

## Execução Civil

Humberto Theodoro Junior



FRANJE FIDELIS DOS SANTOS  
LUIZ RODRIGUES WAMBIER  
NELSON NERI JR.  
TERESA ARGUDA ALVIM WAMBIER

© desta edição [2007]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor responsável*

Visite nosso site

www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 - Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo

São Paulo – Brasil

**0801**

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [04-2007]

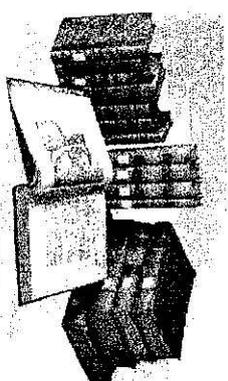
Profissional

Atualizado até [01-2007]



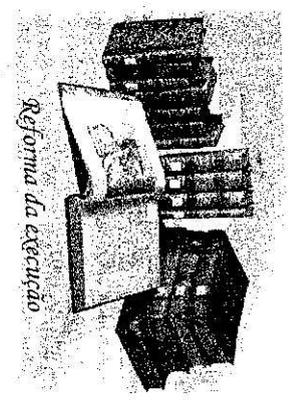
EDITORA ARTEADA

ISBN 978-85-203-3051-7



Participam desta publicação

Ada Pellegrini Grinover  
Adriano Perácio de Paula  
Alcirio Gonçalves de Castro Mendes  
Ana Maria Goffi Figueira Sartezzin  
André Carlos Molinas Coltro  
Antonio Nativino Junior  
Araken de Assis  
Aryuda Alvim  
Bruno Dantas Nascimento  
Caetano Leal Lopes  
Cassio Scarpinella Bueno  
Castro Filho  
Cláudia A. Gimardi  
Conselho Tutelada Amonizadora Yoshida  
Dagmar Paulino dos Reis  
Daniel Roberto Herivel  
EdUARdo Cambi  
EdUARdo de Avelar Larry  
EdUARdo Takami  
Eliane Harzheim Marcelo  
Emerson Cortezza de Souza  
Emine Fadlis dos Santos  
Evaristo Aragão Santos  
Fabiano Carullo  
Fátima Nancy Andrighi  
Fernando da Fonseca Gagliardi  
Fernando Rister de Sousa Lima  
Fernando Sacco Neto  
Flávia Pereira Ribeiro  
Flávia Regina Ribeiro da Silva  
Flávio Biondath Borges  
Flávio Renato Corrêa de Almeida  
Francisco de Assis Pilegrina Mendes  
Friede Dieter Jr.  
Gilberto Gomes Bruschini  
Gisela Santos Fernandes Gies  
Henrique Fagundes Filho  
João Batista Lopes  
Jonatas Luiz Moreira de Paula  
Jorge de Oliveira Vargas  
Jorge Eustáquio da Silva Frias  
José Alexandre Marzano Ottoni  
José Carlos Baptista Piva  
José Eli Salomachia  
José Horácio Gama Gonçalves Pereira  
J. J. Calhoun de Passos  
José Marcus Rodrigues Vieira  
José Miguel Garcia Almeida  
Leonardo Ferraz da Silva Ribeiro  
Leonardo Greco  
Leonardo José Carneiro da Cunha  
Luana Pedrosa de Azevedo Cruz  
Luana Rêta de Sousa Lima  
Luciano Viana Araújo  
Luís Otávio Siqueira de Caceres  
Luiz Paz  
Luiz Manoel Gomes Jr.  
Luiz Rodrigues Wambier  
Manoelmar Calares Cascalante  
Manoel Alberto Rodrigues  
Marcelo Giannigoni Bonilha  
Márcio Louzada Carpena  
Marcos Afonso Borges  
Marcos Antônio Köhler  
Marcelo Leblon Jorge  
Milton Paulo de Carvalho  
Nelson Nery Jr.  
Osmar Mendes Paixão Côrtes  
Oswaldo Botega Junior  
Paula Costa e Silva  
Paula Henrique dos Santos Lucora  
Paulo Hissman  
Pedro Miranda de Oliveira  
Rafael de Oliveira Guimarães  
Robson Carlos de Oliveira  
Rodolfo de Camargo Afonso  
Rubinho Barioni  
Rodrigo da Cunha Lima Freire  
Rodrigo Alazzei  
Rogério Tracito Torres de Mello  
Rosamir Pereira Leal  
Rosamir Pires Duarte  
Sandro Marcelo Kozhokki  
Sergio Ricardo de Arruda Fernandes  
Sérgio Pellegrini Junior  
Teresa Aryuda Alvim Wambier  
Villemari Melo de Souza  
Vicente de Paula Alcide Junior  
Vitor Tomazeta  
Witington Luciza Teixeira  
Záden Garage Neto



## AÇÕES NA EXECUÇÃO REFORMADA

LEONARDO GRECO\*

Síntese: 1. Considerações iniciais – 2. O conceito de ação – 3. Ações acessórias, incidentes e consequentes – 4. A cognição nas ações incidentes – 5. O cumprimento nas tutelas específicas – 6. A execução pecuniária de título judicial – 7. A liquidação – 8. Os embargos do executado – 9. A impugnação dos arts. 475-J a 475-M – 10. A exceção de pré-executividade – 11. A intervenção do arrematante, dos credores concorrentes, adjudicatários e remidores – 12. Conclusões.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Concluída a terceira etapa da reforma processual da execução com o advento das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, parece que chegou a hora da reconstrução sistemática dessa modalidade de tutela jurisdicional, caracterizada por atividades eminentemente práticas consistentes numa série de atos coativos em face do executado e do seu patrimônio, para lograr a mais ampla satisfação do crédito do exequente consubstanciado em um título executivo.

O deslocamento de muitas regras do Livro II para o Livro I do Código de Processo Civil teve o evidente intuito de acentuar que cognição e execução podem ou devem concentrar-se num único processo, que por muitos é apelidado de *processo sincrético*, numa sequência totalmente ou quase ininterrupta, sem necessidade de novo pedido, de nova citação e, até mesmo, em muitos casos, de qualquer iniciativa do exequente.

No debate em torno das novas regras, com frequência se questiona se a nova liquidação (arts. 475-A a 475-H) ou a nova impugnação (arts. 475-J a 475-M) ou a própria execução de sentença por crédito pecuniário continuam a constituir ações autônomas ou se devem ser consideradas apenas

fases procedimentais de um único processo sobre uma única ação.<sup>1</sup>

O problema não é novo. Já José Alberto dos Reis identificava na execução postulações incidentes de sujeitos com interesses jurídicos diversos dos sustentados pelo exequente e pelo executado, que nela interviriam, para fazerem valer esses interesses de direito material sob a tutela do juiz da execução, o que chamou de partes acessórias, como o arrematante, os remidores, os credores concorrentes, entre outros.<sup>2</sup> Antes das reformas, cheguei a referir-me a esse aspecto do tema, sem lhe atribuir maior relevo, acreditando que essas hipóteses pudessem ser reputadas modalidades de intervenção de terceiros ou de modificação ou ampliação da legitimação originária na execução.<sup>3</sup>

1 Assim, por exemplo, Cassio Scarpignella Bueno (A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil 2, ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40 e 127) entende que a liquidação é uma mera fase ou etapa do processo, único e que a impugnação tem a natureza de defesa. Já José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC). Aspectos polemicos da nova execução - 3 de títulos judiciais - Lei 11.232/2005, São Paulo: RT, 2006, p. 400-407) expõem o entendimento de que em muitos casos, por meio da impugnação, o exequente propõe veridicância ação contra o exequente.

2 José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1985, v. 1, reimpresão, p. 204. Por mim citado em *O processo de execução*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 341.

3 *O processo...*, cit., p. 344.

E, quanto à renição, descrevi em princípio que consistisse numa ação autônoma, considerando-a apenas um incidente na execução, merecendo nesse ponto a crítica de Araken de Assis.<sup>4</sup>

Todavia, na defesa do executado, como tal entendida toda espécie de resistência ou à marcha cutado opõe ao direito do exequente ou à marcha dos atos coativos, pareceu-me cabível distinguir os *embargos-ação*, dos *embargos-exceção* e dos *embargos-afessa*,<sup>5</sup> a evidenciar que nem sempre os embargos do executado constituem uma verdadeira ação incidente. No entanto, fui levado a reconhecer que a chamada *exceção de pré-executividade*, que suscita questão de direito material, é uma verdadeira ação declaratória incidente, embora sem a eficácia da coisa julgada material, em razão da sumariade da cognição.<sup>6</sup>

Agora pretendo voltar a repletir um pouco mais sobre todas essas situações, tentando tirar conclusões não apenas sobre a existência ou não de ações autônomas na execução reformada, sujeitas ou não ao princípio da demanda, mas, em caso positivo, sobre a natureza da tutela jurisdicional nelas pretendida e sobre a eficácia das respectivas decisões.

### 2. O CONCEITO DE AÇÃO

O conceito de ação que interessa a este estudo é o de *direito à prestação jurisdicional sobre o direito material*, ou seja, o de direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material.<sup>7</sup>

Toda ação tem por conteúdo uma demanda, ou seja, propõe um pedido de atribuição de um bem da vida a alguém ou de tutela de certo interesse por meio de uma providência jurisdicional, com fundamento em determinado direito material, para incidir sobre as partes de determinada relação jurídica.

O direito de ação se exerce mediante a instauração de um processo, mas o seu conteúdo somente se realiza com a prestação jurisdicional: a sentença de mérito na jurisdição de conhecimento, a satisfação do

crédito com menor onerosidade para o executado na jurisdição de execução, a tutela da situação jurídica ou a sua recusa na jurisdição cautelar.

Nesse sentido, de direito à jurisdição, são ritulares do direito de ação sobre determinada demanda todos os sujeitos na respectiva relação jurídica, de modo que, quando o réu se defende do pedido do autor, negando a existência do seu direito material ou a ele opondo um outro direito material que ilide, ele também está exercendo uma prerrogativa inerente ao seu direito à prestação jurisdicional sobre aquela demanda, ao seu direito de ação, embora não esteja propondo nenhuma nova ação, porque, ao formular a petição inicial, o autor já despendeu o processo para o exercício da jurisdição sobre essa demanda tanto em favor do autor, com o acolhimento do pedido, quanto em favor do réu, com a sua rejeição. Mesmo as matérias de defesa de mérito que dependem de iniciativa do réu, quando suscitadas, não veiculam novas ações, pois de qualquer modo vão provocar um pronunciamento judicial conclusivo sobre a demanda do autor, nos limites objetivos e subjetivos por este anteriormente propostos e, ainda que omitidas, não poderão no futuro constituir fundamento para impedir a eficácia do julgado nesses limites preferido (CPC, art. 474).

Outras vezes, o réu se defende, por meio das preliminares processuais, não propriamente do pedido do autor, mas apenas da validade ou regularidade do processo instaurado para apreciá-lo ou da própria existência do direito à prestação jurisdicional, alegando falta de pressupostos processuais ou de condições da ação. Nesses casos, ele também não está propondo qualquer ação, porque não está indo em busca de qualquer bem da vida ou de qualquer interesse, mas apenas visando, como cidadão, pelo direito de não ser atingido por um ato de um órgão estatal inválido ou inaceitável.

Ainda em outras ocasiões, tanto o réu quanto o autor aprovavam o processo a ser instaurado ou já instaurado sobre determinada demanda para nele proporem o exercício da jurisdição também sobre outra demanda, que com a primeira guarda alguma correlação ou para reunirem em um só processo demandas propostas em separado e aí, sim, surge o fenômeno bem conhecido da cumulação de ações, inicial ou ulterior.

Também terceiros, ou seja, todos os outros sujeitos que intervêm no processo sem terem figurado originariamente como partes, podem fazê-lo, figurando no processo como sujeitos postulantes na defesa de interesses jurídicos próprios, de algum modo vinculados ou contrapostos ao direito

material das partes, como nas hipóteses clássicas de intervenção de terceiros (oposição, assistência litisconsorcial), ou podem exercer apenas direitos e deveres relacionados com o preenchimento dos pressupostos de validade e regularidade do processo entre as partes, como os auxiliares da Justiça e os sujeitos probatórios, que atuam no processo como auxiliares do juiz, mas em razão dessa atuação podem vir a formular demandas próprias para eles tão relevantes quanto as das partes que extravasam o âmbito da causa original em virtude da qual se formou o processo. Assim, a testemunha que requer ao juiz ser ouvida em sua residência, em razão da sua dificuldade de locomoção, não está propondo nenhuma nova ação, mas apenas está exercendo um direito, que se esgota nesse mesmo processo, de ser ouvida sem sacrifício superior ao necessário para a prática de um ato processual de escopo das próprias partes para a realização do escopo do processo de ser o instrumento adequado e eficiente de exercício da jurisdição em benefício destas, e não em benefício da testemunha.

Todavia, se a testemunha, ao final do depoimento, requer ao juiz o ressarcimento de determinado valor de despesas que efetuou para comparecer à audiência (transporte em veículo alugado e refeição, por exemplo), está pretendendo que o juiz do processo entre as partes tutel incidentalmente um suposto direito seu por meio de um provimento jurisdicional cujo conteúdo e cuja eficácia não se esgotam nesse processo e cuja finalidade não é apenas a de preencher um pressuposto de validade de regularidade do processo, mas de satisfazer um interesse jurídico-material da testemunha que se desprende do próprio processo como um direito autônomo. Se o juiz indeferir o seu requerimento ou deferi-lo em valor menor, pode a testemunha reivindicar esse ressarcimento em processo autônomo ou ficar à queixa sepultada pela preclusão do depósito. Se o juiz o deferir e a parte não efetuar o depósito, pode a testemunha promover a execução do valor arbitrado como título judicial, ou extrajudicial? Coisa julgada seguramente não há, pois o provimento jurisdicional adorado parte, ou extrajudicial? Coisa julgada seguramente não há, pois o provimento jurisdicional adorado exauriente, conforme bem assinala Eduardo Talamini, a coisa julgada é "constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial", o que se extrai facilmente da garantia do devido processo legal.<sup>8</sup>

Entretanto, nós estamos habituados a tratar esse tipo de questões como exclusivamente intraprocessuais, cuja solução e eficácia se esgotam dentro do processo em que elas geram decisões, esquecendo-se de que elas geram direitos subjetivos materiais que sobrevivem fora do processo e que exigem que se avalie em que medida a sua postulação e decisão intraprocessual condiciona ou vincula a existência ou o exercício de pretensões de direito material que possam ter por origem fatos do processo.

Também em relação ao perito, a proposição dos honorários e sua cobrança específicas que extravasam dos interesses específicos das partes nos processos em que eles atuam, a ponto de o legislador reputar os honorários periciais judicialmente arbitrados como um título executivo extrajudicial (art. 585, VI, do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006). Mas, apesar disso, a Lei trata do assunto como uma questão eminentemente intraprocessual (CPC, art. 33), não exigindo sequer requerimento do perito para os sujeitos dos honorários. A relação do juiz com os sujeitos secundários do processo – peritos, testemunhas, depositários – parece ter sido considerada até aqui uma relação puramente administrativa e hierárquica, como se esses sujeitos, ainda que sem vínculo jurídico permanente com o Estado, ao exercerem o múnus público de colaborar com a administração da Justiça, se integrassem funcionalmente na composição do ofício judicial.<sup>9</sup>

Embora o juiz da causa exerça sobre essas situações jurídicas os poderes decisórios inerentes à sua autoridade e ao seu dever de direção do processo, na verdade ele está resolvendo demandas que versam sobre direitos subjetivos materiais que versam sobre direitos subjetivos materiais estranhos aos que determinaram a formação do processo. Quando a tutela desses direitos jase inserir nos deveres do juiz de velar pela regular formação e pelo desenvolvimento válido do processo, como ocorre no arbitramento dos honorários periciais, carecem de início os seus titulares de interesse para propor incidentalmente verdadeiras ações que têm por conteúdo essas demandas, salvo nos casos de inércia ou manifestar recusa judicial em tutela-las, caso em que nasce para eles o direito subjetivo à

tutela jurisdicional desses interesses, perante o próprio juiz da causa ou em processo autônomo.

Dai concluo que há proposições de direito material que são formuladas no processo, seja por qualquer das partes, seja por terceiros, sujeitos de situações jurídicas absolutamente secundárias, acessórias ou meramente instrumentais em face da causa principal, que constituem verdadeiros exercícios do direito de ação. Pouco importa se essas ações originam ou não processos autônomos, se a lei exige ou não formalmente nova citação. O que é importante é tratá-las como manifestações do direito subjetivo dos seus titulares de exigir do Estado a sua tutela, de subordinar essa tutela às garantias fundamentais do processo, entre as quais, a meu ver, as do contraditório e da ampla defesa, e de procurar compreender o alcance da cognição judicial, o conteúdo da tutela jurisdicional invocada e a sua eficácia, intra e extraprocessual.

Dai pode-se extrair facilmente a consequência de que a unidade do processo, ou seja, uma única relação processual, possa ser o instrumento do exercício da jurisdição em relação a uma ou mais ações, não decorrendo da unidade ou pluralidade de relações processuais a unidade ou pluralidade de ações.

### 3. AÇÕES ACCESSÓRIAS, INCIDENTES E CONSEQUENTES

Para a análise do tema, especialmente na execução, parece-me necessário tentar esclarecer as noções de ações e procedimentos acessórios, incidentes e consequentes.

Há procedimentos acessórios que são ações e outros não. Assim, a medida cautelar é um procedimento acessório portador de uma ação acessória; já a impugnação do valor da causa é um procedimento acessório a respeito de um pressuposto de validade ou de regularidade do processo, e não uma ação própria.

Há procedimentos incidentes que são ações e outros não. Exemplos do primeiro, o incidente de arguição de falsidade; e do segundo, o próprio incidente de impugnação do valor da causa ou a exceção de incompetência relativa.

Há procedimentos acessórios que são incidentes e outros não. Exemplos: medida cautelar proposta antecedente ou incidentalmente.

E há procedimentos incidentes que são acessórios e outros não. Exemplos: A impugnação ao valor da causa e a exceção de incompetência são procedimentos incidentes acessórios; já o incidente de arguição de falsidade não é um incidente acessó-

rio. Incidente é qualquer questão ou procedimento que surge no curso de um processo e que exige um pronunciamento judicial antes da apreciação final do pedido. O acessório é aquilo que não tem vida própria, que se origina do principal e se destina a servir a este, sem afetar a essência deste. A arguição incidental da falsidade, embora sirva ao processo em que foi suscitada, dele se desprende para promover uma decisão definitiva sobre a autenticidade ou falsidade do documento, com eficácia dentro e fora do processo em que foi proferida.

Por outro lado, há questões incidentes que não geram procedimentos próprios, outras que geram procedimentos específicos no mesmo processo, ou seja, na mesma relação jurídica processual, e outras que geram novos processos, ou seja, outras ou outras relações jurídicas processuais.

Uma preliminar processual é uma questão incidente, que não gera um procedimento novo, porque é proposta em petição que versa sobre outras matérias (a contestação), e resolvida no momento mais adequado no curso do próprio processo e não constitui uma nova ação.

Muitas vezes uma questão incidente tem de ser suscitada por meio de uma petição própria e gera um procedimento separado, embora na mesma relação processual. É o que acontece com a exceção de incompetência e com a impugnação ao valor da causa.

Também existem questões incidentes que são verdadeiras ações, com demandas próprias, mas que não geram procedimentos específicos, como ocorre com a reconvenção, com a ação declaratória incidental, com a assistência litisconsorcial e com a medida cautelar requerida e decidida no processo principal (art. 273, § 7.º, do CPC).

Assim como há outras questões incidentes que são ações que geram um procedimento específico no mesmo processo, como o incidente de arguição de falsidade, e outras que formam um novo processo, como os embargos do executado, e as ações cautelares incidentes, embora da competência do mesmo juiz (CPC, arts. 109 e 800).

A fixação do valor da causa, se não afeta a competência, o procedimento ou a alçada recursal, é uma questão acessória, que surge na petição inicial e pode ser objeto de um procedimento incidente específico, sem constituir uma nova ação.<sup>10</sup>

A ação cautelar nominalmente é acessória da ação principal. Somente existe para servir à eficácia

8 Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo: RT, 2003, p. 54.

9 Extrato a expressão *ofício judicial* de Carnelutti (Sistema de *dercho procesal civil*, Buenos Aires: Ueha, 1944, v. 2, p. 209 e ss.), que a utiliza como incluindo esses diversos sujeitos auxiliares, mesmo os que não são funcionários do Estado (v. nota dos tradutores, Santiago Sentis Melendo e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, na p. 236).

da decisão na ação principal, sem afetar o conteúdo desta. Pode ser antecedente ou incidente, ou seja, ser proposta antes ou no curso da ação principal.

Ja reconvenção é uma ação incidente que não é acessória, porque sobrevive mesmo em caso de extinção da ação principal, formulando demanda própria que deve receber solução própria, que pode ser até mesmo contrária à que vier a ser adotada na ação principal.

Comentando o art. 108 do CPC, Pontes de Miranda define acessoriedade como uma conexão por dependência, "pela qual uma ação se coordena ou secundariza a outra", apontando como exemplos de ações acessórias: "(...) o depósito preparatório, a caução em causa pendente (arts. 826-838), as vendas judiciais (arts. 1.113-1.119), os embargos de terceiros (arts. 1.046-1.054) o atestado (arts. 879-881), a falência, as justificações, a habilitação incidente interpelações, as justificações, a habilitação incidente que corre nos próprios autos da causa (art. 1.055), a consignação em pagamento de juros vencidos (...), a restauração de autos (arts. 1.063-1.069), a ação de honorários de advogado, de custas e despesas judiciais, de honorários dos peritos e dos avaliadores, de salários das testemunhas (art. 419) (...)"<sup>11</sup>

Parece-me conveniente evitar confusão entre questão de interesse acessório em relação à causa principal e ação acessória. Uma questão de interesse acessório é uma questão cuja solução serve complementamente aos fins almejados pelas partes na causa principal. Se a solução provir a tutela de uma situação jurídica que se esgota até o exaurimento da tutela jurisdicional pretendida pelas partes, não se mesmo processo, ela poderá ser objeto de uma ação acessória, mas, se a sua tutela gera um direito de eficácia autónoma, cuja satisfação dependa de uma nova tutela jurisdicional, ainda que no mesmo processo, então ela não será uma ação simplesmente acessória, mas uma ação consequente.

A meu ver, as ações que nascem de outra, mas têm vida própria, porque no processo da primeira se originam direitos com conteúdo autónomo, não são acessórias, porque não esgotam a sua finalidade e a eficácia da sua decisão com a própria prestação jurisdicional na ação de origem, produzindo efeitos autónomos, que podem ser perseguidos no mesmo ou em outro processo. Poderiam ser o que o Código de 39, no art. 138, denominava de ações "originadas de outras", como a aninga execução de sentença em

relação ao processo de conhecimento, ou a conexão da separação judicial em divórcio. Não têm, portanto, caráter de ações acessórias, a cobrança de honorários de advogado, de custas e despesas judiciais, de honorários de peritos e avaliadores e de despesas de testemunhas. O direito subjetivo material gerado no processo de origem pode, neste ser absolutamente secundário ou acessório, como é o caso do recolhimento antecipado das custas para o exercício da função jurisdicional, porque a percepção da receita daí decorrente por parte do Estado não é escopo da jurisdição para cujo exercício o processo foi instaurado, nem pode impedir o acesso à justiça por parte dos litigantes.<sup>12</sup> Se desse processo resultava um direito subjetivo material para o Estado ou para o prestador de serviço e o juiz não pode tutela-lo *ex officio* como questão tipicamente processual, relevava a pressuposto de validade ou de regularidade do processo, ou de fato não o tutela, embora possa e deva fazê-lo, este tem o direito de reivindicar-lo judicialmente, nesse ou em outro processo. Muitas vezes o legislador processual prevê a sua posição no mesmo processo em que o interesse se originou. Outras vezes silencia, como ocorre com as custas devidas ao Estado, em que não prevê a lei processual qualquer intervenção do ente público no processo para exigir o seu correto recolhimento, sendo dever do juiz velar pelo seu exato recolhimento (CPC, arts. 19 e 257), mas esse direito de agir tende a existir, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, e, como tal, pode ser instado a fazê-lo por provocação do interessado.<sup>13</sup> Nesse caso, haverá propriamente proposta de ação incidente, não acessória, cabendo perquirir as consequências de direito material que advirão da apreciação dessa questão no próprio processo.

Tampoco podem ser consideradas acessórias as ações cujas pretensões não nascem em processos de ações anteriores, mas a eles preexistem, como a arguição da falsidade de documentos, a consignação em pagamento de juros vencidos. A primeira é ação que pode ser proposta autónoma

ou incidentalmente (arts. 4.º e 390 do CPC) e a segunda é ação inteiramente autónoma de eventual cobrança ou execução fundada em título judicial ou extrajudicial, nada impedindo, neste último caso, seja o valor dos juros objeto da impugnação ou dos embargos do executado, sem prejuízo do depósito do seu valor para evitar consequências desfavoráveis na execução.

Ao aceitar o alcance que Pontes de Miranda conferiu ao art. 108, ele na verdade se referia a ações sobre questões acessórias, e não propriamente a ações acessórias, como aqui delimitadas.

Todo o exposto ratifica que a existência de uma ou mais ações depende fundamentalmente do número de demandas, e não do número de procedimentos autónomos, podendo um só processo ser o instrumento do exercício da jurisdição em relação a várias postulações, mesmo que as tutelas pretendidas sejam de espécies diversas.

Ademais, a acessoriedade de nova tutela jurisdicional para tornar efetiva tutela anterior, mesmo que de natureza diversa, caracteriza uma nova ação, ainda que no mesmo processo.

#### 4. A COGNICÃO NAS AÇÕES INCIDENTES

É completamente heterogênea a disciplina das ações incidentes. Algumas são modalidades de intervenção de terceiros, outras são tratadas como simples questões processuais nos procedimentos em que se verificam, outras ainda são reguladas como procedimentos especiais.

Adotados os dois planos de cognição propostos por Kazuo Watanabe,<sup>14</sup> horizontal e vertical, o primeiro quanto à extensão das questões e o segundo quanto à profundidade, verifica-se que há ações incidentes de cognição plena e parcial, no plano horizontal, exauriente e sumária, no plano vertical. A reconvenção é uma ação incidente de cognição plena e exauriente. As medidas cautelares, nominadas são ações de cognição plena e sumária, os embargos de terceiro, de cognição parcial e exauriente; o arreio cautelar, de cognição parcial e sumária.

O autor também se refere a procedimentos de cognição plena e exauriente secundum eventum prohibitoris, como o mandado de segurança, em que

esses níveis de cognição somente são alcançados se houver provas pré-constituídas suficientes dos fatos em que se funda a demanda,<sup>15</sup> Poderíamos acrescentar nessa categoria as ações coletivas, de acordo com as regras dos arts. 18 da Lei 4.717/65, 16 da Lei 7.347/85 e 103 do CDC. Também existem ações incidentes dessa natureza, como impugnação de qualificação de herdeiro em inventário (CPC, art. 1.000, parágrafo único), em que, convencendo-se o juiz de que a matéria é de "alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários". Trata-se de um verdadeiro *non liquet*.

Cabe ressaltar a relevante observação de Kazuo Watanabe de que as limitações impostas em leis processuais ou materiais à ampla cognição do juiz, quando dificultam ou impossibilitam a tutela jurisdicional efetiva do direito reivindicado, devem ser consideradas inconstitucionais, por violação do inc. XXXV do art. 5º da CF.<sup>16</sup> Em verdade, naquelas ações incidentes em que o direito postulado tem caráter meramente acessório ou instrumental em relação à causa principal, como nos exemplos de arbitramentos das despesas da testemunha ou dos honorários periciais, o juiz é naturalmente induzido a exercer uma cognição superficial ou sumária do direito do requerente para não retardar o desfecho da causa principal, o que é plenamente justificável, mas, por outro lado, é preciso, desde logo, alisar a imutabilidade da coisa julgada da decisão incidental que a elas deu provimento e assegurar aos interessados nessas ações algum outro meio eficaz de tutela jurisdicional definitiva dos seus interesses.

Omnia de que toda ação de conhecimento deve resultar numa sentença revestida da imutabilidade da coisa julgada precisa ser desfratado. Podem existir e existem ações de conhecimento que, em razão da ausência ou da impossibilidade de cognição exauriente, não podem produzir uma sentença com autoridade da coisa julgada. É o caso das ações monitorias,<sup>17</sup> das ações coletivas e, a meu ver, também de todas as ações incidentes ou consequentes de cognição superficial ou sumária.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 118-119.

<sup>16</sup> Idem, p. 118.

<sup>17</sup> V. Eduardo Talamini, Op. cit., p. 57. O autor examina a aplicação ou não dessa limitação à coisa julgada na jurisdição de conhecimento em outras situações que aqui não cabe considerar, como a da sentença resultante de revelia, parecendo concluir que sem cognição exauriente não pode haver coisa julgada, já, cognição exauriente não pode haver coisa julgada com cognição exauriente, a exclusão da coisa julgada depende de expressa disposição legal, como ocorre na ação popular e nas ações coletivas (idem, p. 57-61).

11 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3.ª ed. atual., por Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. II, p. 309.

12 V. o meu estudo *O Valor da Causa...*, cit.

13 Sempre resistia a aceitar, como constituinte da disposição do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, que facultava à Procuradoria-Geral do Estado o oferecimento de impugnação ao valor da causa em qualquer processo, para assegurar o correto recolhimento das custas judiciais sobre esse valor, por entender que o Estado não poderia legislar sobre matéria processual, da competência legislativa privativa da União. Hoje esse entendimento contraria, pelos argumentos do texto.

14 Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2.ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 111. Araken de Assis (op. cit., p. 1.034-1.037) faz interessante digressão sobre a técnica da sumarização da cognição, na qual se observa que muitas vezes a expressão *cognição sumária* e utilizada tanto nos casos de limitação cognitiva no plano vertical quanto horizontal.

## 5. O CUMPRIMENTO NAS TUTELAS ESPECÍFICAS

Fixadas as premissas gerais, passemos a examinar as possíveis ações acessórias, incidentes ou consequentes na execução ou cumprimento da sentença, começando com as tutelas específicas de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, em que o art. 644 do CPC, com a redação da Lei 10.444/2002, o art. 461-A, oriundo da mesma Lei, dispensaram a formação de um processo autônomo, determinando a efetivação da prestação no próprio processo de que se originou a respectiva decisão.

A concessão da tutela específica é atividade jurisdicional tipicamente cognitiva, mas a determinação das medidas necessárias para efetivá-la e a sua real efetivação são essencialmente atividades executorias: há, no mesmo processo, duas modalidades de tutela jurisdicional, cognitiva e satisfativa, em progresso, ou seja, alcançada com a primeira o título executivo, ainda provisório, segue-se *ex officio*, na mesma relação processual e independentemente de nova citação, a série de atos coativos e satisfativos. Para os que defendem a classificação quinária das ações e das sentenças, há uma só prestação jurisdicional, mandamental ou executiva *lato sensu*, que não se esgota com a decisão da fase cognitiva, mas com o seu efetivo cumprimento. Dá o novo conceito de sentença de mérito, que não necessariamente encerra o processo, adotado na nova redação conferida ao art. 209 do CPC, pela Lei 11.232/2005.

Para quem, como eu, continua fiel à classificação triária, universalmente adotada, das ações de conhecimento e das sentenças, o processo, sim, cinge-se na verdade cumula no pedido judicial duas ações, uma de conhecimento e outra de execução, esta simultaneamente proposta com a primeira. Por força de lei, o pedido de condenação a uma prestação de fazer, não fazer ou entrega de coisa inclui como pedido necessariamente implícito o da subsequente efetivação coativa da prestação caso acolhida, numa cumulação progressiva, que é diferente da conhecida cumulação sucessiva de ações, pois neste, no mesmo provimento jurisdicional, acolhido o pedido antecedente, provê o juiz ao pedido subsequente. Aqui não, toda atividade jurisdicional para a efetivação da tutela satisfativa somente terá início depois de provida, ainda que provisoriamente, a tutela do pedido antecedente. A inércia da jurisdição é assegurada pelo pedido inicial. A citação para a fase cognitiva vale, desde logo, para a fase executória. O contraditório e a ampla defesa, por imperativo constitucional, se

aplicam tanto à primeira quanto à segunda fase. O procedimento é, em princípio, *livre* (art. 644).<sup>18</sup> pois, a não ser a exigência de fixação de prazo para o cumprimento, mencionada no *caput* do art. 461-A, caberá ao juiz ditar a seqüência dos atos executórios, de pouco valendo a aplicação subsidiária das regras procedimentais da execução de título extrajudicial ventilada no próprio art. 644.

Tra-se, pois, de duas ações cumúladas numa só petição inicial, para o exercício de modalidades de tutela jurisdicional diversas a serem prestadas progressivamente no mesmo processo, em relação a demandas também diferentes, dependendo o direito à segunda tutela do acolhimento do pedido da primeira. Não há processo de execução autônomo. Mas há uma nova ação de execução, como direito de exigir a tutela executiva, a que o juiz satisfaz depois de ter satisfeito a tutela cognitiva. O processo da ação de execução é o mesmo da ação de cognição, em fase posterior à desta, 1ª em uma seqüência de procedimentos.<sup>19</sup>

Já a cognição na fase da ação executiva é limitada quanto à extensão às questões relativas à série de atos coativos a serem praticados para satisfação do crédito do executente, ou a alguma causa superveniente extintiva, modificativa ou impeditiva do direito reconhecido na fase cognitiva, mas sumária quanto à profundidade, pois e exercida apenas nos limites necessários à definição e efetivação daqueles atos e não para formular um juízo de certeza cabal e definitivo da existência dos direitos que para as partes ou para terceiros podem deles decorrer, já que o direito material das partes já foi previamente acertado na fase cognitiva e o procedimento da execução, pelo seu caráter eminentemente prático e satisfativo, não propicia a ampla discussão sobre fatos e situações jurídicas, típica da jurisdição de conhecimento.<sup>20</sup> Assim, todas as decisões que o juiz proferir na fase executiva não serão suscetíveis de gerar a imutabilidade da coisa julgada, mas

apenas a preclusão resultante do exame do próprio atividade satisfativa e da extinção final do próprio processo, o que não impedirá que eventual direito material contrariado por qualquer delas venha a ser reexaminado em processo distinto, formado por iniciativa de ação autônoma de impugnação.<sup>21</sup>

## 6. A EXECUÇÃO PECUNIÁRIA DE TÍTULO JUDICIAL

Uma variante menos radical desse processo sincretico é a execução por quantia certa fundada em título judicial, a partir da Lei 11.232/2005 em que também foi dispensada a formação de processo, de execução distinto do processo de conhecimento, passando a cognição e a execução a constituírem fases do único processo, excetuadas apenas as execuções de sentença penal, sentença estuária e sentença arbitral, em que, inexistente anterior processo civil de formação do título executivo, terá início com a execução uma nova relação processual, com a citação do executado, para a instauração da liquidação ou da atividade coativa (art. 475-N, parágrafo único, com a redação da Lei 11.232/2005). Embora o processo seja único, dispensada nova citação para a execução, esta é o resultado de uma nova ação proposta simultaneamente com a ação condenatória na petição inicial única. Entretanto, diferentemente do que ocorre nas tutelas específicas, a tutela executiva não se instaura *ex officio*, mas a requerimento do executente, nos termos do novo art. 475-J, e o seu procedimento não é *livre*, mas é o desse art. 475-J, complementado pelas regras da execução pecuniária de título extrajudicial, de acordo com o art. 475-R. Não há autônomo processo de execução, mas há procedimento executivo específico, no processo único.

Embora não o considere um ato de iniciativa originária da ação de execução, parece-me que esse requerimento é um ato de iniciativa complementar que, além de renovar o pedido executório, pode

efetuar importantes ajustes na demanda executória, em razão de fatos ocorridos posteriormente ao seu primitivo ajustamento, como a determinação do valor atualizado da dívida por meio do demonstrativo do débito que a ele deve ser anexado ou a substituição do sujeito ativo da execução em razão de cessão ou sub-rogação ou o redirecionamento da execução para sujeito passivo diverso do que da execução se rta na fase cognitiva, caso tenha figurado como autorizada do crédito. Além disso, ocorrido cessão autorizada do crédito, no momento do ato de conhecimento de cumprimento da condição ou o cumprimento da contraprestação, caso a exigibilidade do crédito esteja sujeita a um desses pressupostos.

A execução é ação consequente, oriunda da ação de conhecimento que a antecede no mesmo processo. Ação de cognição limitada quanto à extensão, porque restrita às questões de direito e de fato que fundamentam a atividade coativa, e sumária quanto à profundidade, porque não tem a tutela executória a finalidade de formar juízos de certeza sobre o direito material das partes, pré-constituído no título executivo, nem dispõe procedimento executório de uma seqüência de atos predisposto a uma cognição exaustiva. Toda atividade cognitiva na execução de sentença é direcionada a fundamentação adequada e legítima da atividade coativa. Fim e não fim da jurisdição de execução.

## 7. A LIQUIDAÇÃO

No meu livro sobre execução, bem antes da reforma de 2005, caracterizei a liquidação como um procedimento cognitivo, "que prepara, auxilia ou frustra a execução, declarando, em complemento ao título executivo, a existência ou inexistência dos pressupostos necessários à sua executividade".<sup>22</sup> Observei, então, que a liquidação era frequentemente um processo autônomo, acessório e complementar do processo de conhecimento de que havia resultado a sentença condenatória, e preparatória da respectiva execução, mas que essa autonomia não era essencial à liquidação, podendo dar-se a liquidação no próprio processo de conhecimento ou de execução.

Com a reforma da Lei 11.232/2005, a liquidação deixou de ser um processo autônomo, dispensada a

18. Concomitantemente Humberto Theodoro Junior reconhece, citando Lopes da Costa, que o direito à execução é diferente de ação, compartilhando a mesma natureza do direito de ação desenhovido na fase de conhecimento (Humberto Theodoro Junior, *Processo de execução*, 22. ed., São Paulo: Lend, 2004, p. 52).

19. A expressão "seqüência de procedimentos" é usada por Francisco Carnelutti (Op. cit., p. 397) para caracterizar causas em que a cognição se desdobra em mais de uma fase, não se iniciando a posterior enquanto não concluída a anterior.

20. Kazuo Watanabe: Op. cit., p. 112; Araken de Assis: Op. cit., p. 1.032.

21. *Ver meu Opusculo*, cit., v. 1, p. 249-252. Revendo o que ali escrevi, estou hoje convencido de que, nem mesmo nos casos de transação ou renúncia (CPC, art. 794), pode-se falar em coisa julgada da sentença que extingue a execução. Embora sujeita a ação resistória, e não a mera ação anulatória (art. 485, III), em decorrência do ato voluntário de disposição do direito material que suprime a existência da cognição exaustiva (*confissus pro iudicatio habetur*), essa especial estabilidade decorre da vontade das partes, na medida em que ela é *livre* e consensual, e não do ato de vontade do Estado, do juiz julgado propriamente. É a mesma eficácia da sentença arbitral e de qualquer acordo extrajudicial judicialmente homologado (atual art. 475-N, V, introduzido pela Lei 11.232/2005).

22. *Opusculo*, cit., v. 2, p. 236. Também Humberto Theodoro Junior (op. cit., p. 1189) caracteriza a liquidação como um procedimento de natureza cognitiva.

nova citação, embora exigido o requerimento para a sua instauração (arts. 475-A a 475-F). Quando a sentença for ilíquida, proferida a condenação, ainda que inexecutível, qualquer das partes poderá requerer no mesmo processo liquidação e, depois dela, caberá ao exequente requerer a execução.

A atividade jurisdicional na liquidação é eminentemente cognitiva, de natureza declaratória. A sua necessidade surge do conteúdo ilíquido da sentença condenatória. Mediante a liquidação, exequente e executado obtêm a declaração de certeza do montante da dívida. Ambos têm interesse nessa declaração, por isso qualquer deles pode requerê-la: o credor para poder promover a sua execução; o devedor para poder obter a sua quitação, seja por meio do pagamento ou da ação de consignação. O direito de exigir do Estado-juíz essa declaração nada mais é do que uma ação de conhecimento de natureza declaratória.<sup>23</sup>

Tendo deixado de constituir um processo autônomo, passou a constituir uma ação incidente, ou seja, uma ação proposta no curso de um processo em andamento, ou seja, no curso do processo iniciado com ação condenatória e que prosseguirá com ação de execução, entre ambas intercalada a liquidação, se necessário: ação consequente da ação cognitiva da primeira fase e antecedente da ação executória da fase posterior, se necessária.

A liquidação é uma ação acessória *sui generis* em relação à ação de conhecimento, porque ela nasce de uma insuficiência do título executivo nessa gerado, complementando-o e dando-lhe a eficácia que este não possuía no momento em que foi produzido.

Quanto ao alcance da cognição na ação de liquidação, ela é variável quanto à extensão: mais ampla, quase plena, na liquidação por artigos, se ainda não tomados certos na fase cognitiva os fatos necessários à quantificação da condenação, embora não podendo reexaminar as circunstâncias fático-jurídicas que tornaram certo o direito à prestação já definidas na sentença liquidanda; limitada, na liquidação por arbitramento, à estimativa do valor pecuniário de um bem ou de uma situação fático-jurídica previamente tomados certos na sentença. E quanto à profundidade, a cognição é exauriente, porque nela serão produzidas todas as provas necessárias a um juízo de certeza definitiva a respeito do *quantum debetur* (e às vezes até do próprio *an debetur*, como ocorre muitas vezes na

liquidação da sentença penal condenatória e em algumas outras situações<sup>24</sup>), com a correspondente imutabilidade da coisa julgada.<sup>25</sup>

Essa cognição eventualmente poderá não ser exauriente, como na liquidação decorrente de sentença condenatória a indenização de danos individuais na ação civil pública fundada em interesses individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor, art. 100), caso em que a liquidação pronoviada por legitimado coletivo poderá ser a todo momento complementada a requerimento de qualquer lesado.<sup>26</sup>

#### 8. OS EMBARGOS DO EXECUTADO

Há um entendimento bastante difundido na doutrina nacional e estrangeira de que os embargos do executado sempre constituem uma ação de conhecimento de natureza constitutiva incidente à execução.<sup>27</sup>

Quando a tratar-se de ação incidente, parece-me inquestionável, *in se*, trata de verdadeira ação e, em caso positivo, se a natureza do provimento jurisdicional almejado é constitutiva, penso difíceis encontrar aqui a opinião que manifestei no meu livro sobre a execução, fundada em distinções existentes no direito estrangeiro e nas lições de Salvatore Satta, João de Castro Mendes e José Lebre de Freitas de que tem natureza diversa as oposições à execução fundadas no direito material e aquelas baseadas em simples nulidades processuais. Ademais, mesmo fundadas em direito material, cabe distinguir ainda aquelas que constituem a proposição de uma verdadeira nova ação, daquelas em que o executado se limita a resistir a uma pretensão cognitiva do exequente. Por isso, classifiquei os embargos do executado, quanto à natureza, em *embargos-ação*, *embargos-exceção* e

*embargos-defesa*. Somente os primeiros constituem verdadeiras ações autônomas.

Os embargos do executado constituem uma ação de conhecimento incidente à execução, nas execuções de títulos extrajudiciais e contra a Fazenda Pública, quando alegam fundamento de mérito e visam a obter uma sentença que declare a inexistência da dívida ou a sua inexecutibilidade, por algum fundamento de direito material, pela nulidade do título ou pelo não preenchimento dos seus requisitos extrínsecos e intrínsecos. O mérito da execução é o direito à satisfação coativa da dívida executada e o direito a exigir o cumprimento do crédito, ou seja, o direito a cumprir o título da prestação com base em determinado título executivo.<sup>28</sup> Se o executado pede a declaração da inexistência da dívida, da sua inexecutibilidade ou da nulidade do título, a sentença, apreciando um desses pedidos, concluirá, no caso de procedência, pela inexistência do direito à satisfação coativa do crédito ou, no caso de improcedência, pela sua existência, nos limites da demanda proposta. São, assim, *embargos-ação* os dos incs. III (excesso de execução), IV (embargos de retenção por benefícios) e V (embargos sobre qualquer matéria que poderia ser deduzida como defesa no processo de conhecimento) do art. 745 do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006, estes últimos, desde que tenham por fundamento questões de direito material ou relativas à validade do título. Os do inc. I (nulidade da execução por não ser executivo o título apresentado) serão *embargos-ação* se pedirem a declaração de nulidade do título e consequentemente da própria execução. Tem também essa natureza os embargos à adjudicação, alienação ou arrematação, quando fundamentados em causa extintiva da obrigação superveniente à penhora, nos termos do art. 746 do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006. Os *embargos-ação* não são simplesmente meios de resistência à demanda executória do credor, como

acontece com a contestação no processo de conhecimento, porque, nesta, o réu vai em busca de um juízo de certeza que de qualquer modo já resultaria da improcedência do pedido do autor. Aqui na execução é diferente. A certeza da existência ou da inexistência do direito à satisfação do crédito do exequente não será em nenhum momento objeto de qualquer pronunciamento judicial definitivo, uma vez que a existência ou a inexistência do direito material somente será alcançada, com fundamento em qualquer dos incisos acima, por meio da ação de embargos do executado. Nem mesmo a decretação incidental ex *officio* da prescrição, com fundamento no § 5º do art. 219, a partir da redação que lhe deu a Lei 11.280/2006, gerará essa certeza jurídica, porque resultante de cognição superficial e incompleta.

Já os embargos que versam apenas sobre a falta de pressupostos processuais ou de condições da ação de execução, alegando, por exemplo, incompetência, incapacidade das partes, incompetência da penhora inicial, nulidade da penhora ou da avaliação, excesso de execução ou excesso de penhora, ilegitimidade ativa ou passiva, não são ações autônomas, não visam a obter uma declaração judicial de inexistência do direito à satisfação coativa do crédito invocado pelo exequente, mas apenas defeito da relação processual executiva ou o não preenchimento dos requisitos da existência do direito à jurisdição. Chamei a essa modalidade de *embargos-exceção*, porque versam apenas sobre questões processuais da execução, que em geral podem ser apreciadas ex *officio* pelo juiz independentemente da proposição dos embargos (CPC, art. 267, § 3º), não tutelam qualquer direito material do embargante, mas apenas, conforme sejam preempórias ou dilatórias, poderão livrá-lo desta execução, não de outrorrelativa ao mesmo crédito, ou dificultar a sua marcha, não impedindo que a mesma questão seja apreciada posteriormente através de um provimento de conteúdo contrário ao do que decidiu os embargos, porque não geradores da imutabilidade da coisa julgada.

Não me convence a sustentação de Talamini de que o mérito do processo "pode eventualmente dizer respeito a um direito, relação ou situação processual (por exemplo, embargos à execução, ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial etc.)" — e a sentença que o decide, desde que presentes os demais pressupostos, estará apta

24 V. o meu *O processo...*, cit., v. 2, p. 235.

25 Humberto Theodoro Junior (op. cit., p. 242) cita decisão do STF (RE 87.109, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 18.03.1980) que proclamou que a sentença de liquidação, ainda que homologatória, está sujeita a ação rescisória, como sentença de mérito transitada eventualmente da autoridade da coisa julgada. Luiz Rodrigues Wambier (Sentença civil: liquidação e cumprimento, 3. ed. São Paulo: RT, p. 173) leciona que a decisão da liquidação tem a natureza de sentença, suscetível de ser impugnada por meio de ação rescisória.

26 Estudos... cit., p. 329-330.

27 V. o meu *O processo...*, cit., v. 2, p. 587-596; Humberto Theodoro Junior, op. cit., p. 426; Arakten de Assis, Op. cit., p. 1.032-1.034.

a fazer coisa julgada material".<sup>29</sup> Admito, como já afirmado acima, que a definição de determinadas situações sujeitas processuais também produz efeitos de direito material que extravasam do próprio processo e possa, assim, ser objeto de ações incidentes ou não, cujas decisões venham a adquirir, quanto a esses efeitos extraprocessuais, autoridade da coisa julgada. Mas não admito ações que visem a demandas exclusivamente processuais, geradoras de decisões que se tornem inatendíveis dentro e fora do processo, pois isto é a coisa julgada. Se um juiz julgou o autor capaz de estar em juízo e, por meio de um mandado de segurança contra essa decisão, o réu obteve a anulação dessa decisão e a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz julgou no mandado de segurança precludirá a questão dentro desse processo, mas não impedirá que a mesma questão seja examinada e decidida em sentido diverso em outro processo idêntico. O mesmo argumento vale para os embargos a execução. Seria absolutamente estranho que o juiz tivesse de levar adiante uma execução em que o executante evidentemente fosse um incapaz simplesmente porque tinha "transitado em julgado", ou, melhor, precludido, sentença em embargos do executado que havia rejeitado essa nulidade processual. A interdependência dos atos processuais exige a validade de todos, do primeiro ao último, embora a instrumentalidade e a unidade teleológica possam tornar válido ato que isoladamente se apresentava como nulo. Assim, a apreciação das questões processuais, decididas por meio de embargos ou de qualquer outra via, precisa conservar a flexibilidade que naturalmente decorre dos princípios que regem essa relação jurídica complexa e dinâmica que é o processo judicial. E a nulidade rescisória do mérito é a nulidade da sentença de mérito por fundamento processual ou não. Não se rescinde sentença meramente terminativa ou de conteúdo puramente processual.

Nas hipóteses expressamente mencionadas no art. 745, com a redação da Lei 11.382/2006, são *embargos-exceção* os dos incs. I (se o pedido for apenas de nulidade da execução, não também do título), II (penhora incorreta ou avaliação errônea), III (cumulação indevida de execuções) e V (quanto às matérias de defesa tipicamente processuais, como falta de pressupostos processuais ou de condições da ação). E nos embargos a adjudicação, alienação ou arrematação, (em sua natureza os fundamentados em nulidade da execução superveniente à penhora.

Se os embargos veicularem simultaneamente fundamentos de ação e de exceção, terão essas mesmas naturezas referentes a cada um deles, formando-se a coisa julgada apenas em relação às matérias correspondentes aos *embargos-ação*.

Antes das reformas de 2005/2006, caracterizava como *embargos-defesa* as respostas oferecidas pelo executado em fases introdutórias tipicamente cognitivas do processo de execução, que se contrapõem a pedido do executante que ainda seria objeto de uma decisão prévia sobre a existência do direito material, que antecederia o início da fase propriamente executiva. Del como exemplos os embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 730) e a insolvência civil (art. 755).<sup>30</sup> Quanto à insolvência civil, manteve esse entendimento.<sup>31</sup> Os embargos são a defesa ao pedido de decretação da insolvência, nada acrescentando ao conteúdo objetivo e subjetivo da demanda proposta pelo executante. A jurisdição será exercida em benefício do executante ou do executado, independentemente da reação por este adotada e do conteúdo dos seus embargos. Observa-se que a insolvência pode ser requerida tanto com fundamento em título judicial ou extrajudicial (art. 754), o que de nenhum modo afeta a sua natureza de processo autônomo ou o seu procedimento, mas apenas confirma que a execução é uma ação autônoma.

Já na execução contra a Fazenda Pública, cumpre considerar que, com o advento da Lei 11.232/2005, os embargos passaram a ser objeto do novo art. 741 do Código, que estabeleceu:

"Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

"I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu a revelia;

"II - inexigibilidade do título;

"III - ilegitimidade das partes;

"IV - cumulação indevida de execuções;

"V - excesso de execução;

"VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

"VII - incompetência do juiz da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz".

30 O processo... cit., v. 2, p. 598.

31 Humberto Theodoro Júnior (op. cit., p. 476) aduz que, em face do caráter cognitivo do procedimento inicial na insolvência requerida pelo credor, esses embargos deveriam qualificar-se como contestação.

Aplicados os critérios acima expostos, parece-me que constituem *embargos-exceção* os propostos com fundamento nos incs. III, IV e VII, e *embargos-ação* os dos incs. I, II e VI. No do inc. I, a nulidade do processo de conhecimento contamina a validade do título executivo e, portanto, o próprio direito material à satisfação coativa do crédito.

Quanto à natureza do provimento jurisdicional nos *embargos-ação* ou embargos de mérito, parece-me que é a de uma sentença meramente declaratória da inexistência da dívida ou do direito a sua satisfação coativa. Claro que haverá sempre alguma eficácia consultiva negativa, a destruição da eficácia executiva do título, mas esse é um efeito meramente consequente do efeito declaratório preponderante. Conforme já afirmou, o entendimento dominante de que se trata de uma ação constitutiva negativa, fundada na lição de Liebman, exacerba a função substancial do título executivo como gerador do direito à execução, e não como simples prova legal do crédito executando. Tanto é verdade a declaratória a eficácia preponderante e plenamente declaratória de fatos geradores do seu efeitos retroagentes à data dos fatos geradores do direito declarado e não se produzem apenas para o futuro, como normalmente decorre das sentenças constitutivas.<sup>32</sup>

Merece também análise a amplitude da cognição nas diversas espécies de *embargos-ação*, cum-prindo distinguir várias hipóteses. Na execução de título extrajudicial, normalmente os *embargos-ação*, regulados no art. 745 do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006, são procedimentos de cognição plena e exauriente: plena, quanto à extensão, porque podem suscitar quaisquer fundamentos aptos a sustentar o pedido formulado; exauriente, quanto à profundidade, porque possibilitam o amplo exercício do direito de defesa para chegar a um juízo definitivo sobre a certeza do direito das partes. A sumarietude do procedimento, reforçada na nova Lei 11.382/2006 (CPC, art. 740) não desmente essas amplitudes cognitivas, daí resultando sempre a imutabilidade da coisa julgada, se decidida no mérito. Há, entretanto, casos em que a própria relação jurídica de direito material impõe limitação cognitiva, quanto a extensão. É o que ocorre com os embargos a execução de título cambial, em que a lei cambiária não permite que o executado oponha ao executante de boa-fé as exceções pessoais que o executado poderia alegar contra o credor originário com fundamento no descumprimento

do negócio jurídico subjacente. Esses embargos, quanto à extensão, são um procedimento de cognição limitada.

Também são aparentemente de cognição limitada quanto à extensão, mas exauriente quanto à profundidade, os *embargos-ação* à adjudicação, à alienação ou à arrematação (CPC, art. 746), porque adstritos a causas extintivas da obrigação supervenientes à penhora. Nesse aspecto, o legislador da Lei 11.382/2006 perdeu uma excelente oportunidade de consagrar os embargos do executado como um fecundo instrumento do mais amplo direito de defesa. Se os embargos de mérito opostos logo após a citação do executado (novo art. 738) são verdadeira ação, a sua eventual eleição somente fará valer a extinção ou a repetição de indébito que impugnação ou ação de repetição de indébito que venha a propor após a extinção da execução, obter os mesmos efeitos de direito material que poderia ter obtido por meio dos embargos, mesmo que o seu fundamento já existisse antes da penhora. Por que não permitir a propositura dessa ação incidentalmente no curso da execução, evitando, se possível, as danosas consequências da continuidade de uma execução injusta?

Aliás, observa-se que o réu pode ter de oferecer embargos da primeira fase antes mesmo da penhora, porque o prazo para o seu oferecimento pode ser esgotar antes de consumada aquela constituição. Infeliz, portanto, a limitação cognitiva imposta aos embargos da 2.ª fase. Se o executado tiver prova do pagamento da dívida, mesmo efetuado antes da penhora, por que não poderia alegá-lo nos embargos à arrematação, por exemplo? Deve-se entender, a meu ver, que essa limitação se refere apenas às matérias preclusas, aquelas que já constituíram fundamento dos embargos da primeira fase. Quanto às espécies de questões de direito material, apesar de o art. 746 se referir apenas a "causa extintiva da obrigação", omitindo causas dispositivas ou modificativas, como o fazem outros dispositivos analógicos (arts. 475-I e 741), parece-me que também a prescrição ou qualquer outra causa impeditiva ou modificativa poderá constituir fundamento desses embargos.

Sob a perspectiva da amplitude da cognição também merece especial atenção a nova figura, introduzida pela Lei 11.382/2006, no inc. III do art. 739, de indeferimento liminar dos embargos quando o juiz os considerar manifestamente protelatórios. Protelatórios podem ser *embargos-ação*, *embargos-exceção* ou *embargos-defesa*. E ainda podem ser

repunados proclat6rios embargos cuja redaco no permitir definir a que esp6cic pertencem. Nestes 6ltimos, o indeferimento da petio por manterem-se proclat6rios no implica qualquer julgamento de m6rito, mas simples extino dos embargos sem resoluo do m6rito, por in6pcia da inicial, sem o alcance da coisa julgada. Nos verdadeiros embargos-act6o, parece-me que com mais frequ6ncia o juiz sobre a proclat6ria ser o resultado de uma apreciao sobre o m6rito do pedido, ou seja, um juizo liminar conclusivamente desfavorvel a respeito dos fundamentos dos embargos, como se j houver jurisprud6ncia firme dos tribunais superiores contrria a tese jurdica invocada pelo embargante, ou de uma apreciao preliminar igualmente desfavorvel a respeito da viabilidade da demanda, como nas hip6teses em que os fatos alegados pelo embargante se afiguram manifestamente inveross6mis e desacompanhados de qualquer prova ou se as provas requeridas para a comprovao dos fatos alegados so evidentemente in6teis ou irrelevantes. A meu ver, 6 preciso distinguir a hip6tese de um juizo desfavorvel por manifesta inviabilidade da demanda, decorrente da inconsist6ncia ou insufici6ncia da fundao firme fctica ou jurdica, da hip6tese da convico firme da inexist6ncia do direito do embargante. Na primeira hip6tese, parece-me que a rejeio ter por fundamento a falta de interesse de agir, condio da ao. O autor de qualquer ao no tem o direito de molestar o r6u com uma postulao manifestamente inconsistente ou abusiva, devendo o juiz colir tal comportamento como ilicito, o mais cedo possvel.<sup>33</sup> Exinlo o processo por falta de condio da ao, a cognio no ter sido exercida sobre o m6rito dos embargos-ao, no ficando o embargante impedido de, em outro processo, como uma ao aut6noma de impugnao, vir a suscitar de modo mais apropriado a questo que pretendia invocar como fundamento dos embargos, pois no se formou pela rejeio a coisa julgada.

J a rejeio liminar por serem os embargos manifestamente improcedentes, ou seja, por ter o juiz convico firme da inexist6ncia do direito do embargante, como no exemplo de o fundamento invocado ser contrrio a jurisprud6ncia firme dos tribunais superiores, parece-me que, apesar do pronunciamento conclusivo sobre o m6rito, no 6 ele o resultado de cognio exauriente, mas sim a e superflua. No foi assegurada ao embargante a mais ampla possibilidade de demonstrar a exist6ncia

do seu direito e de cla convencer o juiz. A rejeio liminar dos embargos ter tolhido ao embargante a oportunidade de exame da questo por meio dessa ao incidente, mas no o impediu de repropor a mesma demanda mediante um outro juizo. No haver, tampouco, a formao da coisa julgada.

Quanto a cognio nos embargos de m6rito  execuo contra a Fazenda P6blica (novo art. 741), a redaco resultante da Lei 11.232/2005 os disciplino como se fossem apenas civis nas execues no como se fossem apenas civis nas execues de ttulo judicial, esquecendo-se ser hoje mat6ria p6blica a admissibilidade de execues contra a Fazenda P6blica fundadas em ttulos extrajudiciais. Assim, parece-me que numa interpretao sistemtica, nessas execues fundadas em ttulos extrajudiciais, aplicam-se as mesmas regras do art. 745, com o alcance que lhes dei acima.

Na execuo contra a Fazenda P6blica fundada em ttulo judicial, os embargos-ao so de cognio limitada, porque no podem afrontar a coisa julgada, salvo na hip6tese de nulidade de ao na fase cognitiva, prevista no inc. I desse artigo. Nesta hip6tese, de qualquer modo, a cognio ficar restrita exclusivamente a esse vcio do processo de conhecimento. Retiro a minha opinio de que 6 inconstitucional a amplitude dada  "inexigibilidade do ttulo" pelo pargrafo 6nico do art. 741, por afionta ao direito fundamental  segurana jurdica e  garantia constitucional da coisa julgada.<sup>34</sup>

### 9. A IMPUGNAO DOS ARTS. 475-J E 475-M

A Lei 11.232/2005 deu  resposta do executado na fase de cumprimento de sentena que imp6s prestao pecuniria o nome de *impugnao*, disciplinando-a de modo sim6trico ao dos embargos, como procedimento incidente para lidar a execuo. J vimos que a execuo pecuniria de ttulo judicial deixou de constituir um processo aut6nomo, mas continuou a ser uma nova ao que visa a obter uma outra prestao jurdica, embora satisfao coativa do cr6dito do exequente, embora embutida em cumulao progressiva no pedido condenat6rio proposto no incio da fase cognitiva. Se a fase cognitiva de acertamento do direito  presena e a ttulo pecuniria j se encerrou com a sentena e a atividade subsequente 6 eminentemente prtica, direcionada a concretizar o seu cumprimento, o reexame do direito material do exequente, em razo

de algum fato superveniente, de algum vcio essencialmente grave ocorrido naquela primeira fase, ou do no preenchimento dos requisitos que o direito material imp6s  exigibilidade do cr6dito, somente pode ocorrer por meio do desencadear de uma nova atividade cognitiva, da qual ser veculo o incidente de impugnao.

A funo da impugnao nessa execuo, como procedimento incidente, 6 exatamente a mesma dos embargos do executado na execuo que no foi antecedida de cognio anterior,<sup>35</sup> podendo ter  natureza jurdica de ao ou de exceo.

So *impugnaes-ao* as que foram propostas com fundamento nos incs. I (falha ou nulidade de ao) e II (excesso de execuo) e III (qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigao, como pagamento, novato, compensao, transao ou prescrio), desde que superveniente  sentena do art. 475-L. So novas aes porque exigem do Estado um novo provimento jurdico sobre um novo pedido, que pode ser a declarao da inexist6ncia total ou parcial da dvida, a nulidade da sentena exequenda como ttulo executivo ou a sua inexigibilidade. Apesar de omissa a Lei 11.232 quanto ao procedimento de impugnao, a aplicao subsidiria das regras do Livro II do C6digo por fora do art. 475-R conduz  concluso de que ela adotaria o procedimento sumrio regulado no art. 740, com a redaco da Lei 11.382/2006. Tamb6m aqui as partes no alcanariam um juizo de certeza definitivo sobre o direito material pela simples rejeio da execuo sem impugnao, j que a cognio na execuo 6 sumria.

So *impugnaes-exceo*, por simplesmente arguem defesas processuais (falha de pressupostos processuais ou de condies da ao) da execuo, as que tiverem por fundamento os incs. III (penhora incorreta ou avaliao err6nea) e IV (ilegitimidade das partes) do art. 475-L.

No cabe falar de *impugnao-defesa* porque no me vem  mente qualquer execuo pecuniria de ttulo judicial no mesmo processo gerador do ttulo executivo em que a reao do devedor  execuo se fca numa fase cognitiva pr6via ao desencadear da atividade coativa. Na insolvena civil,

mesmo quando requerida com suporte em ttulo judicial, forma-se processo aut6nomo e a defesa se exerce por meio de embargos (art. 734).

A amplitude cognitiva da impugnao-ao, quanto  extenso, 6 limitada, porque restrita  mat6rias expressamente enumeradas no art. 475-L, quanto  profundidade, entretanto, 6 exauriente, tal como a dos embargos do executado nas mesmas hip6teses.

Aplicveis  essa execuo subsidiariamente as disposies sobre execuo de ttulo extrajudicial (art. 475-R), podero nela vir a ser interpostos embargos  adjudicao,  alienao ou  arrebano, com fundamento no art. 740 reformado pela Lei 11.382/2006, que tamb6m sero, se versarem sobre quest6es de direito material, uma ao incidente de cognio limitada e exauriente s quest6es supervenientes  penhora ou tamb6m anteriores, exceto se conclusas, como acima sustentado, desde que no excedam s mat6ria enumeradas no art. 475-L.

Tamb6m  essa impugnao aplicvel-se  o disposto no inc. III do art. 739, podendo ela vir a ser indeferida liminarmente por ser considerada manifesta e protelatoria, caso em que a ela se estendero as observaes feitas acima sobre essa esp6cie de deciso, que, a meu ver, nunca sendo objeto de uma cognio exauriente, no far coisa julgada, no impedindo a sua reproposio por meio de ao aut6noma de impugnao.

Tamb6m de cognio limitada e exauriente ser a impugnao-ao oposta  execuo da sentena arbitral, embora, quanto  extenso, possa abranger, al6m das mat6rias do art. 475-L, as do art. 32 da Lei 9.307/96, conforme previsto no art. 33, 8.3. dessa mesma Lei.

J quanto  extenso da cognio na impugnao  execuo de sentena da jurdio voluntria, reitro aqui entendimento j manifestado mas de uma vez,<sup>36</sup> de que, inexistindo coisa julgada, nada impede que na impugnao incidente alegue o impugnante qualquer mat6ria, mesmo no prevista no art. 475-L. Ser inqo obrigat6rio a prop6rio aut6nomo com fundamento no art. 486, no podendo incidentalmente opor  execuo fundamento elsivo do direito material em que ela se baseia.

### 10. A EXCEO DE PR6-EXECUTIVIDADE

Se as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 tivessem regulado a defesa do executado de modo comple-

33 Nesse mesmo sentido, v. Arruda Alvim, A natureza jurdica da impugnao prevista na Lei 11.232/2005 - A impugnao do devedor instaura uma ao incidental, propondo o exerccio do contradit6rio pelo credor, exigindo a deciso que ficara revogada pela autoridade de coisa julgada, in: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.), Aspectos pol6micos da nova execuo... cit., p. 44-50.

36 O processo... cit., v. 2, p. 599, Jurdica voluntria moderna, So Paulo: Dial6tica, 2003, p. 58.

to, como exigem as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, teria desaparecido a chamada exceção de pré-executividade, criação precursora destinada justamente a preencher os vazios defensivos da execução do Código de 1973. Ocorre que, apesar de muitos apuramentos, essas leis recentes não estruturaram um sistema normativo que preenchesse todos esses vazios. Se levarmos em conta que a execução gera agravos ao executado a cada novo ato executório, e que o executado deve ter o direito de lutar para não sofrer qualquer tipo de coação ilegal ou injusta, se torna fácil compreender que ele não pode ter a oportunidade de defender-se apenas em dois prazos preclusivos, contados unicamente a partir de dois determinandos que sejam: na execução de título mais relevantes que sejam: na execução de título extrajudicial, até quinze dias após a juntada aos autos do mandado de citação; na execução de título judicial, nos quinze dias seguintes à intimação da penhora, e em ambas nos cinco dias seguintes à adjudicação, à alienação ou à arrematação.

Em quaisquer outros momentos, a necessidade de subtrair-se ou de reagir a determinados atos executórios ou à própria execução como um todo somente poderá ser articulada por meio de uma petição avulsa, não prevista em lei, mas cuja legitimidade decorre diretamente do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente assegurada (art. 5.º, XXXV, da CF). Essa petição avulsa é justamente o que a praxe denominou exceção de pré-executividade, que pode ter por conteúdo questões processuais ou de direito material. Neste caso constituirá uma ação incidente, da mesma natureza da impugnação ou dos embargos, ou seja, uma ação declaratória, com as mesmas limitações cognitivas no plano horizontal. Se na arguição de determinada questão a cognição por meio de embargos seria plena, igualmente plena o será mediante a exceção; se seria limitada, também limitada será por meio da exceção, com as mesmas restrições cognitivas.

Entendimento muito difundido tem limitado a exceção de pré-executividade às questões de ordem pública, como tal considerada aquelas que o juiz deve apreciar de ofício. Essa limitação não se justifica em face da garantia constitucional da ampla defesa. Também as questões que somente o executado pode alegar, por terem fundamento em direitos disponíveis, podem ser alegadas por meio da exceção, como o pagamento, porque não injusta seria a execução que tivesse continuidade por não

se facultar ao executado alegar esse ou qualquer outro motivo legítimo.

A limitação cognitiva da exceção de pré-executividade não se dá no plano horizontal, a não ser na medida em que os embargos também estariam limitados, mas no plano vertical. A ausência de um procedimento legal e impossibilidade de suspensão da execução para a sua apreciação tornam a chamada exceção de pré-executividade objeto de uma cognição sumária, quanto à profundidade, ou seja, cognição incidental superficial e incompleta, uma cognição incidental dentro do processo de execução, até mesmo extinguindo-o, pelo convencimento que gerem de que não pode prevalecer a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito que decorre do título executivo, mas que não pode extrapolar esses efeitos para fora do processo, porque a limitação cognitiva não propriamente a formação de um juízo de certeza definitiva da existência do direito material do exequente, revestido da autoridade da coisa julgada.

Haverá casos em que a sumariedade cognitiva será insuficiente e mesmo para um juízo de eficácia intraprocessual, por exemplo, se o fornecimento de elementos de convicção que possam ilidir a eficácia do título depender de instrução probatória complexa. Nesse caso, a exceção deverá ser rejeitada por incabível.<sup>37</sup>

Em síntese, a exceção de pré-executividade que suscita questão de direito material relativa à inexistência da dívida, à sua inexigibilidade ou à nulidade do título, é uma ação declaratória de cognição plena ou limitada, mas sempre sumária. Se a questão não puder ser decidida no bojo da própria execução, sem um procedimento cognitivo específico, a exceção será rejeitada e essa decisão, de caráter estritamente processual, não produzirá qualquer efeito no plano de direito material das partes. Já se a questão puder ser resolvida no bojo da execução, independentemente da insauração de um procedimento cognitivo próprio, o respectivo provimento jurisdicional incidental produzirá os efeitos de direito material correspondentes a de-claração da existência ou inexistência do direito material das partes, mas sem a autoridade da coisa julgada. Se o vencido quiser ir em busca de um provimento contrário, deverá propô-lo mediante ação em processo autônomo, cujo sucesso poderá ter como consequência o reconhecimento do seu

direito material com a imutabilidade da coisa julgada e a criação de um novo título executivo.

#### 11. A INTERVENÇÃO DO ARREMATANTE, DOS CREDORES CONCORRENTES, ADJUDICANTES E REMIDORES

O arrematante, os credores concorrentes, os credores adjudicatantes e os parentes remidores também intervêm na execução, reivindicando a tutela de um direito subjetivo material por meio de provimento jurisdicional do juiz da execução.

Esses intervenções são tratadas geralmente como singelos fatos processuais ou como questões simplesmente processuais, que não afetam o objeto litigioso, nem geram processo cumulativo.<sup>38</sup>

Aqui ou acolá se encontram opiniões na doutrina no sentido de que a natureza de ação dessas modalidades de intervenção típicas da execução em que os intervenientes vêm desempenhar uma função necessária para que a execução seja provetida para as partes originárias, exequente e executado, e, ao mesmo tempo, vêm exercer um direito subjetivo a aquisição de um bem ou ao recebimento de um crédito, que não coincidem necessariamente e rigorosamente com os interesses que determinam a desencadeamento da execução e se contrapõem a interesses dos próprios sujeitos principais ou de outros sujeitos secundários da execução.

Montara e Zanzucchi definem a arrematação como uma ação.<sup>39</sup> Araken de Assis se refere à arrematação como uma ação.<sup>40</sup> Independentemente da finalidade instrumental que esses atos possuem para a satisfação do exequente com a menor onerosidade para o executado, são também ações autônomas, que nascem na execução, ações derivadas da execução, para a tutela de interesses próprios dos seus auto-

res, que não se confundem com os interesses das partes originárias, embora sirvam acessoriamente para também realizarem os escopos da execução em relação a essas partes originárias. Como bem acentua este último autor, em argumentos que hoje percebe que se aplicam a todos os institutos tratados neste item, não se pode negar que em todos eles os seus titulares exercem direitos subjetivos e existe a entrega da prestação jurisdicional por meio de uma sentença. Referindo-se à arrematação, Vittorio Dentí assim fala: não existem dúvidas de que a oferta do lançador tem como efeito imediato o surgimento de deveres e ônus por parte do juiz e dos demais sujeitos do processo executivo, e como efeito mediano a aquisição da qualidade de arrematante, à qual se vincula a assunção de particulares responsabilidades processuais.<sup>41</sup>

Ação do arrematante é proposta com a oferta do lance ou da proposta, na qual o licitante manifesta a sua intenção de adquirir o bem precado mediante o pagamento de determinado preço proposto. Se não houver outros concorrentes e desde que tenham sido atendidos os requisitos legais (preço superior à avaliação na 1.ª praça ou não vi na 2.ª superior à avaliação precedente opedito, deferindo etc.), o juiz julgará procedente, por que, de acordo com a lei, o que deverá fazer, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente" (CPC, art. 690, § 3.º, com a redação da Lei 11.382/2006). Os sujeitos passivos da ação de cada licitante são as partes originárias na execução e os demais candidatos à arrematação. O procedimento é sumário e bastante informal, porque praticamente todo o seu desenrolar até a decisão deve ocorrer na sessão única que é a hasta pública não sendo previstos momentos próprios para o contraditório, cabendo a cada um dos sujeitos passivos a iniciativa da impugnação, pois todos já são partes ou na execução ou foram convocados da participação por meio dos editais de praça. A decisão que julga procedente o pedido do arrematante tem natureza constitutiva, criando o direito à aquisição do bem, transferindo a sua titularidade do executado para o arrematante conferindo a este o direito a exigir do depositário a imissão na posse ou a sua entrega independentemente da instauração de um procedimento executivo específico. A cognição é limitada quanto à extensão, porque no julgamento do pedido do

37 Nesse sentido, v. Humberto Theodoro Junior, op. cit., p. 455.

38 Jaime Terebiam, *El proceso unitario civil*, Montevideo: Anahílo Fernandez, 1973, p. 147-148.

39 Lodovico Montara, *Commentario del Codice delle Leggi di Procedura Civile*, 4. ed. Milano: Francesco Vallardi, 1923, v. 5, p. 379: "(...) il processo di esecuzione forzosa è un rapporto processuale in corso di svolgimento, ove la partecipazione di singoli soggetti come offeneri o l'assistenza dell'unico assume il carattere di un intervento in lite, autorizzato nella forma speciale che conviene al suo scopo, vale a dire, di una vera comparazione in giudizio, la quale serve a proprio fine, a favore del prezzo offerto". Marco Fabio Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, 5. ed. Milano: Giuffrè, 1964, v. 3, p. 92: "(...) il terzo privato acquirente... non pone in essere, a nostro avviso... un negozio giuridico, ma propone una semplice domanda giudiziale, sia cui è chiamato a pronunciarsi il giudice". Idem, p. 101.

40 Op. cit., p. 1140.

41 Vittorio Dentí, *Dall'azione al giudicato*, Padova: Cedam, 1983, p. 158.

arrematante somente poderão ser apreciados os fundamentos que autorizam ou não a arrematação judicial do bem pelo arrematante nesse processo e não quaisquer outros fundamentos que pudessem sustentar essa aquisição. Não há nessa limitação qualquer afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva porque a arrematação é uma modalidade de aquisição que somente pode verificar-se no curso de um processo em andamento. No plano vertical a cognição é sumária, pois a sumariade do procedimento e a celeridade da execução não permitem cognição aprofundada, nem retardamento da apreciação do pedido do arrematante. Em razão dessa limitação cognitiva, qualquer interessado, inclusive o arrematante, pode impugnar a decisão, que não fará coisa julgada, no mesmo processo (CPC, art. 694, § 1.º, com a redação da Lei 11.382/2006), por meio de embargos à arrematação (art. 746) ou de ação autônoma de impugnação (art. 486).

Do concurso particular de credores, para a disputa da ordem de preferência no recebimento do respectivo crédito, após alienação judicial do bem, participam os credores com garantia real e os demais credores do executado que tenham penhorado os mesmos bens em outras execuções. Basta que qualquer deles requiera a preferência no pagamento, nos termos do art. 712 do CPC, para que se instaurar o concurso particular, que é um processo cumulativo de ações de cada um contra os demais, e o juiz da execução tem de decidir em que ordem os credores receberão os seus créditos (art. 713), até o esgotamento do dinheiro apurado. É uma ação incidental de natureza constitutiva, cuja decisão definirá a ordem de preferências no pagamento, da qual participam todos os mencionados credores, embora para ela tenham sido pessoalmente intimados apenas os credores com garantia real e os com penhora anteriormente averbada (CPC, art. 698, com a redação da Lei 11.382/2006). A cognição é limitada e sumária. Incidentalmente, os credores somente podem disputar uma posição mais favorável com base no direito de preferência ou na anterioridade da penhora. Somente em ação autônoma de impugnação poderão invocar outras matérias, como a inexistência ou inexigibilidade do crédito de algum outro concorrente. Sumária quanto à profundidade, a decisão produzirá todos os efeitos na execução, mas não fará coisa julgada, podendo ser desfeita em processo autônomo (art. 486).

Concluída a avaliação e nenhuma das partes tendo requerido qualquer ajuste na penhora, po-

derá, no prazo previsto no art. 698 do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006, ser proposta a ação de adjudicação pelo credor exequente, pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que penhoraram o mesmo bem, pelo cônjuge, por descendentes ou ascendentes do executado ou por sócio da sociedade, cujas quotas foram penhoradas por credor alheio à sociedade. É a compra-preço que extrai dos novos arts. 685, parágrafo único, 685-A e 686, decorrentes da nova Lei 11.382/2006. Sujeitos passivos dessas ações são as partes originárias na execução e os demais credores que concorrerem com pedidos de adjudicação. Todos os pedidos de adjudicação serão decididos conjuntamente em favor do adjudicante que tiver oferecido o melhor preço. A renúncia em favor dos parentes não desaprovece, mas passou a ser hipótese de adjudicação, disputando os parentes com os demais titulares da mesma faculdade, resolvendo-se a disputa em favor do que oferecer melhor preço. A decisão da ação ou ações de adjudicação é de natureza constitutiva,<sup>42</sup> retirando o bem do patrimônio do executado e transferindo-o ao do adjudicante. A cognição é limitada porque a disputa somente pode fundamentar-se na qualidade para requerer a adjudicação e no critério de preferência (o melhor preço, desde que não inferior ao da avaliação, ou o tipo e grau de parentesco). A decisão será objeto de cognição sumária, pois a continuidade da execução não comporta cognição exaustiva, produzindo todos os efeitos jurídicos como meio de pagamento do credor na execução, mas não fazendo coisa julgada.

## 12. CONCLUSÕES

O percurso empreendido permitiu ressaltar que todos os interesses juridicamente relevantes dos diversos sujeitos do processo, principais ou secundários, submetidos à apreciação do juiz, são manifestações do poder jurisdicional e podem ser suscitados como expressões do direito de ação, entendido como o direito de exigir do Estado o exercício da jurisdição sobre determinada demanda.

Daí resulta que, no mesmo processo destinado inicialmente a ser o veículo do exercício da jurisdição sobre a demanda proposta pelo autor, pode ser o juiz obrigado a também exercer a ju-

risdição sobre outras demandas, que surgem das necessidades instrumentais do processo, mas que têm por objeto direitos subjetivos, cujos titulares devem poder reivindicá-los dentro ou fora do próprio processo.

A acessoriedade, a que se refere o art. 108 do CPC, como critério de prorrogação da competência, abrange tanto aquelas ações que têm por finalidade exclusiva servir à formação ou à eficácia da prestação jurisdicional relativa a uma ação principal, como também aquelas que nascem com essa finalidade, mas das quais resulta a criação ou o reconhecimento de direitos cujo exercício ou eficácia deve ser assegurado autonomamente, no mesmo ou em outro processo. Daí a noção de ações consequentes, oriundas de outras, mas portadoras de demandas próprias.

A unidade da relação jurídica processual não implica necessariamente unidade de ação, nem unidade de procedimento.

Nem toda ação de conhecimento deve resultar numa sentença revestida da autoridade da coisa julgada, pois esta somente pode ser imposta, como garantia da segurança jurídica, às decisões que tenha resultado de cognição exauriente.

A fase de cumprimento das lites específicas de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, assim como a execução pecuniária de título judicial a partir da Lei 11.232/2005, são ações de execução, cuja iniciativa do autor implícita e obrigatoriamente foi cumulée ao pedido inicial da fase cognitiva. A cognição na fase executória é limitada quanto à extensão e sumária quanto à profundidade, não permitindo providimentos revestidos da autoridade da coisa julgada.

A nova liquidação, após a Lei 11.232/2005, continua a ser uma ação declaratória incidente, apesar de não constituir processo autônomo, de cognição variável quanto à extensão, mas nominalmente exauriente, quanto à profundidade.

Os embargos do executado, quanto à natureza, se classificam em *embargos de ação*, *embargos de execução* e *embargos de defesa*.

Os embargos de mérito ou *embargos de ação* são ações declaratórias incidentes de cognição plena ou limitada, conforme o caso, mas sempre exauriente. Somente os embargos de mérito geram decisões revestidas da autoridade da coisa julgada.

A rejeição liminar dos embargos de mérito, em razão da ausência de cognição exauriente, não pode produzir decisões com a autoridade da coisa julgada. Os embargos à adjudicação, alienação ou arrematação devem poder propor questões anteriores à penhora.

A impugnação à execução pecuniária de título judicial, criada pela Lei 11.232/2005, também pode ser classificada em *impugnação de ação* e *impugnação de execução*, conforme suscite questão de mérito ou meramente processual. Somente no primeiro caso será uma ação declaratória incidente, de cognição plena ou limitada, do mesmo modo que os embargos do executado, mas sempre exauriente, gerando decisões com a força da coisa julgada, exceto na rejeição liminar.

A exceção de pré-executividade sobrevive às recentes reformas processuais. Quando suscita questão de mérito, é verdadeira ação declaratória incidente. Sua decisão não pode adquirir imutabilidade da coisa julgada, em razão da sumariade, quanto à profundidade.

Arrematação, o concurso particular de credores, adjudicação e arremção de bens são verdadeiras ações incidentes de cognição limitada e sumária, cujas decisões produzem efeitos de direito material, sem a autoridade da coisa julgada.

Certamente os institutos examinados não esgotam todos os casos de ações incidentes na execução. Reivindicações do avaliador, do depositário, do administrador, do leiloeiro, poderiam também ser analisadas na perspectiva aqui adotada e certamente suscitaram novas questões, uma das quais identifiquei desde logo, qual seja a da aplicação ou não do princípio da demanda, com o qual me parece que conseguimos conviver nas situações estudadas até aqui. À primeira vista, vislumbro que possivelmente a conciliação dessas reivindicações com esse importante princípio dar-se-ia à luz do que expus acima no item 2: quando os interesses desses sujeitos se inserem no poder-dever do juiz de impulsionar o processo e de prover à sua regularidade formal e ao preenchimento dos seus pressupostos de validade, o interesse de agir somente surgirá diante da inércia ou da manifesta recusa do juiz em tutelá-los.

Mas essa já é uma outra história, que fica para uma outra vez...