente, a exigibilidade não é atributo do título executivo, e sim da obrigação exequenda – o que só confirma a aplicação da teoria das condições da ação à demanda executiva, bem como a proximidade dessas com o direito material exequendo.

Ademais, não é suficiente que o exequente apresente o título executivo sem mais nada afirmar ou requerer. Deverá, além do título, dizer-se credor e – minima-

50. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 3, p. 216.

51. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 159.

52. MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Direito processuale civile: l'esecuzione forzata*. 23. ed. Torino: Giappichelli, 2014. p. 19-27. Igualmente, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 122.

53. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 160; DIDIER JR., Fredie. O título executivo é uma condição da ação executiva? In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11-15.

mente – sustentar o inadimplemento do executado. Vislumbrando-se, desde logo, que a suposta obrigação não é exigível porque, v.g., não está vencido o prazo para cumprimento, o pedido de tutela jurídica executiva é impertinente e a demanda deverá ser extinta sem resolução do mérito.

O título executivo, nessa medida, torna adequada a via executiva (interesse-adequação), mas é da afirmação do inadimplemento e de que a prestação é exigível que se extrai o interesse-necessidade, afinal, nem sempre a exigibilidade poderá ser aferida exclusivamente a partir do que consta do título executivo, como usual em situações de obrigações sujeitas a termo ou condição ou com prestações recíprocas, para as quais se exige do exequente prova do implemento ou do cumprimento da contraprestação. O mesmo se diga sobre a legitimidade. Não raro a correspondência entre os sujeitos da demanda e os sujeitos da relação material não coincidirá com aquilo que consta do título, embora seja este o ponto de partida para se aferir a legitimação *ad causam*.⁵⁴

Essas situações, que ensejam o reconhecimento de carência da demanda executiva, devem ser aferidas pelo magistrado em análise preliminar de admissibilidade da execução, independentemente de qualquer provocação das partes. A vocação da demanda executiva e a repercussão de seus atos na esfera de interesses do executado recomendam que essa análise seja mais cautelosa e detida do que nas demandas cognitivas, mesmo porque na execução o magistrado possui o título executivo como ponto de partida, algo muito mais concreto que as meras afirmativas do autor.

2.3.2. *As defesas processuais em espécie*

2.3.2.1. *Falta ou nulidade de citação*

De acordo com os arts. 525, § 1º, I, e 535, I, do CPC/2015, o executado poderá, desde que o processo de conhecimento tenha corrido à sua revelia, arguir a falta ou a nulidade da citação para a demanda cognitiva. O primeiro requisito para que o executado possa valer-se desse fundamento de impugnação é a ocorrência da revelia. Tendo o executado comparecido na fase de conhecimento, não poderá arguir o vício em sede de impugnação, pois, ainda que se pudesse falar

54. Acolhendo os reclamos de parcela substancial da doutrina, o CPC/2015 extinguiu a possibilidade jurídica do rol das condições da ação. Era frequente a referência à impossibilidade jurídica para obstar a realização de atos executivos descabidos ou impertinentes em relação à obrigação exequenda. A supressão da possibilidade jurídica não afasta a necessidade de o juiz controlar esses atos executivos e avaliar sua aptidão para satisfazer o exequente sem sacrifício desnecessário do executado. Apenas se se pretender rotular a atividade do magistrado, pode-se afirmar que é inadequado o ato executivo excessivo ou impertinente, ou que falta interesse para a realização de atos em que, desde logo, possa se constatar a inaptidão para a satisfação do exequente.

em nulidade da citação, ao executado já foi possível discutir o vício no curso do processo cognitivo (arts. 239, § 1º, e 337, I, do CPC/2015).

A revelia deve ser entendida como uma situação de fato objetiva. É a ausência de resposta e não deve ser confundida com os efeitos da revelia,⁵⁵ ou seja, ao réu revel que foi dado curador especial, embora não incidam os efeitos da revelia, é possível arguir a falta ou o vício de citação quando da apresentação da defesa na fase de cumprimento de sentença.⁵⁶

O processo só é legítimo na medida em que as partes podem influenciar na decisão, mediante a efetiva possibilidade de pleno exercício do contraditório. Havendo vício que comprometa a higidez do processo de maneira tão grave, impedindo que o réu deduza defesa, é natural que se dê oportunidade de reação, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O vício, aliás, é de tal forma grave que, apesar da divergência doutrinária a respeito de sua repercussão, se gera inexistência ou invalidade, é unânime o entendimento de que a alegação de falta ou nulidade de citação sobrevive ao prazo para a ação rescisória, e mesmo ao prazo para impugnação, isto é, nada obsta que, superado o prazo de 15 dias para a defesa típica, o executado alegue o vício por simples petição.⁵⁷⁻⁵⁸

55. Por todos, BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 81-85.

56. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 253; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 485.

57. Entendendo que é caso de inexistência, veja-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 360; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*. v. 12. p. 27 e ss. São Paulo: RT, out.-dez. 1987. Em sentido contrário, rejeitando a tese da inexistência, ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 253; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 169; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 794. Enfrentar o intenso debate doutrinário seria extrapolar os limites deste trabalho, mas, de toda forma, apenas a título de registro, são interessantes as críticas à teoria da inexistência feitas por Heitor Sica, ao apontar que (i) o processo se inicia com a apresentação da petição inicial, logo, se fosse possível cogitar de inexistência, jamais poderia ser do processo como um todo; e (ii) a sentença liminar de improcedência, ou a terminativa, sem a citação do réu, é existente, válida e eficaz (Comentários aos arts. 513 a 527. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 829).

58. Sandro Gilbert Martins (*Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 102-104 e 147-149) prefere catalogar a ausência de citação no plano da eficácia, como forma de preservação da esfera jurídica daquele que não teve a oportunidade de participar em contraditório. Lembra o autor, ademais, com razão, que mesmo nestes casos graves há a produção de algum efeito, na medida em que se admite o início da fase de cumprimento de sentença, haja vista a necessidade de declaração da nulidade da citação.

Advirta-se, no mais, que a alegação de falta ou vício de citação não é legítima para qualquer execução fundada em título judicial. A sentença penal condenatória, por exemplo, está sujeita à revisão criminal e não cabe ao juízo cível validar ou anular o processo criminal; o controle sobre a sentença estrangeira é realizado exclusivamente pelo Superior Tribunal de Justiça; e nos casos de autocomposição, por óbvio, pressupõe-se a participação das partes. É cabível a arguição desse fundamento de defesa, conseqüentemente, nas hipóteses referidas nos incisos I, IV, V e VII do art. 515 do CPC/2015.

Por fim, trata-se de defesa processual uma vez que, acolhida, possui eficácia constitutiva negativa, de todo equiparável à rescisória. Aquela sentença viciada é retirada do mundo jurídico para que outra seja proferida em seu lugar. Desconstituído o título executivo (que até então, apesar do grave vício, era apto a autorizar as atividades executivas), haverá a extinção da fase de cumprimento de sentença, e não do processo como um todo, determinando-se a retomada da demanda cognitiva, desde a citação, para que o réu possa apresentar sua defesa e fazer prova de suas alegações.

2.3.2.2. *Ilegitimidade*

Diversamente do que ocorre nas demandas cognitivas, nas quais a legitimidade pode ser aferida a partir das afirmações do autor na petição inicial,⁵⁹ para a execução não bastará essa simples afirmação, na medida em que essa indicação na petição inicial (ou no requerimento) deve, em princípio, coincidir com o que consta do título executivo. Diz-se, assim, que o título executivo é a fonte mediata da legitimidade executiva, já que aponta diretamente quem deve ser o exequente e quem deve ser o executado, ou ao menos fornece os elementos iniciais para se precisar quem deverá compor a relação jurídica processual.⁶⁰

Quando coincidem as partes da execução com os sujeitos dispostos no título executivo, diz-se que é caso de legitimação ordinária primária, pois são os sujeitos originais da *res in iudicium deducta*. Por outro lado, acontecimentos posteriores à formação do título executivo podem alterar a titularidade da relação material, e, por via reflexa, a legitimidade para a execução. Nesses casos de legitimação ordinária superveniente, há transmissão do crédito ou do débito por sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*, e o título servirá apenas como ponto de partida para aferição da legi-

59. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 281.

60. SHIMURA, Sérgio. A cessão de crédito e a legitimidade ativa na execução. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2009. v. 3, p. 701-703; e ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 161-162.

timidade, a qual deverá ser comprovada com outros elementos que demonstrem a transmissão.

Obtempere-se que a transmissão pode se dar antes ou durante o curso da execução e, ocorrendo no polo ativo, isto é, havendo transmissão do direito de crédito, operar-se-á independentemente da vontade do executado (art. 778, § 2º, do CPC/2015); ao passo que a transmissão do débito por ato *inter vivos* dependerá sempre da concordância do exequente, a fim de evitar que a transmissão possa tornar infrutífera a execução.⁶¹

Entretanto, nem sempre será a partir da relação entre débito e crédito da qual se extrairá a legitimidade para a execução. Ninguém questiona que não há necessária coincidência entre débito e responsabilidade e, por isso, não apenas os sujeitos que são obrigados ao cumprimento da prestação podem ser partes legítimas para a execução. Também o são os meramente responsáveis.

O entendimento, contudo, não é uníssono. Para Liebman, o mero responsável não é parte na execução, apesar de suportar os atos executivos.⁶² Na mesma linha, Sérgio Shimura e Rita Dias Nolasco afirmam que o atingimento dos bens pelos atos executivos não descaracteriza o fato de serem essas pessoas meros responsáveis e, portanto, terceiros em relação à demanda executiva.⁶³

Por outro lado, há que se ponderar que sujeitar o patrimônio de alguém à execução sem que se lhe reconheça a qualidade de parte é flertar com a violação ao princípio do contraditório. Só se pode admitir que alguém seja afetado pela atividade executiva se lhe for permitido o manejo de todos os meios legítimos de defesa, o que certamente não se resolve com os embargos de terceiro.⁶⁴ Digna de nota é a observação de José Maria Câmara Júnior:

61. A cessão do crédito no curso da execução é típica situação de alienação da coisa litigiosa, mas, em razão da especialidade da execução de possuir “desfecho único”, é desnecessária a providência do art. 109 do CPC/2015.

62. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 96

63. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 55; NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (coord.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 213.

64. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 434, nota 172. José Alberto dos Reis explica o fenômeno distinguindo legitimidade formal de legitimidade substancial. Para o autor português, o responsável não é parte substancial, pois estranho à relação material, mas é parte formalmente legítima, na medida em que integra a relação processual executiva e sofre os efeitos daquela atividade (*Processo de execução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1957. v. 1, p. 212-218). Araken de Assis, por outro lado, lembra que o fiador não é obrigado e mesmo assim a lei lhe caracteriza como parte na demanda executiva (Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo. *Revista da AJURIS*. v. 21, n. 61, Porto Alegre, jul. 1994. p. 10-11).

“A legitimidade ‘ad causam’ considera a pertinência subjetiva em relação à crise de adimplemento e a exequibilidade decorre da identificação da parte como responsável pela satisfação do crédito e não necessariamente como participante da relação de direito material”.⁶⁵

Disso deflui que são duas as situações legitimantes que podem servir à oposição do executado quanto à sua posição na demanda executiva. Ele poderá arguir a ilegitimidade ativa ou passiva à luz do título executivo e sua eventual circulação, afirmando não ser aquele o credor ou não ser ele o devedor; ou, ainda, poderá insurgir-se contra a execução aduzindo que inexistente a relação de responsabilidade de seus bens com a obrigação exequenda. Nas duas hipóteses, não se questiona a existência do direito material, mas apenas a pertinência subjetiva da excussão, seja em vista da inexistência de relação débito/crédito, seja em razão da inexistência de responsabilidade pelo débito.

A arguição de ilegitimidade pelo executado atrairá a incidência dos arts. 338 e seguintes do CPC/2015, competindo-lhe indicar qual a parte que entende legítima para compor o polo passivo da execução.⁶⁶ No entanto, há de ser aplicado o disposto no art. 339, § 2º, CPC/2015 com cautela. Inexistindo momento próprio para saneamento na execução, caberá ao juiz, desde logo, apreciar a questão da legitimidade, salvo haja necessidade de alguma dilação probatória, para evitar que sejam consumados os atos executivos contra parte ilegítima.

2.3.2.3. *Inexequibilidade do título e inexigibilidade da obrigação*

A redação do CPC/1973 sempre foi muito criticada pela doutrina por falar em inexigibilidade do título (arts. 475-L, II, e 741, II). Para parcela da doutrina, o dispositivo deveria ser lido como inexigibilidade da obrigação, pois é esta, no plano do direito material, que não tem condições de ser exigida, e não o título.⁶⁷ Por outro lado, havia quem entende-se que, na verdade, em vez de inexigibilidade, o correto deveria ser “inexequibilidade” do título, com apoio na redação do Código português.⁶⁸ Entre uma e outra opção, o CPC/2015 optou pelas duas: lê-

65. CÂMARA JÚNIOR, José Maria. Comentários aos arts. 789 a 796. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1808.

66. Evidentemente, a margem para arguição de ilegitimidade na fase de cumprimento de sentença é bastante reduzida, eis que, no mais das vezes, a legitimidade terá sido equacionada no curso da fase cognitiva.

67. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 461.

68. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1.089.

-se dos arts. 525, § 1º, III, e 917, I, que a defesa do executado poderá se fundar na “inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação”.

Apesar de reunidas no mesmo inciso, inexequibilidade do título e inexigibilidade da obrigação são hipóteses de defesa bastante diversas. Título inexequível é aquele que não reúne todos os atributos necessários para que a lei o qualifique como título executivo, ao passo que a inexigibilidade da obrigação se liga à inexistência de termo, condição ou contraprestação.

A exequibilidade do título deve ser aferida a partir de seus elementos substanciais e formais.⁶⁹ Não será exequível o título que não represente obrigação líquida, certa e exigível (elementos substanciais), da mesma forma que o título que não contiver todos os elementos formais exigidos pela lei para sua qualificação como executivo não poderá justificar a demanda executiva, como nos casos da sentença estrangeira não homologada, da nota promissória sem data de emissão, do contrato sem assinatura de duas testemunhas etc.

Se a análise dos requisitos substanciais do título executivo talvez demande exame mais acurado da relação material subjacente, a exigir novos elementos a serem trazidos aos autos pelo executado, os elementos formais, no mais das vezes, devem ser verificados pelo juiz antes de se decidir pelo deferimento da execução, pois são aferíveis a partir da confrontação do título com o modelo legal estabelecido.⁷⁰

A exigibilidade corresponde à ausência de óbices jurídicos para o exercício do direito documentado no título, ou seja, a obrigação será exigível quando não houver nada pendente para que o executado cumpra sua obrigação: a contraprestação já foi cumprida, a condição já foi implementada ou o termo já ocorreu. Por isso mesmo a exigibilidade pode ser caracterizada como elemento integrante das condições da ação, já que revela a necessidade de recurso ao Poder Judiciário para a satisfação do direito.

69. A distinção é relevante para o direito italiano, porquanto as formas de impugnação variam conforme se discutem aspectos substanciais ou formais do título executivo. Para análise à luz da jurisprudência, veja-se GIUSTI, Giancarlo. *Le opposizioni nel processo esecutivo: procedimento e casistica*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 79 e ss. No direito brasileiro, veja-se PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187-189; e, com ampla referência jurisprudencial sobre os vícios formais dos títulos executivos extrajudiciais, MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 108 e ss.

70. Defendendo a necessidade de exame acurado da regularidade formal do título executivo, antes de ser despachada a execução, v. MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de proceso de ejecución civil*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. t. I, p. 677. Também, SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 74.

Como a exigibilidade é matéria que se colhe a partir das regras de direito material, é claro que se está na fronteira entre a defesa de fundo e a defesa processual, característica comum, aliás, a todas as condições da ação. O que é preciso ter em mente é que a exigibilidade é a antecedente lógica do inadimplemento (este sim matéria de fundo) e com ele não se confunde.⁷¹

A defesa processual que nega a exigibilidade da obrigação apenas controverterá a ocorrência do termo, o implemento da condição ou o fato de o exequente não ter cumprido sua prestação. É ônus do exequente fazer prova da exigibilidade da obrigação, desde logo comprovando que se verificou o termo ou a condição, ou o adimplemento da contraprestação que lhe corresponde.

É de se ponderar que o ônus de provar a exigibilidade da obrigação ganha nova roupagem com o CPC/2015, uma vez que, ao admitir a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, inclusive como forma de justificar o ajuizamento da demanda (art. 381, III), traz ao exequente, que deve provar o implemento do termo ou da condição ou fazer prova do cumprimento de sua prestação, o ônus de instruir a demanda executiva de maneira completa, sem que lhe sirva qualquer escusa a respeito da dificuldade de prova dos fatos. Diante do agora positivado cabimento da prova antecipada sem urgência, não bastará a simples afirmação do exequente, apoiada em meros indícios de prova. Sem essa prova, o juiz não terá condições de deferir o processamento da execução, pois será impossível, *prima facie*, dizer se está preenchido o requisito da necessidade.

É claro que essa questão poderá ser mais ou menos complexa conforme a natureza do direito controvertido. Constatar se o débito está vencido é muito mais fácil do que verificar o implemento de uma condição, por exemplo, envolvendo plantio de soja, mas, nas duas situações, não se questionará o inadimplemento do executado, ou mesmo se a obrigação existe ou não existe. A controvérsia, e assim a prova, gravitará apenas em torno da oportunidade da exigência feita pelo exequente.

Eventual debate sobre o adimplemento ou inadimplemento da obrigação já pressupõe sua exigibilidade, e, conseqüentemente, é defesa de fundo que pretende o reconhecimento da extinção da obrigação, por exemplo, pelo pagamento ou pela prescrição.⁷²

Por outro lado, é possível vislumbrar situações nas quais o debate acerca da condição resultará na declaração da inexistência do direito e, portanto, qualificar-se-á como defesa de fundo, resolvendo a situação de direito material. São os casos

71. O Código Civil confirma a assertiva ao estabelecer que não corre a prescrição enquanto a condição estiver pendente (art. 199, I).

72. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 796.

referidos na doutrina civilista como “condições impossíveis”, as quais, desde que de natureza suspensiva,⁷³ geram a invalidade do negócio jurídico, na forma do art. 123, do Código Civil, e, nessa medida, se o executado demonstrar que era impossível a realização da condição, a solução será de reconhecimento da invalidade do negócio jurídico, extravasando os limites processuais da execução.⁷⁴

Vale destacar que, para levar à invalidação do negócio jurídico, a impossibilidade da condição suspensiva deve ser originária, isto é, o estado de impossibilidade deve estar presente desde o momento em que se pactuou a condição e não ter surgido em momento posterior. A impossibilidade superveniente conduz à falha, “*não se adquirindo o direito a que visava o ato*” e, como tal, qualifica-se como defesa processual, eis que coloca em dúvida apenas a exigibilidade da obrigação.⁷⁵

2.3.2.3.1. O direito de retenção

Entre as causas de inexigibilidade da obrigação está o direito de retenção, já que condiciona o cumprimento da obrigação de entrega da coisa certa à contraprestação de pagamento pelas benfeitorias necessárias ou úteis autorizadas.⁷⁶

73. De acordo com o art. 124, do Código Civil as condições resolutivas impossíveis são inexistentes e, conseqüentemente, não prejudicam a higidez do próprio negócio jurídico, que apenas não se resolverá.

74. Nessa linha, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 542 e ss. Para críticas à opção do Código, RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 246 e ss. Além das situações de impossibilidade para qualquer pessoa, parece razoável que a possibilidade da condição seja analisada conforme as capacidades dos sujeitos envolvidos. Por exemplo, se para o comum das pessoas viajar para a lua pode ser uma condição impossível, talvez para um astronauta da Nasa não o seja; da mesma forma que para um atleta profissional ganhar uma medalha olímpica é algo factível, mas para o corredor de final de semana trata-se de condição fisicamente impossível.

75. O trecho em destaque é de VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33. É bom frisar que a impossibilidade superveniente de implemento da condição, embora não acarrete a invalidação do negócio jurídico, faz com que a expectativa de direito seja frustrada de modo definitivo, o que, em tese, poderá justificar indenização por perdas e danos.

76. As benfeitorias podem ser necessárias quando visam a conservar a coisa, evitando que se deteriore; úteis, porque melhoram as qualidades da coisa, sem que sejam indispensáveis à sua conservação; e voluptuárias, quando têm efeito de mero embelezamento, de adorno. As primeiras geram o direito de retenção, ainda que não autorizadas pelo titular da coisa; as segundas, somente quando por ele autorizadas; e as voluptuárias podem ser retiradas pelo possuidor, desde que sem prejuízo à integralidade da coisa. Se a retirada dessas benfeitorias prejudicar o principal, o possuidor as perderá quando da devolução da coisa (art. 1.219 do Código Civil).

Trata-se de instituto de direito material que dá ao possuidor da coisa o privilégio de só entregá-la após o ressarcimento das benfeitorias realizadas.⁷⁷

Desde a redação original do CPC/1973 até o CPC/2015, o exercício do direito de retenção no processo de execução ou na fase de cumprimento de sentença sofreu inúmeras alterações. Antes da reforma operada pela Lei 11.382/2006, os embargos de retenção não se confundiam com os embargos à execução e poderiam até mesmo ser cumulados.⁷⁸ Com a revogação do art. 744, do CPC/1973, o direito de retenção passou a ser matéria de embargos à execução (art. 745, IV, CPC/1973), o que se repete na redação do art. 917, IV, do CPC/2015.

Além disso, na redação original do CPC/1973, o direito de retenção era previsto apenas para os casos de sentença que determinasse a entrega da coisa, sem qualquer previsão para a execução fundada em título executivo extrajudicial. Na vigência do CPC/2015 a lógica é completamente diversa, e o direito de retenção deve ser arguido em contestação na demanda de conhecimento, sob pena de preclusão (art. 538, § 2º, CPC/2015).

Por esse motivo, o CPC/2015 não prevê o cabimento do direito de retenção na impugnação ao cumprimento de sentença. Todavia, não se pode afastar a possibilidade de o executado arguir o direito de retenção sempre que a execução estiver fundada em título judicial. Como já exposto neste trabalho, há títulos executivos judiciais que não advêm de um prévio processo de conhecimento, no qual o executado pudesse arguir o direito de retenção, e, por via de consequência, é ilegítimo furtar-lhe esse direito, já que não teve oportunidade anterior de exercê-lo.⁷⁹

Ademais, a impossibilidade de arguir o direito de retenção, contudo, em nada afeta o direito de crédito do executado. A retenção da coisa visa apenas facilitar ao possuidor o exercício do seu direito à indenização pelas benfeitorias, sendo-lhe permitido reter a coisa até que se veja indenizado. Não sendo possível exercer o direito de retenção, restará ao executado socorrer-se às vias ordinárias para a cobrança de seu crédito.⁸⁰

77. BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias*. 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 39.

78. DESTEFENNI, Marcos; CAMPOS, Gledson Marques de. Os novos embargos à execução e o exercício do direito de retenção por benfeitorias. *Revista de Processo*. v. 153, item 6. São Paulo: RT, nov. 2007.

79. Tratando do instituto na redação do CPC/1973, Cândido Rangel Dinamarco admite que o direito de retenção seja alegado pelo executado desde que a sentença seja silente a esse respeito e não seja necessária ampla dilação probatória (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 800). Com a vigência do CPC/2015, parece claro que essa matéria não poderá ser arguida na impugnação, se poderia ter sido alegada em contestação.

80. SHIMURA, Sérgio. Execução para entrega de coisa. *Revista dos Tribunais*. v. 81, item 6.3. São Paulo: RT, jan. 1996.

Por isso é forçoso reconhecer a peculiaridade da pretensão do executado: enquanto direito de retenção, insere-se na demanda executiva como condição para a exigibilidade da obrigação; porém, em relação ao direito de crédito que lhe é inerente, é verdadeira demanda condenatória em face do exequente. É, a uma só vez, o exercício de uma pretensão material ao crédito pelas benfeitorias realizadas e defesa de índole processual, a obstar ao prosseguimento da execução enquanto não há o ressarcimento do executado.

Essa é a grande controvérsia a respeito da defesa fundada no direito de retenção: como compatibilizar esse instituto de direito material com o prosseguimento da execução? A influência do direito material no processo é, aqui, bastante sensível. Não se exige do executado que deposite⁸¹ a coisa para apresentar defesa fundada no direito de retenção. Bastará que demonstre qual o estado anterior e o estado atual da coisa e que dê valor às benfeitorias realizadas para, em homenagem ao direito material, inverter-se a lógica da execução, cabendo ao exequente garantir o juízo para imitir-se na posse da coisa (art. 917, § 6º, do CPC/2015).

2.3.2.4. Excesso de execução

Seguindo orientação já constante do CPC/1973, o novo diploma processual elenca cinco hipóteses de excesso de execução: (i) quando o exequente pleiteia quantia superior àquela constante do título; (ii) quando a execução recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; (iii) quando a execução se processa de modo diverso daquele previsto em lei para a satisfação da obrigação documentada no título; (iv) quando o exequente exige o adimplemento da obrigação sem ter cumprido sua contraprestação; e (v) quando o exequente não prova que a condição foi realizada (art. 917, § 2º, do CPC/2015).

O primeiro esclarecimento a ser feito é que as duas últimas hipóteses, na verdade, encerram situações de inexigibilidade da obrigação, como já referido no tópico 2.3.2.3 *supra*, e não casos de excesso de execução. Aqui, o CPC/2015 repetiu o equívoco do CPC/1973, que também arrolava essas situações de inexigibilidade no catálogo das causas de excesso de execução.

81. Cândido Rangel Dinamarco chega a afirmar que admitir os embargos de retenção sem o depósito da coisa seria “um desgaste muito grande para a eficácia do título executivo”, embora reconheça a existência de decisões do STJ que dispensam essa providência. A exigência do depósito poderia até ser intuita a partir da conjugação dos arts. 621 e 622 do CPC/1973, mesmo após a reforma da Lei 11.382/2006, mas o CPC/2015 afasta qualquer exigência de garantia para o exercício do direito de defesa e, a bem da verdade, dizer que é possível exercer o direito de retenção sem lhe permitir seu principal efeito – justamente o de manter a posse da coisa – é dar arma desmuniada ao executado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 800-801).

Quando o executado alega excesso de execução, apresenta defesa de cunho eminentemente processual, haja vista que não pretende discutir a existência ou a inexistência da obrigação, mas confinar sua obrigação aos limites previstos no título executivo. Naquilo que sobeja, a execução é desprovida de título executivo, e, por via de consequência, trata-se de meio inadequado para a satisfação do exequente.⁸²

A inadequação da execução ocorre quando o exequente pretende coisa diversa daquela indicada no título ou quando pretende coisa além daquela disposta no título (obrigações de dar coisa certa), o que reconduz à afirmação anterior: em relação à coisa pretendida, não haverá título que legitime a atividade executiva.

Também se caracteriza excesso qualitativo quando o exequente pretende executar obrigação diversa daquela indicada no título. É dizer: o exequente não poderá executar a entrega de coisa, quando se trata de obrigação de fazer; a obrigação de não fazer não se executa pela expropriação patrimonial. Não se confunda o excesso, caracterizado pela pretensão incompatível com o direito representado no título, com a realização de meios atípicos de execução que possam conduzir à satisfação daquela pretensão. Não haverá excesso se, por exemplo, para evitar a poluição de um rio (não fazer), a atividade executiva determinar a instalação de filtros (fazer), ou se para compelir o executado à entrega de uma coisa, lhe for imposta – e executada – multa pecuniária. É o objetivo final, e não os meios para o seu atingimento, que revelam o excesso.

Finalmente, a situação mais comum – e mais problemática – de excesso de execução é quantitativa. Haverá excesso de execução sempre que a quantia pretendida pelo exequente sobejar aquela constante do título. Da mesma forma que se exige do exequente que instrua sua petição inicial (ou requerimento inicial) com memória de cálculo demonstrando qual o valor da execução (arts. 524, *caput* e 798, I, *b*), a lei atribui ao executado o ônus de, ao alegar excesso de execução, indicar precisamente qual o valor que entende excessivo, instruindo sua defesa com a respectiva memória de cálculo (arts. 525, § 4º e 917, § 3º). Trata-se de regra isonômica, pois, da mesma forma que não se pode permitir o processamento da execução sem que se conheçam seus limites quantitativos, não é razoável admitir a defesa genérica de excesso, apenas com o objetivo de tumultuar o regular andamento da execução. Por isso, diz o CPC/2015 que a defesa desacompanhada não será conhecida e, se for este o seu único fundamento, deverá ser rejeitada liminarmente.

82. Nesse sentido, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 178; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 803. Para a exposição das divergências doutrinárias sobre o tema, veja-se MOREIRA, Alberto Camiã. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154 e ss.

A rejeição liminar ou o não conhecimento do fundamento, contudo, devem ser analisados com cautela. De antemão, é preciso que se dê a oportunidade para o executado complementar sua defesa, trazendo aos autos a memória de cálculo ou indicando o valor que entende correto. Apenas após essa providência é que será razoável o indeferimento da defesa ou a rejeição desse fundamento.

Essa já era a orientação da doutrina na vigência do CPC/1973,⁸³ porém, em sede de julgamento repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça havia consolidado o entendimento de que haveria preclusão e não seria admissível a complementação da impugnação ou dos embargos.⁸⁴

Duas ponderações são de rigor: primeiramente, o entendimento não se amolda à vocação declarada no CPC/2015 de privilegiar o julgamento de mérito e superar eventuais vícios sanáveis no curso do procedimento; em segundo lugar, bem lido o acórdão, percebe-se que a controvérsia gravitava em torno dos critérios para a realização do cálculo e que esses estavam já consolidados por ocasião da fase de liquidação. Apenas nesse sentido se pode admitir a preclusão, pois, no excesso, tem-se execução desamparada de título executivo, sujeita, portanto, ao controle *ex officio*.⁸⁵

Ademais, a redação legal, ao falar em “simples cálculos aritméticos”, ignora que as contas possam ser matematicamente complexas e que o executado talvez não tenha condições de apresentá-las. Silas Silva Santos, ao escrever sobre a possibilidade de o executado hipossuficiente se valer do contador do juízo (tal qual o exequente) para a apresentação das contas, lembra que “há casos – e não são poucos – em que a definição do valor do débito dependerá de trabalho pericial hercúleo”.⁸⁶

Em situações intrincadas, nas quais é evidente que as contas são complexas, não haverá qualquer afronta ao devido processo legal – aliás, dar-se-á concretude aos princípios da boa-fé e da cooperação – se ao executado for prolongado o prazo

83. THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 197.

84. Confira-se STJ, REsp 1.387.248/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Corte Especial, j. 07.05.2014.

85. A confirmar a assertiva, o CPC/2015, tal qual o diploma anterior, permite ao juiz que faça – independentemente de provocação – o controle do cálculo sempre que, desde logo, houver dúvida sobre a correção das contas apresentadas pelo exequente. No sentido do texto, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 204-205; MALLETT, Estevão. *A execução e seus limites*. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 129, itens 6 e 7, especialmente. São Paulo: RT, jan. 2008; MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.

86. SANTOS, Silas Silva. O excesso de execução e os requisitos da petição que veiculam essa defesa. Leis 11.232/2005 e 11.382/2006: um enfoque constitucional. *Revista de Processo*. v. 156, p. 6. São Paulo: RT, fev. 2008.

para apresentação das contas (art. 139, VI, do CPC/2015), ou mesmo admitir a defesa que traga elementos que possam infirmar as contas do exequente, mas sem a completude técnica necessária, para posterior realização da prova pericial.

Para evitar a chicana, como regra para o ordinário das situações, nas quais as contas são realmente simples, deve-se exigir do executado sua apresentação já em embargos ou na impugnação. No entanto, situações excepcionais reclamam soluções também excepcionais e, nos casos em que os “meros cálculos” são na verdade bastante complexos, a liminar rejeição da defesa poderá significar grave violação ao contraditório.

2.3.2.5. *Cumulação indevida*

É mais restrito o cabimento da cumulação de demandas quando se trata de execução, exigindo o art. 780 do CPC/2015 (tal qual já o fazia o art. 573 do CPC/1973) que o juízo seja competente para todas as execuções, que todas se submetam ao mesmo procedimento e, além disso, que sejam as mesmas partes. Esses requisitos prestam a assegurar a efetividade da execução, para evitar embaraços no curso da atividade executiva. Por um lado, a cumulação pode ser atenciosa à economia processual e evitar o processamento de duas demandas, quando apenas uma já é suficiente para equacionar os litígios entre as partes; mas, por outro lado, permitir execuções sujeitas a regimes diferentes poderá tumultuar sobremaneira o processo, causando mais embaraço do que vantagens.

Por essa razão, o exequente que possui contra o mesmo executado mais de um título executivo (sobre idêntica ou diversa obrigação)⁸⁷ poderá ajuizar apenas uma demanda, cumulando suas pretensões executivas desde que as obrigações subjacentes possuam a mesma natureza, isto é, a pretensão ao recebimento de quantia só pode ser cumulada com outra pretensão ao recebimento de quantia, a obrigação de fazer, com outra obrigação de fazer, e assim sucessivamente, pois, do contrário, seria tumultuada a ordem dos atos executivos.⁸⁸

Pela mesma razão, a lei exige que o cúmulo respeite a identidade de partes. Não obstante a literalidade do texto legal, autorizada doutrina entende admissível a possibilidade de cumulação subjetiva de execuções.⁸⁹ No entanto, há de se ponderar que haveria, nesses casos, alguma dificuldade em atribuir o resultado ou delimitar o alcance dos atos executivos. Só a necessidade dessa cautela já é suficiente para

87. No particular, veja-se a Súmula 27 do STJ: “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”.

88. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 452.

89. CARVALHO, Fabiano. Comentários aos arts. 771 a 780. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.789.

recomendar a separação das execuções, como determina o Código. Registre-se que a impossibilidade de cumulação subjetiva em nada afasta que haja litisconsórcio ativo e/ou passivo na execução.⁹⁰

Outrossim, não havia qualquer dúvida na doutrina a respeito da possibilidade de cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial, antes da reforma da Lei 11.232/2005.⁹¹ Essa possibilidade não foi extinta, apenas restringida após a Lei 11.232/2005, bem como na redação do CPC/2015. É claro que não se admitirá a cumulação de execução fundada em título extrajudicial em fase de cumprimento de sentença que se segue à sentença condenatória; mas não é irrazoável pensar que as mesmas partes podem ter celebrado acordo extrajudicial homologado (art. 515, III) e, por outra razão, celebrado qualquer outro negócio documentado em título executivo extrajudicial. Respeitados os requisitos legais, nada obsta à cumulação dessas execuções.⁹²

Mesmo sob as luzes do CPC/1973, a doutrina, apesar de reconhecer no cúmulo indevido elemento atinente às condições da ação, na modalidade adequação, já sustentava que seu reconhecimento não deveria conduzir à extinção integral do processo, senão a extinção de apenas uma das pretensões.⁹³ A inspiração do CPC/2015, visando o máximo aproveitamento dos atos e evitar a extinção sem resolução do mérito (art. 317), recomenda, na medida do possível, que não haja extinção qualquer que seja, privilegiando-se o desmembramento do processo e a remessa ao juízo competente, sempre ouvido o exequente.

2.3.2.6. *Incompetência e exceções de suspeição e impedimento*

Eram inúmeras as dificuldades que a doutrina visualizava na aplicação das exceções de incompetência, suspeição e impedimento para o processo de execução

90. Araken de Assis (*Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 449) traz como fundamento, ainda, que a admissão de cumulação subjetiva criaria nova hipótese de concurso particular de credores. No mesmo sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. Cumulação própria e imprópria de execuções. *Processo civil, realidade e justiça*: 20 anos de vigência do CPC. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 52; NETTO, Nelson Rodrigues. Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial. *Revista de Processo*, ano 27, v. 107, São Paulo: RT, jul.-set. 2002. p. 72-73.

91. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 174; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 352.

92. Só é possível falar em cumulação de cumprimento de sentença nas hipóteses do art. 515, incisos VI a IX. Em sentido contrário, rejeitando sua aplicação ao cumprimento de sentença, ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 490.

93. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 808.

ou para a fase de cumprimento de sentença, na redação do CPC/1973. A conjugação dos arts. 741, VII, e 742 do CPC/1973, aliada à ausência de qualquer menção às exceções no rol dos arts. 475-L e 745, trazia inúmeras questões tormentosas, sem solução uniforme pela doutrina.⁹⁴

O CPC/2015 soluciona as dúvidas antes existentes ao estabelecer que a incompetência relativa ou absoluta será arguida em embargos ou impugnação, como matéria principal ou preliminar, caso haja outro motivo de oposição, na linha do novo regramento estabelecido para o processo de conhecimento (art. 64 do CPC/2015), sendo indubitado, todavia, que a falta de alegação da incompetência absoluta nos embargos ou na impugnação de forma alguma gerará prorrogação da competência ou preclusão da matéria.

É verdade que no cumprimento de sentença serão excepcionais os casos em que admissível a arguição de incompetência, mormente quando se trate de fase subsequente à cognitiva. A alegação será mais frequente, ou será mais facilmente perceptível, quando os títulos executivos judiciais não forem gestados naquele mesmo processo, mas não se pode, *ab initio*, descartar a possibilidade de o executado arguir a incompetência sempre que houver o desaforamento do processo, nos termos do art. 516, parágrafo único, do CPC/2015.⁹⁵

Outrossim, as arguições de impedimento e de suspeição vêm expressamente referidas no processo de execução e no cumprimento de sentença (arts. 917, § 7º, e 525, § 2º) e, acertadamente, estão deslocadas do rol de matérias de defesa do

94. Sobre as dificuldades de aplicação do regime das exceções, veja-se CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 2, p. 404; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda *et al.* A exceção e os embargos do devedor. *Revista de Processo*. v. 6, *passim*. São Paulo: RT, abr. 1977. Araken de Assis defendia, por exemplo, que a exceção de incompetência relativa suspenderia até mesmo o prazo para a oposição dos embargos (*Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 363), ao passo que o STJ reiteradas vezes decidiu pela ausência de efeito suspensivo em relação ao prazo para embargar. Para referência sobre o entendimento do STJ, confira-se STJ, REsp 1.239.915/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 10.05.2010.

95. Sobre o instituto, ainda na vigência do CPC/1973, confira-se TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Modificação da competência territorial na fase de cumprimento de sentença (o parágrafo único do art. 475-P do CPC). In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2009. v. 3, p. 303-314. Sobre a possibilidade de o executado reagir à modificação do foro, veja-se NEVES, Daniel de Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 280 e ss., para quem a irrisignação deverá ter como fundamento o não preenchimento dos requisitos autorizadores do deslocamento. Nesse caso, já tendo o executado apresentado impugnação, mesmo tratando-se de incompetência *relativa*, é permitido que argua a incompetência por simples petição – único caminho possível ao executado.

executado, já que o CPC/2015 corrige o equívoco do diploma anterior e cataloga o tema na parte geral do Código, e não como modalidade de resposta do réu. De resto, processa-se na execução ou cumprimento de sentença tal qual na demanda cognitiva, sem qualquer especificidade ou particularidade digna de nota.

2.3.2.7. *Vícios do processo arbitral – Art. 33, da Lei 9.307/1996*

A Lei de Arbitragem estabelece que o executado poderá, além das matérias ordinariamente cabíveis em impugnação ao cumprimento de sentença, arguir a nulidade da sentença arbitral naquelas hipóteses definidas no art. 32 da própria Lei de Arbitragem. É, portanto, mais amplo o rol das matérias de defesa na impugnação ao cumprimento da sentença arbitral.

O § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem não estabelece qualquer prazo especial para a arguição da nulidade da sentença arbitral, mas a doutrina que se debruçou sobre o tema, com acerto, rejeita que a possibilidade de arguição em impugnação possa suplantar o prazo decadencial para alegação do vício de nulidade. Isto é, se o executado optar por não ajuizar a ação anulatória, deixando para arguir o vício somente quando instado ao cumprimento da sentença arbitral, deverá, ainda assim, observar o prazo de 90 dias da notificação, sob pena de decair de seu direito, com a ressalva da hipótese de inexistência da sentença arbitral, tratada linhas abaixo.⁹⁶

Questão interessante é saber se o juiz, ao ser chamado a efetivar o comando da sentença arbitral, poderá, oficiosamente, conhecer de alguma das matérias do art. 32 da Lei da Arbitragem, por exemplo, a validade da cláusula arbitral, se a matéria decidida era mesmo arbitrável etc. Se é fora de dúvida que o juiz não pode exercer controle sobre o mérito decidido pelo árbitro, é de se ponderar se a nulidade da cláusula arbitral e outras matérias que, ao fim e ao cabo, representam o afastamento da jurisdição estatal, podem ser controladas pelo juiz togado.

A controvérsia é relevante porque na arbitragem vigora o princípio da competência-competência, positivado no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. Segundo tal princípio, cabe ao árbitro decidir sobre a validade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral e decidir se é ou não competente para conhecer daquela matéria. O árbitro é o primeiro juiz de sua competência e o controle judicial sobre a validade desse negócio jurídico deve ser realizado apenas posteriormente, se e quando do exercício da pretensão à anulação da sentença arbitral, ou, oficiosamente, apenas em situações extremamente excepcionais.⁹⁷

96. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 344; GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. *Revista de Processo*. v. 146, item 3. São Paulo, abr. 2007.

97. No sentido do texto, PUCCI, Adriana Noemi. O princípio da competência-competência. *Revista do Advogado*. ano XXXIII, n. 119, p. 13-15. abr. 2013. Veja-se também APRI-

A regra é que o juiz estatal não poderá decidir, salvo provocação da parte, sobre a validade da cláusula arbitral ou sobre a arbitrabilidade da matéria, mas o princípio da competência-competência

“(…) não chega a ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não se possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (dupla interpretação), suas dimensões, suas ressalvas, sob pena de abrir escâncaras à indiscriminada subtração dos litígios à apreciação pelo juiz natural. O favor arbitral e a *Kompetenz-Kompetenz* devem prevalecer somente em casos de séria e fundada dúvida interpretativa – e somente nesses casos impõe-se definitivamente o que a propósito decidirem os árbitros, presumindo-se pois a arbitrabilidade.”⁹⁸

Em situações excepcionais, nas quais salta aos olhos que a questão não era arbitrável, seja porque o pacto foi celebrado por absolutamente incapaz, seja porque a matéria é de direito indisponível, nem mesmo a autoridade da coisa julgada arbitral poderá afastar o controle judicial. Nesses casos, segundo autorizada doutrina, como é ilegítima a via arbitral, a sentença arbitral deve ser considerada juridicamente inexistente, afinal, como não é possível superar a jurisdição estatal, trata-se de situação equiparável àquele clássico exemplo escolástico da decisão proferida por quem não é juiz.⁹⁹

E, como tudo o que o juiz pode conhecer *ex officio* pode também ser alegado pela parte, independentemente de qualquer prazo, em situações excepcionais – nas quais se verifica que a controvérsia decidida pela via arbitral não era arbitrável ou que o pacto de arbitragem é nulo (na acepção civilista do termo) –, o vício que macula o processo arbitral poderá ser arguido mesmo após o prazo decadencial previsto no art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Finalmente, não há como afastar a natureza rescisória da anulação da sentença arbitral (de natureza constitutiva negativa e, portanto, de índole processual), pois isso significa a desconstituição do título executivo judicial, com a especial consideração de que ao juiz estatal não é dado, desde logo, decidir a causa, o que implicará

GLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado*. ano XXXII, n. 116, p. 178-179. jul. 2012.

98. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95.

99. Pela inexistência da sentença arbitral, veja-se BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Napoli: Jovene, 2012. p. 268 e ss. Confira-se também TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 162 e ss.; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. Dissertação de Mestrado. USP, 2010, p. 219-220.

a extinção da demanda executiva, diferentemente do que ocorre com a anulação da sentença judicial, que faz a demanda retroagir à fase de conhecimento.

2.3.2.8. A sentença inconstitucional

Por força da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acresceu o parágrafo único ao art. 741 do CPC/1973, estabeleceu-se nova hipótese de inexigibilidade da obrigação, nos casos em que a sentença condenatória está fundada exclusivamente em norma que venha a ser declarada inconstitucional. Posteriormente, ampliou-se o cabimento dessa modalidade de oposição com a previsão do § 1º, do art. 475-L, trazido ao Código pela reforma da Lei 11.232/2005.

Os dispositivos acima sempre geraram inúmeros debates na doutrina, em vista de seu potencial para atingir decisões já estabilizadas com autoridade de coisa julgada material,¹⁰⁰ o que, em tese, pode implicar ofensa à coisa julgada¹⁰¹, ou mesmo significar a ampliação das hipóteses de relativização desta.¹⁰²

Com efeito, é possível divisar ao menos quatro diferentes correntes doutrinárias sobre o significado dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, ambos do CPC/1973 e agora reproduzidos nos arts. 525, § 12, e 535, § 5º do CPC/2015: (i) para Leonardo Greco,¹⁰³ os dispositivos contrariam a garantia constitucional da coisa julgada, pelo que são inconstitucionais; (ii) para Cândido Rangel Dinamarco,¹⁰⁴ a interpretação deverá ser restritiva, de forma que apenas se admita a desconstitui-

100. De acordo com Araken de Assis (Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 221), o objetivo é a transposição para o direito brasileiro de norma contida no § 79 da *Bundesverfassungsgericht* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão), no sentido de privilegiar as decisões da Corte Constitucional, sem que se tenha, contudo, reproduzido integralmente a norma constante do direito positivo alemão.

101. A advertência sobre a possível inconstitucionalidade dos dispositivos sob análise é de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “essa arbitrária disposição ao menos resvala na inconstitucionalidade por atentar contra a garantia constitucional da coisa julgada”. (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 792-793.)

102. Não se ignora a existência de doutrina negando que se trate de hipótese de relativização da coisa julgada (por todos, RAMOS, Glauco Gumerato. Impugnação ao cumprimento de sentença. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* (coord.). *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 247).

103. GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em: 10.05.2015.

104. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 791 e ss.

ção do julgado na hipótese de a sentença ter sido proferida após a declaração de inconstitucionalidade (em controle abstrato, ou após ter sido suspensa pelo Senado Federal); (iii) Eduardo Talamini¹⁰⁵ e Araken de Assis¹⁰⁶ defendem a possibilidade de revisão do julgado, ainda que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal seja posterior à prolação da sentença; e, finalmente, (iv) para Paulo Henrique dos Santos Lucon,¹⁰⁷ é possível a desconstituição do julgado, ainda que a declaração de inconstitucionalidade seja proferida em sede de controle difuso, independentemente de qualquer manifestação do Senado Federal.

O CPC/2015 reproduz a regra anterior com alguns acréscimos que, ao menos em parte, sanam as dúvidas doutrinárias. Assim, está positivado no Código que o dispositivo só é aplicável quando a decisão de inconstitucionalidade anteceder o trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525, § 14 e art. 535, § 7º), tanto em controle concentrado quanto em controle difuso de constitucionalidade (art. 525, § 12 e art. 535, § 5º).¹⁰⁸

Questão muito mais complexa está em verificar qual a natureza da sentença fundada em lei declarada inconstitucional, isto é, se se trata de uma sentença inexistente, ou se se está diante de uma sentença eivada de nulidade, para só então, verificar-se quais os limites do alcance dos dispositivos legais, haja vista o nítido e perigoso conflito com a coisa julgada.

105. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 423 e ss.

106. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 221-222. No particular, é interessante observar o entendimento do autor, para quem “o art. 741, parágrafo único, tornou *sub conditione* a eficácia de coisa julgada do título judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamentação da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e insólita característica de surgir e subsistir *sub conditione*. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495)”.

107. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único do CPC)*. Disponível em: [http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/106/1]. Acesso em: 10.05.2015.

108. Segundo a doutrina de Sérgio Shimura, em que se pese o silêncio do Código, a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade só poderá ser aplicada para fins do § 12, do art. 525, após manifestação do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/1988 (Comentários aos arts. 523 a 527. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2015. p. 1.364).

Quando da criação do parágrafo único do art. 741 do CPC/1973, Eduardo Talamini sugeriu que o dispositivo permitiria duas formas de interpretação: (i) o título executivo simplesmente se torna ineficaz, porque perde o seu fundamento, e a impugnação teria, então, natureza declaratória; ou (ii) o título estaria coberto pela coisa julgada, o que imporá a necessidade de considerar a natureza desconstitutiva da impugnação.¹⁰⁹

Nessa linha, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Garcia Medina entendem que a sentença baseada em norma declarada inconstitucional seria uma sentença inexistente, porque carente o fundamento jurídico e, conseqüentemente, ausente a possibilidade jurídica do pedido.¹¹⁰ Aceitando-se essa premissa, é forçoso reconhecer que aquela sentença – porque juridicamente inexistente – não poderá ser qualificada pelo atributo da coisa julgada e ficará sempre sujeita à revisão, a qualquer tempo e ainda que o reconhecimento da inconstitucionalidade lhe seja posterior, em vista dos efeitos retroativos da declaração.

No entanto, as hipóteses em que se pode admitir a inexistência do processo e da sentença são bastante excepcionais, como, por exemplo, nos casos de sentenças proferidas por magistrado aposentado, ou de processo conduzido perante autoridade sem poder jurisdicional. Ademais, não há como se reconhecer que a declaração de inconstitucionalidade da lei, que fundamentou a pretensão do autor, implique, *ipso facto*, a impossibilidade jurídica da demanda. Aliás, o CPC/2015 retirou a possibilidade jurídica do elenco das condições da ação, acolhendo o entendimento de parcela substancial da doutrina que a relacionava ao mérito da demanda. Essa opção do Código, com mais razão, torna insatisfatória a tese da inexistência.

Em contraposição a esse entendimento, parcela da doutrina entende que, se a sentença não encontra fundamento no direito positivo, por falta de amparo entre seu conteúdo e o texto constitucional, está-se diante de caso de nulidade da sentença, porquanto foi desrespeitada norma cogente, de índole constitucional, ao se aplicar dispositivo legal incompatível com a Constituição Federal. Isso porque, a “contrariedade à lei, qualquer que seja a sua categoria, conduz à invalidade

109. TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*. v. 106, p. 63. São Paulo: RT, abr.-jun. 2002.

110. “Assim, ausente está (...) a condição da ação possibilidade jurídica do pedido. Por isso, pode-se dizer que, ausente esta condição, não se terá exercido verdadeiramente o direito de ação, mas o direito de petição. Por conseguinte, não se terá senão um simulacro de processo (= processo juridicamente inexistente) e, por conseqüência, será juridicamente inexistente a sentença que foi aí proferida”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

(nulidade ou anulabilidade) e nunca à inexistência, que é fato anterior ao jurídico (plano do ser)”.¹¹¹

Todavia, com razão está Eduardo Talamini ao mencionar que não se trata de inexistência e tampouco de nulidade. Com efeito, ao aplicar uma norma inconstitucional, a sentença aplicou mal o direito justamente porque lastreada em norma incompatível com a Constituição, logo, não se cuida de inexistência ou nulidade, mas de equivocada aplicação do direito material, a revelar que se trata, de fato, de uma sentença desconforme o direito – uma sentença injusta.¹¹²

Dessa forma, não se pode admitir que a declaração de inconstitucionalidade da lei torne aquela sentença inexistente ou nula, razão pela qual é forçoso concluir que a decisão que lhe retirar a eficácia não terá caráter declaratório, mas servirá para desconstituir a sentença. É esse o entendimento de Paulo Henrique dos Santos Lucon, para quem se trata de clara hipótese de desconstituição do julgado.¹¹³

E não será simplesmente a mera desconstituição do título. Ao retirar a força executiva da sentença condenatória, muito mais do que simplesmente desconstituir o título executivo, a decisão resultará em verdadeira desconstituição da coisa julgada, pois a autoridade da coisa julgada reveste todos os efeitos da sentença – não só o condenatório. Admitir que a sentença condenatória não sirva ao seu mais relevante propósito é reduzir a força dessa decisão, limitando-a à mera declaração – ou seja, é mais coerente que se admita tratar-se de desconstituição da coisa julgada.

Realmente, não convence a tese de que o dispositivo apenas retiraria a eficácia executiva da sentença condenatória. É da essência das sentenças, como ato estatal imperativo, fundado no exercício do poder jurisdicional, a produção de efeitos

111. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 89.

112. TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 106, p. 64. RT, abr.-jun. 2002. O fato de a sentença baseada exclusivamente em norma inconstitucional ser “apenas” uma sentença injusta, em nada afasta a possibilidade de sua rescisão, como será adiante exposto e como esclarecido por Flávio Luiz Yarshell, que bem destacou o pressuposto essencial da rescisória de impedir a subsistência de decisão contrária ao direito (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 324).

113. “Por ter um atributo rescisório, os embargos do executado aqui constituem um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para a desconstituição da sentença transitada em julgado, que na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do Código de Processo Civil, é de dois anos”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 741 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.) *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.352-2.353.

(eficácia natural) que se projetam para fora do processo, impondo-se naturalmente a todos. Por outro lado, a autoridade da coisa julgada é como uma “capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse”.¹¹⁴

Segundo Liebman, a autoridade da coisa julgada serve para imunizar os efeitos da sentença que se projetam para além do processo, de sorte que não se limita apenas ao efeito declaratório.¹¹⁵ Assim, a coisa julgada é uma qualidade da sentença e de seus efeitos, tornando-os imutáveis, e impedindo que voltem a ser questionadas as questões de fato e de direito depois de definitivamente estabelecidas por sentença não mais sujeita a recursos, e, conseqüentemente, não é possível afirmar que o efeito condenatório possa ser retirado (ou esvaziado de sentido) sem que se reconheça nisso uma desconstituição da coisa julgada.

Mesmo as críticas de Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada não imuniza os efeitos mas o conteúdo da sentença, não invalidam a assertiva. O processualista deixa bem claro em sua obra que não é apenas o conteúdo declaratório que se imuniza e sim todo o conteúdo da sentença, ou seja, para a hipótese sob análise, também para Barbosa Moreira, a perda da eficácia executiva (traço distintivo e qualificativo das sentenças condenatórias) é uma forma de desconstituição da coisa julgada, porquanto esta acoberte o conteúdo condenatório, além daquele declaratório.¹¹⁶

Forçosa é, destarte, a conclusão pela natureza desconstitutiva dos §§ 12 do art. 525 e 5º do art. 535 do CPC/2015. A redação legal, embora pretenda abrandar

114. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 309.

115. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1981, em conclusão às p. 29-30.

116. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*. v. 34, *passim*. São Paulo: RT, abr. 1984. A propósito do tema, vale transcrever ilustrativo exemplo mencionado por Heitor Sica: “pense-se que determinado contribuinte acionou o Fisco (e esse sempre foi o campo primordial de aplicação desses dispositivos) pleiteando a declaração de inexistência de relação jurídica tributária e a condenação do Fisco à devolução de algumas parcelas indevidamente pagas. Caso a execução viesse a ser colhida pelo fenômeno descrito no art. 741, parágrafo único, o contribuinte não poderia receber de volta as parcelas indevidamente pagas (o título executivo se tornou inexigível), todavia, não poderia ser cobrado quanto às parcelas impagas” (Comentários aos arts. 513 a 527. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 832). O exemplo ressalta o efeito rescisório da norma e, também, revela a incongruência em estabelecer hipótese de rescisão limitada às sentenças condenatórias, afinal, se é incompatível com a Constituição que o contribuinte receba os valores pagos, também será incompatível que, pelo mesmo fundamento, reconhecido inconstitucional, deixe de contribuir com os cofres públicos.

o alcance do disposto, e com isso talvez torná-lo mais palatável, não pode alterar a natureza das coisas.

Visto que se trata de decisão injusta – equivocada pelo prisma do direito material – e que a decisão que assim a reconhecer, após o trânsito em julgado, terá eficácia desconstitutiva, é preciso analisar se se pode admitir que essa desconstituição fique aberta no tempo, isto é, se se permitirá a desconstituição do julgado a qualquer tempo, ou se haverá algum limite temporal para essa desconstituição.

2.3.2.8.1. *Limites temporais para a desconstituição da sentença inconstitucional*

Considerando-se que a sentença que aplica norma incompatível com o texto constitucional não pode ser qualificada como inexistente ou nula, mas simplesmente como uma sentença injusta (que, como ressaltou Marcelo Pacheco Machado, não apresenta vício mais grave que justifique qualquer distinção de tratamento em relação a outras sentenças passíveis de rescisão por outros fundamentos), há de se estabelecer algum limite temporal para a oposição do executado.¹¹⁷

A preocupação quanto ao limite temporal também foi manifestada por Cassio Scarpinella Bueno, ao indagar se faria “diferença, para fins de aplicação do dispositivo, que o trânsito em julgado do ‘título executivo’ já tenha se dado há mais de 2 anos”.¹¹⁸ A pergunta é pertinente e merece análise detida.

Grande parcela da doutrina admite que, havendo a declaração de inconstitucionalidade, a sentença fundada em norma inconstitucional pode ser revista a qualquer tempo, mesmo se extrapolado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória,¹¹⁹ o que significa reconhecer – mesmo se se considerar que não se

117. O autor traz interessante comparativo com o então art. 485, V, CPC/1973 (art. 966, V, CPC/2015), ao afirmar que a violação do texto constitucional não traz qualquer característica distintiva marcante em relação à qualquer outra forma de violação de disposição de lei, para efeito de cabimento da ação rescisória (Decisão judicial inconstitucional: e daí? *Revista de processo*. v. 216, p. 231. São Paulo: RT, fev. 2013). Interessante observar que, se a doutrina já admitia a ação rescisória com base em violação do texto constitucional, interpretando corretamente a expressão “disposição de lei”, com mais razão se justifica o entendimento no CPC/2015, que traz a expressão “*violar manifestamente norma jurídica*”.

118. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 134.

119. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único do CPC)*. Disponível em: [http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/106/1]. Acesso em: 10.05.2013, p. 23 e ss.; e também LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129-130.

está diante de caso de inexistência – que haverá aplicação da teoria da relativização da coisa julgada.

Nada obstante, é preciso verificar que toda e qualquer hipótese de revisão da coisa julgada deve ser tratada de forma excepcional, pautando-se, sempre que possível, em mecanismos existentes no ordenamento jurídico e já concebidos para esse efeito.¹²⁰ Assim, tem-se que a interpretação dos dispositivos legais em análise deve ser sistematizada com a hipótese do art. 966, V, do CPC/2015, que estabelece o cabimento da ação rescisória contra sentença que violar “manifestamente norma jurídica”, o que, inequivocamente, já alberga a sentença que violar o texto constitucional.

Isso porque a coisa julgada é essencial para a segurança jurídica, servindo para eliminar o estado de incerteza, e reconhecida como garantia fundamental das partes do processo e também dos jurisdicionados de uma forma geral. Logo, para se corrigir a aplicação equivocada de uma norma constitucional, não se pode permitir que o processo fique eternamente sob a expectativa de revisão.

Imagine-se a posição do autor que desconheça a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha declarado determinada lei inconstitucional (agora textualmente possível mesmo em controle difuso),¹²¹ sendo esta determinante para o julgamento de procedência de seu pedido condenatório. Inicia-se a execução, são realizados os mais diversos atos e, após longo e custoso trâmite processual para a obtenção do crédito, vale-se o executado – anos depois – da impugnação ao cumprimento de sentença, lastreada no art. 525, § 12 do CPC/2015.

Será justo admitir que o executado, sabendo da inconstitucionalidade da lei, possa argui-la a qualquer momento, em qualquer prazo?

120. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-237.

121. O texto legal não esclarece se para a aplicação do § 12, do art. 525 do CPC/2015 (e art. 535, § 5º), a decisão de inconstitucionalidade em controle difuso deverá ser retirada do ordenamento jurídico pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/1988, ou se bastará o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, confira-se TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 148 e ss. O autor traz pertinentes críticas à tendência de objetivação das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, para concluir que não houve alteração informal do comando do art. 52, X, da CF/1988. De modo que as decisões do STF, em controle difuso, não têm, por si só, eficácia *erga omnes*. Tem-se, portanto, que é necessária a manifestação do Senado Federal para que possa haver rescisão da sentença condenatória, por oposição do executado, com fundamento no art. 525, § 12 do CPC/2015.

Ora, o paralelo com o art. 966, V, do CPC/2015 é inevitável. Trata-se de sentença equivocada, que da mesma forma aplicou mal o direito – a circunstância de esse direito ter índole constitucional não é suficiente para, por si só, autorizar que o estado de incerteza se eternize e a coisa julgada fique sempre sujeita à rescisão. Há de haver algum momento em que a certeza deverá prevalecer.

Na Itália, questão semelhante é regulada pela Lei 87, de março de 1953, que rege o funcionamento da Corte Constitucional, especificamente no art. 30, última parte, o qual estatui que, quando houver trânsito em julgado de sentença condenatória fundada em norma declarada inconstitucional, cessam os efeitos e a execução penal. Ao interpretar o dispositivo, a doutrina italiana assevera que a lei – com razão – ao fazer menção expressa aos efeitos penais, governados por outros princípios, impôs limitação aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade no campo civil, preservando a coisa julgada.¹²²

Nessa linha, mostra-se razoável impor a limitação temporal, tal qual prevista para o manejo da ação rescisória. É dizer: poderá o executado valer-se da impugnação, para arguir a inconstitucionalidade da lei que dá suporte ao título executivo, desde que o faça no prazo decadencial para a ação rescisória. Se a lei já lhe beneficia com o caminho mais célere – dispensando as formalidades da ação rescisória – é exagerado conferir também a possibilidade de revisão a qualquer tempo.

Afinal, porque somente às sentenças condenatórias (*rectius*: as sentenças que reclamam ulterior atividade executiva) se permitiria essa dilação do prazo rescisório? Não poderá haver hipóteses de sentenças constitutivas ou declaratórias que tenham também adotado como fundamento norma declarada inconstitucional? É evidente que sim. Não há qualquer motivo que justifique essa distinção, que afronta a isonomia, pois, se o réu de demanda condenatória não está preso ao prazo decadencial da rescisória, também não deveria estar o réu da demanda constitutiva ou declaratória (estes, porém, não podem se valer dos dispositivos em análise, uma vez que não haverá atividade executiva subsequente).

122. É a redação original do dispositivo: “Quando in applicazione della norme dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penale”. Para Sergio Menchini, “la nuova normativa sostanziale, risultante dall’intervento del legislatore e della Corte, opera per i rapporti ancora da sorgere e per quelli nen conclusi, mentre non produce effetto rispetto alle situazione soggettive esarite, quelle accertate com provvedimento passato in giudicato”. (*Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988. p. 220). No mesmo sentido, confira-se também ROMUALDI, Giuliana. *Loggetto del giudizio di opposizione all’esecuzione*. Tese de doutorado apresentada em 2007 na Università di Bologna Alma Mater Studiorum, sob orientação do Prof. Paolo Biavati, *passim*; e CAPONI, Remo. Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri. In: *Giurisprudenza italiana*, 2009. p. 15. Disponível em: [https://www.academia.edu/209780/R._Caponi_Giudicato_e_diritto_costituzionale_incontri_e_scontri_2009]. Acesso em: 13.11.2015.

Além da previsão do § 12, do art. 525 (e art. 535, § 5º), o CPC/2015, tornando inescindível a vocação rescisória da norma, amplia a possibilidade de revisão do julgado para os casos em que a decisão do Supremo Tribunal Federal é posterior ao trânsito em julgado, remetendo, nesse caso, o executado à via rescisória típica, sem, contudo, assinar-lhe qualquer prazo para tanto (o dispositivo assina o termo *a quo*, do trânsito em julgado da decisão do STF, sem indicar o termo *ad quem*).

Sem que se considere qualquer marco temporal, a execução fundada em título inconstitucional¹²³ ficaria, dessa forma, sempre passível de revisão e, mesmo anos depois, o exequente poderia ter de indenizar o executado pelos danos causados pela execução injusta.¹²⁴ Aliás, nas linhas do quanto defendido neste trabalho, nada obsta que o executado pleiteie a repetição do indébito, acrescido das perdas e danos, se – finda a execução – sobrevier decisão do Supremo Tribunal Federal que revele a inconstitucionalidade do título, porque se o título é inconstitucional e não há prazo para essa arguição, da mesma forma não há razão para confinar esse direito material do executado à impugnação.

Em suma, deixar aberta a possibilidade de revisão a qualquer prazo porque se retira “apenas” a eficácia executiva, é um convite à insegurança jurídica e um desrespeito ao princípio da boa-fé, tão valorizado no CPC/2015, e que deve orientar a conduta de todas as partes e de todos os agentes do Estado.

A interpretação sistemática, tendo como objetivo interpretar adequadamente a norma com base nos princípios constitucionais que inspiram o sistema do Código, para dela extrair o máximo proveito possível, determina que – apesar do silêncio da lei – a defesa que vise desconstituir a coisa julgada ao fundamento de ter aplicado norma inconstitucional, assim reconhecida pelo STF em momento posterior ao trânsito em julgado, deve ser confinada a algum prazo razoável, pois, se é legítimo estabelecer que a coisa julgada será revista nesses casos, não se pode admitir que essa revisão se dê a qualquer tempo e fora de qualquer limite temporal.

Por isso, os princípios que inspiraram a proposta de interpretação do § 12, do art. 525, do CPC/2015, como acima exposto, determinam que o mesmo raciocínio seja aplicado ao § 15, do art. 525 e § 8º, do art. 535, do CPC/2015. É inconcebível

123. Utiliza-se essa expressão para facilitar a exposição.

124. Vale notar que o exequente responde objetivamente pelos danos causados ao executado em decorrência da execução injusta, como assevera a doutrina majoritária. Confira-se, para tanto, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 493-494; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 771 a 805. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.094-1.095; CARVALHO, Fabiano. Comentários aos arts. 771 a 780. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2015. p. 1.782.

que uma norma que deixe completamente em aberto a possibilidade de revisão do julgado contribua para um processo célere e efetivo.

O exequente espera e confia, porque baseado em decisão judicial com cognição exauriente, que o direito reconhecido na sentença integrou seu patrimônio e, por isso, age para usufruir desse direito. Afronta a mínima noção de segurança jurídica – a qual é valorada como um sobreprincípio, como um “enunciado principiológico com hierarquia superior”,¹²⁵ justamente por sua aptidão de tornar previsível os comportamentos e assim induzir condutas – que esse direito lhe possa ser depois tolhido, sabe-se lá quando, por decisão proferida em processo do qual sequer pôde participar.

Portanto, há apenas duas alternativas: ou a norma deve ser reconhecida inconstitucional, por violar o sobreprincípio da segurança jurídica pela agressão à coisa julgada anterior; ou, na tentativa de dar aplicação à norma, deve-se procurar interpretação que lhe atribua algum termo *ad quem*.

É nesse sentido, na tentativa de encontrar um caminho de equilíbrio, que se destaca o comando do § 2º, do art. 975 do CPC/2015, como sugere Heitor Sica.¹²⁶ Da mesma forma que a produção de prova nova após o prazo de cinco anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, não se presta à rescisão, a decisão do STF proferida após esse mesmo prazo é imprestável para justificar a rescisão da decisão exequenda.

E o paralelo satisfaz. Veja-se que para o art. 966, VII, do CPC/2015 a prova nova não é aquela superveniente ao trânsito em julgado, mas a prova inédita que, mesmo preexistente ao trânsito em julgado, fora ignorada ou não pôde ser produzida. Ao se concluir que a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, como se a norma jamais tivesse integrado validamente o ordenamento jurídico, tem-se a mesma situação de antecedência da realidade capaz de impactar a coisa julgada, no primeiro caso, de viés fático e, no segundo caso, de viés jurídico: tal qual a prova nova que fora ignorada autoriza a rescisão, assim também o faz a inconstitucionalidade ignorada. A rescisão é autorizada em ambos os casos desde que isoladamente capazes de infirmar o resultado do julgamento.

Ao se aplicar o limite temporal do § 2º, do art. 975 para o disposto no § 15, do art. 525, a possibilidade de revisão do julgado não fica indefinidamente aberta no tempo, em que pese o prazo de cinco anos ainda ser excessivamente longo. Evita-se,

125. DELGADO, José Augusto. O processo posto na Constituição Federal. Aspectos contemporâneos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 106.

126. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 513 a 527. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 834.

desse modo, que a norma sirva para eternizar o estado de incerteza e, ao mesmo tempo, permite-se a revisão do julgado fundado exclusivamente em norma inconstitucional.

Como sempre, o caminho do meio, segundo a concepção aristotélica de mediana, é o que se revela o mais adequado. Simplesmente expurgar a norma, sem tentar ao menos lhe reconhecer alguma validade, é saída fácil, às vezes conseguida às custas da ruptura do sistema; porém, por outro lado, aceitar a literalidade do texto normativo, sem interpretá-lo à luz dos princípios que inspiram os fenômenos jurídicos, pode comprometer a harmonia do ordenamento jurídico.

2.3.3. *Saneamento na execução civil*

Não existe no CPC/2015, como não havia no CPC/1973, qualquer dispositivo que regule o saneamento do processo de execução ou da fase de cumprimento de sentença. Diferente do que ocorre no processo cognitivo, para o qual o Código estabelece um momento ideal para a organização e o saneamento do processo, não há previsão normativa de qualquer atividade organizativa antes do prosseguimento das atividades executivas, senão quando do recebimento da petição inicial (ou requerimento, quando o caso).

De fato, é a atividade de saneamento do processo que assegura a válida formação e desenvolvimento do processo, de modo a definir quais os atos que devem ser praticados para o atingimento da finalidade de prestação da tutela adequada. Sem essa necessária etapa de organização do processo e correção de seus possíveis vícios, não há como prosseguir validamente, o que interessa às partes e ao Estado-Juiz. Logo, a atividade de saneamento “não é privativa do juiz no exercício da função jurisdicional, nem é típica de determinado procedimento”, muito embora tenha sido prevista – com essa feição de etapa determinada – apenas para o processo de conhecimento (art. 357 do CPC/2015).¹²⁷

Para Marcelo Lima Guerra, à míngua da previsão de qualquer “etapa de saneamento”, toda atividade de controle da regularidade do processo de execução, ressalvada a citação, deveria ser feita quando do recebimento da petição inicial, à luz do art. 801 do CPC/2015 (art. 616 do CPC/1973). Segundo o autor, na execução “o despacho liminar tem função e importância análogas ao ‘despacho saneador’” porque o simples deferimento da execução traz consequências sérias ao executado, de sorte que caberia ao juiz exercer esse controle de admissibilidade com mais rigor do que faz nas demandas cognitivas.¹²⁸

127. GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. ano 5, v. VIII, p. 573. Rio de Janeiro, jul.-dez. 2011.

128. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 144-146.

Embora não se possa mais adotar a premissa da qual parte o autor, porque a defesa do executado não está mais presa à prévia realização da constrição, parece indubitável que o deferimento da execução traz consequências imediatamente mais graves do que a citação para a demanda cognitiva, uma vez que implica o estado de sujeição do executado aos atos de força, pois, se de um lado, sua defesa independe de penhora, por outro, não suspende, ordinariamente, o curso da atividade executiva. Isso, por si só, já justificaria mais rigor no juízo de admissibilidade.

No entanto, não há que falar em concentração da atividade de saneamento, tanto na demanda cognitiva quanto na demanda executiva, mormente porque é dever do juiz determinar o suprimento dos pressupostos processuais e a correção dos vícios a qualquer tempo (art. 139, IX, do CPC/2015). É claro que o ideal é que esse controle seja feito pelo juiz quando do recebimento da petição inicial ou do requerimento para cumprimento de sentença, mas nem sempre esse ideal poderá ser atingido. Por isso o Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência consolidada no sentido de que a determinação do juiz para correção dos vícios pode ser feita a qualquer tempo, mesmo quando já oferecida defesa, como manifestação do princípio da instrumentalidade.¹²⁹

Essa constatação, aliada ao fato de que o CPC/2015 apresenta como regra a primazia do julgamento de mérito e o máximo aproveitamento dos atos processuais, a um só tempo, representa a possibilidade de o executado insurgir-se contra a execução – por questões processuais, a qualquer tempo e sem rigor de forma – e também traz ao executado, em alguma medida, a necessidade de cumulação de suas defesas em momento único, sem prejuízo da reabertura do prazo para complementação/aditamento da defesa, em vista da correção do vício pelo executado.¹³⁰ Explica-se.

Não há que falar em aplicação do princípio da eventualidade às defesas do executado, como se expôs no item 2.2, mas é forçoso reconhecer que as oposições

129. Com ampla referência jurisprudencial, MATOS, Sérgio. Comentários aos arts. 797 a 805. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.848-1.849. Sobre a posição do STJ, entre outros, veja-se o AgRg no REsp 848.205/MG, rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 04.12.20112, DJe em 04.02.2013, assim ementado: “É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a insuficiência ou incompletude do extrato analítico do débito não implica, de imediato, a extinção do processo, uma vez que deve ser oportunizada ao credor a emenda da inicial a fim de corrigir o vício (CPC, art. 616), ainda que já opostos os embargos do devedor, caso em que, regularizado o vício, deve ser permitido ao embargante o aditamento dos embargos”.

130. Sobre o máximo aproveitamento do processo no sistema do CPC/2015, THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 164. Em igual sentido, a respeito da necessidade de oportunidade para correção do vício no direito português, SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 106-107.

processuais, em muitos casos, podem não resultar na extinção da execução (como nos casos de cumulação indevida, de excesso de execução etc.), especialmente, porque caberá ao juiz – antes de determinar a extinção do processo ou da fase executiva – dar ao exequente a oportunidade de corrigir o vício, apontando de maneira detalhada qual o vício constatado (arts. 6º e 317 ambos do CPC/2015, sem correspondentes no CPC/1973 e aplicáveis à execução).

Corrige-se o vício apontado pelo executado, com eventual retorno às etapas anteriores do procedimento, e prossegue-se com as atividades executivas, o que, portanto, recomenda ao executado que traga no mesmo momento os fundamentos de sua irresignação de fundo, se houver. Essa já era uma realidade à luz do CPC/1973 e se mantém com mais intensidade no CPC/2015.¹³¹

Constatar que o juiz deve fazer, com rigor e detidamente, esse exame de admissibilidade e de controle do processo e das atividades executivas é, como apontado anteriormente, prova de que a execução é marcadamente cognitiva, apesar de voltada para a realização prática do direito, e não à sua declaração. Pode-se executar sem declaração, mas é inviável fazê-lo sem prévia cognição dos mínimos elementos necessários, colhidos tanto do procedimento quanto da relação jurídica substancial.

O provimento, destarte, que acolhe a defesa processual do executado é de conteúdo variável. Poderá ser típica sentença meramente terminativa, sem maiores repercussões para fora do processo (por exemplo, quando reconhecer a ilegitimidade das partes ou a ausência de pressupostos processuais); poderá ser sentença terminativa da relação executiva, com alguma carga declaratória excepcional, nas hipóteses em que seus efeitos terão alguma repercussão na relação substancial (por exemplo, quando declara que não há título executivo ou que a prestação é inexigível); poderá ser sentença terminativa com conteúdo rescisório, sempre que reconhecer vício de citação ou nulidade do processo arbitral; ou, ainda, poderá representar a extinção sem resolução de mérito parcial da execução, prosseguindo-se a execução quanto ao restante, como nos casos de excesso de execução ou cumulação indevida.¹³²

2.3.4. Síntese conclusiva

Em linha de conclusão, pode-se sintetizar que as questões referentes ao direito à tutela executiva, isto é, aquelas que representam os pontos de contato entre o direito afirmado pelo exequente e a viabilidade (em tese) da tutela juris-

131. VIANA, Luiz Guilherme Paiva. O saneamento no processo de execução. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 468-471.

132. Para a natureza dúplice da sentença de acolhimento da defesa do executado, remete-se o leitor ao item 2.4.3.

dicional, podem ser arroladas sob a categoria das condições da ação executiva. Já se disse anteriormente que o título executivo torna adequada a via executiva e, por esse motivo, dada a sua relevância, não é surpresa notar que a grande maioria das hipóteses de defesas processuais elencadas pelo CPC/2015, ao fim e ao cabo, consagra situações nas quais inexistente ou deixa de existir o título executivo que dá ensejo à execução.

Assim, quando o executado argui a inexecutabilidade do título, o excesso de execução ou a existência de vícios no processo arbitral, está colocando em dúvida a própria existência do título executivo e, com isso, o elemento que torna adequada aquela tutela. Veja-se que a citação, no mais das vezes compreendida como um pressuposto processual, para os efeitos do art. 525, § 1º, I do CPC/2015, insere-se como “condição da ação executiva”, pois, reconhecida a nulidade do processo de conhecimento, o efeito disso para a execução é justamente a inexistência de título executivo apto a autorizar a realização dos atos executivos. O mesmo se passa com os vícios do processo arbitral e com o excesso de execução, que encerra hipótese de inexistência de título executivo naquilo que é excedente.

Colocam-se ao lado dessas hipóteses, como componentes das condições da ação executiva, a ilegitimidade *ad causam* – da mesma forma que no processo de conhecimento – e a inexigibilidade da obrigação, bem posta sob a rubrica da falta de interesse de agir, na modalidade necessidade.

Por sua vez, restam sob o signo dos pressupostos processuais, além daqueles gerais e pertinentes para qualquer demanda, as defesas relacionadas com a acumulação indevida de execuções (porque representa empecilho ao bom desenvolvimento do processo), a incompetência, a suspeição ou o impedimento.

Bem se vê que a redação do CPC/2015, seguindo a linha adotada pelo CPC/1973, não primou pela técnica ao mencionar a existência de título executivo e a exigibilidade da obrigação (arts. 783 a 788) como únicos requisitos para realizar qualquer execução. Além das críticas mencionadas no item 2.3.2.3 *supra*, acresça-se que a existência de título executivo e a exigibilidade da obrigação são as duas facetas do interesse de agir do exequente (respectivamente, nas modalidades adequação e necessidade), e, por via de consequência, não são os únicos requisitos para a realização da execução.

Essas considerações, somadas ao quanto já exposto ao longo deste trabalho, servem para comprovar a validade da divisão proposta (oposições de fundo, oposições processuais e oposições aos atos executivos), porquanto essas defesas do executado não colocam em questão a integridade do direito material afirmado pelo exequente, e sim o método empregado para o seu exercício. Reconhecido que o exequente não possui título executivo, nada impedirá que busque o bem da vida pretendido pelo caminho da ação de conhecimento; comprovado que a obrigação é inexigível, será prematura a execução, mas nem por isso improcede o direito material afirmado; demonstrada

a nulidade de citação ou vícios do processo arbitral, reinicia-se a atividade cognitiva, que poderá muito bem, corrigido o vício, concluir para existência da obrigação etc.

2.4. Oposição de fundo

Sempre que o executado se insurgir contra a execução ou contra a fase de cumprimento de sentença, alegando que o direito afirmado pelo exequente não existe ou que a prestação devida não é aquela – seja em sua qualidade ou em sua quantidade – terá deduzido uma defesa de fundo, porque o acolhimento de suas razões repercutirá para além da execução, uma vez que, declarando-se que a prestação não existe (total ou parcialmente), o executado obterá para si, de forma definitiva, o bem da vida em disputa.

Se há alguma dificuldade em identificar qual o limite exato que separa o mérito das questões processuais,¹³³ é suficiente dizer que as defesas de fundo são aquelas nas quais o executado busca algo além da resistência à execução. Seu objetivo é mais amplo, pretendendo que lhe seja assegurado um bem da vida (o mesmo pretendido pelo exequente, frise-se), ou seja, a defesa de fundo atinge diretamente o direito material objeto da tutela executiva.

Por meio das defesas de fundo, permite-se ao executado questionar a própria existência da obrigação contida no título, não apenas à luz do que está expresso no título, mas conforme circunstâncias outras (muitas vezes estranhas ao título e por isso mesmo alheias ao controle judicial quando do início das atividades executivas), que repercutem na constituição ou extinção de direitos, segundo as normas de direito material. Por esse motivo, observadas algumas peculiaridades que serão posteriormente abordadas, especialmente quanto à origem do título e à forma de manifestação do executado, como regra, não se pode admitir que haja qualquer limitação às alegações do executado (o que repercute, logicamente, na oportunidade de provar tais alegações).¹³⁴

Em linha de princípio, é possível que o executado alegue como defesas de fundo todas as matérias que poderia alegar caso aquele título executivo fosse utilizado como elemento de prova em uma demanda cognitiva iniciada pelo exequente,

133. Confira-se, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. *passim*; COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. *passim*.

134. Nesse sentido, a doutrina nacional é bastante tranquila em afirmar que o rol das matérias elencadas no art. 525, § 1º, VII, CPC/2015 (art. 475-L, VI, do CPC/1973) é meramente exemplificativo, admitindo-se outras causas extintivas ou modificativas. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 779. Na doutrina espanhola, com apoio na jurisprudência consolidada, PASTOR, José Martín. *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*. Madrid: La Ley, 2007. p. 283 e ss.

mas com implicações sobre o ônus da prova.¹³⁵ De fato, ao questionar a existência do direito substancial, o executado dá início, de forma anômala, a uma demanda cognitiva comum. Entretanto, apesar de assumir postura ativa, sua pretensão traz consigo também a resistência àquela pretensão inicial do exequente, isto é, conquanto seja “autor” da demanda cognitiva, já há a afirmação de um fato constitutivo contrário aos interesses do executado e que consta de documento ao qual a lei atribui certa eficácia capaz de permitir a realização de atos de força.

Logo, ao executado compete opor fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da obrigação que o exequente reputa inadimplida (defesas indiretas), sem negar, portanto, a ocorrência do fato que deu causa à emissão do título executivo, ou ainda, pode o executado negar o fato materializado no título ou suas consequências, porque o título é falso, a assinatura é falsa ou foi produzido de forma viciada, ou mesmo alegar que possui um contradireito, por exemplo, um crédito a ser compensado (defesas diretas).

É de se ponderar, todavia, que não há perfeita cisão entre a qualificação de um fato como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo.¹³⁶ Veja-se que ao executado não basta afirmar a ocorrência, v.g., de algum fato extintivo da obrigação sem que o especifique, de modo que esse fato é, a um só tempo, em relação ao exequente, extintivo de seu direito, e constitutivo do direito do executado,¹³⁷ uma vez que o executado reage agindo, pois seu objetivo final é a declaração da inexistência ou a desconstituição da obrigação.¹³⁸

A postura adotada pelo executado que reage com o objetivo de se ver definitivamente livre daquela suposta obrigação, aliada ao amplo cabimento da demanda declaratória (negativa, inclusive) no direito brasileiro, comprova que, especialmente em sede de oposição de fundo, a zona cinza entre fato constitutivo e fatos modificativos, impeditivos e extintivos é mais destacada do que pode parecer a partir da simples análise de seus conceitos.

135. LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile: il processo esecutivo*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2013. p. 251-253. Sem prejuízo, o tema é objeto de análise detida no tópico 3.2.

136. Cândido Rangel Dinamarco explica que “nenhum ato ou fato juridicamente relevante é em si mesmo constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de direitos (...) [Essa] capacidade (...) releva-se sempre em relação à finalidade com que o fato é alegado em cada litígio” (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 260).

137. FABBRINI, Giovanni. L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione. *Scritti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1998. v. 1. p. 340; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais. A relação processual ordinária de cognição*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas do Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2, p. 510 e ss.

138. MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile: l'esecuzione forzata*. 23. ed. Torino: Giappichelli, 2014. p. 200.

2.4.1. Limites à defesa de fundo

2.4.1.1. Quanto à matéria

A razão da inexistência da obrigação pode ser originária ou atual, isto é, o direito afirmado pelo exequente pode nunca ter existido ou, após seu nascimento, pode ter ocorrido alguma causa extintiva ou modificativa que o tenha afetado.¹³⁹ Essa distinção é relevante quando se trata de oposição de fundo à execução baseada em título executivo judicial ou extrajudicial.

Em relação ao título executivo extrajudicial, como facilmente se nota a partir da redação do art. 917, VI, CPC/2015, não há qualquer limitação no que diz respeito às matérias que o executado pode arguir para se ver livre daquela suposta obrigação, haja vista não ter existido qualquer acerto judicial sobre os fatos. Nessa medida, o executado poderá alegar fatos até concomitantes à criação do título, como as diversas causas de nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos.

As coisas se passam de forma bastante diversa quando se trata de execução fundada em título executivo judicial (com as ressalvas feitas no item 2.4.2.1). Já se disse que nem mesmo o título judicial é suficiente para dar plena certeza acerca da existência da obrigação, porém essa constatação só é válida em razão do interregno existente entre a prolação da sentença e sua execução. O executado, ao opor defesa de fundo contra execução de título judicial, não pode chegar a ponto de negar que, no momento em que proferida aquela decisão, a obrigação existia.¹⁴⁰

E isso porque todos os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos concomitantes ao fato constitutivo do direito exequente, ou ainda a ele posteriores, mas ocorridos antes do trânsito em julgado da decisão, são irrelevantes para a oposição, pois ou estão imunizados pela coisa julgada, ou sua dedução é incapaz de obstar à execução, por conta da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Realmente, ainda que o executado tenha sido condenado ao pagamento de determinada quantia com base em contrato que se revele anulável, mesmo que em demanda autônoma se reconheça essa anulabilidade, essa decisão não poderá ter efeito rescisório e a condenação já transitada em julgado não será afetada por essa nova decisão. Em tese, haverá interesse jurídico para anulação do contrato para outros efeitos, mas não para impedir o cumprimento da sentença condenatória.¹⁴¹ Igualmente, a compensação com crédito que é anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória não pode ser causa para a oposição de fundo em sede de

139. FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Firenze: Carlo Cya, 1942. p. 147 e ss.

140. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 778-779.

141. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 233.

impugnação ao cumprimento de sentença, mas o crédito em si está a salvo, e nada obsta que o executado o cobre em demanda autônoma.

A ideia de que a sentença possa trazer uma consequência injusta, impondo o cumprimento de uma obrigação já adimplida, sempre incomodou a doutrina. De fato, a rígida aplicação do princípio do deduzido e do dedutível pode ter resultados bastante graves, especialmente quando se consideram fatos que tenham ocorrido no curso da demanda cognitiva ou em sua fase recursal.

Como anota Flávio Luiz Yarshell, se com o trânsito em julgado se reputam deduzidas todas as alegações que poderiam ter sido opostas, “então, não podem se considerar abrangidas pela imutabilidade da coisa julgada as alegações que, por serem supervenientes, não poderiam ter sido deduzidas nem repelidas”.¹⁴²

Por essa razão, o disposto no art. 508 do CPC/2015 (art. 474 do CPC/1973) deve ser analisado com cautela. Não são todos os fatos que, anteriores ao trânsito em julgado, não se prestam à oposição de fundo. O art. 493 do CPC/2015 (art. 462 do CPC/1973) autoriza que fatos supervenientes, ou seja, aqueles ocorridos após o ajuizamento da demanda ou da apresentação da defesa, sejam considerados quando do julgamento.¹⁴³ Importa, pois, saber se tais fatos podem ou não servir à impugnação de fundo, uma vez que são anteriores ao trânsito em julgado.

Pela leitura fria do art. 508 do CPC/2015 (art. 474 do CPC/1973), não seria equivocado afirmar que esses fatos não podem ser considerados. Entretanto, a questão deve ser vista à luz do último momento útil à alegação do fato superveniente. Se não há maiores dificuldades em se considerar o fato superveniente enquanto pendente o julgamento em primeiro grau ou em sede de recurso de apelação, a questão é mais sensível quando há pendência de recurso especial ou extraordinário.

Como, em princípio, os tribunais superiores não examinam fatos, não seria possível, então, a alegação do fato superveniente nessa etapa avançada do processo, de modo que essa alegação não estaria abrangida pelo art. 474 do CPC/1973 e, por via de consequência, poderia ser deduzida em impugnação ao cumprimento de sentença.¹⁴⁴ Por essa razão, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em um de seus encontros, editou o Enunciado 56, o qual diz ser cabível, em impugnação, a alegação de causa modificativa ou extintiva da obrigação, desde que ocorrida

142. YARSHELL, Flávio Luiz. Coisa julgada e fato superveniente. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 830.

143. Sobre a amplitude do dispositivo, veja-se CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, v. 27. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 165.

144. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 333.

após o início do julgamento da apelação e não tenha sido considerada pelo tribunal superior.¹⁴⁵

O problema com o enunciado é que, embora tenha apenas caráter didático, acaba por generalizar uma hipótese quando, na verdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o conhecimento de fato superveniente, a despeito da limitação da Súmula 07 do STJ. Assim, à luz da recente jurisprudência do STJ, não há impedimento para que o tribunal conheça do fato superveniente, o qual, na redação do enunciado, aliás, tem-se por devidamente alegado pela parte.¹⁴⁶

Ora, se se reconhece que até o trânsito em julgado a alegação do fato superveniente é útil e pode validamente influenciar no julgamento da demanda, então não há como admitir que a matéria seja objeto de impugnação ao cumprimento de sentença, sendo, na hipótese, tecnicamente preferível que aquela decisão exequenda seja rescindida por violação ao art. 493 do CPC/2015 (art. 462 do CPC/1973). Do contrário, outorgar-se-ia à impugnação ao cumprimento de sentença uma eficácia rescisória que ela não possui (ao menos não ordinariamente).

Outrossim, é preciso destacar que só podem ser fatos supervenientes os extintivos e os modificativos, porquanto os fatos impeditivos são sempre concomitantes ou anteriores ao fato constitutivo, obstando a que este produza seus regulares efeitos, como nas hipóteses de anulabilidade e de nulidade. Não fosse o fato impeditivo, aquele fato constitutivo produziria os efeitos que dele regularmente se espera.¹⁴⁷

Finalmente, não raro as legislações estabelecem que a oposição de fundo contra execução fundada em título judicial só é admissível quando a causa modificativa ou extintiva ulterior ao trânsito em julgado estiver demonstrada documentalmente. Assim na legislação de Portugal (art. 729, g, do Código de Processo Civil português) e na Espanha (art. 556.1, da Ley de Enjuiciamiento Civil).

Essa exigência certamente traz consequências negativas ao exercício do direito de defesa do executado. Se é difícil imaginar situações nas quais, por exemplo, o pagamento ou o crédito a ser compensado não estejam documentalmente demons-

145. Art. 525, § 1º, VII. É cabível alegação de causa modificativa ou extintiva da obrigação na impugnação de executado, desde que tenha ocorrido após o início do julgamento da apelação, e, uma vez alegada pela parte, tenha o tribunal superior se recusado ou omitido de apreciá-la. (*Grupo: Execução*).

146. Veja-se a esse propósito: EDcl no AgRg no AREsp 59.315/SP, 3ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.05.2016. Lê-se da ementa: “A regra do art. 462 do CPC deve ser observada também no Superior Tribunal de Justiça, não podendo sua aplicação ficar restrita às instâncias ordinárias. Precedentes”.

147. No sentido do texto, PASTOR, José Martín. *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*. Madrid: La Ley, 2007. p. 284; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 780.

trados, o mesmo não se pode dizer a respeito das obrigações de fazer e, especialmente, das obrigações de não fazer. Como poderia o executado documentalmente provar que deixou de fazer algo, tendo cumprido a condenação imposta?¹⁴⁸ Valeria a esse propósito uma ata notarial ou fotografias demonstrando o estado de fato?

Fecha-se a via da oposição na execução, mas, ao mesmo tempo, autoriza-se que a matéria seja deduzida em demanda declaratória autônoma, a qual, por sua vez, não obsta ao prosseguimento da execução, trazendo outro complicador: sendo procedente a demanda declaratória, não há alternativa ao executado senão ser indenizado dos prejuízos causados pela execução injusta.¹⁴⁹

Mais razoável é a opção feita pelo Código de Processo Civil brasileiro de não limitar ainda mais o exercício do direito de defesa do executado, permitindo que seja produzida prova de suas alegações no curso da impugnação ao cumprimento de sentença, com o que se reduz (embora não se elimine) o risco de se ultimar a execução injusta.

2.4.1.2. Quanto à forma

Outra limitação à defesa de fundo está relacionada ao veículo eleito pelo executado para exercer sua defesa. Se não há qualquer limitação quanto à profundidade da cognição quando a reação do executado segue o modelo legalmente previsto como o padrão, pela via de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença, a defesa realizada incidentalmente à execução, pela via da exceção de pré-executividade, é verticalmente limitada.

É bem verdade que a exceção de pré-executividade perdeu muito de sua relevância a partir do momento em que o Código de Processo Civil deixou de exigir a penhora como condição para a oposição dos embargos à execução (Lei 11.382/2006), o que é agora ampliado pelo CPC/2015 para o regime da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, *caput*). Porém, é indúvidoso que o instrumento ainda será largamente utilizado no dia a dia forense, seja no regime das execuções fiscais, seja em outras situações nas quais a lei não apresenta solução clara para o executado, ou mesmo quando ultrapassado o prazo legal para oposição dos embargos ou da impugnação.

Desnecessário para os propósitos deste trabalho discorrer sobre as origens da exceção de pré-executividade, tantas vezes já referida em doutrina. É preciso,

148. MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de proceso de ejecución civil*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. t. I, p. 977, sugerem que a norma seja flexibilizada nessa hipótese.

149. CADENAS, Manuel Cachón. *La ejecución procesal civil*. Barcelona: Atelier, 2014. p. 70-71; FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 199, nota 18.

contudo, brevemente, verificar a evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto. Danilo Knijnik, em obra monográfica sobre o tema, identifica quatro correntes doutrinárias a respeito da exceção de pré-executividade, propondo, ao final, uma quinta teoria que procura explicar sua funcionalidade e suas limitações.¹⁵⁰

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, evoluiu bastante na primeira década dos anos 2000, autorizando, primeiramente, o cabimento de maneira bastante restrita, apenas para questões processuais que o juiz pudesse conhecer de ofício, relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, para, posteriormente, admitir a exceção de pré-executividade para matérias de fundo, desde que não houvesse a necessidade de produção de provas.¹⁵¹ A leitura da íntegra dos votos revela que a preocupação do Superior Tribunal de Justiça foi estritamente prática – como não poderia deixar de sê-lo. De um lado, a defesa que se prova de plano atende à menor onerosidade para o executado e, de outro,

150. O autor classifica as diversas correntes de pensamento da seguinte forma: (i) a científico-restritiva, que teria como fundamento a distinção entre os planos cognitivos, limitando o cabimento da exceção de pré-executividade às matérias processuais; (ii) a ideológico-interpretativa, que procura justificar a admissão dessa via pela inconstitucionalidade (ou inconveniência) da exigência de prévia garantia do juízo para o exercício da defesa; (iii) a científico-ampliativa, que entende possível a defesa de fundo por essa via desde que não seja necessária dilação probatória; (iv) a negativista, que rejeita a exceção de pré-executividade, por comprometer o esquema legalmente desenhado para a execução. Finalmente, o autor propõe uma quinta corrente, que admite a exceção de pré-executividade para a impugnação de matérias processuais e para objeções substanciais mediatizáveis pelo título executivo, ou seja, apenas “aquelas que puderem ser resolvidas por intermédio da representação típica do crédito constante do título executivo, ainda que digam respeito ao direito subjetivo” (KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 189). Da análise da teoria desenvolvida pelo autor e tendo como referência os exemplos citados ao longo da obra, é inescapável concluir que, pragmaticamente, a teoria desenvolvida deságua no rio da teoria científico-restritiva. Afinal, limitar a arguição àquelas questões que se identificam apenas com a representação documental do título executivo em nada difere da limitação às questões processuais, uma vez que deixa de fora a relação substancial naquilo que extravasa o conteúdo do título e, portanto, na superfície do documento, vê-se apenas se a execução é cabível ou não – sem qualquer incursão sobre a existência ou não da obrigação. Nesse sentido, é interessante observar que na doutrina italiana a análise da regularidade formal do título executivo é tranquilamente classificada como defesa contra os atos executivos. Por todos, com referência jurisprudencial, veja-se DIANA, Antonio Gerardo. *La nuova esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 288-290.

151. A Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça coloca a questão da prova em bastante evidência, embora a redação da súmula ainda pareça fechar o seu cabimento às questões processuais. Todavia, o exame dos julgados que ensejaram a edição da súmula, e mesmo outros que a ela se seguiram, comprovam a sua admissão também para questões de fundo que não demandem dilação probatória.

permitir a ampla dilação probatória seria rejeitar a própria existência do modelo processual executivo.

O argumento pragmático, embora válido, precisa ser aprimorado cientificamente e, aqui, o instituto da *condanna con riserva* do direito italiano pode ser útil. Segundo Scarselli,¹⁵² a condenação com reserva pode ser definida como a técnica processual por meio da qual se permite que sejam realizados atos de execução antes do julgamento definitivo e exauriente do mérito, sem que, para tanto, seja necessária a demonstração do perigo da demora pelo autor.

Dessa forma, dispensando-se o requisito da urgência, a condenação com reserva se caracteriza como um instituto tipicamente endoprocessual, que visa distribuir entre as partes os ônus decorrentes do próprio processo de maneira equilibrada, isto é, sempre que a pretensão do autor se fundar em prova pré-constituída, ou seja, sempre que o fato constitutivo do direito possa ser verificado de plano (ainda que em cognição não exauriente), ao passo que as exceções do réu demandam longa instrução probatória, como método de distribuição do ônus do processo, admite-se a condenação com reserva, carregando ao réu (cuja demonstração do direito depende da instrução probatória) o dano decorrente dessa demora na resolução da lide.

A ideia parte da análise da distribuição do ônus da prova – segundo a qual ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que ao réu cabe a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo daquele direito – para dizer que, tal qual há essa distribuição para efeitos de julgamento do mérito, nada mais razoável do que permitir que os efeitos dessa distribuição tenham implicações já no curso do processo.

Assim, tal qual ocorre, v.g., com a ação monitória ou com a execução baseada em título extrajudicial, no confronto entre a demonstração documental, de plano, do direito do autor, pautada pela verossimilhança (haja vista a ausência de cognição exauriente), e a necessidade de ampla dilação probatória para a demonstração das exceções arguidas pelo réu, é justo que se permita a condenação com reserva, de modo a antecipar a execução da sentença.

Devem, portanto, concorrer ao menos três elementos para que seja viável a condenação com reserva: (i) a prova do fato constitutivo do direito; (ii) a existência de exceções não fundadas em prova documental pré-constituída e que dependam de longa instrução probatória; e (iii) a possibilidade de, em exame sumário, verificar o juiz que não há risco de dano irreparável ao réu na antecipação da execução.

Com efeito, a condenação com reserva, como técnica processual diferenciada que, independentemente da necessidade de urgência, visa equilibrar segundo os ônus processuais das partes o tempo do processo, serve para tornar mais eficiente

152. Para referências ao longo deste tópico, SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989. p. 400-525 e 549-558.

o processo, inclusive reduzindo – ainda que indiretamente – o interesse do réu na apresentação de defesas infundadas.

Ainda de acordo com Scarselli, a condenação com reserva está amparada no princípio segundo o qual o tempo imediato do processo deve ser carregado àquela parte que depende de instrução probatória plena para a demonstração de seu direito, atribuindo-se o ônus do tempo do processo de maneira equilibrada, porque desestimula e neutraliza os efeitos da defesa infundada.

De certa forma, aquilo que na condenação com reserva fica ao critério do juiz, em exame superficial das provas, na execução civil é feito primordialmente (não exclusivamente) pela lei, ao autorizar a realização de atos de força independentemente de cognição exauriente, ou assumindo o risco de alteração do quadro fático entre a data da sentença e sua execução.

A admissão da exceção de pré-executividade também visa reequilibrar o tempo e os efeitos do processo.

Se a insubsistência da obrigação ou do título pode ser demonstrada de plano, documentalmente, sem que haja reação fundamentada do exequente, então cai por terra o pressuposto legal que autorizava a execução e, conseqüentemente, não é razoável onerar o executado com um caminho de defesa mais longo.

No entanto, se o fundamento da defesa do executado exige produção de prova oral, pericial ou a busca de outros documentos, não se compromete, então, o pressuposto legal, e, dessa forma, caberá ao executado o ônus do tempo e dos efeitos do processo, ficando sujeito aos atos executivos até que prove seu direito.¹⁵³

Não se pode esquecer que deve ser criterioso o exame acerca do cabimento da exceção de pré-executividade, especialmente quando essa não venha acompanhada de documento tal que possa, desde logo, infirmar a força executiva do título, pois a simples admissão dessa defesa já representa – embora não oficialmente – alguma paralisação da execução (a qual pode ser significativa, se se considerar o tempo morto do processo nos trâmites de vistas e juntadas), o que, em princípio, não ocorre nas hipóteses de embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, com o desmembramento dos autos.¹⁵⁴

153. Mais uma vez é proveitoso o paralelo com o mandado de segurança, como já realizado na nota 111. Tal qual no mandado de segurança, a via mais célere da exceção de pré-executividade é outorgada somente à parte que possui prova pré-constituída de seu direito, remetendo-se a parte para as vias ordinárias quando a demonstração do direito exigir a produção de outras provas.

154. No CPC/1973 a autuação da impugnação ao cumprimento de sentença era realizada em autos apartados, salvo se deferido o efeito suspensivo (art. 475-M, § 2º). O CPC/2015 não repete o dispositivo, mas é salutar que seja mantida a mesma sistemática, para evitar que o processamento da execução seja atrapalhado pela impugnação que não tenha efeito suspensivo.

Em suma, a admissão ou inadmissão da exceção de pré-executividade quanto às matérias de fundo têm como pressuposto a verificação sumária, pelo juiz, das provas produzidas antecipadamente pelo executado, para, a partir da avaliação dessas provas, autorizar ou rejeitar que o desequilíbrio natural que a lei estabelece para a execução civil seja decomposto, colocando-se as partes em situação de igualdade para o debate acerca da existência da obrigação, incidentalmente na execução, com a natural e inevitável interrupção momentânea da realização dos atos executivos.

O que autoriza esse veículo de defesa não é simplesmente o postulado da menor onerosidade para o executado, especialmente por sua vocação não confessada de simples controle dos atos executivos¹⁵⁵ agora apresentada de forma mais transparente no CPC/2015, ao exigir que o executado indique qual o meio menos gravoso e tanto ou mais eficaz (art. 805, parágrafo único) –, o que torna indúvidoso que se trata dos atos que conduzem à satisfação do exequente, e não da obrigação em si.

Se repudia o senso de justiça admitir que o executado seja submetido aos atos de força do Estado quando o exequente não possui título executivo, ou quando há título, mas não há a obrigação, ou, ainda, quando não concorrem as condições ou os pressupostos da ação executiva, é preciso ponderar que há um duplo controle do cabimento da execução – aquele realizado abstratamente pela lei, ao enunciar o rol dos títulos executivos, e o controle realizado *in concreto* pelo juiz, ao deferir o processamento da execução.

Portanto, apenas de forma indireta o princípio autoriza o executado a questionar a existência da obrigação no corpo da execução, mormente porque na atual sistemática da execução civil é excepcional a exigência de garantia do juízo para a apresentação de defesa de fundo. É a necessidade de reequilibrar a relação processual, quando elementos de convicção substanciais colocam em dúvida a eficácia do título executivo, fazendo supor que a obrigação lá documentada – por outro documento de igual relevância – jamais existiu ou deixou de existir.

2.4.2. Defesas de fundo: algumas hipóteses

2.4.2.1. Os vícios de consentimento

A sentença civil condenatória está longe de exaurir o campo dos títulos executivos judiciais, mas sua caracterização como o título por excelência, tantas vezes repetida em doutrina, moldou de tal forma o procedimento para execução dos títulos dessa natureza que, ao menos em uma primeira mirada, parece ter o legislador se esquecido de que nem todos os títulos judiciais são gestados perante o Poder Judiciário.

155. De acordo com Teori Albino Zavascki, o dispositivo tem “a nítida finalidade de evitar atos executivos desnecessariamente onerosos ao devedor” (*Processo de execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 112).

Há documentos que, embora qualificados como títulos executivos judiciais, não foram criados após o pleno exercício do contraditório, com o esgotamento do devido processo legal culminando em decisão condenatória em favor de uma das partes. Em outras situações, nem mesmo processo terá havido e o título ostentará essa qualidade. Basta pensar nos acordos homologados judicialmente durante o curso do processo no reconhecimento da procedência do pedido, na renúncia ao direito ou mesmo no acordo extrajudicial homologado em juízo. Nos primeiros casos, o processo se encerra com sentença de mérito apenas por vontade legislativa, afinal, não houve o acolhimento ou a rejeição do pedido; no segundo caso, sequer houve processo, e sim mero procedimento homologatório.

Em ambos os casos, a atividade do juiz se limita à homologação do acordo de vontades (do negócio jurídico celebrado entre as partes), e, para tanto, analisa tão somente os aspectos formais de validade de tal negócio jurídico, como a capacidade das partes, o cumprimento de algum requisito essencial e a disponibilidade do objeto. Se há algum vício de consentimento que macule o negócio, o juiz sequer terá elementos para conhecê-lo.

Essa distinção na origem do título executivo traz sutis implicações para a defesa do executado. Afinal, é de se indagar qual é, na essência, a distinção entre o acordo homologado em juízo e qualquer negócio jurídico celebrado entre as partes que possa valer como título executivo extrajudicial. Visto por outro lado, a sentença civil condenatória faz coisa julgada material e, transitada em julgado, só pode ser revista em ação rescisória, ao passo que a sentença homologatória do acordo pode ser revista em ação anulatória (art. 966, § 4º, do CPC/2015 e art. 486 do CPC/1973), sem qualquer especialidade no procedimento.¹⁵⁶

A homologação judicial chancela aquele negócio jurídico firmado entre as partes reconhecendo-o como ato jurídico perfeito, e atribuindo-lhe a qualidade de título executivo judicial. Nada além disso. Diferentemente da sentença condenatória, não torna inquestionável a obrigação, tampouco a situação de fato no momento de sua prolação e, por isso, não faz coisa julgada material, sujeitando-se à simples anulação.

A anulação, aliás, não é da sentença homologatória. É do negócio jurídico homologado. Se há algum vício de consentimento, certamente este afeta o próprio

156. Rosalina P. C. Rodrigues Pereira procura distinguir entre as sentenças homologatórias tipificadas no art. 269, III, do CPC/1973 e outras sentenças homologatórias, defendendo que as primeiras se sujeitam à rescisão, e as segundas, à mera anulação (*Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 240 e ss.). Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, fala em dupla estrutura da sentença: o ato homologador é passível de rescisão, mas o ato homologado é controlado por outras vias (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 785).

negócio e, como não houve qualquer decisão judicial sobre o fato, o negócio poderá ser questionado judicialmente, ainda que possua a chancela homologatória do Poder Judiciário. Sobre a ação anulatória, afirma Cândido Rangel Dinamarco:

“O que nesse processo se postula não é outra coisa senão a rescisão da transação (ou sua anulação), que, segundo o disposto no art. 849 do Código Civil, pode dar-se em virtude de ‘dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa’. Do mesmo modo se procede quando se trata de anular o reconhecimento do pedido”.¹⁵⁷

Ora, se não há coisa julgada material, então por que limitar a defesa do executado aos fatos ocorridos após o trânsito em julgado? Nada impede que o executado, mesmo diante de execução fundada em título judicial, traga como fundamento de sua defesa a existência de vício do consentimento quando da celebração do acordo judicial ou extrajudicial homologado. A limitação às matérias passíveis de alegação de que trata o art. 525, § 1º, VII, do CPC/2015 (art. 475-L, VI, do CPC/1973) não se aplica aos títulos judiciais oriundos de acordos ou atos de disposição de direito homologados judicialmente.

Embora parcela da doutrina afirme que caberá ao executado socorrer-se às vias ordinárias, uma vez que esse fundamento de defesa escapa ao rol das matérias de defesa,¹⁵⁸ com a devida vênia, trata-se de visão muito apegada à literalidade do texto legal, concebido, como já afirmado, com olhos fixos na sentença civil condenatória. A distinção da origem do título justifica o tratamento diferenciado, o qual não compromete em nada o curso das atividades executivas.

Apenas uma ressalva é de rigor: a possibilidade de arguição do vício em sede de impugnação ao cumprimento de defesa não suplanta a necessidade de observância do prazo legal para sua arguição. A lei civil estabelece o prazo decadencial de quatro anos (art. 178, *caput*, do CC/2002) para a parte arguir o vício de consentimento. Evidentemente, nesse prazo, a parte interessada poderá argui-lo em demanda de conhecimento autônoma, mas, se aguardar para fazê-lo em defesa no cumprimento de sentença, deverá, igualmente, observar o mesmo prazo. Se por qualquer motivo a execução for proposta após esse período, o executado terá decaído do direito de arguir essa matéria em impugnação ao cumprimento de sentença.

Tudo o quanto afirmado anteriormente pode ser perfeitamente transposto para a oposição contra execução fundada em título executivo extrajudicial, já que

157. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 785.

158. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A execução dos títulos judiciais equiparados à sentença condenatória tradicional. In: ALVIM, Arruda *et al.* (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 731.

o paralelo utilizado pela doutrina é justamente o reconhecimento de que esses títulos judiciais materializam um negócio jurídico, sujeito a anulação como qualquer negócio realizado sem a chancela do Poder Judiciário.

No entanto, há uma distinção que merece destaque: os acordos e os atos de disposição homologados judicialmente já foram submetidos ao crivo do Poder Judiciário quanto aos seus elementos essenciais (art. 104 do CC/2002). É possível afirmar, portanto, que, quanto aos elementos essenciais do negócio, cuja falta resultaria em nulidade, já houve acertamento judicial, ou seja, o executado não poderá, diante de um acordo homologado, arguir sua incapacidade quando do negócio, a ilicitude do objeto ou a preterição de forma prescrita em lei, limitações essas que não se colocam para a oposição contra execução fundada em título extrajudicial.¹⁵⁹

2.4.2.2. A prescrição intercorrente

2.4.2.2.1. Uma incursão inicial

É bastante frequente, no estudo do tema da prescrição e da execução civil, deparar-se com a expressão “prescrição executória”,¹⁶⁰ cujo prazo, segundo a Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, é o mesmo da prescrição da ação. A súmula, como se percebe, é contaminada pela ultrapassada ideia de que a prescrição representa a extinção do direito de ação.

Modernamente, é bastante difundido o entendimento de que a prescrição está relacionada à pretensão. É a perda do poder de exigir uma contraprestação, pelo decurso do prazo definido em lei. Vincula-se a prescrição à ideia de direito subjetivo e obrigação. Sempre que uma parte está em situação de vantagem, podendo exigir que alguém cumpra uma prestação, está-se diante de um direito subjetivo que deve ser exercido (exigido) durante determinado lapso temporal. Não o sendo nesse prazo, prescreve a possibilidade de exigência coercitiva daquela prestação, muito embora o direito permaneça incólume.¹⁶¹

159. Frise-se que se o juiz, ao homologar o ato de disposição ou o acordo, deixar de observar esses requisitos essenciais do negócio jurídico, o caso será de rescisão da sentença, porque não se atacará o negócio em si, mas o ato homologatório. Sobre o tema, veja-se a doutrina de Dinamarco, para quem “impõe-se a ação rescisória (CPC, art. 485) sempre que a parte não esteja a alegar vícios internos do ato, mas a sustentar que ele não deveria ter sido homologado” (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 275).

160. Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado 57: (art. 525, § 1º, VII; art. 535, VI) A prescrição prevista nos arts. 525, § 1º, VII, e 535, VI, é exclusivamente da pretensão executiva. (*Grupo: Execução*).

161. Com ampla referência doutrinária, por todos, confira-se TABOSA PESSOA, Fábio Guidi. Tutela executiva e prescrição. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFFELATO, Camilo

Outrossim, a redação da Súmula faz supor que existem duas prescrições, dois prazos distintos: um relacionado à demanda cognitiva e outro à demanda executiva, o que, a bem da verdade, não se amolda ao conceito de pretensão. O equívoco dessa ideia é facilmente perceptível quando se pensa na fase de cumprimento de sentença e no sincretismo processual.¹⁶²

A pretensão ao bem da vida é a mesma, quer se trate de demanda cognitiva, quer se trate de demanda executiva. O sedizente credor pretende a satisfação de sua pretensão, sem distinguir entre a declaração do direito e a posterior atuação prática. Esses momentos se separam apenas na medida do necessário para assegurar o legítimo direito de defesa do suposto devedor, mas nada impede que as atividades sejam intercaladas e/ou concomitantes, como muitas vezes ocorre com a antecipação de tutela.

Adotando-se analogamente a distinção que há entre pedido mediato e pedido imediato, pode-se dizer que há a pretensão mediata ao bem da vida e a pretensão imediata, que se decompõe em pretensão ao reconhecimento do direito e em pretensão à execução, conforme o estágio do processo.

Disso se percebe que não há dois prazos prescricionais. Trata-se da mesma pretensão e, conseqüentemente, da fluência do mesmo prazo prescricional, que estava interrompido durante o curso da demanda cognitiva, consoante o disposto no art. 202, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido é a lição de Amílcar de Castro:

“A sentença não opera novação; é ato judicial meramente interruptor da prescrição. E, assim sendo, desde sua data recomeça a correr a prescrição do direito e, demorando a execução, ou suspensa em qualquer ponto a instância da execução, por tanto tempo quanto tenha a lei fixado para a prescrição do direito declarado na sentença, prescrito ficará esse direito.”¹⁶³

Falar, portanto, em prescrição executória serve apenas para, didaticamente, referir-se à prescrição reiniciada após a interrupção operada pela demanda cognitiva.

Essa incursão inicial é necessária para tratar com cientificidade da prescrição intercorrente, inserida como novidade para as execuções em geral no CPC/2015, mas que adota como base o regramento já previsto no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais.

(org.). *40 anos da teoria geral do processo no brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 264-279, especialmente item 3.

162. Em sentido contrário, DESTEFENNI, Marcos. A prescrição superveniente à sentença (prescrição da pretensão executória cível). In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2009. v. 3, *passim*.

163. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 10, t. 2, p. 466.

2.4.2.2.2. A prescrição intercorrente

A extinção da possibilidade de exigência coercitiva de um direito subjetivo, pelo decurso de determinado prazo, é uma exigência social, fundada na necessidade de segurança jurídica. De fato, a eternização da incerteza ou de situações conflituosas conspira contra a pacificação social, objetivo final do direito (não só do processo), o que justifica o instituto da prescrição para, por via transversa, afastar esse estado de incerteza.¹⁶⁴

A mesma lógica se aplica para conflitos já levados ao Poder Judiciário. Não é razoável permitir que o exequente mantenha o executado nesse estado de incerteza, perpetuamente apenado com a pecha de devedor, sem que procure meios eficazes para a satisfação de seu direito. É evidente que o executado pode, a qualquer momento, cumprir a obrigação, mas a lógica do processo não deve ser pensada para situações de má-fé, como se todos os executados deliberadamente se furtassem às suas responsabilidades. O executado que sofre com os revezes da vida, e que não tem meios para cumprir sua obrigação, não pode ser sacrificado com a eternização da demanda executiva, prestes a lhe tirar qualquer recurso que, porventura, muitos anos depois, venha a conseguir.¹⁶⁵

Por esse motivo, andou bem o CPC/2015 ao generalizar o instituto da prescrição intercorrente, autorizando a extinção da execução se, após o transcurso do prazo, o exequente se mantiver inerte, sem a adoção de medidas concretas para a satisfação de seu direito. Da redação dos parágrafos do art. 921 do CPC/2015 algumas observações são de rigor:

Em primeiro lugar, antes que se inicie a contagem do prazo, o § 1º determina que o processo ficará suspenso (em cartório) pelo prazo de um ano, “durante o qual se suspenderá a prescrição”. O equívoco é evidente. Só se suspende o que está em curso e, nesse momento, o prazo prescricional não está em curso. Foi interrompido, e assim continua durante todo o curso da demanda, até que se instaure a inércia do exequente.¹⁶⁶

164. AURELLI, Arlete Inês. Uma revista ao tema da prescrição intercorrente no âmbito do processo civil com ênfase no Código de Processo Civil projetado. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 42.

165. No sentido do texto, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 923-925. Em sentido contrário, entendendo que não há que falar em prescrição intercorrente, ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

166. Com ampla referência à legislação estrangeira, veja-se ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31 e ss.

Superado esse prazo, sem que qualquer outra providência seja tomada, tem início a contagem do prazo prescricional.¹⁶⁷ O não arquivamento dos autos, por falta de determinação judicial ou por deficiências do cartório, não pode alargar o prazo legal de prescrição. E o prazo será aquele definido em lei para o exercício daquela determinada pretensão (aplica-se, portanto, com as considerações acima, a Súmula 150 do STF).

Como a lei civil diz que a prescrição só será interrompida uma vez, então, reiniciado o prazo, na forma do § 4º do art. 921 do CPC/2015, ficará suspenso o prazo enquanto perdurarem os atos concretos do exequente tendentes à satisfação da obrigação. Verificando-se novamente o estado de inércia, o prazo voltará a fluir, considerando-se o período anterior para cômputo do prazo prescricional.

No mais, é preciso frisar que o simples desarquivamento dos autos ou pedidos genéricos de localização de bens não serve para afastar o estado de inércia e suspender a fluência do prazo prescricional. É da vontade da lei que o exequente não fique inerte e, por isso, só se suspenderá o prazo prescricional quando da adoção de medidas concretas de localização e expropriação de bens.

2.4.2.3. *Compensação*

A compensação é instituto que sempre gerou diversas dúvidas na doutrina processual, às vezes caracterizada como simples fundamento de defesa do réu, às vezes como fundamento para contra-ataque, haja vista que, alegada como exceção à pretensão do autor, acolhida, resultará no julgamento de improcedência do pedido. Mas, apesar disso, para que opere esse efeito extintivo da obrigação, é forçoso que se reconheça o réu também como credor do autor (e, operada a compensação, que ambos os créditos sejam reciprocamente extintos).¹⁶⁸

Mesmo na doutrina civilista a compensação não é vista uniformemente. Orlando Gomes chega a afirmar que a compensação é forma aberrante de extinção das obrigações, e uma exceção ao princípio de que o credor não será obrigado a receber o pagamento por partes. Seja como for, é ponto inconteste que a compensação opera a extinção recíproca dos créditos, até o limite em que se encontram.¹⁶⁹

167. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado 195: (art. 921, § 4º; Enunciado 314 da súmula do STJ). O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º. (*Grupo: Execução*).

168. Sobre o tema, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26 e ss.

169. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 153 e ss.; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 209 e ss.; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 302 e ss.

A compensação é comumente dividida em três modalidades: a convencional, a legal e a judicial. Apenas as duas últimas interessam para os fins deste trabalho.

A doutrina civilista costuma diferenciar a compensação legal da compensação judicial a partir de seus requisitos e forma de verificação. A primeira operaria *ipso iuri*, desde que presentes os requisitos estabelecidos no art. 369 do CC/2002, ao passo que a segunda prescinde dos requisitos legais, na medida em que estes serão declarados judicialmente em momento posterior, quando se operará a compensação. Afirmar-se, nesse particular, que a compensação judicial deve ser decretada em ação autônoma ou mediante reconvenção.

A primeira pergunta que surge, quando o tema é analisado na perspectiva da tutela do executado, é: poderá o executado que se julga credor do exequente arguir a compensação como forma extintiva do débito exequendo, se não estão presentes os requisitos legais? Em outras palavras, poderá haver a compensação judicial na execução civil?

Até a reforma operada pela Lei 11.232/2005 a resposta seria mais simples. Na redação original do art. 741, VI, do CPC/1973 lia-se que a compensação era possível “com execução aparelhada”. Apesar das divergências sobre o alcance da expressão legal, a doutrina era uniforme em reconhecer que a compensação só poderia ser arguida pelo executado que ostentasse crédito contra o exequente formalizado em título executivo, ou seja, não era possível a compensação judicial.¹⁷⁰

De acordo com Dinamarco, a supressão da expressão não alterou a exigência de que o crédito a ser compensado esteja documentado em título executivo. Para o autor, não se exige que o executado já tenha ajuizado uma execução, mas é imprescindível que seja portador de título executivo contra o exequente.¹⁷¹

Ocorre que, se a lei não excepciona e o âmbito cognitivo da oposição é amplo o suficiente para permitir que se discuta a existência ou não do crédito que se pretende compensar, ainda que materializado em um título executivo, não há qualquer razão para impedir que o juiz ao julgar a oposição o faça para reconhecer a existência daquele crédito e, via de consequência, a compensação. E aqui nem se coloca a dificuldade aventada pela doutrina civilista de que essa modalidade de compensação exige reconvenção ou demanda autônoma, pela própria natureza da oposição de fundo, caracterizada como típico exercício de uma pretensão.

170. A controvérsia, sob a vigência do CPC/1973, é analisada por ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1.097.

171. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 781. Igualmente, afirmando haver razões históricas para tanto, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Sentença e liquidação no CPC. Disponível em: [<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=8ac567e1e23a18cbfff98f5fe587e9c0>]. Acesso em: 06.11.2015.

Reconhecida a existência de crédito em favor do executado, é a partir desse momento que haverá, objetivamente, a coexistência de créditos/débitos e operar-se-á a compensação.

Cabe agora analisar a compensação legal. Em texto clássico sobre o tema, Calamandrei distingue o direito ao crédito da eficácia extintiva da compensação, para concluir que a exceção de compensação que poderia ter sido alegada no curso da demanda cognitiva não poderá ser oposta em execução, em respeito à coisa julgada que se formou, ressalvando, todavia, que o crédito correspondente poderá ser cobrado normalmente.¹⁷²

A constatação, que pode parecer simples, esconde uma dificuldade: quando se opera a compensação? Dividem-se os sistemas jurídicos, basicamente, em dois modelos: o modelo alemão, no qual a compensação se opera com a declaração da parte, e o sistema francês, no qual a compensação se opera *ipso iure*, independentemente de manifestação da parte. O ordenamento brasileiro se filia a este último modelo, *ex vi* do art. 368 do CC/2002. Há uma tendência doutrinária em rejeitar que a compensação se opere *ipso iure*, sem qualquer manifestação das partes, porque, fosse assim, o juiz deveria conhecê-la de ofício,¹⁷³ mas é inegável que sem que a contraparte demonstre possuir crédito a ser compensado não há como o juiz saber de sua existência.

José de Moura Rocha afirma que a adoção pura e simples do sistema francês “não passaria de construção teórica sem consequências práticas a atuar”.¹⁷⁴ O mesmo raciocínio é desenvolvido por Gian Antonio Micheli, ao afirmar que o fenômeno fático da coexistência de obrigações recíprocas é apenas um dos elementos da *fattispecie* e autoriza a parte a exercer seu direito potestativo de compensação, o qual, por sua vez, só se opera mediante a manifestação da parte nesse sentido. Apoiar-se o autor no art. 1.242 do Código Civil italiano que, não obstante estabeleça que a compensação se opera no momento da coexistência de créditos/débitos, veda que o juiz possa declará-la de ofício.¹⁷⁵

172. CALAMANDREI, Piero. *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato. Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1947. v. 5, p. 228. Também LIEBMAN, Tullio Enrico. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 232.

173. É pertinente a observação de Laurentino de Azevedo de que seria “contrário à lógica do direito admitir que a compensação tem lugar por força de lei e exigir, em seguida, um pedido formal da parte para que ela opere o seu efeito” (*Da compensação no direito romano e no direito brasileiro civil e comercial*. São Paulo: Typ. Globo, 1920. p. 20). A posição, no entanto, é minoritária na doutrina como destaca MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 183-184.

174. ROCHA, José de Moura. Da compensação: sua problemática ante os direitos civil e processual civil. Separata da *Revista de Direito Civil*. n. 1. São Paulo, jul.-set. 1977. p. 44.

175. MICHELI, Gian Antonio. *Compensazione legale e pignoramento. Studi in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2, p. 36-47 e, especialmente, na p. 38, onde

Adotada essa linha de raciocínio, ainda que o crédito tenha origem em momento anterior à formação do título executivo, a compensação poderia ser oposta em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, porque só se aperfeiçoaria quando da manifestação da parte.¹⁷⁶

Não se pode aceitar a tese. A um, admitir que fato extintivo, assim reconhecido em lei, anterior ao trânsito em julgado, seja arguido em sede de impugnação ao cumprimento de sentença esbarra na coisa julgada material que está formada, que tem como pressuposto a rejeição de tudo aquilo que foi e poderia ter sido oposto em defesa. A dois, haveria de se reconhecer que basta a manifestação extrajudicial para o aperfeiçoamento da compensação. No entanto, tal qual a própria coexistência de créditos, ainda que tenha havido a manifestação extrajudicial, não há como supor que o juiz poderá conhecê-la se não lhe for dada ciência do fato, ou seja, exigir ou não a manifestação não resolve o problema da cognoscibilidade *ex officio*. É preferível que o efeito decorra do fato objetivo de coexistência de créditos, pois, além de mais atenciosa à literalidade da lei, a solução não coloca em risco a coisa julgada.¹⁷⁷

Sinteticamente, a existência de um crédito a compensar pode ser reconhecida em sede de oposição à execução (compensação judicial), mas a compensação legal, isto é, aquela decorrente do fato objetivo da coexistência de créditos conforme os requisitos legais, só pode ser objeto de oposição se for posterior ao trânsito em julgado, porquanto, se anterior, deveria ter sido alegada a exceção de compensação no curso da demanda cognitiva.¹⁷⁸

Finalmente, resta perquirir se poderá o executado – na própria oposição – cobrar o excedente caso seu crédito supere aquele do exequente, ou se, para tanto, deverá socorrer-se das vias autônomas. O problema é similar àquele que se apresenta entre alegação em contestação e necessidade de reconvenção. Tradicionalmente, coloca-se que a exceção de compensação manifestada em contestação como simples

afirma “nel nostro ordinamento giuridico l’effetto estintivo della compensazione non discende dalla sola coesistenza dei debiti (crediti), mas altresì da una manifestazione di voler usufruire di quella causa estintiva”.

176. Ainda que não o declare expressamente, é esse o raciocínio desenvolvido por Alberto Camiña Moreira para justificar a possibilidade de arguição da compensação em qualquer momento, inclusive em execução (*Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 183 e ss.).

177. As observações *supra* foram longa e exaustivamente feitas por MERLIN, Elena. *Compensazione e processo*. Milano: Giuffrè, 1991. v. 1, p. 120-134.

178. Se o crédito a ser oposto ainda está em formação quando do trânsito em julgado da sentença exequenda, é possível arguir a compensação em oposição à execução, porque o fato objetivo da coexistência de créditos será posterior ao título executivo e, de todo modo, não poderia ter sido alegado em juízo cognitivo. Nesse sentido vai a jurisprudência italiana, como indica e transcreve VIGORITO, Francesco. *Le opposizioni esecutive*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 102-104.

forma de defesa, mesmo que possa ampliar o objeto de cognição do juiz, não poderia inovar o objeto do processo, isto é, serviria apenas à rejeição da pretensão do autor, mas não conferiria ao réu o direito de executar o crédito excedente, “ainda que esse crédito tenha sido reconhecido na sua integralidade na motivação da sentença”.¹⁷⁹ Para alcançar esse objetivo, seria necessário o ajuizamento de reconvenção.

As conclusões da doutrina tradicional já foram questionadas mesmo no âmbito do processo de conhecimento, sob a vigência do CPC/1973,¹⁸⁰ e, agora, com o CPC/2015, torna-se ainda mais duvidosa a exigência de reconvenção. De fato, o argumento de que o crédito excedente é reconhecido apenas na fundamentação da sentença com o CPC/2015 perde força, na medida em que a questão prejudicial (e a existência do crédito do réu é prejudicial em relação à pretensão inicial) decidida segundo os requisitos legais faz coisa julgada material entre as partes. Essa constatação, aliada ao fato de que o título executivo judicial se conforma ao reconhecimento da obrigação, sem a necessidade da fórmula “portanto, condeno”, é suficientemente clara para autorizar que se reconheça título executivo judicial em favor do réu, pelo valor da diferença (basta, quando muito, apurar o valor mediante simples cálculos aritméticos).

Se essa conclusão já é possível na demanda de conhecimento, o é com muito mais razão em sede de oposição à execução, porque, nesse caso, não se duvida que o executado exerce pretensão e dá ele mesmo os contornos e limites objetivos da demanda cognitiva incidental à execução. Não faria qualquer sentido permitir que toda atividade cognitiva fosse desenvolvida para ao fim e ao cabo reconhecer a existência do crédito do executado e, apenas por capricho de forma, exigir que toda atividade fosse repetida em demanda autônoma, sem qualquer inovação, tão só para o cumprimento de formalidades.¹⁸¹

Portanto, manifestada a compensação em oposição à execução, remanescendo crédito em favor do executado não há qualquer obstáculo para que prossiga a demanda, agora para a execução do excedente em favor do executado. A sentença que reconhece o direito de crédito em seu favor é, porque presentes todos os elementos legais, título executivo judicial e não há qualquer razão para obstar seu cumprimento.¹⁸²

179. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33. Igualmente, SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 364.

180. Confira-se SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 198-200.

181. Sobre os efeitos da sentença na oposição do executado, no sentido do texto, veja-se ONNIBONI, Claudia. *Opposizione a precetto e opposizione a pignoramento: relazioni strutturali*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 486. 2002.

182. Acresça-se que não é estranho ao direito vigente que o executado passe a ostentar a posição de exequente quando é acolhida sua oposição. A situação é tranquilamente

2.4.3. Natureza e efeitos da sentença

As sentenças podem ser caracterizadas, a par de outras formas de classificação, de acordo com sua eficácia, sua força e seus efeitos. As sentenças são, usualmente, classificadas em declaratórias, constitutivas e condenatórias, conforme a natureza do direito material em litígio,¹⁸³ de modo que, tradicionalmente, afirma-se que uma crise de certeza reclama uma sentença declaratória, uma crise de situação, uma sentença constitutiva, e uma crise de inadimplemento, uma sentença condenatória.

É, portanto, a partir da crise trazida a juízo pela parte, materializada no pedido deduzido, que se extrai qual o efeito preponderante da sentença. Pois bem, o executado, em sua defesa de fundo, isto é, ao insurgir-se contra a execução por motivos de mérito relacionados ao direito material subjacente, não pretende simplesmente barrar a execução. O executado pretende mais, pretende que lhe seja entregue um bem da vida com a declaração da inexistência do direito de crédito e, conseqüentemente, com a eliminação da crise de certeza, por ele próprio aventada.

Autorizada doutrina, firme na autonomia da eficácia executiva do título, defende que essa sentença (que acolhe a defesa) possui eficácia constitutiva negativa, pois, se a existência do direito de crédito não é pressuposto da execução, então a inexistência do crédito não basta para obstá-la. Assim, como forma de manter incólume a autonomia do título, a execução somente pode ser extinta com a perda da eficácia do título, esta afastada justamente pela sentença que acolhe a defesa de fundo.¹⁸⁴

No mesmo sentido, Pugliatti afirma que sendo o direito de ação independente do direito material, o título, como fonte autônoma da execução, é suficiente para

admitida pelo STJ quando, comprovada a má-fé do exequente originário, é imposta a sanção ao art. 940 do Código Civil.

183. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 319 e ss. O critério para classificação das ações ou das sentenças leva em consideração a eficácia preponderante do provimento, haja vista que nenhum deles é completamente puro. Nenhuma sentença é só declaratória, só constitutiva ou só condenatória, como esclarece PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. V, p. 137.
184. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 193. A doutrina de Liebman foi bem recebida no Brasil e muitos autores defendem a natureza constitutiva da sentença que julga procedente a defesa de fundo do executado. Entre eles, THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 398; e WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2, p. 354.

isolá-la do direito material, ou seja, o título serve de base à relação jurídico-processual que independe da relação substancial e, portanto, não é por ela afetada.¹⁸⁵

Carlo Furno, em seu *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, critica duramente a posição de Liebman e Pugliatti, afirmando, com razão, que a autonomia do direito de ação em relação ao direito material significa simplesmente que a existência de um não depende da existência do outro, ou seja, não há identidade entre direito material e direito de ação, porém a execução só se justifica enquanto a serviço do direito material.¹⁸⁶

A dificuldade em conciliar a autonomia da execução com a existência (ou inexistência) do direito material levou Liebman a flagrante contradição, quando assevera que a relação jurídica substancial, antes irrelevante na oposição de fundo, readquire importância, de modo que “extinta a causa, também o título deve perder a sua eficácia”.¹⁸⁷ Ora, essa assertiva conflita com a teoria abstrata do direito de ação, pois faz a execução dependente do direito material, o que não se pode admitir.

Com efeito, a existência ou inexistência do direito material em nada afeta o título executivo. A execução, desde que baseada em título apto, será legítima e desenvolver-se-á regularmente, mesmo que inexista a obrigação. Por esse motivo, rejeita-se a tese de Carlo Furno, no sentido de que a declaração da inexistência da obrigação é suficiente para tornar ineficaz o título, pois se trata de uma execução materialmente ilegítima.¹⁸⁸ A execução poderá ser injusta, na medida em que, potencialmente, conduzirá à “satisfação” de uma obrigação inexistente, mas não ilegítima, desde que escorada em título que, a princípio, autorize a adoção das medidas executivas.

Ora, havendo título, a execução é o caminho legítimo e adequado, pois a lei autoriza, desde logo, nesse caso, a adoção de atos executivos, independentemente do prévio accertamento do direito. Essa é a única função do título executivo e, por esse motivo, não é ilegítima (embora possa ser injusta) a atividade executiva desenvolvida. Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“A razão técnica disso é muito simples: se a ação executiva é um poder de natureza abstrata, independente da existência do direito material, o exercício desse poder não poderá ser considerado um ato ilícito. Todavia, isso não quer dizer em absoluto que a sentença que julga procedentes os embargos à execução tenha

185. PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: Guiffè, 1978. p. 140-141.

186. FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Firenze: Carlo Cya, 1942. p. 54-55.

187. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 215.

188. FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Firenze: Carlo Cya, 1942. p. 65.

eficácia *ex nunc*, denunciadora de uma natureza constitutiva. Sendo uma sentença meramente declaratória dessa inexistência, os seus efeitos devem ser observados na situação jurídica substancial e não na relação processual executiva.”¹⁸⁹

E, realmente, respeitado o entendimento em contrário, parece intuitivo que a pretensão do executado visará uma tutela declaratória, e não meramente constitutiva negativa, haja vista que, mais do que operar no campo processual, o reconhecimento do direito do executado tem projeção ampla, obstando não só à execução, mas a qualquer pretensão do exequente que vise à obtenção daquele bem da vida.

De fato, o alcance da decisão que julga procedente o pedido do executado ultrapassa a mera desconstituição da eficácia executiva do título. Fosse assim, o exequente poderia ajuizar demanda cognitiva que, ao fim e ao cabo, conduziria ao mesmo resultado: a obtenção do bem da vida. Entretanto, ao declarar que não há o direito que se pretendia realizar, a sentença vai além, e entrega tutela plena ao executado, outorgando-lhe o bem da vida de forma definitiva, do que se extrai a preponderância da carga declaratória da sentença que acolhe a oposição de fundo do executado.¹⁹⁰

Além disso, o pedido principal, o objeto da demanda do executado, não é dirigido propriamente à desconstituição do título, que, nesse sentido, tem aspecto de acessoriedade (à luz do caráter instrumental do processo, voltado à atuação do direito material). O executado impugna a presunção ostentada pelo título, tornando incerta a existência da obrigação que se presumia existente, porque materializada em título apto para tanto. A eliminação da incerteza é nitidamente equacionada por declaração e não por constituição, pois não se cria nem se extingue uma relação substancial.

Então, reconhecendo-se que se trata de decisão de natureza declaratória, como justificar a extinção da execução (processo ou fase), sem contrariar a natureza abstrata do direito de ação?

Paulo Henrique dos Santos Lucon sugere alguma mitigação do caráter abstrato da execução, na medida em que a declaração de inexistência do direito colocará fim à execução (processo ou fase), pois seria (como de fato o é) ilógico permitir que a execução prossiga havendo o reconhecimento da inexistência da obrigação.¹⁹¹

189. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 205.

190. Esse, aliás, é o entendimento de parcela da doutrina. Confira-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 752; e GARBAGNATTI, Edoardo. *Opposizione all'esecuzione. Novissimo digesto italiano*. XI. p. 1.070 e ss., 1965.

191. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 208.

Por outro lado, Alberto Romano sugere que há na sentença de acolhimento da defesa de fundo uma dupla declaração, a primeira, principal, declarando a inexistência do direito, e a segunda, consequente, declarando a inexistência do direito processual à execução.¹⁹²

Entendemos, entretanto, que afirmar haver dupla declaração conduz ao mesmo resultado supracriticado, porque equivaleria a dizer que a execução depende da efetiva existência do direito. E também não nos parece razoável admitir que, excepcionalmente na execução, há alguma mitigação da natureza jurídica, mormente quando se trata de execução conduzida em cumprimento de sentença, mero prolongamento da ação de conhecimento (abstrata, sem dúvida).

A solução deve partir da forma como o pedido do executado deve ser interpretado. Admite a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que o pedido “é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da postulação inicial”.¹⁹³ E, obviamente, aquele que deseja o reconhecimento da extinção do direito objetiva, como consequência lógica, que cessem as atividades executivas realizadas para a satisfação daquele direito que agora sabe não existir.

A interpretação lógico-sistemática do pedido do executado é suficiente para permitir sua decomposição, visualizando-se duas facetas umbilicalmente ligadas: há um pedido explícito de declaração sobre o direito material e um pedido consequente, de desconstituição do título, a gerar a extinção da execução, o que se coaduna com o CPC/2015, ao estatuir que o pedido deve ser interpretado conforme “o conjunto da postulação e o princípio da boa-fé” (art. 322, § 2º).

192. ROMANO, Alberto A. *Lazione di accertamento negativo*. Milano: Jovene, 2006. p. 140 e ss., que sintetiza: “a concludere poi che, nella sentenza di accoglimento dell’opposizione esecutiva ricorrono invariabilmente, l’uno a fianco dell’altro, almeno due accertamenti negativi vincolanti al ne *bis in idem*: la dichiarazione d’inesistenza del diritto sostanziale di credito dell’opposto e la (consequente) dichiarazione d’inesistenza del suo diritto processuale ad agire in executivis”.

193. AgRg no REsp 976.306/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 28.09.2010, DJe 25.10.2010. Não se desconhecem as críticas doutrinárias à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porém, embora não seja essa a sede para análise detida da divergência, entende-se que as objeções não se aplicam à hipótese suprarreferida. Isso porque as críticas se dirigem à ampliação do objeto da demanda pela interpretação lógico-sistemática do pedido, de modo que se decida sobre outros bens da vida, além daquele expressamente indicado no pedido. No caso da execução e sua extinção, há um único bem da vida, e a interpretação extensiva do pedido apenas influi, como decorrência lógica, a extinção do processo ou da fase executiva, sem extrapolar, ao fim e ao cabo, a pretensão material do executado. Para as críticas à jurisprudência, veja-se, MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*. Salvador: JusPodium, 2015. p. 146 e ss.

Há, nessa medida, carga desconstitutiva na sentença, porém essa desconstituição é consequência lógica e inafastável da declaração da inexistência da obrigação, porque extinta pelo cumprimento, novação, compensação etc., ou porque jamais existiu, ou ainda porque o decurso de determinado lapso temporal lhe tolheu os efeitos.

Portanto, a natureza jurídica da sentença que acolhe a defesa de fundo do executado é prevalentemente declaratória, com alguma carga desconstitutiva, porquanto o pedido deve ser interpretado conforme o conjunto da postulação, isto é, à luz da pretensão material do executado, mas sem descuidar de sua repercussão processual em relação à execução.

2.5. Oposição aos atos executivos

2.5.1. Atos executivos – Tipicidade e atipicidade

Não tem sabor de novidade afirmar que o processo deve ser efetivo, que o direito de acesso à justiça não se encerra na obtenção da sentença de mérito, mas vai além, no sentido da realização prática do direito reconhecido na sentença. A preocupação dos processualistas com a efetividade do processo não é recente¹⁹⁴ e tampouco regional. José Rogério Cruz e Tucci, ao tratar da duração razoável do processo, noticia que a preocupação da ciência processual com a efetividade e com a duração do processo é universal, tanto em países da *common law* como em países da *civil law*.¹⁹⁵

Grande parte dessa sensação de inefetividade do processo advém das dificuldades de operar alterações concretas no mundo físico, justamente a matriz da função executiva. De fato, Comoglio aponta a “crônica e grave ineficiência dos meios executivos” como um dos principais obstáculos à efetividade do processo,¹⁹⁶

194. Barbosa Moreira, já em 1982, advertia da necessidade do emprego da técnica adequada para tornar mais efetivo o processo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203 e ss.).

195. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 322 e ss. De fato, a globalização e a massificação das relações sociais e jurídicas são fenômenos do mundo moderno que, em certa medida, repercutem igualmente em todos os países. Essa nova realidade, aliada ao reconhecimento de novos direitos individuais e sociais, proporciona maior litigiosidade, à qual, de modo geral, as instituições estatais ainda estão se adequando.

196. COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 271. Em sentido análogo, DINAMARCO, Cândido Rangel. Efetividade do processo e poderes do juiz. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, especialmente p. 445.

afinal, pouco importa à parte vencedora que seja reconhecido o direito à prestação se não se superar a mera declaração do direito.

A inspiração liberal clássica, que limitava sobremaneira os poderes do juiz e a possibilidade de ingerência do Estado sobre as vontades do indivíduo, contribuiu para o insucesso da execução. Como não se admitia a adoção de meios de execução indireta que atuassem sobre a vontade do executado para constrangê-lo ao adimplemento, tampouco se pensava em execução específica, pois, de acordo com o art. 1.142 do Código Napoleônico, toda obrigação seria resolvida em perdas e danos. A atividade executiva, dessa maneira, foi moldada para a expropriação, com suas conhecidas dificuldades.¹⁹⁷

Assim, falava-se em princípio da tipicidade dos atos executivos porque ao juiz somente era permitido agir segundo e conforme os estritos limites estabelecidos em lei, sem qualquer possibilidade criativa na adoção do meio que julgasse mais eficiente para a satisfação do credor. A previsão legal detalhada dos meios e atos executivos, inspirada no modelo liberal, servia como forma de tutela do executado. Apesar de se sujeitar aos atos de força do Estado, em contrapartida, o executado saberia, de antemão, quais seriam e como se desenvolveriam esses atos, em nítida limitação da atuação do Poder Judiciário para salvaguarda do patrimônio e da liberdade do executado.

Curiosamente, como relata Taruffo, foi o Código Napoleônico a inspiração para a superação desse dogma. A jurisprudência francesa, alargando o conceito de perdas e danos, passou a impor multa pelo atraso no cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, usando o disposto no art. 1.142 do Código como artifício para forçar o devedor ao adimplemento da obrigação. Nasceram as *astreintes*, típica forma de execução indireta, depois largamente utilizadas em outros sistemas jurídicos.¹⁹⁸

Outrossim, o surgimento de novos direitos e a percepção da natureza instrumental do processo conduziram a evolução das técnicas executivas à aproximação com as necessidades do direito material. Já não basta a previsão estanque de um método executivo único, aplicável, invariavelmente, em qualquer caso. Há a necessidade de adequação entre o direito que se pretende atuar e a forma de agir do Estado para concretizar esse direito. A atividade executiva deve adequar-se e adaptar-se às situações carentes de tutela, ou seja, se o bem jurídico pretendido é a entrega de um bem, então, ordinariamente, a busca e apreensão será mais adequada;

197. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 226.

198. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*. v. 59, item 4. São Paulo: RT, jul. 1990.

se se pretende receber uma quantia, a penhora e a alienação de bens poderão dar resposta que satisfaça o credor etc.¹⁹⁹

Essa percepção pode conduzir a dois caminhos. A lei poderá moldar o procedimento de acordo com as necessidades ordinariamente razoáveis para a tutela de determinados direitos, ou, por outro lado, poderá ser utilizada uma fórmula aberta, com a atipicidade dos meios executivos, autorizando que o juiz, diante do caso concreto, molde a atividade executiva conforme determinem as peculiaridades da causa.

Exemplo da primeira opção é o modelo alemão, como expõe Taruffo, que parte de rígida tipologia dos meios executivos, conforme a obrigação exequenda.²⁰⁰ Prevê-se a expropriação de bens para a execução por quantia, a busca e apreensão para a obrigação de entrega, a atuação por terceiro para obrigações de fazer fungíveis e execução indireta para as demais.

A modulação legal rígida, logicamente, pode trazer dificuldades práticas, pois é impossível antever todas as peculiaridades das situações concretas e conceber um modelo ideal que dê resposta satisfatória e uniforme para todos. A rigidez do sistema inibe (senão retira totalmente) o poder de adaptação das técnicas executivas às necessidades específicas que emergem das situações concretas e torna difícil a aplicação de técnicas eficientes para situações que não estejam previstas na legislação.

Outro caminho é a atipicidade dos métodos executivos, como ocorre com a *injunction* da *common law*, moldada de acordo com as necessidades individualizadas de cada caso, segundo as exigências do direito material em litígio, e com a marcante característica de liberdade criativa, às vezes dissociada do objeto da prestação. Por exemplo, em causas empresariais, é bastante comum que a *injunction* tenha caráter patrimonial, mas nada impede que sejam adotadas outras técnicas restritivas de direitos, como a proibição de realização de atos, a administração por terceiro imparcial, a apresentação periódica em juízo etc.²⁰¹

199. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*. v. 59, item 4, *passim*. São Paulo: RT, jul. 1990; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. Poderes executórios atípicos no projeto de Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC*: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 806. Evidentemente, a técnica processual executiva não pode suplantar a natureza das coisas e, vez ou outra, em face da impossibilidade física ou jurídica, não haverá alternativa senão a solução indenizatória.

200. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*. v. 59, item 4. São Paulo: RT, jul. 1990.

201. HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993. Especialmente p. 185 e 234-242.

A grande vantagem desse sistema é a sua adaptabilidade e a liberdade criativa que se dá ao juiz que, diante das vicissitudes e particularidades de uma situação concreta, elegerá o método executivo potencialmente mais eficaz para a satisfação do exequente.

Pode-se afirmar que, modernamente, no modelo constitucional do processo civil brasileiro, em que se busca dar maior efetividade ao processo, a tipicidade deu lugar à atipicidade dos meios executivos, de modo que o magistrado poderá, conforme as peculiaridades do caso, implementar técnicas ou métodos executivos que não estejam expressamente previstos em lei, sempre pautado, frise-se, pelo devido processo legal e pela ponderação equilibrada dos valores em conflito.

Por isso os atos executivos hoje não se encerram naqueles que atuam diretamente sobre o patrimônio do devedor, independentemente de sua vontade. Atuam-se executivamente quando são realizados atos de sub-rogação (desapossamento, transformação e expropriação) e atos de coerção, estes mediante a imposição de multas ou restrição de direitos.²⁰²

É bem verdade que, especialmente no campo da execução de títulos extrajudiciais, o CPC/2015 preestabelece o método executivo concebido como ideal, adotando um sistema misto²⁰³ de coerção e sub-rogação quando, por exemplo, determina que o executado deverá entregar a coisa sob pena de multa periódica, seguida de busca e apreensão (arts. 806 e seguintes); ou quando estabelece a multa periódica, aliada à possibilidade de realização do ato por terceiro, às custas do executado (arts. 816 e seguintes). Essa circunstância, todavia, não afasta a possibilidade de adoção de outras medidas executivas, em razão do método aberto previsto para o cumprimento de sentença e aplicável para as execuções de títulos extrajudiciais (art. 771, parágrafo único).²⁰⁴

Com efeito, limitar a possibilidade de atuação do juiz na execução fundada em título extrajudicial, ao passo que se concede um amplo leque de possibilidades

202. Para ampla classificação dos poderes-deveres executórios do juiz, confira-se PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216-266; e também ASSIS, Araken de. Teoria geral do processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 30-32.

203. De acordo com Antonio Mondini, a opção italiana repudia a cumulação de métodos executivos diretos e indiretos, uma vez que a execução indireta deve ser utilizada de forma residual (MONDINI, Antonio. *La attuazione degli obblighi infungibili*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 9-12).

204. No sentido do texto, na redação do CPC/1973, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 61-69. Na redação do CPC/2015, ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 246 e 271-272). Contra, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC*, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 428-431.

no cumprimento de sentença (ou mesmo no curso da demanda cognitiva, nos casos de antecipação de tutela), é esvaziar todo o sistema do processo autônomo de execução, obrigando o credor munido de título extrajudicial a optar pelo caminho da demanda cognitiva seguida de sua fase de cumprimento, como se o título extrajudicial nada fosse além de mero documento. Em outras palavras, é dizer que a eficácia do título extrajudicial é inferior àquela conferida pelo título judicial, sem qualquer amparo legal que suporte a afirmativa.

Assim, v.g., se a busca e apreensão é infrutífera, porque o bem está em local desconhecido, o juiz pode lançar mão de outras técnicas que constringam o executado à entrega voluntária do bem, além da multa periódica, que pode ser completamente inócua em alguns casos; se a manutenção da conduta é interessante ao executado e a multa não é suficiente para dissuadi-lo de sua prática, a restrição de outros direitos pode ser um método adequado. Enfim, a possibilidade de moldagem das atividades executivas, conforme as particularidades da casuística, é importante ferramenta para superar as dificuldades práticas, e a atuação colaborativa das partes (especialmente entre juiz e exequente) é fundamental para se encontrar o método que torne a atividade executiva mais eficaz, com o menor sacrifício do executado, mas também com o menor sacrifício do exequente.

A atipicidade dos atos executivos representa um grande incremento dos poderes do juiz na condução da execução civil, o que, por via reflexa, conduz à necessidade de reconhecimento de um maior rigor no controle desses atos pelas partes, tema que ocupará o tópico subsequente.

2.5.2. Controle dos atos executivos

A outra faceta do aumento dos poderes-deveres do juiz na determinação dos atos executivos que serão levados a cabo para substituir a vontade do executado ou para incentivá-lo ao cumprimento voluntário (não espontâneo) da prestação é justamente a sua forma de controle e a limitação de atos excessivos. Ainda de acordo com a redação do CPC/1973, essa necessidade de controle efetivo foi bem percebida pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu – como sói acontecer – que é preciso assegurar ao executado o exercício do contraditório, mormente naqueles casos nos quais a lei não cuidou de estabelecer uma forma para o exercício do direito de defesa.²⁰⁵

205. Nesse sentido, STJ, REsp 1.079.776/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 23.09.2008, DJe 01.10.2008, de cuja ementa se lê: “Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender em face de atos executivos ilegítimos, o que importaria ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita: ocorrendo impropriedades ou excessos na prática dos atos executivos previstos no artigo 461 do CPC, a defesa do devedor se fará por simples petição, no âmbito da

A orientação do STJ foi incorporada pelo CPC/2015 que, em diversas oportunidades, reforçou o direito de defesa do executado, como na previsão expressa do § 11 do art. 525 ou do § 1º do art. 917, por exemplo, reconhecendo que atos executivos podem ser (e geralmente são) praticados após o prazo comum para a manifestação da defesa típica (impugnação ou embargos) e, obviamente, que esses atos não podem – por essa circunstância acidental – ficar alheios a qualquer controle das partes.

A primeira constatação digna de nota é que o controle desses atos executivos se dá no âmbito do processo ou da fase executiva, isto é, do aspecto funcional, isso significa que eventuais excessos ou incorreções na definição ou na execução dos atos executivos devem ser considerados como “crises” do procedimento executivo, sujeitas, portanto, ao controle incidental, diretamente no bojo da execução, tal qual qualquer outra questão que renderia ensejo às decisões interlocutórias no processo de conhecimento. Vê-se, na linha do quanto assentado no capítulo 1 deste trabalho, que não há como negar a existência de efetiva atividade cognitiva e, conseqüentemente, do contraditório, durante todo o curso da execução civil.

Talvez o fato de que tais vícios não impliquem maiores consequências para a execução civil, porque não afetam a integridade da relação jurídica executiva – tampouco o direito material subjacente –, tratando-se de questões apenas relacionadas ao “como” proceder da execução, justifique que esses atos sejam controlados sem a necessidade de um processo autônomo ou de um incidente cognitivo especificamente previsto.

Mesmo o controle da penhora que poderia servir para invalidar a assertiva *supra*, antes, a confirma. É reminiscência histórica que o ato de penhora esteja arrolado como um dos fundamentos da impugnação ou dos embargos, pois o prazo para a apresentação da defesa era deflagrado apenas após a realização desses atos executivos. Hoje, a expressa previsão legal que autoriza o controle desses atos no bojo da execução atesta que se trata de questão do procedimento executivo, cuja crise deve ser debelada naquela mesma relação processual.²⁰⁶

De tudo isso se extrai o primeiro aspecto relevante do aumento dos poderes-deveres executivos do juiz, aliado à desnecessidade de segurança do juízo para manejo da defesa típica: há um inegável incremento do contraditório no seio da execução. Se se permite alguma liberdade criativa ao magistrado, há de se con-

própria relação processual em que for determinada a medida executiva, ou pela via recursal ordinária, se for o caso”. Em idêntico sentido, STJ, REsp 738.424/DF, rel. Min. José Delgado, rel. para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 19.05.2005, DJ 20.02.2006, p. 228.

206. As constatações lançadas no texto foram percebidas por DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 246-261.

ferir, para legitimidade e até mesmo para a efetividade do ato, a oportunidade de controle pelas partes.

E aqui não há qualquer razão para limitar o exercício desse poder de controle. Diferente do que se referiu no tópico 2.4.1.1 ao se defender que a defesa de fundo esbarraria na limitação da prova, sob pena de subverter a lógica executiva, no controle dos atos executivos não pode haver limitação probatória. Se o ato é praticado ou determinado após o lapso temporal previsto para o exercício da defesa típica, e se se autoriza ao executado que se insurja contra esse ato diretamente na execução, por meio de simples petição, não é razoável lhe outorgar o meio, mas privá-lo dos mecanismos indispensáveis para uma defesa eficaz.

Sempre que para demonstrar os fundamentos da defesa contra o ato executivo o executado carecer de prova testemunhal, pericial etc., há de se reconhecer que essa prova não poderá ser negada pela simples circunstância de se estar em demanda executiva. Para evitar a conturbação do processo, é razoável que a prova seja tomada em autos apartados e sem o condão de suspender a marcha executiva em sua inteireza (talvez, possa suspender a prática daquele ato), mas não poderá ser indeferida com base no superado mantra da ausência de contraditório pleno ou atividade cognitiva *in executivis*.²⁰⁷

Outro ponto relevante que ganha nova roupagem com o CPC/2015 é a maior exigência de fundamentação da decisão judicial, sempre que o ato executivo diferir do modelo legalmente estabelecido como ideal ou quando se optar por outra solução atípica, consoante permissivo do § 1º do art. 536, como primeira manifestação do exercício do contraditório.

O ato executivo é manifestação da força do Estado, capaz de transpor a vontade da parte ou impor limitações a direitos, e, portanto, só se legitima pela possibilidade de influência das partes em sua conformação, cujo primeiro passo é precisamente o dever de fundamentação adequada. Não é legítima a eleição de um ou outro ato executivo sem que sejam expostas as razões que justificam a opção por tal ou qual método executivo e, mais que isso, as razões que levaram à rejeição de outros métodos, ao menos em tese, potencialmente tão eficazes quanto aquele eleito.

Para a opção pelo método executivo adequado para aquela situação, deverá o magistrado apontar, seguindo o modelo estabelecido no § 1º do art. 489, do CPC/2015, quais as circunstâncias de fato que justificam a opção feita, sopesan-

207. Carnelutti, embora negue natureza cognitiva à oposição aos atos executivos (figura típica de defesa no direito italiano), afirma que a solução dessas oposições incidentais à execução deve se desenvolver “com as formas do procedimento cognitivo, com o deliberado propósito de garantir a justa solução da questão” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. da 5. ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1960. v. III, p. 161).

do sua eficiência e grau de ingerência da esfera de interesses do executado, para procurar encontrar o equilíbrio ideal entre benefício ao exequente e sacrifício do executado.

De fato, “há muito se percebe que a exigência de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia contra o arbítrio e a discricionariedade”,²⁰⁸ e a existência de uma cláusula aberta, que dá alguma margem de liberdade criativa ao magistrado, não significa completa discricionariedade.

Entende-se por discricionariedade a possibilidade de o agente público, segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, optar por um ou outros atos, todos dentro da legalidade e capazes de atender à mesma finalidade. Roberto Barroso, ao analisar o tema, aponta que cessa a margem para discricionariedade sempre que o agente encontra uma solução ótima. Se há apenas uma solução ótima, não há discricionariedade, a qual só se faz presente se e quando o grau de eficiência e de esforço entre duas ou mais medidas é rigorosamente idêntico.²⁰⁹

Portanto, só seria possível falar em alguma margem de discricionariedade quando – sopesados todos os vieses do caso – duas opções despontassem como potencialmente idênticas em termos de eficácia para o exequente e impacto para o executado. Antes disso, o magistrado não possui qualquer liberdade de escolha e deverá eleger o ato executivo que tenha aptidão para o máximo benefício do exequente, com o mínimo sacrifício do executado.²¹⁰

Isso porque a atuação executiva do juiz não é desvinculada, segundo o que subjetivamente julga oportuno e conveniente. O princípio da proporcionalidade

208. THEODORO JR., Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 302.

209. BARROSO, Luís Roberto. Discricionariedade administrativa, realização adequada dos fins legais e observância dos princípios constitucionais. Direito subjetivo à prorrogação de contrato de concessão para exploração de gás e petróleo. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II, p. 366-368; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 156 e ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 859; DI PIETRO, Maria Sylvia Zaballa. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

210. Aceitando algum grau de discricionariedade, observadas determinadas balizas, veja-se TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 379-388. Admitindo ampla discricionariedade do juiz, segundo critérios de conveniência e oportunidade, GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. v. 94, item 6. São Paulo: RT, abr. 1999. Rejeitando integralmente a noção de discricionariedade, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. *Revista de processo*. v. 142, p. 10. São Paulo: RT, dez. 2006.

deve ser o fiel da balança, determinando qual a medida executiva que deverá ser aplicada e, também, a fixação de prazo razoável para o cumprimento da obrigação.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos a serem considerados: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A medida executiva a ser utilizada deve ser adequada para o atingimento do fim pretendido, isto é, deve ser capaz de, em tese, proporcionar a satisfação (direta ou indireta) do direito exequendo; deve ser necessária, ou seja, deve ser suficiente para o atingimento daquele fim proposto, sem afetar excessivamente o executado; e deve ser proporcional, como juízo de ponderação equilibrada entre a restrição causada e o bem jurídico tutelado, considerando-se a resistência oposta pelo executado.²¹¹

Em boa medida, a própria lei já estabelece limites baseados no princípio da proporcionalidade quando, por exemplo, elenca um rol de bens impenhoráveis, com o objetivo de preservar o mínimo existencial do executado e assegurar sua dignidade, ou quando admite a prisão apenas nos casos de pensão alimentícia. Em outras tantas situações, a aplicação da proporcionalidade deverá ser feita à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos valores em jogo.

Não se pretende, por conseguinte, afirmar que o executado possui o direito de furtar-se ao cumprimento da obrigação ou que a medida coercitiva deva guardar perfeita correspondência entre o bem da vida tutelado e o direito atingido pelo ato executivo. Intenciona-se tão somente assegurar que a solução seja equilibrada e adotada de forma escalonada, admitindo-se maior ingerência apenas quando outras medidas não sejam eficientes.

Por exemplo, a obrigação de cessar atividades poluidoras não guarda qualquer referência com o pagamento de quantia, mas, em juízo abstrato, a imposição de sanção pecuniária é, a um só tempo, adequada para essa finalidade, necessária para superar a inércia do executado e proporcional, já que o bem jurídico tutelado é constitucionalmente mais relevante que o bem jurídico atingido. O mesmo raciocínio pode ser adotado para medidas mais drásticas, haja vista a relevância do bem tutelado, porém só será razoável a imposição de outras formas de coerção na medida do necessário para vencer a resistência do executado. Não será proporcional em sentido estrito determinar o fechamento do estabelecimento quando aquela finalidade possa ser atingida com a instalação de filtros.

211. Nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 388 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237 e ss.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Princípio da proporcionalidade na execução civil. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2009. p. 315 e ss.

Essa gradação em busca de um ponto de equilíbrio foi notada por Carlos Alberto de Salles a partir do estudo das *injunctio*ns do direito norte-americano, especificamente voltadas para a tutela do meio ambiente. De acordo com o autor, na mesma linha do quanto defendido neste trabalho, o ato executivo deverá balancear os interesses em conflito, visando, é claro, a efetividade da medida, mas sem perder de vista que, na medida do possível, devem ser empregados os meios menos gravosos possíveis para atingir aquela finalidade, inclusive da perspectiva de seus impactos econômicos para o executado (essa necessidade de equilíbrio entre a atividade executiva e os interesses conflitantes envolvidos é denominada pelo autor de “execução complexa”, porque não se encerra em um ou outro ato executivo, e sim diz respeito a um complexo de atos cabíveis, a serem aplicados de maneira flexível, conforme as necessidades do caso concreto).²¹²

Do mesmo modo, não parece adequada a medida que, com o objetivo de constringer o executado ao pagamento da dívida, limite as possibilidades de exercício de sua atividade profissional. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao analisar as restrições a direitos que a Administração Pública pretendia impor aos contribuintes inadimplentes (nesse sentido as Súmulas 70, 323 e 547).²¹³ A restrição da atividade comercial não é adequada para o fim proposto (pagamento), porque dificulta ou inviabiliza que o executado consiga obter recursos para satisfazer a obrigação.

Cogita-se, ainda, da possibilidade de imposição de medidas restritivas para compelir o executado ao pagamento de quantia. Fernando da Fonseca Gajardoni imagina, a título ilustrativo, a restrição ao direito de dirigir do executado inadimplente em relação a multas de trânsito.

Embora não se possa, *prima facie*, afastar a possibilidade de imposição da medida como forma de constringer o executado ao pagamento, com as observações feitas pelo próprio autor,²¹⁴ é preciso destacar que – admitida a medida – o

212. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 251-254 e 322-326.

213. Assim a Súmula 70, do STF: “É inadmissível a interdição de estabelecimento com meio coercitivo para cobrança de tributo”; a Súmula 323, do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”; e a Súmula 570, do STF: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

214. O autor reconhece que “o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/2015), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de

juiz deverá fixar prazo máximo para essa restrição, afinal, o objetivo é constranger o executado, e não puni-lo. Visto que a medida foi ineficaz, sua manutenção não mais se justifica, ainda que permaneça o inadimplemento, pois seu propósito foi frustrado e sua continuação serviria apenas para afligir o executado.

Ademais, é preciso frisar que as medidas executivas não podem, em linha de princípio e sem base razoável, implicar restrições aos direitos fundamentais do executado. É claro que em situações excepcionais, inspiradas por outros valores, restrições ao direito de locomoção, ao direito de frequentar determinados ambientes etc. podem ser consideradas válidas, porém é difícil reconhecer a validade dessas restrições quando o interesse em conflito é meramente pecuniário, seja por conta de seu impacto na vida social do executado, seja porque dificilmente contribuem para o adimplemento da obrigação.²¹⁵

Realmente, se alguma fórmula fechada pode ser extraída da análise dos elementos expostos, a medida atípica não pode ser, ela própria, empecilho para o cumprimento da obrigação. Se em vez de constranger o executado ao cumprimento, a medida executiva torná-lo mais difícil, ela não será proporcional e deverá ser repelida.

Para além dessa situação, não há como antever quais medidas são ou não adequadas, necessárias ou proporcionais, inclusive em relação às obrigações de pagamento de quantia, já que a ninguém é dado o direito de inadimplir e, de mais a mais, nenhum direito é absoluto.

2.5.2.1. *Atos executivos não expropriatórios*

Todos os atos executivos, qualquer que seja a técnica empregada, têm o mesmo objetivo de vencer (sub-rogorários) ou dobrar (coercitivos) a resistência do executado para operar praticamente a realização do direito, variando drasticamente a técnica a ser empregada conforme a natureza do direito, isto é, se os atos executivos são orientados para a realização de uma obrigação de pagamento, de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa.

Admitindo-se que, fisiologicamente, as execuções são fundadas, é de se ver que os atos executivos devem manifestar a força do Estado-Juiz de maneira suficientemente intensa para superar a resistência do executado que, em princípio, já descumpriu a obrigação, mesmo ciente das consequências desse inadimplemento. É dizer, se as previsões abstratas da norma material não foram suficientes para demover o executado de sua recalcitrância, a execução deve ter um algo a mais, seja para compelir o executado ao cumprimento, seja para realizá-lo independentemente de sua vontade.

ir e vir etc.)” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: [<http://jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>]. Acesso em: 28.09. 2015.

215. O tema é objeto de análise aprofundada no item 2.5.2.1.2.2 abaixo.

Porém, como já observado no item 2.5.1, a inspiração liberal clássica limitava a atuação executiva, pois não havia lugar para o constrangimento do executado à realização específica da obrigação. Como a vontade era intangível e a liberdade do executado, intocável, sua recusa em cumprir a obrigação redundaria em perdas e danos.²¹⁶

Paulatinamente²¹⁷ foi superada a intangibilidade da vontade do executado, e hoje o sistema executivo é orientado para privilegiar a tutela específica, isto é, “quando se obtém o mesmo resultado que haveria se não fosse necessário o processo”²¹⁸, resultado ao qual se pode chegar pelo emprego de métodos de constrangimento do executado, de modo que ele próprio cumpra voluntariamente a obrigação, ou por mecanismos que superem a vontade do executado e substituam sua conduta (o resultado prático equivalente).²¹⁹

Vale frisar que por resultado prático equivalente não se pode aceitar que haja alteração do objeto da prestação, como se fosse dado ao juiz – oficiosamente quicá – alterar a relação jurídica material existente entre as partes. A variável que distingue a tutela específica e a tutela pelo resultado prático equivalente está no modo de se alcançar o mesmo resultado, de sorte que há mitigação do princípio da correlação exclusivamente em relação ao pedido imediato, entrando em cena a alteração do pedido mediato apenas nos casos de conversão em perdas e danos.²²⁰

A assertiva acima deve ser lida a partir da ideia de que o exequente tem direito ao resultado da conduta do executado e não à conduta em si²²¹, razão pela qual se rejeita a tese de que a realização do ato por terceiro, exemplificativamente, represente substituição do próprio bem da vida.²²²

216. THEODORO JR., Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de processo*. v. 106, item 1. São Paulo: RT, jan. 2002.

217. Assim a previsão do art. 84 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) para a tutela de interesses coletivos, do art. 84 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) para a tutela dos interesses dos consumidores e, finalmente, as reformas das Leis 8.952/1994 e 10.444/2002 no CPC/1973, respectivamente, para as obrigações de fazer e de não fazer e para as obrigações de entrega de coisa.

218. JORGE, Flávio Cheim. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 366.

219. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed RT, 2001, p. 223-227.

220. Sobre o tema, veja-se GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 45-48.

221. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 551-552.

222. O exemplo e a afirmação de que isso representa alteração do pedido mediato são de Fernando da Fonseca Gajardoni (Comentários ao art. 536 do CPC/2015. In: GAJAR-

Pode-se dizer, portanto, que as técnicas executivas são classificáveis em dois grupos: de um lado, as técnicas de coerção, cujo objetivo é constranger o executado para que ele próprio cumpra a obrigação, mediante a ameaça de consequências mais drásticas do que aquelas abstratamente previstas pelo direito material, porquanto, em princípio, mostraram-se insuficientes para demover o executado de sua resistência; e de outro, as técnicas sub-rogatórias, que desprezam a vontade e a participação do executado, obtendo o resultado pretendido pelo direito material sem o concurso (e até mesmo contra) do executado.²²³

A execução por coerção, ou indireta, difere da execução direta por sub-rogação justamente porque não realiza o interesse do exequente de forma imediata, com a realização de atos que conduzam ao cumprimento forçado da obrigação, e sim de forma mediata, ao constranger o executado para que ele perceba que será melhor cumprir a obrigação do que insistir no inadimplemento.

Diante dessa constatação, parece até mesmo intuitivo afirmar que a execução indireta está relacionada às obrigações infungíveis, porque não há como substituir a vontade do executado – que é imprescindível ao cumprimento de obrigações dessa natureza –, pois, excepcionalmente nesses casos, o resultado da conduta importa menos do que a própria conduta. Nesses casos, quando a execução indireta se revelar insuficiente para demover o executado, não restará alternativa senão a conversão em perdas e danos.

Mas nem por isso a execução indireta deve ser restrita às obrigações infungíveis. Limitar a execução indireta é uma escolha meramente política²²⁴, podendo a lei “admiti-lo em caráter geral para a execução de obrigações de fazer, sem distinguir entre as de prestação fungível e as de prestação infungível”.²²⁵ E, inexistindo qualquer limitação no texto legal, é de se concluir, como, aliás, é unânime em doutrina e jurisprudência, que a adoção dos meios de coerção do executado não é restrita às obrigações infungíveis.²²⁶

O CPC/2015, seguindo os trilhos do CPC/1973, consagra, como já visto nos tópicos precedentes, a atipicidade dos atos executivos (sejam coercitivos ou sub-rogatórios) a serem aplicados pelo juiz conforme as peculiaridades de cada caso,

DONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 830).

223. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 184-187.

224. MONDINI, Antonio. *Lattuazione degli obblighi infungibili*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 6.

225. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 232.

226. Para a possibilidade de adoção de medidas coercitivas na execução de quantia, remete-se o leitor aos itens 2.5.1 e 2.5.2.1.2.2 acima.

razão pela qual qualquer tentativa de esgotar o tema está fadada ao insucesso. Assim, sem a pretensão de exaurir o tema, nos tópicos subsequentes serão tratados atos executivos específicos de maior relevância prática, seja porque apresentam questões instigantes que merecem maiores reflexões, seja porque de grande incidência prática.

2.5.2.1.1. *Atos sub-rogatórios*

2.5.2.1.1.1. Realização por terceiro

Desde que a obrigação seja fungível, isto é, que não se trate de obrigação que só possa ser cumprida pelo executado, faculta-se ao exequente requerer que a obrigação seja prestada por terceiro, às custas do executado, em vez de contentar-se com a conversão da obrigação em indenização por perdas e danos.²²⁷

Conquanto a disciplina do cumprimento por terceiro esteja prevista apenas para os títulos executivos extrajudiciais, certamente é aplicável também em sede de cumprimento de sentença (da mesma forma que as medidas executivas atípicas podem ser aplicadas à execução autônoma), pois mais atenciosa à execução específica da obrigação.

Na redação original do CPC/1973, a doutrina era uníssona em destacar a dificuldade prática da realização por terceiro, já que o art. 634, em seus sete parágrafos, estabelecia longo, custoso e complexo procedimento para escolha do terceiro que seria incumbido de realizar a prestação à custa do executado.²²⁸ Com a reforma operada pela Lei 11.382/2006, cuja disciplina é repetida pelo CPC/2015, procurou-se simplificar a forma de escolha do terceiro e tornar mais atrativa e ágil essa forma específica de execução.

Como para o cumprimento da obrigação por terceiro a vontade do executado é irrelevante e sua atuação é substituída pela ação do terceiro, não há dúvidas em qua-

227. José Lebre de Freitas esclarece que “a infungibilidade do facto pode resultar da sua própria natureza (trata-se, por exemplo, do fabrico dum produto segundo um processo que só o devedor conhece, da criação de uma obra literária por um escritor célebre ou da prestação de informações que só o devedor está em condições de fornecer) ou de estipulação contratual. No 1º caso, a renúncia é impossível. No 2º caso, a infungibilidade presume-se estabelecida a favor do credor, mas pode, excepcionalmente, tê-lo sido apenas (ou também) a favor do devedor, caso em que a renúncia do credor é também (ou por si só) ineficaz” (*A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 450, nota 9).

228. Por todos, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 425 e ss.; PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prestação do fato por terceiro e preferência do exequente no sistema da Lei 11.382. *Revista do advogado*. ano XXVII, n. 92, p. 48-49. jul. 2007.

lificar esse ato executivo como sub-rogatório, porém, a bem da verdade, qualificá-lo como não expropriatório não é tarefa tão simples, haja vista que, ao fim e ao cabo, a execução específica prestada por terceiro redundará em execução por quantia. Antes disso, no entanto, deve-se ver o procedimento para escolha do terceiro.

Ao revés do complexo procedimento do CPC/1973 anterior à reforma de 2006, o art. 817, do CPC/2015 não traz qualquer indicativo de qual será o procedimento para a escolha do terceiro, limitando-se a estabelecer que será apresentada proposta e, ouvidas as partes, será escolhido o terceiro que assumirá o encargo.

Embora o Código fale em “proposta” no singular nem por isso apenas uma proposta será admissível.²²⁹ Parece intuitivo que o exequente, ao requerer a realização por terceiro, desde logo, apresente alguma proposta, da mesma forma que o executado, ao ser intimado para dizer sobre essa proposta, poderá, além de impugná-la de maneira fundamentada,²³⁰ apresentar outras que contrastem com aquela do exequente.

Trata-se de manifestação do contraditório que abre ao executado nova forma de oposição, neste passo, restrita ao exame da adequação da proposta formulada pelo terceiro e com o propósito de influir na decisão do juiz sobre a escolha do terceiro, considerando os interesses contrapostos das partes (especialmente porque a obrigação original é que deve dar os contornos da proposta, ou seja, a proposta não pode destoar – dentro do possível – do quanto deveria ter sido realizado pelo executado, inclusive quanto aos materiais empregados, método utilizado etc.).

Haverá, como se percebe, um momento inicial estritamente cognitivo, no qual as partes debaterão acerca das propostas apresentadas, isto é, se são adequadas para a realização da obrigação, se os custos e os prazos são razoáveis e suficientes, se o método ou os materiais a serem utilizados condizem com os limites da obrigação exequenda etc. Como bem observou a doutrina de Araken de Assis, a simplificação do procedimento não eliminou “o problema da escolha”, já que a atividade executiva não poderá iniciar sem que antes se decida quem realizará a obrigação e, mais, de que modo deverá realizá-la.²³¹

Na redação original do CPC/1973, as propostas eram precedidas de perícia que avaliaria o custo e a forma da prestação, o que serviria de baliza para a apresentação das propostas na subsequente concorrência. Não havendo essa fase inicial de dimensionamento das atividades, sendo complexa a prestação do fato e havendo flagrante divergência entre as propostas apresentadas (seja entre si, seja em relação

229. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prestação do fato por terceiro e preferência do exequente no sistema da Lei 11.382. *Revista do advogado*. ano XXVII, n. 92, *passim*. jul. 2007.

230. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 426.

231. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 845.

ao negócio original celebrado entre as partes), não há de se descartar a possibilidade de realização de perícia para dimensionamento do custo e das etapas necessárias para o perfeito cumprimento da prestação.²³²

A escolha do terceiro é a primeira etapa de um ato executivo complexo e, como tal, deve ser equacionada no bojo da própria execução, admitindo-se para tanto a produção de qualquer prova que seja útil à resolução da controvérsia existente acerca das propostas apresentadas.

Outro aspecto que merece destaque é saber se, uma vez definida a proposta vencedora e eleito o terceiro que executará a prestação, a responsabilidade patrimonial do executado estaria limitada ao valor daquela proposta ou poderá ter de suportar custos adicionais que não foram corretamente dimensionados pelo terceiro.

Parcela da doutrina, na redação original do CPC/1973, entendia que, uma vez prestado o fato pelo terceiro, a manifestação do executado seria inócua²³³ ou inútil, já que “*o credor não poderá exigir [do executado] que a integre ou a burile, nem mesmo as perdas e danos*”,²³⁴ o que equivale a dizer que, uma vez definidos os limites da atuação do terceiro, nada caberia ao executado senão ressarcir o exequente das despesas adiantadas.

Se essa interpretação já flertava com a violação ao contraditório quando da vigência do CPC/1973, na redação do CPC/2015 é inadmissível. Ao simplificar o procedimento e dispensar a realização prévia de perícia, o Código trouxe para o sistema de escolha a “*rotina dos orçamentos para contratação da empreitada*”²³⁵, de sorte que não há como negar essa realidade, ou seja, se a proposta do terceiro representa um orçamento, é possível e até corriqueiro que o valor final apresente alguma variação.

Andou bem, portanto, o CPC/2015 (art. 818, *caput*) ao estabelecer que, finalizada a atividade do terceiro, as partes, exequente e executado (e claro, também o próprio terceiro), serão intimadas para dizer se houve satisfação da obrigação, admitindo-se também nessa fase ampla dilação probatória,²³⁶ tanto para a verifica-

232. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2, p. 249; e WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

233. BERMUDEZ, Sérgio. Execução das obrigações de fazer e de não fazer. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: 1983. p. 146.

234. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VI, t. II, p. 743.

235. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 845.

236. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Comentários aos arts. 814 a 818. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.898.

ção do cumprimento da prestação quanto para a apuração de eventuais excessos ou equívocos que tenham majorado excessivamente o custo inicialmente previsto.

Por esse motivo é que, na linha do quanto exposto no item 2.5.2, essa forma de cumprimento específico da prestação é complexa e reclama participação e fiscalização constantes das partes. Afinal, como a realização da prestação não se cumpre nos autos, é dever do terceiro (e assim também do exequente) prestar contas (e direito do executado exigí-las) das atividades que estão sendo realizadas. É de todo recomendável, pois, que o juiz determine – por oficial de justiça ou outro auxiliar da justiça – a fiscalização das atividades do terceiro, a fim de evitar, inclusive, que a atividade jurisdicional se prolongue em razão de problemas no cumprimento da prestação.

Os custos para a realização da prestação pelo terceiro, segundo o art. 817, parágrafo único, do CPC/2015, serão adiantados pelo próprio exequente e, em seguida, ressarcidos pelo executado mediante as formas típicas da execução por quantia.

Aqui chega-se ao ponto lançado no início do tópico: na verdade, não se pode afirmar que esta modalidade de execução não tem caráter expropriatório, pois, ao fim e ao cabo, redundará na alienação de bens do executado para fazer frente às despesas adiantadas pelo exequente, o que levou José Lebre de Freitas a afirmar que a realização por terceiro ou a conversão em perdas e danos “*traduz-se sempre, para o devedor, no pagamento dum indemnização fixada em dinheiro*”.²³⁷

Há, todavia, ao menos uma característica peculiar que a distingue da simples execução por quantia.

Porque a execução por quantia é apenas acessória em relação ao objeto da prestação exequenda, a invasão da esfera de interesses do executado poderá se manifestar de formas e em momentos distintos. Imagine-se que o objeto da obrigação é, no clássico exemplo, a construção de um muro em local cujo acesso só é possível pelo terreno do executado. Em hipóteses tais, além de ter de arcar com os custos da obra, o executado deverá permitir que o terceiro contratado tenha acesso amplo ao local onde deve ser realizada a prestação.

Em outras palavras, o executado está sujeito a suportar as atividades que serão desempenhadas pelo terceiro contratado, sempre que a realização das atividades do terceiro dependa, em alguma medida, da colaboração (ou não resistência) do executado.

No mais, apesar de a lei falar em adiantamento das despesas pelo exequente, nada obsta que a realização por terceiro e a expropriação de bens do executado sejam concomitantes ou mesmo que o executado tenha seus bens alienados antes

237. FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 452.

da contratação do terceiro, nos casos em que o exequente não puder suportar os custos antecipadamente.²³⁸ Se a execução se faz no interesse do exequente, que já sofre os efeitos do inadimplemento do executado, não há porque aumentar-lhe o prejuízo, deixando para o futuro (e, como consequência, incerto) o ressarcimento.

De outra banda, se é possível que o valor extrapole aquele previsto pelo terceiro quando da apresentação da proposta, não há que se estender a responsabilidade do executado para além daquela originariamente assumida e que deu ensejo à demanda executiva.

Eventual inadimplemento do terceiro, quanto ao descumprimento do cronograma ou má execução da prestação, não pode repercutir negativamente na esfera de interesses do executado, cuja obrigação continua limitada àquela inicialmente estabelecida. Caberá ao terceiro contratado corrigir os vícios ou indenizar o exequente dos prejuízos causados (art. 819, do CPC/2015).²³⁹

Trata-se, pois, de execução complexa e, como tal, impõe estrita observância ao contraditório, com ampla possibilidade de participação das partes a cada etapa do procedimento, haja vista que a forma de realização das atividades executivas será ditada pelo direito material e pelas circunstâncias fáticas, o que vai além da simples observância das formas prescritas em lei, como ocorre na execução por quantia (cujas etapas e mecanismos de atuação estão descritos na norma processual).

2.5.2.1.1.2. A intervenção judicial

Diferentemente do que ocorre nas situações em que a obrigação do executado se encerra em um ato específico que não se protraí no tempo – para as quais a realização por terceiro pode dar solução adequada, como é o caso, por exemplo, da construção ou desfazimento de um muro –, há obrigações que não se exaurem em ato único e cujo cumprimento envolve um complexo de atividades, de modo a exigir do magistrado a adoção de outros mecanismos capazes de tornar efetiva a prestação da tutela específica.²⁴⁰

Nesses casos, entra em cena a liberdade criativa do magistrado que, na forma do art. 536, § 1º, do CPC/2015, poderá adotar quaisquer medidas coercitivas ou sub-rogatórias para a tutela específica da obrigação, destacando-se, entre elas, a determinação de intervenção judicial em empresa.

238. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC*, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 290-293; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 848-849.

239. Em sentido contrário, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 852.

240. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 251-254 e 322-326.

Pela intervenção judicial, um terceiro nomeado pelo juiz recebe o encargo de, atuando dentro da estrutura interna do executado (nessa situação, sempre uma pessoa jurídica ou sociedade de fato), desempenhar variadas funções que podem ir desde a simples fiscalização do cumprimento da obrigação específica até a completa destituição temporária dos administradores da empresa, com o propósito de fazer cumprir a obrigação, agindo com todos os poderes inerentes à qualidade de administrador da pessoa jurídica.

Com efeito, a doutrina vislumbra ao menos três modalidades de intervenção, catalogadas de acordo com o papel desempenhado pelo interventor: (i) o interventor-observador, como a forma mais tênue de intervenção, na qual o interventor atua como mero fiscal, verificando se a obrigação está sendo cumprida; (ii) o interventor cogestor, que recebe poderes típicos de administração, mas com o propósito específico de cumprir a obrigação, sem imiscuir-se em outras atividades da empresa que não impactem diretamente a realização daquela obrigação; e (iii) o interventor-administrador, modalidade mais drástica porque implica o afastamento dos administradores, que são substituídos pelo interventor nomeado judicialmente, enquanto durar a intervenção.²⁴¹

Embora a medida ainda seja utilizada com pouca frequência no dia a dia do foro, trata-se de expediente com potencial para resultar bons frutos, em que pese, como se verá, deva ser utilizado com cautela e inspire atuação constante das partes e do magistrado.

Isso porque é fácil perceber que a medida conjuga elementos sub-rogatórios e coercitivos. Basta pensar que o interventor – ainda que atue na modalidade mais singela como mero fiscal do cumprimento da obrigação, e, nesse passo, não se possa falar propriamente em sub-rogação – é um estranho que terá acesso aos sistemas ou documentos da empresa, o que, muitas vezes, já pode ser estímulo suficiente para induzir ao cumprimento voluntário da obrigação, mais até do que a multa periódica.²⁴²

E nem se diga que a medida, em qualquer de suas modalidades, não encontra amparo no direito positivo.

241. Sobre o tema, veja-se PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 247 e ss.; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 270; e TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo*. v. 59, item 2. São Paulo: RT, jul. 1990).

242. Essa peculiaridade foi percebida por ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. Disponível em: [<http://www.tex.pro.br/home/artigos/36-artigos-abr-2010/5973-a-intervencao-judicial-e-o-cumprimento-da-tutela-especifica>]. Acesso em: 15.07.2016.

A verdade é que até mesmo na esfera administrativa a legislação estabelece formas de intervenção na estrutura interna de uma empresa, como forma lícita de imposição de cumprimento de obrigações. Assim dispõe a previsão do art. 24, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.656/1998²⁴³, que autoriza a Agência Nacional de Saúde a interferir na administração das operadoras de planos de saúde, e o Decreto-Lei 2.321/1987²⁴⁴, que permite ao Banco Central afastar os administradores de instituições financeiras, nomeando terceiros com plenos poderes de gestão (arts. 2º e 3º).

Além desses casos, pode-se trazer como exemplo de intervenção externa para o cumprimento de obrigações específicas, as medidas impostas pela Agência Nacional de Telecomunicações, com base em seu poder geral de cautela, às empresas de telefonia celular, que foram administrativamente proibidas de vender novos planos enquanto não apresentassem propostas concretas de ajustes na cobertura do sinal.

Logo, se a intervenção em empresas é admissível até mesmo no âmbito administrativo, com muito mais razão é admitida sob os auspícios do Poder Judiciário e governada pelo devido processo legal.

243. Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

§1º O descumprimento das determinações do diretor-fiscal ou técnico, e do liquidante, por dirigentes, administradores, conselheiros ou empregados da operadora de planos privados de assistência à saúde acarretará o imediato afastamento do infrator, por decisão da ANS, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, assegurado o direito ao contraditório, sem que isto implique efeito suspensivo da decisão administrativa que determinou o afastamento.

§2º A ANS, *ex officio* ou por recomendação do diretor técnico ou fiscal ou do liquidante, poderá, em ato administrativo devidamente motivado, determinar o afastamento dos diretores, administradores, gerentes e membros do conselho fiscal da operadora sob regime de direção ou em liquidação. (...)

244. Art. 2º A decretação da administração especial temporária não afetará o curso regular dos negócios da entidade nem seu normal funcionamento e produzirá, de imediato, a perda do mandato dos administradores e membros do Conselho Fiscal da instituição.

Art. 3º A administração especial temporária será executada por um conselho diretor, nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão, constituído de tantos membros quantos julgados necessários para a condução dos negócios sociais.

§ 1º Ao conselho diretor competirá, com exclusividade, a convocação da assembleia geral.

§ 2º Os membros do conselho diretor poderão ser destituídos a qualquer tempo pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º Dependerão de prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil os atos que, não caracterizados como de gestão ordinária, impliquem disposição ou oneração do patrimônio da sociedade.

Nesse sentido, é o próprio Código de Processo Civil que dá exemplo de intervenção judicial na empresa, nas hipóteses de penhora de empresa ou de faturamento (arts. 862 e seguintes), pois ao administrador-depositário compete estabelecer o plano de pagamento ou garantir que “a empresa desempenhe sua atividade de forma lucrativa (...) com o objetivo de assegurar a futura expropriação”²⁴⁵, o que, nitidamente, implica alguma interferência na administração da empresa, que não poderá dispor livremente de seus ativos ou de seu faturamento.

E, finalmente, o caso mais lembrado pela doutrina, a intervenção judicial no regime da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011), cujos dispositivos são tomados de empréstimo para se traçar as balizas deste ato executivo sub-rogatório, quando aplicado como medida atípica de execução para o cumprimento de obrigação específica de fazer e de não fazer.²⁴⁶

Em relação à intervenção judicial, como medida atípica para a execução da obrigação específica, valem todas as considerações já realizadas sobre a necessidade de fundamentação e ponderação equilibrada dos valores em conflito, expostas no item 2.5.2, às quais se pode acrescentar que é dever do juiz especificar, na medida do possível, quais os atos e os poderes do interventor.

É claro que não se pode exigir do juiz que antevêja todos os eventuais desdobramentos que podem advir da medida, o que poderia inviabilizar o próprio exercício da intervenção, porém, é imprescindível que o magistrado descreva os objetivos da intervenção e quais os poderes do interventor para esse desiderato, isto é, se pode ter acesso a documentos, movimentar contas bancárias (e em quais limites), realocar pessoal etc.

Aplica-se aqui, de forma análoga, a previsão do art. 862, *caput*, do CPC/2015. Os poderes do interventor e o tempo de duração da intervenção poderão ser delimitados no plano de intervenção, a ser construído em contraditório e com ampla participação de todos os atores envolvidos (exequente, executado, juiz e interventor nomeado).

Ademais, não é apenas a nomeação do interventor e a definição de seus poderes que estará sob o controle judicial, com ampla possibilidade de manifestação

245. MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos arts. 831 a 869. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.229.

246. Sobre a admissibilidade da intervenção judicial como medida atípica na execução específica, servindo os dispositivos da Lei Antitruste como orientação à atuação judicial, GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 317 e ss.; e ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. Disponível em: [<http://www.tex.pro.br/home/artigos/36-artigos-abr-2010/5973-a-intervencao-judicial-e-o-cumprimento-da-tutela-especifica>]. Acesso em: 15.07.2016.

das partes, também (senão principalmente) os atos praticados pelo interventor deverão ser controlados pelo juiz, oficiosamente ou por provocação de qualquer das partes.²⁴⁷

Isso porque vigora, mesmo em sede de execução, o princípio da intervenção mínima, de modo que cabe aos sócios decidir os negócios da sociedade, e este poder será judicialmente limitado, atuando apenas na medida do necessário para fazer cumprir a obrigação inadimplida.²⁴⁸ Disso se extraem algumas constatações.

A primeira, mais óbvia e com previsão expressa no art. 106 da Lei Antitruste, é que a intervenção deve ser realizada por determinado período de tempo. Não é caso de se limitar a duração do ato executivo ao prazo estabelecido no dispositivo acima indicado, porque em inúmeras situações esse período pode ser insuficiente para que se conclua a obrigação. Imagine-se, resgatando o exemplo das empresas de telefonia móvel, que o interventor é nomeado com o propósito de implementar um plano de expansão da rede para melhorar a cobertura do sinal. Certamente não se desincumbirá do encargo em menos de 180 dias.²⁴⁹

A duração da intervenção, aliás, não há de ser determinada pelo juiz sem que antes ouça as partes e o interventor, este último quem melhor possui condições para especificar quais atos serão necessários e qual a estimativa de tempo para sua conclusão.

O tempo de duração da intervenção traz outra faceta da medida, qual seja, seu custo. Samuel L. Bray, professor da Universidade da Califórnia, narra o caso de uma intervenção judicial para o cumprimento de uma obrigação de fazer (reorganizar os sistemas de esgoto de uma cidade, que causavam “incômodos” ao morador de uma residência) que já se arrastava por 12 anos, com enorme custo financeiro, incompatível com a natureza da obrigação.²⁵⁰ No texto, o autor está preocupado com o custo da intervenção para o Estado, mas, sem prejuízo dessa ponderação, há que se pensar também no custo da medida para o executado, quem, ao fim e ao cabo, deverá suportar os honorários do interventor.

247. Como o interventor deverá prestar contas de sua atuação, não se pode afastar a possibilidade de o magistrado, ainda que não haja qualquer manifestação das partes, controlar os atos do interventor, limitando sua atuação, corrigindo-lhe os caminhos quando entender excessivos, impertinentes ou inúteis, ou destituindo-lhe do cargo.

248. Sobre o tema, confira-se PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz, a tutela específica e o direito societário. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 405-416.

249. No sentido do texto, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 275.

250. BRAY, Samuel L. The system of equitable remedies. (March 1, 2016). 63 *UCLA Law Review* 530 (2016). Disponível em: [<http://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2016/03/Bray-63-3.pdf>]. Acesso em: 01.08.2016.

Isso recomenda que o juiz tenha especial cautela ao determinar a prorrogação do prazo da intervenção ou seu estabelecimento por prazo alongado, afinal, não parece razoável admitir que, sob o pretexto de atingir a obrigação específica, sacrifique-se excessivamente o executado com a imposição desse ônus financeiro.

Ainda que não deva haver perfeita sintonia entre o custo da intervenção e o equivalente monetário da obrigação, caso fosse convertida em perdas e danos, é de se ver que, tal qual a multa periódica, essa medida deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ser compatível com a obrigação exequenda, com a peculiar característica de que esse custo não poderá ser reduzido ou excluído posteriormente, porque determinado para remunerar o interventor.

Se mesmo com a superação da resistência do executado, a medida não é capaz de conduzir à entrega da tutela específica ou do resultado prático equivalente, será forçoso reconhecer a impossibilidade de seu atingimento, com a consequente conversão em perdas e danos (art. 499, do CPC/2015).

Outra manifestação do princípio da intervenção mínima está na possibilidade de o juiz estabelecer uma gradação na intervenção. É de todo aconselhável que, v.g., antes de o juiz outorgar poderes ao interventor para acessar as contas da pessoa jurídica e suas instalações para a instalação de filtros a fim de evitar a emissão de poluentes, encarregue-o de fiscalizar quais ações estão sendo tomadas para evitar este propósito; ou que, antes de destituir os administradores, invista o interventor de poderes específicos para determinados atos que culminem no cumprimento da obrigação específica.

Nada impede que haja esse escalonamento, aumentando o grau de intervenção na exata proporção da resistência do executado e de acordo com a necessidade de superação dessa resistência para o cumprimento específico da obrigação.

Em linhas gerais, a intervenção judicial é expediente que ainda pode gerar bons frutos em termos de efetividade da execução. Porém, em razão de sua natureza e impacto além dos estritos limites da demanda, deve ser implementada com cautela, de forma gradativa, com prévia oportunidade para cumprimento espontâneo da obrigação e sempre, desde a nomeação do interventor e durante toda a sua duração, sob o constante controle do juiz e das partes – as quais poderão impugnar a intervenção, a pessoa do interventor, o estabelecimento de seus poderes e atribuições e também os atos praticados pelo interventor diretamente ao juiz da execução, por simples petição, nos termos do art. 518, do CPC/2015.

2.5.2.1.2. *Atos coercitivos*

2.5.2.1.2.1. A multa periódica

Apesar de inexistirem dados estatísticos, não há dúvida de que a multa periódica é a medida executiva indireta mais utilizada no dia a dia do foro, tanto que o

CPC/2015 dedicou à ela um dispositivo próprio (art. 537), o qual, ao menos em parte, resolve alguns questionamentos que surgiram ainda na vigência do CPC/1973.

O primeiro deles é a definição do destinatário da multa, tendo o § 2º, do art. 537, do CPC/2015 definido que a multa reverter-se-á em benefício do exequente, na linha do quanto já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça²⁵¹, em que pese a divergência doutrinária.²⁵²

Outro ponto que se alinha à jurisprudência consolidada é a substituição da expressão multa diária por multa periódica, em reconhecimento de que a multa poderá ser fixada conforme as peculiaridades de cada caso e segundo a natureza da obrigação, com periodicidade inferior ou superior à diária, ou mesmo em valor único, “*notadamente nos casos em que o inadimplemento pode acarretar, de súbito, a imprestabilidade da prestação*”.²⁵³

Noutro aspecto relevante o CPC/2015 se distancia da jurisprudência firmada sob os auspícios do CPC/1973. A súmula 410 do STJ determina que para a execução da multa periódica é necessária a prévia intimação pessoal do devedor; porém o art. 513, § 2º, I, do CPC/2015 é expresso em estabelecer que a intimação será feita na pessoa do advogado, por meio do Diário da Justiça, de modo que está superada a Súmula, não mais havendo necessidade de intimação pessoal do executado.²⁵⁴

Em outros tantos aspectos, as dúvidas permanecem.

De início, é preciso definir qual a natureza jurídica da multa periódica, isto é, se a multa tem natureza punitiva, indenizatória ou coercitiva. É vasta a doutrina

251. STJ, REsp 1.178.328/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 25.05.2010 e STJ, REsp 949.509/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. para Acórdão Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 08.05.2012.

252. Assim, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14. O CPC/2015 atende, pois, à advertência de Marcelo Lima Guerra, que na vigência do CPC/1973 exortou o legislador a “*sanar essa grave lacuna, dispondo normas expressas sobre a titularidade do crédito resultante da multa diária*”, embora tenha optado por solução diversa daquela apontada pelo autor (*Execução indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 210).

253. GAJARNONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 537. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. p. 843.

254. Nesse sentido, CARVALHO, Fabiano. Comentários ao art. 537. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 873; AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários ao art. 537. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.407-1.408; e OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as astreintes e seu regramento no novo Código de Processo Civil. DIDIER JR, Fredie (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*: execução. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016. v. 5, p. 285.

sobre o tema, prevalecendo o entendimento de que a multa tem natureza meramente coercitiva, servindo, pois, para constranger o executado ao cumprimento da obrigação, sem qualquer função indenizatória ou punitiva.²⁵⁵

Sobre a impossibilidade de se conferir à multa periódica caráter punitivo, são suficientes as observações feitas ao longo dos itens precedentes. Quanto à impossibilidade de confundi-la com outros mecanismos de reparação, o próprio Código cuida de afastar a confusão ao estabelecer que a multa será devida sem prejuízo da apuração de eventuais perdas e danos (art. 500), ao que se acresce a possibilidade de ser imposta independentemente da comprovação de qualquer prejuízo (com o qual deveria guardar íntima relação, caso tivesse natureza reparatória).²⁵⁶

Definido que sua função é constranger o executado ao cumprimento da obrigação, é preciso que, antes de sua incidência, dê-se ao executado a oportunidade cumprir a obrigação, razão pela qual o art. 537, *caput*, parte final, estabelece que o juiz deverá conceder prazo razoável para o cumprimento do preceito.

É a natureza da obrigação que determinará a fixação do prazo, podendo o executado, claro, opor-se à definição do prazo caso entenda que é irrazoável e insuficiente para o cumprimento da obrigação. Observe-se que mesmo em sede de execução, quando, de regra, o inadimplemento já ocorreu, a multa não deve incidir de forma automática, pois, dada a sua natureza, não pode representar para o exequente um benefício ou uma compensação decorrente do inadimplemento.

255. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 834; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 233-234; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 371.

256. No sentido do texto, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 188 e ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 159; e MONDINI, Antonio. *La attuazione degli obblighi infungibili*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 147. Fernando da Fonseca Gajardoni entende que só faz sentido a multa ser devida em favor da parte se se reconhece sua natureza dúplice: enquanto imposta pelo juiz, mas ainda em estado de potência, serve como método de coerção da vontade do executado, mas, incidente diante do inadimplemento, adquire natureza indenizatória, ressarcindo o exequente dos danos marginais do processo (Comentários ao art. 537. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 840). Em sentido análogo é a doutrina de DONNE, Clarice Delle. L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo. In: CAPPONI, Bruno. *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: IPSOA, 2011. p. 128.

Se o propósito é constranger o executado ao cumprimento, não é lícito que a multa incida sem que antes ele tenha oportunidade de cumprir a determinação judicial.²⁵⁷

De se ver que há situações, especialmente aquelas *supra* referidas em que o inadimplemento torna imprestável a prestação, nas quais não há como se estabelecer qualquer prazo inicial. Observemos o clássico exemplo da apresentação de um artista em determinada casa de shows, em descumprimento ao contrato com outra casa noturna. Basta que o artista faça a apresentação naquele outro estabelecimento e a obrigação estará irremediavelmente inadimplida. Nesses casos, a multa deve ser fixada sem qualquer prazo, pois o inadimplemento torna impossível a execução específica, limitando o exequente às perdas e danos.

Ordinariamente, no entanto, há o estabelecimento de um prazo inicial para o cumprimento voluntário, findo o qual, caracterizado o inadimplemento, incidirá a multa periódica. Não há maiores dificuldades em aferir o termo inicial da multa periódica, mas a definição do termo final suscita questões relevantes.

Para parcela da doutrina, a multa incidirá até que a obrigação seja cumprida pelo executado ou, sem prejuízo de posterior aferição de culpa, até o momento em que se tornou impossível o seu cumprimento, ou ainda, até que o exequente requeira a conversão em perdas e danos. Não havendo nenhuma circunstância que torne impossível o cumprimento da obrigação, a multa incidirá por prazo indeterminado.²⁵⁸

Não há como acatar esse entendimento. A multa periódica, como visto, é estabelecida com o único propósito de constranger o executado ao cumprimento voluntário da obrigação, de sorte que, frustrado esse desiderato, a manutenção da multa significará apenas uma punição ao executado.²⁵⁹

Essa impossibilidade de perpetuação da multa não significa que ao executado bastará manter-se inerte para furtrar-se ao seu pagamento. Longe disso. Verificado que a multa não atingiu sua finalidade, caberá ao exequente, ou, na inércia deste, até mesmo o juízo *ex officio*, adotar, quando possível, outras medidas de apoio ou

257. Assim, STJ, AgRg no Ag 1.323.400/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 23.10.2012; e STJ, REsp 1.455.663/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 07.08.2014.

258. Araken de Assis diz que “a multa é infinita”, porque incidirá enquanto perdurar o estado de inadimplemento (*Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 831). Também MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4, p. 134.

259. Adotando o entendimento do texto, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 74 e ss.; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 190 e ss.; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 405 e ss.

sub-rogatórias que visem o cumprimento específico da obrigação ou, em caso de infungibilidade, a conversão em perdas e danos.

A partir desse momento, evidentemente, cessará a incidência da multa, cabendo verificar em qual medida essa constatação poderá ter efeitos pretéritos, atingindo a multa que já incidiu.

É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a multa pode ser revista, mesmo em relação a períodos passados, para evitar que o exequente se beneficie indevidamente.²⁶⁰ Contudo, o próprio tribunal já assentou que, “se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor”, não há que se falar em redução ou exclusão da multa já vencida, pois, dessa forma, estar-se-ia premiando o inadimplemento.²⁶¹

Nem por isso se afasta, de antemão, a possibilidade de haver completa exclusão da multa já vencida. Como observou a doutrina de Fredie Didier Jr., compete ao credor da multa o dever de agir com boa-fé, minimizando as próprias perdas. É dizer, ao exequente não basta simplesmente assistir à inércia do executado, contar os dias, e, ao final, requerer a execução do valor que se somou ao longo desse período. Essa atitude viola o dever de boa-fé e caracteriza abuso do direito (trata-se, na expressão do professor baiano, de um “*ato ilícito caducificante*”).²⁶²

Nesses casos em que a atitude do exequente revela que ele perdeu o interesse na execução específica da obrigação e, na verdade, está mais interessado no transcurso do tempo para ver aumentar o valor da multa, é de rigor a exclusão do valor da multa, no todo ou em parte, porque aquele que retarda a comunicação do inadimplemento ou a adoção de outras medidas efetivas com objetivo de satisfazer a obrigação inadimplida “*perde a possibilidade do exercício da situação jurídica de vantagem, considerando que gerou, no sujeito passivo, a expectativa legítima de que a situação jurídica não mais será exercida*”.²⁶³

260. STJ, REsp 1.112.826/GO, rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 13.04.2011; STJ, REsp 973.879/BA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 08.09.2009; e STJ, AgRg no REsp 1.140.001/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 07.06.2011.

261. “Se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação” (STJ, REsp 1.192.197/SC, rel. Min. Massami Uyeda, rel. para Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 07.02.2012). Em igual sentido, STJ, REsp 1.229.335/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 17.04.2012.

262. DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*. ano 34, n. 171, *passim*. São Paulo, maio. 2009.

263. GAJARNONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 537. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. p. 845.

Essa é, aliás, a distinção entre a possibilidade de revisão do valor ou da periodicidade e a exclusão. A modificação da multa deve operar efeitos prospectivos, isto é, a alteração do valor ou da periodicidade, ordinariamente, devem repercutir apenas para o futuro, em relação à multa ainda não vencida; enquanto a exclusão opera efeitos retroativos, extinguindo a multa já vencida.

A possibilidade de revisão do valor e da periodicidade visa adequar a multa à cambiante realidade da situação litigiosa. Especialmente o valor da multa tem impacto significativo no poder coercitivo da medida. A multa ínfima, que não é capaz de tornar o adimplemento mais interessante do que a manutenção do inadimplemento, bem como a multa excessiva, não atendem a esse propósito coercitivo, e, por isso, é de rigor que a definição das características essenciais da multa seja maleável.

O valor da multa, percebe-se, deve ser fixado com modicidade, sempre considerando a natureza da obrigação, embora não guarde relação necessária com ela. Diz o art. 537, *caput*, do CPC/2015 que a multa deve ser *suficiente e compatível com a obrigação*, ou seja, o juiz, na fixação do valor, deve observar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, exaustivamente analisados no item 2.5.2.

A suficiência está relacionada justamente ao propósito coercitivo, inclusive considerando aspectos econômicos das partes envolvidas no litígio, ao passo que a compatibilidade com a obrigação não quer significar que a multa deva observar o limite da obrigação inadimplida,²⁶⁴ mas sim que, conforme a natureza da obrigação, variará o bem da vida tutelado, a exigir alguma liberdade criativa do magistrado para dosar a adequação da medida.

No particular, Eduardo Talamini destaca que a multa excessivamente elevada pode levar o executado a um ponto sem retorno, no qual a incidência da multa por outros períodos não tem relevância, ao mesmo tempo em que pode justificar sua posterior exclusão por excessiva onerosidade, lembrando que não será com a imposição de multas exorbitantes que se atingirá o escopo final.²⁶⁵

A distinção entre modificação e exclusão, todavia, não significa que uma vez vencida a multa, essa não poderá ser revista em qualquer hipótese. Justamente para evitar esse “ponto sem retorno”, pode haver exclusão parcial da multa que já incidiu, reduzindo seu valor para patamares razoáveis, de modo que a manutenção

264. Afirmando que a multa não está limitada ao valor da obrigação, STJ, REsp 770.753/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 27.02.2007; e SJT, AgRg no REsp 1.237.976/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 21.06.2012. Concluindo que a multa é limitada ao valor da obrigação, STJ, AREsp, 14.395/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 02.08.2012.

265. TALAMINI, Eduardo. Medidas judiciais coercitivas e proporcionalidade: a propósito do bloqueio do WhatsApp por 48 horas. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231699,61044-Medidas+judiciais+coercitivas+e+proporcionalidade+a+p+roposito+do]. Acesso em: 01.09.2016.

da multa para períodos futuros ainda tenha o condão de constranger o executado ao adimplemento.²⁶⁶

Ao examinar o tema, é frequente na doutrina a referência à preclusão, no sentido de que a multa já vencida, salvo tenha havido recurso da parte interessada, não poderia ser revista porque “*acobertada pela preclusão*”.²⁶⁷ Sem prejuízo das considerações sobre a preclusão, que ocupam o capítulo terceiro, algumas observações são de rigor.

Desde logo, é preciso ter em mente que a imposição da multa periódica representa uma “*decisão condenatória para o futuro porque impõe à parte, desde logo, sanção para o caso de futura violação da obrigação de cumprir a ordem judicial*”²⁶⁸ e não é correto supor que a questão se limita à mera multiplicação do valor pelo período de incidência da multa.

Não é demais lembrar que a imposição da multa não acarreta, *ipso facto*, a obrigação de pagamento de seu valor. Justamente por se tratar de medida voltada para o futuro, só incidirá se e quando configurado o inadimplemento do obrigado que, apesar da ameaça da multa, manteve-se inerte, ou seja, muito antes de verificar o valor da multa, é preciso analisar se de fato ela incidiu. E,

“em muitos casos, será inevitável uma atividade valorativa por parte do juiz, quiçá precedida inclusive de instrução, como quando divergirem as partes em torno do adequado cumprimento, quando houver cumprimento incompleto ou ainda em face da alegação de impedimentos objetivos ao cumprimento, esses últimos por si só excludentes da aplicação da multa.”²⁶⁹

266. No sistema do art. 543-C, do CPC/1973, veja-se STJ, REsp 1.333.988/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 09.04.2014. Com o mesmo entendimento, STJ, AgRg no AREsp 408.030/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.02.2014 e STJ, AgRg no REsp 1.407.275/CE, rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 18.02.2016.

267. ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 239. Também ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 830.

268. SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 489. Na doutrina italiana, veja-se Elisabetta Silvestri, para quem “l’efficacia esecutiva del provvedimento, tuttavia, dipende dal fatto che non si verifichi l’adempimento spontaneo della prestazione oggetto dell’obbligo principale (di fare infungibile o di non fare): la condanna alla misura coercitiva, quindi, si configura come condanna condizionale e, secondo una diversa opinione, come condanna in futuro” (Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-forzata-degli-obblighi-di-fare-o-non-fare_(Diritto-on-line)/]. Acesso em: 05.09.2016).

269. TABOSA PESSOA, Fábio Guidi. Novo CPC: reflexões em torno da imposição e cobrança de multas. *Revista do advogado*. ano XXXV, n. 126, p. 69. maio 2015.

Sem a constatação do inadimplemento, o que deve ser feito, claro, sob contraditório, não há como impor a condenação ao pagamento da multa. Em outras palavras, deve haver um momento em que haja comprovação do inadimplemento (com as dificuldades acima indicadas).²⁷⁰ E será essa decisão, que reconhece ter havido inadimplemento, capaz de fazer incidir na espécie o comando judicial anterior que servirá como título executivo apto à execução da multa periódica.

A decisão que determina o cumprimento sob pena de multa periódica não se presta a esse fim (não é título executivo) porque não traz qualquer acerto quanto à situação concreta, isto é, não reconhece se a multa, naquele momento em estado de potência, efetivamente incidiu ou por quanto tempo incidiu, e, tampouco, por consequência lógica, impõe ao executado a obrigação de pagá-la.²⁷¹

Bem se vê que a solução do Código para o momento da execução da multa, ao estabelecer que poderá ser executada desde logo, mas o valor só poderá ser levantado após o trânsito em julgado (art. 537, § 3, CPC/2015), é insuficiente, especialmente em se tratando de multa imposta em execução ou em fase de cumprimento de sentença.

O dispositivo deve ser lido de modo que, uma vez imposta a multa, sob responsabilidade do exequente – a quem caberá afirmar o inadimplemento do executado –, é possível que haja execução provisória, porém, o valor da multa só poderá ser levantado se e quando houver acerto sobre o inadimplemento do executado e decisão, em contraditório, que imponha definitivamente a obrigação de pagar.

270. Observa essa peculiaridade DONNE, Clarice Delle. L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo. In: CAPPONI, Bruno. *Lesecuzione processuale indiretta*. Milano: IPSOA, 2011. p. 128. Anota, no entanto, que tal se resolve a partir da distribuição do ônus da prova, atribuindo ao executado tal ônus porque a negativa (o inadimplemento) não seria possível provar. Não há como aceitar a afirmação simplista. Há casos em que o inadimplemento não é um fato negativo e, de mais a mais, há inúmeras situações complexas que não se resolvem em termos absolutos. A questão do ônus probatório, de toda sorte, é objeto de análise detida no capítulo terceiro.

271. Mais uma vez merece ser transcrita a lição de Fábio Guidi Tabosa Pessoa: “A multa, nesse momento inicial, é mera possibilidade abstrata, e não é há nessa decisão, como antes dito, a afirmação de crédito algum em favor do titular da prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Para que se concretize o crédito, é preciso que a multa efetivamente incida, e para tanto a cominação inicial é insuficiente, sendo necessário um evento complementar, o descumprimento injustificado da determinação em torno da primeira obrigação; esse evento, todavia, sendo posterior ao pretense título e a ele estranho, bem como dependente de valoração (inclusive quanto a eventuais limites temporais para a incidência da multa), não se presta a retroagir e incorporar-se à decisão cominatória para, num momento seguinte, conferir-lhe certeza e exequibilidade em torno do crédito pecuniário”. (Novo CPC: reflexões em torno da imposição e cobrança de multas. *Revista do advogado*. ano XXXV, n. 126, p. 71. maio. 2015).

Portanto, não é correto afirmar que a multa periódica não pode ser revista ou excluída porque teria havido preclusão. Tratando-se de imposição para o futuro, está completamente em aberto até que sobrevenha decisão, em contraditório, reconhecendo concreta aquela potencialidade – essa sim apta a configurar título executivo capaz de autorizar a execução da multa.

2.5.2.1.2.2. Restrição de direitos

Com o advento do CPC/2015, parcela da doutrina, inspirada pelo art. 139, IV, que permite ao juiz adotar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive em demandas cujo objeto é uma prestação pecuniária, tem defendido a ampliação dos poderes do juiz, no sentido de impor restrições a direitos do executado, enquanto não cumprida a obrigação.

Fala-se em retenção de passaporte do executado, apreensão da carteira nacional de habilitação, proibição da contratação de novos funcionários, vedação à contratação de empréstimos e financiamentos bancários, proibição de contratar com o poder público ou participar de concursos etc.²⁷²

Esse anseio, é verdade, não é novidade na doutrina. Olavo de Oliveira Neto, em texto publicado em 2005, defendia a possibilidade de aplicação de restrições a direitos do executado, como método subsidiário que “*viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade*”.²⁷³

Mais recentemente, ainda sob a égide do CPC/1973, defendeu-se a possibilidade de, como método coercitivo, divulgação diária em veículos de imprensa dando nota do inadimplemento do executado e de sua resistência ao cumprimento da determinação judicial.²⁷⁴

Aqui, com a devida vênia aos que pensam de modo contrário, é necessária uma pausa. O anseio de tornar a execução efetiva não pode ser transmutado em uma forma de vingança pessoal do exequente contra o executado, como se dissesse “já que a obrigação não está sendo cumprida, ao menos posso afligir o executado”.

272. Os exemplos são de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: [http://jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia]. Acesso em: 28.09.2015.

273. NETO, Olavo de Oliveira. Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 197.

274. RODRIGUES, Daniel Calnago. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Tutela específica e a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos: alguns parâmetros. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 169.

Se já está superada a ideia da plena intangibilidade da vontade, é preciso ponderar que a ampla e irrestrita admissão de medidas restritivas de direitos, se não controlada e pensada também da perspectiva do executado, reconduzirá a execução aos tempos remotos em que se fazia sentir na pessoa do executado.

Nunca é demais lembrar que as medidas restritivas de direitos têm como objetivo constranger o executado, compelindo-o a cumprir a obrigação, contudo, em momento algum podem ser consideradas uma penalidade a ser aplicada contra o executado recalcitrante.²⁷⁵

Como já mencionado no item 2.5.2, não é possível, de antemão, vaticinar que todas as medidas restritivas de direitos devam ser permitidas ou proibidas. Mais uma vez, o caminho do meio é o mais seguro, isto é, a depender das peculiaridades do caso concreto e dos interesses envolvidos, as medidas restritivas de direitos podem ser admitidas ou não.

Cabe, aqui, traçar as balizas que devem servir de norte para essa definição, a partir de três indagações: (i) a medida restritiva viola direitos fundamentais do executado?; (ii) a medida restritiva causa algum empecilho ao cumprimento da obrigação?; e (iii) há outros meios para se chegar ao cumprimento da obrigação? Se for afirmativa a resposta para qualquer uma dessas perguntas, então a medida restritiva não deve ser deferida.

Nos exemplos trazidos pela doutrina que imaginou cenários em que o juiz retém o passaporte ou a habilitação do executado, a resposta deve ser afirmativa.

Não que haja um direito fundamental de viajar ou de dirigir, mas a restrição à liberdade não se caracteriza somente com o encarceramento do executado. Qualquer medida que cause embaraço ao direito de locomoção do executado deve ser entendida como uma restrição à sua liberdade, admissível apenas em situações excepcionais, como o são a perda do direito de dirigir por infrações de trânsito ou a retenção de passaporte para assegurar o cumprimento da lei penal.

Se de um lado, não é de exigir que as medidas executivas atípicas guardem perfeita correspondência entre a pretensão do exequente e o direito do executado atingido pela medida, de outro, é preciso observar que devem ser razoáveis e proporcionais, sempre com o objetivo de constranger o executado ao cumprimento da obrigação e nunca de puni-lo por estar inadimplente.

O executado responde com seus bens e sua vontade só pode ser coagida na medida do razoável, segundo critérios que tenham como alvo seu patrimônio e nunca sua pessoa, sempre de forma proporcional e equilibrada em relação aos in-

275. No sentido do texto, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 231.

teresses em conflito, o que justifica dizer que uma atividade empresarial pode ser interrompida quando causa dano severo ao meio ambiente (desde que não haja alternativa), mas o mesmo não é válido para forçar o executado a cumprir uma obrigação assumida entre particulares.

Por sua vez, sempre que a medida restritiva, sob o pretexto de constranger o executado, tornar mais oneroso ou difícil o cumprimento da obrigação, não servirá a seu propósito e deverá ser rejeitada.

À guisa de exemplo, pode-se pensar em medida que imponha restrição ao executado de contrair empréstimos ou financiamentos enquanto não tiver concluído as obras contratadas pelo exequente ou enquanto não tenha quitado os débitos perante o credor.

Basta ter algum conhecimento sobre as questões comerciais que envolvem a rotina de empresas e comerciantes para perceber que essa medida poderá ter o efeito contrário e tornar ainda mais difícil o cumprimento da obrigação. Não raro empréstimos são contratados para formação de capital de giro ou para quitar dívidas já vencidas, de modo que essa restrição pode ser prejudicial ao exequente, impedindo o executado de buscar recursos para quitar seus débitos ou preparar-se para a realização das obras etc.

Também se enquadram nessa problemática as medidas que proibam o executado de contratar outros funcionários. Em que essa medida beneficiaria o exequente, para justificar a contrapartida do impacto negativo ao executado? Alternativamente, pode-se pensar em outras medidas mais eficazes, como a determinação de designação do funcionário para o exercício de determinada função que sirva ao cumprimento da obrigação.

As tentativas do Poder Executivo de causar obstáculo ao exercício da atividade econômica do devedor sempre foram entendidas como incompatíveis com a Constituição, por violarem o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, parágrafo único, CF/1988)²⁷⁶, o que deve ser sopesado segundo os valores em conflito, como já referido linhas acima.²⁷⁷

276. Assim a Súmula 70, do STF: “É inadmissível a interdição de estabelecimento com meio coercitivo para cobrança de tributo”; a Súmula 323, do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”; e a Súmula 570, do STF: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

277. A proteção ao exercício da atividade profissional assegurada pela Constituição Federal pressupõe, obviamente, sua licitude. Assim, em princípio, não pode ser afastada a aplicação de medidas que obstem ao exercício de atividade comercial que viole direito de terceiros, como a exploração predatória ou indevida de marcas ou patentes.

Por fim, a restrição a direitos deve ser sempre vista como medida excepcional e subsidiária, quando não houver mecanismos que possam eficazmente substituir a atuação do executado e quando outras medidas coercitivas tiverem falhado.

Mesmo entre os autores que defendem essa possibilidade, as medidas restritivas de direitos são consideradas uma excepcionalidade da qual o juiz só deve lançar mão quando outras falharem.²⁷⁸

Disso se extrai que o campo mais fértil para sua utilização é nas obrigações infungíveis, pois, para todas as demais, há outros meios capazes de superar a resistência do executado independentemente de sua vontade, o que não afasta as constatações anteriores a respeito dos limites à restrição de direitos em sede executiva.

Talvez os casos de obrigações de não fazer²⁷⁹ que envolvam direitos da personalidade ou direitos imateriais sejam os mais sensíveis, nos quais não se pode afastar restrições a direitos fundamentais de plano, justamente porque em conflito com outros direitos de igual natureza.

É sabido que no conflito entre direitos fundamentais não há prevalência de uma norma sobre a outra, e sim a justa ponderação entre os interesses e direitos em conflito, a ser equacionada à luz da proporcionalidade.²⁸⁰ Por isso, em situações desse jaez é, em princípio, admissível que haja alguma restrição a direitos fundamentais, por exemplo, ao exercício de atividade comercial etc., pois o que está em jogo não é mero direito subjetivo de crédito ou à determinada prestação, e sim a proteção de um direito fundamental do exequente.

278. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2016. p. 986 e ss. Em sentido análogo, afirmando genericamente que as medidas atípicas pressupõem a demonstração da ineficácia das medidas típicas, ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 523. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 729.

279. As obrigações de não fazer são essencialmente infungíveis, pois ninguém além do obrigado pode abster-se da prática daquele determinado ato. Por todos, confira-se MONDINI, Antonio. *L'attuazione degli obblighi infungibili*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 68 e ss.

280. O tema é instigante e merece profunda reflexão, o que extrapola os limites deste trabalho. Válido, no entanto, transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da ADI 3.540/DF (Tribunal Pleno, julgada em 01.09.2005): "(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, 'nhic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...), a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (...)"

Há um limite, cuja linha é traçada pelo princípio da razoabilidade, que só deve ser ultrapassado em casos excepcionais, mas, ordinariamente, não haverá alternativa senão a conversão da obrigação em perdas e danos, pois o direito do exequente à tutela específica não pode ser tomado em caráter absoluto, como se tudo fosse admissível para forçar o executado ao cumprimento da obrigação.

Tudo isso demonstra como a adoção de medidas restritivas de direitos inspira cuidados e, por isso, o magistrado deve se cercar de todas as cautelas, o que passa, necessariamente, pela ampla fundamentação da decisão e pela esmerada delimitação da medida restritiva e seu prazo de duração, como já anotado no item 2.5.2.

Da perspectiva do executado, trata-se de medida executiva que pode ser objeto de oposição na forma do art. 518, do CPC/2015, cujo fundamento pode estar na impertinência da medida, em seu excesso, no rigor ou impacto da restrição ou no seu tempo de duração, sendo certo, qualquer que seja o caso, que tal medida jamais poderá adquirir caráter punitivo e, ainda que não tenha logrado demover o executado de sua resistência, não poderá se perpetuar no tempo, impondo-se, nalgum momento, a conversão em perdas e danos ou a adoção de outras medidas menos impactantes.

2.5.2.2. *Atos executivos expropriatórios*

A falta de correspondência do art. 746 do CPC/1973, disciplinando o que se convencionou chamar de “Embargos ou Impugnação de Segunda Fase”, com algum dispositivo do CPC/2015 não significa que, após o manejo da defesa típica (embargos ou impugnação), o executado sujeito à execução por quantia certa esteja de mãos atadas, limitado a assistir ultimarem-se os atos de expropriação de seu patrimônio.

O propósito do Código foi justamente o oposto. Adotando a premissa já desenvolvida no tópico antecedente, no sentido de que os atos executivos, por sua natureza e função, devem ser controlados no corpo da execução, o CPC/2015 facilita a defesa do executado ao estabelecer que a incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, diretamente nos autos da execução ou do cumprimento de sentença, no prazo de 15 dias, contados da ciência do ato, sem maiores formalidades (arts. 525, § 11, e 917, § 1º) e, evidentemente, sem prejuízo de, quando tais atos ocorrerem antes do término do prazo para embargos ou impugnação, serem arguidos por esses meios de defesa.

Como os atos executivos expropriatórios são complexos²⁸¹, compreendendo diversos atos preparatórios até culminar no pagamento do exequente, também a defesa do executado se desenvolve de forma descentralizada e com ampla gama de fundamentos.

281. PINHEIRO, Paulo Eduarco D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 242-245, especialmente.

2.5.2.2.1. Oposição à penhora

Iniciando o percurso até a satisfação do exequente está a penhora. A responsabilidade patrimonial do executado ou do responsável deixa o estado de potência e se concretiza com a penhora de bens suficientes para cobrir o valor exequendo. Esse ato deflagra uma série de possíveis atitudes do executado.

Poderá o executado arguir a impenhorabilidade do bem afetado pelo ato executivo. Com efeito, a lei estabelece um rol (não exaustivo),²⁸² por opção política, de bens que compõem o patrimônio do executado, mas que não podem ser expropriados para o pagamento da dívida, como forma de preservação de patrimônio mínimo para que o executado possa ter uma vida digna, afinal, a execução não pode conduzir o executado à ruína, em estado de miséria. Sopesando os valores em conflito, preferiu o legislador que o exequente não veja o débito saldado, do que fazê-lo às custas da integridade física e moral do executado.²⁸³

É bem verdade que o elenco de bens impenhoráveis admite alguma maleabilidade e, em algumas circunstâncias, bens que são usualmente impenhoráveis podem ser legitimamente expropriados, quando, por exemplo, a dívida é relativa ao próprio bem ou quando o executado renunciar à proteção legal da impenhorabilidade.²⁸⁴ Porém, afora esses casos específicos, sendo atingido bem imune à constrição judicial, o executado poderá arguir, nos próprios autos da execução, a impenhorabilidade do bem.

282. A doutrina traz exemplos de bens que compõem o patrimônio do executado, não constam do rol de bens impenhoráveis e, ainda assim, não podem ser expropriados. Fala-se na impenhorabilidade das próteses, da cadeira de rodas, do cão-guia etc., de bens que são impenhoráveis pelo fundamento último do instituto de preservação da dignidade do executado. No particular, DIDIER JR., Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2009. v. 3, *passim*.

283. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 379-380; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 233 e ss.

284. Incursão aprofundada sobre o tema desvirtuaria o escopo deste trabalho. Registre-se apenas que a posição do STJ é firme pela irrenunciabilidade da proteção legal (nesse sentido, a título exemplificativo, STJ, AgRg no AREsp 537.034/MS, rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 28.08.2014). No entanto, em recentíssima decisão, o STJ reviu o entendimento para reconhecer a possibilidade de penhora de bem de família dado em garantia pelo executado (STJ, REsp 1.461.301/MT, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 05.03.2015). A análise detida do acórdão revela as peculiaridades que conduziram à revisitação da jurisprudência consolidada e o destaque que foi dado pela Corte à boa-fé do credor (o bem havia sido dado em garantia ao pagamento de acordo judicial posteriormente descumprido), mas, ainda assim, serve essa decisão como indicativo da inexistência de garantia de impenhorabilidade absoluta.

Embora não seja comum e haja alguma resistência ao desenvolvimento de atividade probatória *in executivis*, na mesma linha do que se afirmou anteriormente, não basta permitir que o executado argua a impenhorabilidade do bem. Deve lhe ser dada a oportunidade de fazer prova de suas alegações, inclusive com oitiva de testemunhas, se necessário.²⁸⁵

Contudo, mesmo que o bem penhorado não goze da proteção legal, o executado poderá livrá-lo da execução, desde que ofereça outro bem à penhora e comprove que a substituição lhe será menos onerosa, sem trazer prejuízo à frutuosidade da execução (obviamente, ouvido o exequente), ou, ainda, desde que o faça mediante o oferecimento de fiança bancária ou seguro-garantia judicial em valor 30% superior ao débito (arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único).

Oportuno destacar que o CPC/2015 supera a jurisprudência do STJ ao equiparar a fiança bancária e o seguro-garantia judicial a dinheiro, e, com isso, não há qualquer obstáculo para a substituição da penhora de ativos financeiros, hipótese antes rejeitada pelo STJ ao fundamento de que a substituição “implicaria retrocesso ao feito executivo, visto que a penhora de dinheiro é mais conveniente à célere satisfação da execução”.²⁸⁶

Além dessas hipóteses, o CPC/2015 cria novo instrumento de defesa para o executado que vê seus ativos financeiros atingidos pela constrição judicial. Ao regulamentar a penhora de ativos financeiros (a chamada “penhora *on-line*”), o CPC/2015 criou uma fase antecedente à penhora, a fase de indisponibilidade,²⁸⁷

285. A produção da prova oral sobre a impenhorabilidade de bens é admitida pela doutrina portuguesa, pela conjugação dos arts. 723-1, b, 293 e 294. Por todos, FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 315-320. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é farta em confirmar a assertiva. Com efeito, consignou o Relator Desembargador Hugo Crepaldi, no voto condutor do Acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado, no Agravo de Instrumento 0130988-95.2012.8.26.0000, em sessão de 12.08.2012, em que se discutia o ônus da prova da impenhorabilidade, que “cabe à Agravante [a executada] o ônus de comprovar que o imóvel penhorado seria sua única residência, fato demonstrável por todos os meios previstos em lei, inclusive por meio de prova testemunhal” (TJSP, Agravo de Instrumento 0130988-95.2012.8.26.0000, rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 12.08.2012). Em igual sentido, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, confira-se o Agravo de Instrumento 0106904-93.2013.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rebello Pinho, j. 23.09.2013; o Agravo de Instrumento 2016426-68.2014.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 01.04.2014; e o Agravo de Instrumento 2174922-98.2014.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ana Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, j. 19.02.2015.

286. STJ, REsp 1.246.989/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 07.02.2012.

287. A expressão é de ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 319, nota 1.

na qual o juiz controlará o limite quantitativo do ato, determinando a imediata liberação de qualquer valor excedente.

Ainda nessa fase, isto é, antes da efetiva penhora, o executado será intimado para, no prazo de cinco dias, arguir a impenhorabilidade dos ativos financeiros ou a permanência do excesso. Procedente a alegação, ouvido o exequente (apesar do silêncio da lei), o juiz determinará a imediata liberação da quantia, a ser efetivada em 24 horas pela instituição financeira, sob pena de responder pelos danos causados ao executado. Somente após a resolução dessas questões é que o dinheiro será transferido para a conta do juízo e aperfeiçoar-se-á a penhora.

Andou bem o CPC/2015 ao estabelecer esse procedimento prévio à penhora, com responsabilização da instituição financeira. Não raro valores impenhoráveis ou em flagrante excesso são bloqueados e transferidos para a conta judicial sem sequer se dar ao executado a oportunidade de manifestação. O problema, claro, não está no diferimento do contraditório, mas nos efeitos colaterais da transferência do numerário para a conta judicial. Muitas vezes era patente o excesso ou a impenhorabilidade era demonstrada de plano, mas, ainda assim, o executado ficava sujeito à agrura de ter de aguardar – às vezes meses – a liberação dos valores indevidamente penhorados.²⁸⁸

Outros casos de penhora que demandam grande esforço do juízo e, por isso, devem ser utilizados com cautela, na ausência de outros bens passíveis de constrição – como a penhora de percentual de faturamento (art. 866) e a penhora de estabelecimento e semoventes (art. 862 e seguintes) – também estão sujeitos ao controle das partes, apesar do silêncio normativo.

O percentual a ser penhorado deve ser fixado com modicidade, para não tornar ruínosa a atividade empresarial, mas, ao mesmo tempo, deve assegurar o pagamento do exequente no menor tempo possível. Parece intuitivo admitir que o juiz poderá inverter a ordem estabelecida pelo Código, e é até recomendável que o faça, deixando para fixar o percentual do faturamento a ser penhorado após a nomeação do administrador, o qual poderá auxiliar na definição do percentual mais adequado. Do mesmo modo, as atividades do administrador a ser nomeado para a gerência dos bens não podem ficar à margem do contraditório, seja na definição do plano, seja em relação aos atos concretos de administração que se desviarem do plano.

Não havendo qualquer indicativo legal a respeito do modo como deve ser realizado esse controle, é razoável admitir que bastará a insurgência do executado, por simples petição e sem forma de juízo, para inaugurar o contraditório sobre o tema.

288. Sobre os percalços e o histórico da penhora *on-line*, veja-se SILVA, Bruno Freire e. O bloqueio *on line* e a necessária aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2006. p. 105-113.

2.5.2.2.2. *Oposição à avaliação*

Como regra, sempre que o valor do bem penhorado for de fácil determinação ou constar de órgãos oficiais, a avaliação será realizada pelo próprio oficial de justiça, obviamente, valendo-se desses índices oficiais. Em outras situações, nas quais é necessário conhecimento especializado para a determinação do valor do bem penhorado, o juiz nomeará avaliador (arts. 870 e ss.), salvo se as partes manifestarem concordância sobre o valor.

Marcelo Abelha destaca que a avaliação não possui qualquer finalidade probatória em relação à lide.²⁸⁹ Com a devida vênia, não se pode concordar integralmente com o entendimento. Sendo necessária a avaliação, o laudo a ser produzido em tudo se assemelha à prova pericial, com o objetivo de apurar o real valor do bem, e, conseqüentemente, é plenamente possível que as partes acompanhem em contraditório a produção do laudo, inclusive apresentando outras avaliações para infirmar aquela realizada pelo *expert* do juízo.

Admite-se a realização de nova avaliação sempre que se demonstrar erro na avaliação ou dolo do avaliador, em caso de dúvida acerca do valor do bem, ou, ainda, quando entre a avaliação e os atos subsequentes tiver transcorrido longo tempo, capaz de alterar o valor do bem. Segundo a doutrina, o uso de expressões vagas pelo legislador foi proposital, justamente para permitir a interpretação ampliativa, afinal, é do interesse das partes e do juízo a perfeita definição do preço, pois sua incorreção poderá acarretar o insucesso da execução e grande desperdício dos recursos públicos.²⁹⁰

Um ponto que merece reflexão e demonstra como o processo serve, ele próprio, como forma de tutela do executado é a impossibilidade de penhora de bem quando se demonstrar que o produto de sua alienação será integralmente consumido pelas custas da execução (art. 836). Em que pese a lei falar em penhora, é claro que esse ato poderá se aperfeiçoar e descobrir-se da insuficiência do bem somente após a avaliação. Imagine-se a penhora de um automóvel que se descobre em péssimo estado de conservação apenas após a avaliação do oficial de justiça e, por isso, de valor insuficiente para transpor as custas da execução.

2.5.2.2.3. *Oposição à expropriação*

Por fim, ultimado o ato expropriatório – pela adjudicação, pela alienação por iniciativa particular ou pela arrematação –, o executado ainda terá a oportunidade

289. ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 354.

290. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 273-274; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 362.

de defender a higidez de seu patrimônio quando não forem observadas as formalidades necessárias para o leilão do bem penhorado, quando o bem for adquirido por preço vil²⁹¹ ou quando não for considerado o disposto no art. 804 do CPC/2015.

A arguição desses vícios deve ser deduzida no prazo de dez dias, por simples petição, contados a partir do aperfeiçoamento da arrematação, porém, não o sendo, ainda restará ao executado a via da ação autônoma (o tema é analisado de forma detida no item 3.1.4).

É claro que não só a expropriação pela via da arrematação em leilão pode ser impugnada pelo executado. Se é mais difícil imaginar situações nas quais a adjudicação possa ser obstada, mormente porque adstrita ao valor da avaliação (já controlada em momento anterior), o mesmo não se pode dizer da alienação por iniciativa particular.

Eduardo Talamini, ainda na vigência do CPC/1973, destacava a relevância do contraditório na definição dos requisitos mínimos a serem fixados pelo juiz para autorizar a alienação por iniciativa particular. Afirmo o autor que, apesar de ser irrelevante a concordância do executado quanto ao método expropriatório, “isso não significa que o pleito do credor não enseja a observância da garantia do contraditório”, de modo que a definição dos requisitos deve ser submetida ao contraditório prévio das partes.²⁹²

O ponto central do debate doutrinário, todavia, reside nos efeitos da impugnação à alienação (por simples petição ou por demanda autônoma) em relação ao arrematante e ao objeto expropriado. O CPC/2015, em seu art. 903, *caput*, é claro ao afirmar que, assinado o auto pelo juiz, a arrematação considera-se perfeita e acabada, ainda que os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento de sentença sejam julgados procedentes.

291. Debate-se se o juiz poderia fixar o valor mínimo abaixo do limite legal de 50%, estabelecido no parágrafo único do art. 891. O CPC/2015, nesse ponto, positiva o entendimento antes consolidado no âmbito do STJ, no sentido de caracterizar como preço vil aquele inferior à metade do valor da avaliação, e, dessa forma, preserva o executado que não pode ser prejudicado para além do razoável, afinal, a avaliação deve representar o efetivo valor do bem. Como o próprio Código estabelece um procedimento que assegura os direitos do arrematante e o coloca à salvo dos reveses da execução, não há por que admitir como razoável o lance inferior à metade do valor do bem. Trata-se, a bem da verdade, de uma alienação como outra qualquer, com a peculiaridade de que a vontade do proprietário é substituída pela vontade do Estado-Juiz, e, nessa medida, não se presta a propiciar lucro excessivo e desarrazoado ao arrematante.

292. TALAMINI, Eduardo. Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006). In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 4, p. 140.

Em dispositivo similar, o art. 877, § 1º, do CPC/2015 também diz que, assinado o termo de adjudicação, o ato considera-se perfeito e acabado, contudo, sem a ressalva em relação ao posterior julgamento de procedência das defesas típicas do executado.

Dessa diferença no tratamento é possível extrair algumas consequências que distinguem a adjudicação e a arrematação.

A primeira delas é que a adjudicação realizada pelo próprio exequente é feita por sua conta e risco e, conseqüentemente, ele assume o risco de, na pendência de julgamento de defesa do executado, ter de devolver o bem adjudicado, sem prejuízo da recomposição dos danos eventualmente causados.²⁹³ No entanto, não é apenas o exequente o legitimado a adjudicar o bem. De fato, é bastante extenso o rol de pessoas que podem adjudicar os bens penhorados do executado (art. 876, § 5º), e, nesses casos, o produto da adjudicação reverter-se-á em dinheiro a ser entregue ao exequente, até o limite do débito.

Nesse caso em que o adjudicante é pessoa diversa do exequente, a figura em muito se assemelha ao arrematante e, por via de consequência, é justificável que se lhe dê o mesmo tratamento, isto é, a adjudicação feita por terceiro não é afetada pela sorte da defesa do executado, pois, dessa forma, privilegia-se o ato e coloca-se a salvo o adquirente. Responderá, nesses casos, o exequente pelos prejuízos causados.

E essa situação sempre gerou desconforto. Cândido Rangel Dinamarco, ao analisar o tema, deixa sem resposta a pergunta: “E se o exequente já não dispuser de bens suficientes para responder?”²⁹⁴

A opção do legislador foi conferir estabilidade à arrematação e tutelar o adquirente que, legitimamente, adquiriu bem alienado pelo Poder Judiciário. Com isso, procura-se reduzir os riscos do negócio e estimular a arrematação de bens em leilão judicial, tornando mais efetiva a atividade expropriatória.²⁹⁵ No entanto, ao adotar essa postura, assume-se o risco de deixar sem proteção o executado que foi indevidamente expropriado e que, agora, será colocado em posição inversa àquela originária: passará a ser credor de seu outrora exequente e terá de percorrer o longo caminho da execução para se ressarcir dos prejuízos sofridos.

Por esse motivo, a opção do recente Código de Processo Civil de Portugal é em sentido contrário. Se após a arrematação do bem a defesa do executado for julgada procedente, ele poderá, no prazo de 30 dias, exigir do arrematante a restituição do

293. ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 376.

294. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 677.

295. Expresso nesse sentido STJ, REsp 1.313.053/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04.12.2012.

bem, contado o prazo do trânsito em julgado da decisão que julgou procedentes os embargos à execução. Caberá, portanto, ao arrematante buscar a devolução do valor pago contra o exequente.²⁹⁶ Na Espanha, opta-se por obstar a “fase de apremio”, na qual é realizada a alienação dos bens e o pagamento do exequente, enquanto pendente a oposição do executado.²⁹⁷

É claro que essas opções tutelam de maneira mais marcante o executado e podem, por essa razão, comprometer a efetividade da execução, desestimulando a arrematação ou mesmo tornando longo o caminho do exequente até sua satisfação. Ao sopesar o direito do executado e o direito do exequente, entendeu o legislador brasileiro que deve prevalecer, nesse caso, o interesse do exequente, especialmente porque, para se alcançar essa fase, já houve atividade cognitiva – sumária, é verdade – que não vislumbrou fundamentos para o sobrestamento da execução.²⁹⁸

2.5.2.3. A negatização do executado

Uma das novidades do CPC/2015 que pode contribuir decisivamente para o sucesso da execução por quantia – em especial nas execuções nas quais o executado é pessoa física ou pequenas empresas, sendo mais dependente de crédito para atividades corriqueiras – é a possibilidade de inscrição do executado em órgãos de restrição ao crédito. Trata-se de medida coercitiva salutar, pois atua no dia a dia do executado, que ficará impedido de tomar empréstimos ou fazer compras a prazo.

A previsão do art. 782, §§ 3º a 5º, merece ser lida com o art. 517, que será tratado em tópico próprio, de maneira detalhada, sem prejuízo das considerações pontuais lançadas desde logo.

Embora o CPC/2015, em seu art. 782, § 3º, estabeleça que a inscrição ficará sujeita ao deferimento pelo juiz, não chega a ponto de vedar que o exequente promova a inscrição de maneira extrajudicial. É nesse sentido a redação do Enunciado 190 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.²⁹⁹

296. É o disposto nos arts. 839-1, a, e 938-3 do CPC português. Para breve nota doutrinária, confira-se FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 398-400.

297. CADENAS, Manuel Cachón. *La ejecución procesal civil*. Barcelona: Atelier, 2014. p. 207.

298. Marcelo José Magalhães Bonício vê na opção do Código inconstitucionalidade, por impedir o acesso à tutela do executado que, indevidamente expropriado, deverá se contentar com a correspondente indenização, sem a possibilidade de perseguir a restituição do bem (Uma provável ofensa à garantia da inafastabilidade do acesso à justiça no Novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXXV, n. 126, p. 158-161. 2015).

299. Enunciado 190: (art. 782, § 3º) O art. 782, § 3º, não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito. (*Grupo: Execução*).

Nesse passo, um dos aspectos mais relevantes da norma é justamente estender essa possibilidade para os títulos executivos judiciais (art. 782, § 5º), desde que esses já estejam plenamente formados e que esteja caracterizado o inadimplemento do executado que, intimado para pagamento, deixou transcorrer o prazo para fazê-lo voluntariamente (por aplicação analógica do art. 517, *caput*).

De toda sorte, é preciso ponderar que o deferimento da inscrição, quando requerido na forma do art. 782, § 3º, ficará sob o crivo do juiz, ou seja, a inscrição judicial não é mero ato da parte. Para deferir a medida coercitiva, o juiz deverá avaliar as peculiaridades do caso, isto é, se não há oposição capaz de infirmar a probabilidade do crédito (tenha ou não efeito suspensivo) se já houve penhora ou alguma constrição que seja suficiente para tornar exitosa a execução etc., sempre tendo em vista que essa medida, em que pese singela, causa bastante impacto no cotidiano do executado, mormente sobre aqueles que possuem poucos recursos financeiros e dependem de crédito até mesmo para a aquisição de bens essenciais.

O art. 782, § 4º, CPC/2015 salvaguarda o direito de o executado ver restabelecido seu direito de acesso ao crédito como um efeito imediato da extinção da execução, qualquer que seja o fundamento, ou da garantia da execução, pela penhora, fiança bancária ou caução idônea (arts. 525, § 6º, e 919, § 1º), independentemente de qualquer requerimento. É evidente que o executado diligente adotará as cautelas de estilo, mas essa providência não é requisito essencial para o cancelamento da negativação, porque o Código é expresso no emprego do termo “imediatamente”, embora não estabeleça qualquer procedimento ou forma para o cancelamento.

Tanto quanto a inscrição judicial é ato do juiz, também o será o ato de cancelamento, não sendo legítimo imputar eventual demora no cancelamento ao exequente, apesar de o fato de a inscrição passar pelo crivo do Poder Judiciário não afastar a responsabilidade do exequente que requerer a inscrição indevida – a ser apurada diretamente na execução ou no cumprimento de sentença, inclusive quanto aos danos morais, na linha do que reiteradamente tem decidido o STJ.³⁰⁰

2.5.2.4. *Controle dos atos executivos do exequente*

2.5.2.4.1. *A averbação da execução*

Após a reforma da Lei 11.382/2006, que acresceu ao CPC/1973 o art. 615-A, é possível falar em atos executivos praticados exclusivamente pelo exequente, sem a

300. No particular, Dierle Nunes dá notícia de que o Conselho Nacional de Justiça está adotando as providências necessárias para implantar o SerasaJud para o envio eletrônico, via internet, das ordens de inscrição, suspensão e cancelamento das anotações restritivas perante o órgão (O novo CPC, o SerasaJud e meios coercitivos de execução. Disponível em: [<http://justificando.com/2015/09/09/novo-cpc-o-serasajud-e-meios-coercitivos-de-execucao/>]. Acesso em: 18.11.2015).

participação do juiz. Apesar de a doutrina reiteradamente afirmar que a averbação da distribuição da execução tem natureza acautelatória³⁰¹ – com o intuito de evitar que o executado ainda não citado aliene seus bens, antecipando-se, dessa forma, um dos efeitos do registro da penhora, para facilitar a caracterização de fraude à execução –, é razoável reconhecer que esses atos se revestem de natureza executiva.

Da mesma forma que a penhora é ato executivo preparatório para futura expropriação, também a averbação da execução prenuncia a possível vinculação daqueles bens à atividade executiva, e, portanto, pode ser classificada como ato executivo preparatório, especialmente porque produz o efeito de tornar ineficaz a alienação daqueles bens para a execução.

De fato, se a natureza do ato fosse meramente acautelatória, para evitar a fraude à execução, então não haveria de se cogitar de sua aplicação na fase de cumprimento de sentença, pois, nesse caso, a citação do executado para a demanda cognitiva é suficiente para configurar a fraude à execução caso haja alienação dos bens que potencialmente respondem pelo débito. Além de evitar a fraude à execução, é claro que o expediente atua como forma de pressão para forçar o executado ao pagamento, pois reduz substancialmente o espectro de possíveis interessados na aquisição de seus bens.³⁰²

O CPC/2015 (art. 828) aprimora o regramento do CPC/1973 e o torna menos gravoso ao executado.³⁰³

Em primeiro lugar, não mais bastará a distribuição da execução. Exige-se que essa tenha sido recebida pelo juiz, ou seja, garante-se ao executado que esses atos executivos não serão praticados sem que haja o mínimo controle sobre a viabilidade da execução. Não é necessário que o juiz defira a expedição da certidão, providência esta que poderá ser requerida diretamente ao escrivão, no entanto, a certidão só poderá ser emitida após o juízo positivo sobre o deferimento da execução.³⁰⁴

301. ARMELIN, Donaldo *et al.* *Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial* (artigo por artigo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176; ASSIS, Araken de. Averbação da distribuição da execução. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 4, p. 48-49.

302. DIDIER JR., Fredie. Tópicos sobre a última reforma processual (execução por quantia certa): parte 2. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 148, p. 145-152. jun. 2007.

303. O fato de o art. 799, IX, falar em averbação “do ato da propositura da execução” de forma alguma significa retrocesso à norma anterior do CPC/1973. A possibilidade de averbação da execução está sujeita aos trâmites do art. 828, do CPC/2015, o qual especifica e detalha a forma e o procedimento para o exercício dessa faculdade pelo exequente, ou seja, a averbação da propositura da execução pressupõe o juízo positivo de admissibilidade, nos termos do art. 828, *caput*, do CPC/2015.

304. ASSIS, Carlos Augusto de. Comentários aos arts. 827 a 830. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.914.

Em segundo lugar, não há mais qualquer limitação à indenização do executado em caso de o exequente promover averbação manifestamente indevida. Na redação do CPC/1973, a referência do § 4º do art. 615-A ao § 2º do art. 18 limitava a indenização ao percentual de 20% do valor da execução. O CPC/2015 não contém essa restrição e, por via reflexa, a indenização ao executado será na medida do dano causado.³⁰⁵

Quanto à forma, não há qualquer restrição para que o executado se insurja contra a averbação (ou averbações) em impugnação ao cumprimento de sentença, por meio de embargos à execução, ou mesmo por petição simples nos autos, uma vez que cabe ao próprio juiz, oficiosamente, o controle desse ato executivo do exequente.

No tocante aos fundamentos para a irrisignação do executado, o CPC/2015 acolheu o entendimento doutrinário consolidado na vigência do CPC/1973 e estabeleceu expressamente que a inércia do exequente em cancelar as averbações indevidas, quando instado a fazê-lo, caracteriza abuso do direito e gera o dever de indenizar o executado pelos danos causados.

No mais, inúmeras situações podem estar compreendidas na expressão “manifestamente indevida”. Será manifestamente indevida a averbação excessiva que se faz em bem de valor muito superior ao valor do suposto débito, a averbação desnecessária, quando o exequente já possui alguma garantia que lhe dê cobertura, a averbação não comunicada, em violação ao dever de lealdade etc., enfim, esses atos executivos praticados exclusivamente pelo exequente dão ensejo a mais um fundamento de defesa do executado.

2.5.2.4.2. O protesto do título executivo

Uma das novidades do CPC/2015 é a previsão expressa da possibilidade de protesto do título executivo judicial e a negatização do executado, nos termos do art. 517, em tudo aplicável às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, por força do art. 771, parágrafo único, do CPC/2015. É bem verdade que já era viável, na vigência do CPC/1973, o protesto da sentença civil condenatória e de outros títulos executivos judiciais, porque a redação do art. 1º, *caput*, da Lei 9.492/1997 não traz qualquer restrição aos títulos que podem ser protestados.

De fato, para a sentença condenatória o protesto não terá o efeito da publicidade ou servirá como prova do inadimplemento, contudo, é inegável que o protesto serve

305. LAMY, Eduardo de Avelar; BORGES, Marcus Vinícius Motter. A responsabilidade do exequente pela averbação indevida do ajuizamento da ação e sua previsão no novo CPC. In: ALVIM, Arruda *et al.* (coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 248.

também como forte estímulo ao pagamento do executado recalcitrante, diante do presente abalo de crédito que representa. Nesse sentido, é ilógico outorgar mais força aos títulos executivos extrajudiciais do que à sentença condenatória, como se apenas aqueles pudessem impingir no executado as restrições de acesso ao crédito típicas do protesto. Firme nesses fundamentos, na vigência do CPC/1973, o STJ assentou a possibilidade de protesto da sentença condenatória líquida, o que é agora refletido no texto expresso do CPC/2015.³⁰⁶

Como observa Cassio Scarpinella Bueno, são impressionantes os números sobre a eficiência do protesto como instrumento de cobrança (o autor menciona entrevista concedida por Cláudio Marçal Freire, Secretário-Geral do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos, ao jornal *Tribuna do Direito*, em fevereiro de 2015, na qual o entrevistado afirma que mais de 65% dos créditos protestados são pagos no prazo legal de três dias úteis) e, certamente, o sucesso desse meio coercitivo de cobrança inspirou o legislador a prever – até quem sabe como forma de estímulo ao uso desse expediente – o protesto de título judicial.³⁰⁷

A primeira observação digna de nota é que, tal qual na averbação da execução, trata-se de ato exclusivo do exequente, que o praticará por sua conta e risco. Independentemente de ordem judicial, o cartório expedirá certidão na qual constem os dados do processo, do exequente e do executado, o valor exequendo e a data do decurso do prazo para pagamento voluntário (§ 2º do art. 517).

O valor exequendo deverá compreender – e, para tanto, é necessário que o exequente apresente memória atualizada do cálculo – a multa e os honorários advocatícios, haja vista que só poderá ser protestada a sentença transitada em julgado após o transcurso do prazo para pagamento voluntário, logo, quando então já incidem os encargos legais.

Permite o § 3º da norma em comento que o executado averbe à margem do título protestado informação concernente ao ajuizamento de ação rescisória. O tema foi objeto de amplo debate no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, na edição realizada em Curitiba, em outubro de 2015, sem que se chegasse a um consenso sobre os limites do dispositivo. Para uns, o texto deve ser lido de forma restritiva, para outros, deve ser ampliado para os casos em que se discuta a subsistência do título executivo em impugnação e, ainda, uma terceira corrente defende aplicação para além dos casos em que se impugna o título executivo.

Apesar de a lei estabelecer que somente a rescisória possa ser averbada à margem do protesto, há que se ponderar que a impugnação ao cumprimento de

306. Refere-se ao STJ, REsp 750.805/RS, 3ª Turma, rel. Min. Humberto de Barros, j. 14.02.2008. Também STJ, REsp 1.126.515/PR, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.12.2013.

307. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 346.

sentença ou mesmo a oposição por simples petição, nos casos do art. 525, § 11, podem repercutir de forma até mais intensa do que a ação rescisória. É o caso em que o executado alega a extinção da obrigação. Não há qualquer razão para permitir que o executado anote a existência de ação rescisória, mas não lhe permitir a adoção dessa mesma providência quando coloca em xeque a própria existência da obrigação.

Nessa linha de raciocínio, a anotação da ação rescisória ou da oposição do executado deve ser autorizada sempre que se questione a subsistência do título executivo pelos motivos que autorizam a ação rescisória, por vício do processo arbitral, por nulidade de citação ou por excesso de execução (quanto ao excedente), e também quando se cuida de oposição de fundo ou referente à exigibilidade da obrigação. Em todos esses casos, não há como manter a execução e, portanto, não é razoável obstar a anotação – que, aliás, tem caráter meramente informativo – à margem do protesto.³⁰⁸

Outro ponto que merece destaque é a infeliz redação do § 4º do art. 517. Diz o dispositivo legal que o protesto será cancelado por determinação judicial, em até três dias, “desde que comprovada a satisfação integral da obrigação”. O protesto deve ser cancelado sempre que ocorra qualquer causa extintiva da obrigação e também nos casos em que é obstada a via executiva, ainda que permaneça em aberto a discussão sobre a existência da obrigação (é o que, de certo modo, estabelece o art. 782, § 4º, para a inscrição do executado em órgãos de restrição ao crédito).³⁰⁹

Aliás, nada impede que o executado suste o protesto quando garantir a execução, mais uma vez, tomando de empréstimo o regramento do art. 782, § 4º. É que, no mais das vezes, os órgãos de restrição ao crédito mantêm convênio com os cartórios de protesto e, assim, já inserem em seus registros as anotações de protestos (nos termos do art. 29 da Lei 9.492/1997). Estando garantida a execução, com minoração ou completo esvaziamento do risco de insucesso, não há por que manter a restrição de acesso ao crédito contra o executado.³¹⁰

Seja pelo pagamento, pela compensação, pela novação ou pela prescrição, enfim, qualquer das causas extintivas das obrigações é apta a determinar (não há aqui qualquer margem para discricionariedade do juiz) o cancelamento do protesto.

308. Em sentido contrário, ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 220, para quem apenas a ação rescisória pode ser anotada à margem do protesto.

309. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 624; e SHIMURA, Sérgio. *Comentários aos arts. 513 a 519*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.338.

310. Contra, BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 481-482.

O mesmo se diga quando não há título executivo e a demanda tenha de retroceder à etapa cognitiva. Como somente após o trânsito em julgado o protesto se torna admissível, na pendência da demanda de conhecimento não há que falar em protesto (até porque não há título executivo definitivo).

Por último, como esse protesto é ato executivo praticado pelo exequente no curso de demanda (ou fase) executiva, é desnecessário o ajuizamento de demanda cautelar ou antecipatória para a sustação do protesto, o que oneraria excessiva e desnecessariamente o executado, bastando que o pedido seja dirigido ao juiz da causa – a quem compete o controle dos atos executivos do exequente.³¹¹

2.6. Natureza jurídica das respostas do executado

Tradicionalmente, a típica defesa do executado sempre foi encarada como exercício do direito de ação, apegada a doutrina ao fato de na execução não se realizar atividade cognitiva – reservada para outro processo – de iniciativa do executado. Assim, a cisão cognição-execução continuaria perfeita. A atividade executiva desenvolvida no processo de execução permaneceria pura, sem se contaminar com atividades cognitivas, as quais seriam debatidas e resolvidas em ação própria, em distinta relação jurídica processual.

Após o advento da Lei 11.232/2005, que adotou o modelo sincrético de processo, passando a atividade executiva a desenvolver-se como mera fase subsequente do processo de conhecimento, o tema voltou ao gosto da doutrina. Afinal, o veículo de defesa do executado no cumprimento de sentença (a impugnação), que agora se desenvolveria naquela mesma relação processual, seria ação, defesa ou um simples incidente processual? Para alguns, a alteração do *nomen iuris* não modificou a substância do instituto, que mantém sua natureza jurídica de ação,³¹² ao passo que outros defendem se tratar de mero incidente defensivo.³¹³

Com efeito, já foi pontuado nos tópicos antecedentes que não há essa perfeita ruptura entre conhecimento e execução, de forma que a manutenção da natureza jurídica de ação, simplesmente porque se trata de uma nova relação jurídica processual, voltada para atividade intelectual, não se sustenta. A doutrina que afirma

311. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 624.

312. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 742 e ss.; e ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 249.

313. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 67; e SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60.

se tratar a oposição de verdadeira ação do executado, o faz sob o argumento de que a autonomia do título em relação ao direito material não autoriza que este seja impugnado por simples exceção. Nas palavras de Liebman:

“A oposição de mérito, conquanto seja na prática, o modo para contrastar a ação executória do credor, é todavia, e sempre, qualquer que seja o aspecto sob que se apresenta, verdadeira ação, e não poderia ser de outra forma, de vez que a ação executória, originando-se de um ato com eficácia abstrata, não pode encontrar escolho numa exceção.”³¹⁴

Assim, caberia ao executado romper a inércia da jurisdição, requerendo que lhe seja prestada tutela jurisdicional consistente no reconhecimento de algum vício, defeito ou fato oponível ao direito à execução, por questões de fundo ou formais, seja em relação à execução, ao título ou ao direito material.

Por outro lado, mesmo antes – ou independentemente – da alteração legislativa, havia autores que entendiam pela natureza jurídica de defesa, aduzindo que, na dúvida acerca da natureza jurídica do instituto, à luz da “estrutura jurídica do instituto e [d]as circunstâncias de ordem social, só se pode concluir que essas regras e essa estrutura se ajustam ao direito de defesa, e não ao direito de agir”.³¹⁵

Outrossim, sustenta-se que há certa contradição ao admitir que o executado se defenda por meio de uma ação. Afinal, não há como autorizar que o exequente atinja a esfera de interesses do executado sem que se permita a este reagir contra essa pretensão. Como não se permite que haja processo sem o devido contraditório e sem que se autorize a manifestação defensiva da outra parte, não haveria como sustentar que a reação do executado tenha natureza diversa de defesa.³¹⁶

Embora sedutora a tese, não se pode aceitá-la porque enfeixar a resposta do executado como modalidade de defesa significa atribuir-lhe todos os contornos típicos do instituto, ou seja, conduz ao reconhecimento de que o executado estaria atrelado ao princípio da eventualidade, e, conseqüentemente, deveria arguir todas as “causas de pedir” possíveis na mesma oportunidade – o que não encontra amparo no ordenamento pátrio vigente, mormente porque o executado não é sequer advertido desse ônus quando da citação ou intimação para cumprimento da obrigação.

É bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça, em oportunidades anteriores, decidiu pela aplicação do princípio da eventualidade nos embargos à execução e na exceção de pré-executividade, ao fundamento de que não se poderia permitir a fragmentação da defesa, sob pena de injustificável prolongamento do processo,

314. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 185.

315. PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149.

316. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 458 e ss.

aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 336 do CPC/2015 (art. 300 do CPC/1973) à execução civil.³¹⁷

Não há como concordar com o entendimento. A um, o dispositivo é expresso ao mencionar a contestação e é voltado exclusivamente para o processo de conhecimento, marcado pela rigidez procedimental que impõe um momento adequado para a dedução dos fundamentos fáticos e jurídicos das partes; a dois, porque o eventual prolongamento do processo prejudica apenas ao próprio executado, que sofrerá as consequências da continuidade das atividades executivas; e, finalmente, a três, porque não há previsão legal que autorize essa extensão da eventualidade à resposta do executado, como, aliás, recentemente decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça.³¹⁸

A bem da verdade, a natureza jurídica da resposta do executado variará de acordo com a pretensão manifestada, à luz das três ordens de questões anteriormente expostas. De fato, é fácil perceber que o rol de matérias que podem ser arguidas pelo executado em embargos à execução ou em impugnação ao cumprimento de sentença é amplo o bastante para albergar típicas matérias de defesa, como a incompetência do juízo ou a ilegitimidade de parte, e matérias que se qualificam como pretensões materiais, que visam à obtenção de um bem da vida e que transcendem a mera reação à execução, como o pagamento, a compensação etc.

A natureza jurídica processual da resposta do executado, destarte, deve ser aferida a partir do conteúdo de sua irrisignação, isto é, não é o meio (por processo autônomo ou por incidente processual) que determinará a natureza jurídica, mas o que se alega, pois, como visto, ação e defesa são consequências imediatas das posições alternantes das partes no processo, não se conformando à simples iniciativa da parte, tampouco à posição jurídica ostentada quando do ajuizamento da demanda.³¹⁹

Portanto, quando a pretensão do executado disser respeito a um bem da vida, isto é, quando postular mais do que a simples rejeição da pretensão do direito do exequente, visando a declaração da inexistência ou a desconstituição da

317. STJ, REsp 1.041.542/RN, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 03.03.2009; e STJ, AgRg na MC 14.046/RJ, rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 24.06.2008.

318. STJ, REsp 1.217.377/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 19.11.2013.

319. Esse é o entendimento de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 396 e ss.; e, com maior apego ao direito italiano, mas em essência bastante próximo ao defendido no texto, COSTA, Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4, p. 275-276.

relação jurídica material naquilo que anteriormente se denominou como defesas de fundo, o executado exercerá seu direito de ação, indo além da simples reação e trazendo aos autos questão que poderia dar suporte a uma demanda autônoma, completamente independente da execução.

Diversamente, é possível que a resposta do executado em nada acresça às matérias que o juiz deve conhecer, arguindo tão somente a ausência de condições da ação executiva ou a falta de pressupostos processuais (anteriormente denominadas oposições processuais). Essas matérias, sujeitas ao controle oficioso do magistrado, não admitiriam uma demanda autônoma, ressalvadas aquelas de natureza rescisória ou anulatória, como a nulidade de citação ou vícios do processo arbitral, conforme observado no item 2.3.3 acima.³²⁰ Servem exclusivamente como forma de resistência do executado à execução, sem lhe conferir um bem da vida.

O mesmo se passa quando o executado não questiona o direito material, tampouco a integridade da relação processual, voltando sua atenção para o meio executivo. As defesas contra os atos executivos concretos pretendem corrigir os rumos da execução, sem o condão de extingui-la. É o que ocorre quando se alega a impenhorabilidade de algum bem, a impossibilidade ou excesso na adoção de alguma medida de apoio, como a proibição de uma atividade ou restrição a direitos etc. As relações material e processual se mantêm, alterando-se (se acolhida a defesa) o caminho a ser percorrido para a satisfação do direito.

Tanto é fato que o exequente poderá desistir livremente da execução, na pendência de defesa do executado que alegue questões processuais ou impugne algum ato executivo concreto, ao passo que não terá essa liberdade quando se tratar de defesa de fundo (art. 775, parágrafo único, do CPC/2015 e art. 569, parágrafo único, do CPC/1973). E isso porque somente as defesas de fundo carregam uma pretensão autônoma, com repercussões para além da execução, e, conseqüentemente, representam verdadeiro exercício de ação do executado, enquanto as demais são meras reações do executado, sem maior grau de autonomia em relação à execução.³²¹

Como as oposições processuais ou contra os atos executivos não têm por finalidade a declaração acerca de um direito material, a desistência da execução, na

320. Também entendendo que, a despeito de se inserirem como defesas de cunho processual, tais matérias, por sua natureza, podem ser arguidas por demandas autônomas, veja-se a doutrina de Sandro Gilbert Martins, para quem “a dedução de matéria de ordem processual mediante essas ações prejudiciais é excepcional, como, por exemplo, a falta ou nulidade de citação” (*A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 104, nota 85, e também p. 172 e 217).

321. Pondere-se, contudo, que a execução extinta, por exemplo, por ausência de alguma das condições da ação, não poderá ser simplesmente repetida sem que se implemente a condição faltante. A constatação revela que há, em alguma medida, certa repercussão da decisão meramente processual para fora do processo, como já mencionado anteriormente.

pendência de defesas dessa natureza, não ficará sujeita à anuência do executado, pois, extinta a execução, o executado terá conseguido exatamente aquilo que pretendia com sua defesa: resistir à execução, com o propósito, no máximo, de vê-la extinta sem que haja a satisfação do exequente, porém sem uma definição sobre o direito material subjacente. Como não há interesse na obtenção de uma sentença de mérito, o executado não pode rejeitar o pedido de desistência do exequente, pois essa modalidade de defesa só se justifica na pendência e em razão da execução.

Por outro lado, as defesas de fundo objetivam a definição sobre o direito material e representam verdadeira ação – autônoma em relação à execução – do executado em face do exequente. Logo, como há para o executado a expectativa de obter uma decisão que resolva o mérito, a desistência da execução não influi no exercício do seu direito de ação. Aliás, o disposto no art. 775, parágrafo único, II, do CPC/2015 deve ser interpretado adequadamente, embora a lei não tenha adotado a melhor solução ao caso. Explica-se.

Não há que se condicionar a desistência da execução à anuência do executado. Tratando-se de defesa de fundo, com conteúdo de direito material e, portanto, configurando verdadeira ação do executado, há autonomia dessa demanda em relação à execução, isto é, nada impede que a execução seja extinta (afinal, a pretensão do executado de ver desconstituída a obrigação ou declarada a sua inexistência não implica dizer que ele pretende o prosseguimento dos atos executivos, até que haja tal reconhecimento) e prossiga normalmente o processo, no que diz respeito à resolução da pretensão do executado. A lei, dessarte, deve ser interpretada no sentido de que a anuência do executado só é exigível em relação à extinção de sua pretensão, e não da execução, cuja desistência independe da vontade do executado.

A dicotomia da natureza jurídica das defesas do executado é válida independentemente do meio utilizado por este para o exercício de sua pretensão ou de sua reação. Seja por embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença, exceção de pré-executividade ou simples petição, é o conteúdo da resposta que determinará a natureza jurídica do instituto, e não a forma utilizada pelo exequente. Questões acessórias, como o recolhimento de custas ou a necessidade de observância de determinados requisitos legais, não desnaturam o fenômeno, que deve ser examinado a partir de sua essência, e não ao sabor de peculiaridades formais que variam conforme a opção legislativa.

Outro argumento de reforço está na forma de oposição do executado nas execuções de obrigações de fazer e de não fazer na redação do CPC/1973, após as reformas. O Código não trazia qualquer previsão de forma ou prazo, o que, evidentemente, não significa ausência de defesa. Se fosse considerada sempre como mera defesa, pela circunstância de ter sido arguida por simples petição, a alegação de extinção da obrigação ficaria sujeita à necessidade de manutenção da execução?

A desistência do exequente seria suficiente para deixar o executado sem a devida tutela jurisdicional?

As mesmas perguntas são válidas na redação do CPC/2015, quando prevê que a oposição do executado pode ser realizada por simples petição, se o fato for superveniente ao prazo legal para impugnação ou embargos (arts. 525, § 11, e 917, § 1º). E a resposta deve ser negativa. A natureza jurídica da oposição não se releva a partir do veículo utilizado pelo executado para sua manifestação. O elemento determinante é a pretensão, é o conteúdo que define a natureza jurídica do instituto, e jamais o continente.

Em linha de conclusão, as oposições do executado podem significar mera reação à execução ou aos caminhos seguidos para o atingimento de sua finalidade, hipótese na qual deverão ser encaradas como mero exercício do direito de defesa, inerente a qualquer processo judicial; ou, ao revés, constituirão verdadeiro exercício de direito de ação, quando a pretensão do executado supera os limites da atividade executiva e volta-se para o bem da vida, de forma que a extinção da execução é mero reflexo do acolhimento da pretensão (autônoma) do executado.