

*Diretora Responsável*  
**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editores:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Luciana Felix, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

*Assistentes Administrativos Editoriais:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

*Produção, Qualidade Editorial e Revisão*  
*Coordenadoras*

**IVÊ A. M. LOUREIRO GOMES E LUCIANA VAZ CAMEIRA**

*Líder Técnica de Qualidade Editorial:* Maria Angélica Leite

*Analistas de Operações Editoriais:* Aline Marchesi da Silva, André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

*Analistas Editoriais:* Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Claudia Helena Carvalho e Marcelo Ventura

*Estagiários:* Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Adaptação de capa:* Brenno Stolagli Teixeira

*Equipe de Conteúdo Digital*  
*Coordenação*

**MARCELLO ANTONIO MASTROSA PEDRO**

*Analistas:* Ana Paula Cavalcanti, Diogo Ferreira, Gabriela Lino, Jonatan Souza, Luciano Guimarães, Rafael Ribeiro, Renan Diniz, Rodrigo Araújo, Rodrigo Barcelos e Yasmim Andrade

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*

**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

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

Sica, Heitor Vitor Mendonça  
Cognição do juiz na execução civil / Heitor Vitor Mendonça Sica. -- 1. ed.  
-- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Bibliografia  
ISBN: 978-85-203-7353-8

1. Execuções (Direito) 2. Execuções (Direito) - Brasil 3. Juízes - Brasil I.  
Título.  
17-06506 CDU-347.952

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Execução : Processo civil 347.952  
2. Processo de execução : Direito civil 347.952

**DE ACORDO  
COM O  
CPC/2015**

**TERESA ARRUDA ALVIM  
EDUARDO TALAMINI  
COORDENADORES**

**ARRUDA ALVIM  
ORIENTADOR CIENTÍFICO**

# **COGNIÇÃO DO JUIZ NA EXECUÇÃO CIVIL**

**HEITOR VITOR MENDONÇA SICA**

*Prefácio*

**JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**

**Coleção  
Liebman**

**THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

## Cognição do juiz na execução civil

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA



© desta edição [2017]

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

MARISA HARMS

*Diretora responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, 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, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

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

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [08-2017]

Profissional

Fechamento desta edição [12.07.2017]



ISBN 978-85-203-7353-8

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

É com imenso prazer que (re)apresentamos à comunidade jurídica brasileira a Coleção Liebman, que, acreditamos, até os mais jovens conhecem, ainda que apenas “de ouvir falar”.

Trata-se de um conjunto de monografias que, além de baseadas em sólida bibliografia, têm evidente viés pragmático. São livros, portanto, que interessam, a um só tempo, a estudiosos e aqueles que lidam com o direito na prática: advogados, juízes, promotores, procuradores, defensores públicos.

Esta coleção teve seu primeiro livro publicado em 1977 e nela escreveram então jovens estudiosos que se tornaram grandes processualistas, como José Rogerio Cruz e Tucci, Teori Zavascki, Nelson Nery Junior, entre muitos.

Orientada por Arruda Alvim, que continua nesta função, cujo pensamento e cuja escola sempre tiveram como nota marcante justamente a necessidade de se extrair rendimento prático do estudo e da reflexão sobre teoria, esta coleção homenageia Enrico Tullio Liebman. Esse processualista italiano veio ao Brasil fugindo da Segunda Guerra Mundial, que então destruía a Europa. Tivemos a sorte de tê-lo tido entre nós por muitos anos, formando e ensinando processualistas brasileiros. O Código de Processo Civil de 1973 tem a sua marca e tem-na também o Código de 2015. No CPC de 2015 deram-se passos à frente em vários campos para resolver problemas que não existiam à época em que foi elaborado o projeto do diploma anterior, como, por exemplo, os conflitos de massa ou a excessiva demora dos processos. Abriu-se mão, em certa dimensão, da segurança, em favor da efetividade, na linha da tendência que se vinha revelando evidente ao longo dos mais de vinte anos de reformas pelas quais passou o CPC de 1973. Mas as linhas fundamentais do pensamento de Liebman no que diz respeito à resolução de conflitos individuais estão visivelmente mantidas, tendo-se, até mesmo, incorporado a sua mudança de opinião quanto às condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como hipótese autônoma.

Publicar na Coleção Liebman sempre foi o desejo maior dos que defendiam suas dissertações ou teses, escritas sob esta orientação: teoria e prática, sempre uma ao lado da outra. Se a teoria não serve à prática, é inútil; se a prática nada tem a ver com a teoria, é porque se terá abastardado em demasia. Por isso, a relevância de se lidar com uma sem tirar os olhos da outra. Os livros da Coleção Liebman sempre ostentaram e continuarão a ostentar essa característica.

## TRATAMENTO DO OBJETO LITIGIOSO EM SEDE DE EXECUÇÃO

### 3.1. Plano da exposição, esclarecimentos terminológicos e metodológicos

Conforme anteriormente noticiado, apresenta-se largamente disseminado e persistente o entendimento de que o juiz não poderia examinar o objeto litigioso em sede executiva, pois qualquer discussão a seu respeito seria reservada a uma demanda cognitiva incidental proposta pelo executado e ensejadora da instauração de uma nova e diferente relação processual.<sup>1</sup>

O presente capítulo pretende analisar criticamente esse entendimento, que já seria criticável à luz da estrutura original do CPC de 1973 e se tornou insustentável

1. A lista de autores que comungam dessa posição é vastíssima, bastando referir alguns de épocas e filiações teóricas distintas. Vide, entre os italianos, ANDOLINA, Italo Augusto. *"Cognizione" ed "esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale: corso di lezioni*. Milano: Giuffrè, 1983. p.13; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. 24. ed. riv. agg. Torino: G. Giappichelli, 2015, v. 4 (L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali). p. 9; FORNACIARI, Michele. *Esecuzione forzata e attività valutativa: introduzione sistematica*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 3 e 88; MENCHINI, Sergio. I provvedimenti sommari (autonomi e interni) con efficacia esecutiva. *Il Giusto Processo Civile*, v. 4, n. 2. p. 367-390, abr.-jun. 2009. p. 368-370-371 e BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 305-306, para quem o único modo de manter intacta a eficácia do título é impedir discussões no bojo da execução e autorizar que o executado se defenda por um instrumento externo. Entre os portugueses, veja-se: PIRES, Adriano Borges. *Do processo executivo (execuções, falência e insolvência)*. Lisboa, 1940. p. 30. Entre os brasileiros, BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 109; GRINOVER, Ada Pellegrini (nota à obra de Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978. p. 70); THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 1, n. 1. p. 95-108, 1994. p. 98; MEDINA, José Miguel Garcia. O art. 795 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 88. p. 239-251, out.-dez. 1997. p. 245 VIANNA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir nas ações de execução. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002. p. 116.

em face do movimento de constitucionalização do processo civil e da evolução jurisprudencial, doutrinária e legislativa ocorrida nos mais de 40 anos de vigência do aludido *codex*, que culminou na edição do CPC de 2015.

O primeiro passo é analisar a garantia do contraditório em sede executiva, tema a que se reserva o item 3.2, *infra*. O objetivo é demonstrar que a execução se desenvolve, sim, em contraditório, o qual não merece ser tratado como “parcial e atenuado”.<sup>2</sup>

Após essa análise, chega-se o ponto de reconhecer que nem toda postulação do executado relativa ao *meritum causae* é exoexecutiva e que não subsiste utilidade em separá-las das postulações endoexecutivas. Desse assunto se ocupa o item 3.3, *infra*, cujo objetivo primordial é demonstrar que, se por um lado é absolutamente inegável que o objeto litigioso da execução é nela examinado em razão de postulações do executado, por outro ainda não se conseguiu superar o verdadeiro “dogma” segundo o qual o juiz não poderia fazê-lo independentemente delas.

Antes de revelar a superação desse dogma, convém reavaliar as bases teóricas invocadas para sustentá-lo, o que exige a rediscussão do próprio conceito de título executivo, tema a que se reservam os itens 3.6 a 3.8, *infra*.

Todos esses elementos conduzem ao ponto culminante deste capítulo, no qual o objetivo é demonstrar como se dá o “tratamento” de mérito da execução sem postulações do executado, assunto do qual se ocupam os itens 3.9 a 3.14, *infra*.

Conforme anunciado na introdução da presente monografia, usou-se propositalmente a expressão “tratamento” do objeto litigioso tendo em vista que “julgamento” poderia gerar confusão com a situação típica do chamado “processo de conhecimento” (art. 487, I), ao passo que “resolução” poderia conduzir ao entendimento de que a única preocupação é retratar fenômenos chamados por alguns<sup>3</sup> de “falsas sentenças de mérito” (art. 487, III).<sup>4</sup> A variedade de modos pelos quais o juiz “trata” do objeto litigioso em sede executiva torna inadequados esses termos.

2. Expressão usada por: TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 57, n. 2. p. 329-350, 2002. p. 335; e CARPI, Federico. Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della costituzione ed il processo esecutivo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 56, n. 2. p. 381-407, 2002. p. 403. Jorge Miguel Pação Polido (POLIDO, Jorge Miguel Pação. Ensaio sobre a autonomia do processo executivo. In: PINTO, Rui (coord.). *Colectânea de estudos de processo civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 467, usa a expressão “contraditório enfraquecido”.
3. Destaca-se em particular DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 928 ss.
4. A respeito da diferença entre “julgamento” e “resolução” do mérito, confira-se FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do processo” e mérito da causa. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 367-370.

Acresça-se, ainda, que o propósito é analisar o tratamento do objeto litigioso de maneira ampla, não apenas quanto ao “mérito” propriamente dito, isto é, o pedido, mas igualmente as “questões de mérito”,<sup>5</sup> que concernem à relação jurídica de direito material cujo exame se põe como necessário para que o juiz julgue o pedido.<sup>6</sup>

Em suma, a se usar o termo “tratamento” não se ignora que o juiz exerce cognição sobre mérito e questões de mérito em sede executiva, mas se reconhece que não exatamente da mesma forma que na seara da tutela típica (ou primordialmente) cognitiva, até porque a execução tem por objetivo a satisfação do direito, e não sua declaração.

### 3.2. Dimensão do contraditório em sede executiva

Já houve na doutrina adeptos da tese de que simplesmente não haveria contraditório na execução.<sup>7</sup> Contudo, tal concepção revela-se inaceitável, haja vista que,

5. Discorremos sobre essa dicotomia em outra oportunidade (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.), com apoio em DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, t. 1. p. 299-348, e WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113-117.
6. Em acréscimo à doutrina referida na nota anterior, cite-se Flávio Luiz Yarshell, segundo o qual “o fato de uma questão ter pertinência à relação material – dela fazendo uma questão de mérito – não significa que ela própria (a questão) seja o mérito. (...) [É] nos fundamentos da sentença que são enfrentadas as questões (resultantes da controvérsia formada a partir da causa de pedir) pelo autor, de um lado, e da defesa do réu, de outro). Já na parte dispositiva o órgão judicial dá resposta ao pedido, de tal sorte que, aí, não se resolve qualquer questão, mas sim a pretensão (isto é, o mérito)” (YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114-115).
7. Na doutrina estrangeira, vejam-se, por exemplo: SATTI, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: UTET, 1950. p. 99-101, e Mauro Bove, para quem “[i]l processo esecutivo non ha una struttura idonea a risolvere controversie (...) neanche se questi riguardano questioni processuali” (BOVE, Mauro. *Opposizioni all'esecuzione forzata*. *Il diritto: enciclopedia giuridica del sole 24 ore*. Milano: Corriere della Sera, 2007. v. 10. p. 397-403). PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de derecho procesal civil*. Pamplona: Aranzadi, 1982. p. 663, e MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. 24. ed. riv. agg. Torino: G. Giappichelli, 2015, v. 4 (L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali. p. 9; não apenas reputam inexistente o contraditório, mas consideram que não há réu na execução. Na doutrina brasileira, Antônio Carlos Costa e Silva (*Tratado do processo de execução*, v. 4. p. 527) afirmava que a “pureza da execução” teria “índole” que “repugna ao contraditório”. Já Humberto Theodoro Jr. patenteou que “[o] processo de execução não é de índole contraditória” (THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão pro iudicato no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 1, n. 1. p. 95-108, 1994. p. 107). Posteriormente, o jurista mineiro demonstra ter procedido à parcial revisão do

como atividade estatal e judicial que é, a execução não pode deixar de se sujeitar à garantia constitucional do contraditório.<sup>8</sup>

Ainda assim, mostra-se largamente difundido o entendimento de que o contraditório em sede executiva seria “parcial e atenuado”, em razão da preponderância da posição do exequente perante o executado (que não litigariam sob a paridade de armas que pauta o “processo de conhecimento”)<sup>9</sup> e da certeza que emerge do título executivo<sup>10</sup> (que seria supostamente dotado de “eficácia abstrata” e responsável por “presunção” de existência da obrigação exequenda).

Esse entendimento mostra-se equivocado por quatro razões principais.

A primeira: a radicalização da ideia de que o contraditório na execução é “parcial e atenuado” pode trazer prejuízos ao próprio exequente. Sem dúvida alguma o contraditório aplica-se a ele, bem como a terceiros intervenientes.<sup>11</sup> Ao

seu entendimento, ao averbar que, “como os atos executivos sujeitam-se a requisitos legais, não se pode pretender realizá-los sem propiciar às partes o adequado controle de legalidade” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2).

8. No final dos anos 1970, Mazzarella (Sul contraddittorio nel processo esecutivo. *Rivista di Diritto Civile*, v. 25, n. 2, p. 623-645, 1979. p. 623) dizia que o reconhecimento acerca da existência de contraditório no processo executivo ainda “ganhava terreno”. Já ao final da década de 2000, Francesco Cordopatri (La tutela del debitore nei processi esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 62, n. 4, p. 1.239-1.269, 2008, p. 1.239) considerou a discussão em torno da existência ou não de contraditório na execução superada. Fredie Didier Jr. afirma, com razão, que não há como afastar o contraditório, porque a Constituição Federal incide sobre a execução, que é atividade jurisdicional (Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, p. 9-28, nov.-dez. 2004, p. 24). No mesmo sentido, veja-se ainda: KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 76-77.
9. Remédio Marques patenteia que “a igualdade deve ser perspectivada como igualdade material ou substancial” de modo que “deveres, prerrogativas ou sujeições somente serão idênticos quando a posição das partes perante o processo é equiparável. Se as posições processuais são objectivamente distintas – como, incontestavelmente, ocorre na acção executiva – isso importa a atribuição de meios técnicos distintos, sob reserva da manutenção de um núcleo mínimo essencial de equilíbrio processual” (MARQUES, J. P. Remédio. *Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Porto: SPB Editores, 1998. p. 43).
10. Assim defende: PIRES, Adriano Borges. *Do processo executivo* (execuções, falência e insolvência). Lisboa, 1940. p. 11.
11. Leonardo Greco assim se manifestou a esse respeito: “[o] Código de 73, seguindo o modelo italiano, separou da execução toda atividade impugnativa do devedor ou de terceiros, instituindo para a resistência à pretensão executória e a defesa dos interesses por ela atingidos as ações incidentes de embargos do devedor e de embargos de terceiro (...) Constata-se, desde logo, que a pureza da separação da atividade coativa e da atividade cognitiva em processos distintos é apenas ilusória, porque incidem na execução

exequente deve-se permitir ampla participação para influir eficazmente na formação do convencimento do juiz, seja para exercício da cognição sumária destinada à deflagração de atividades executivas, seja para a prática de atos executivos, seja para discutir ao final da execução se a obrigação se encontra satisfeita ou não. Esses temas voltarão a ser tratados nos itens 3.13 a 3.16, *infra*.

A segunda: é completamente enganosa a assertiva repetida com frequência, de que o executado não é chamado para se defender, mas, sim, para satisfazer a obrigação.<sup>12</sup> Em realidade, sobretudo à luz do CPC de 2015, o chamamento do executado é realizado concomitantemente para as duas finalidades (o que fica claro à luz dos seus arts. 523, 525 e 914), as quais não são mutuamente excludentes; ao contrário, o sistema claramente escolheu realizar em paralelo atividades executivas e cognitivas (arts. 525, §§ 7º ao 10, e 919). Quando muito, a afirmação aqui combatida tinha alguma razão de ser sob a vigência do CPC de 1973 em sua redação original. As reformas ocorridas entre 1994 e 2006 gradualmente abandonaram a necessidade de “segurança do juízo” para admissão de defesas do executado que, em contrapartida, foram desprovidas de efeito suspensivo automático.

A terceira: a recusa em reconhecer o contraditório na própria execução fundava-se na ideia de que o executado somente poderia se defender por meio de embargos à execução, considerados como demanda incidente geradora de nova relação jurídica processual. Esse entendimento já não se sustentava à luz do fato de que diversas questões sempre foram debatidas em contraditório endoexecutivamente,<sup>13</sup>

pretensões cognitivas de outros sujeitos, como o próprio exequente, de credores concorrentes, o arrematante e o adjudicatário, que têm que ser equacionadas no próprio processo executivo” (GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. *Estudos de direito processual*. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 79).

12. E.g.: SOUZA, Gelson Amaro de. O Código de Processo Civil de 2015 – procedimento na fraude à execução. *Revista de Processo*, v. 40, n. 249, p. 204-229, nov. 2015. p. 211.
13. Conforme também constatou: MAZZARELLA, Ferdinando. Sul contraddittorio nel processo esecutivo. *Rivista di Diritto Civile*, v. 25, n. 2, p. 623-645, 1979. p. 623-624. Bruno Capponi afirma ser insuficiente a ideia de que a cognição se insere apenas em incidentes autônomos à execução, pois isso representa uma simplificação. O mesmo processualista prossegue sustentando o seguinte: “[a]l contrario, anche il giudice dell’esecuzione procede in base a un’attività di ‘cognizione’, perchè volta per volta egli deve accertare la sussistenza dei presupposti dei singoli provvedimenti; detti presupposti vengono ‘conosciuti in base ad un modulo processuale pienamente rispettoso del fondamentale principio del contraddittorio (art. 485 c.p.c.), in quanto tutti gli ‘interessati’, ivi compreso il debitore, sono di norma ammessi a fare osservazioni, istanze, richieste, ed in genere a collaborare nell’individuazione della complessiva situazione in cui vanno a incidere i singoli atti del processo” (CAPPONI, Bruno. *Manuale dell’esecuzione civile*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 43-45). Em arremate, pondera o jurista haver uma “presunção, alquanto ingenuamente cultivada dal legislatore, di poter tenere distinta l’esecuzione

e com o passar do tempo tornou-se cada vez mais comum que o executado pudesse se defender sem instaurar processo incidente. Esse tema, por sua complexidade, merece ulterior aprofundamento, ao qual se reserva o item 3.3, *infra*.

A quarta: ainda que inconscientemente, subjaz ao entendimento de que o contraditório seria inexistente ou parcial, alguma influência exercida pela estrutura da execução de alguns países, em que as atribuições se dividem entre o juiz e um ente externo responsável pela prática de diversos atos executivos.<sup>14</sup> É menos claro reconhecer efetivo contraditório, como poder de influir no exercício de poder decisório, em procedimentos que não se realizam perante juiz.<sup>15</sup>

Em resumo, o contraditório deve ser concebido bilateralmente, envolvendo exequente e executado, e a posição de sujeição do segundo em face da eficácia executiva não exclui o contraditório sobre a relação jurídica material, sobre a relação jurídica processual e sobre os atos executivos,<sup>16</sup> independentemente da configuração procedimental dos mecanismos predispostos a tanto. As únicas limitações ao contraditório decorrem da eficácia preclusiva que conota o título executivo judicial e a aplicação da técnica da inversão, tanto na execução de títulos judiciais quanto na de títulos extrajudiciais, sobre a qual se falará adiante. Ressalvadas tais circunstâncias, o contraditório é pleno.

Restaria apenas verificar em que medida a nova configuração da garantia do contraditório, plasmada nos arts. 9º e 10 do CPC de 2015, eventualmente impactaria a execução.

A primeira impressão é a de que a regra do *caput* do art. 9º – “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” – se aplicaria integralmente à execução, à falta de qualquer ressalva a respeito no parágrafo único (que trata apenas de tutelas provisórias e monitorias). Contudo, essa impressão se dissipa quando se constata inúmeras hipóteses taxativamente expressas em que o

dalla cognizione” (*ibidem*, p. 46). Na doutrina nacional, em sentido similar: DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, p. 9-28, nov.-dez. 2004. p. 24.

14. Novamente é correto o ponto de vista de MAZZARELLA, Ferdinando. Sul contraddittorio nel processo esecutivo. *Rivista di Diritto Civile*, v. 25, n. 2, p. 623-645, 1979. p. 623.
15. Mesmo que esse modelo fosse implantado no ordenamento brasileiro, nem por isso se excluiria o contraditório, que há de ser observado em qualquer relação pública ou privada em que há exercício de poder (*vide* o nosso texto: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “teoria geral do processo”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON FILHO, Petrónio (coord.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 55-78).
16. CORDOPATRI, Francesco. La tutela del debitore nei processi esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 62, n. 4, p. 1.239-1.269, 2008. p. 1241.

juiz decide sem ouvir o executado. Veja-se, por exemplo, que não há contraditório em face do executado no momento inicial da fase ou processo executivo, haja vista que o juiz o intima ou cita para cumprir a obrigação (arts. 523, 528, 536, 538, 806, 815, 822 e 829) e, em paralelo, se defender. Essa decisão, por ser interlocutória, é recorrível<sup>17</sup> e, não obstante, atacável pelos meios típicos de defesa que, ao menos em princípio, não impedem a continuidade das atividades executivas, em clara técnica de “inversão de contraditório”, sobre a qual adiante se falará. Além dessa decisão inicial, há várias outras quanto às quais não se ouve previamente o executado (v.g., arts. 817, 841,<sup>18</sup> 846, 880, 889, I etc.). Apenas excepcionalmente o texto legal impõe a oitiva do executado previamente ao proferimento da decisão, tal como nos arts. 800, 811, 818, 853, 874 e 876, § 1º.<sup>19</sup>

Essa questão será retomada adiante, mas, por ora, é relevante destacar que essa prevalência de decisões baseadas exclusivamente em postulação do exequente e proferidas com base em cognição sumária se deve à estrutura da execução em que se aplica a técnica da “inversão do contraditório”,<sup>20</sup> que é constitucionalmente

17. Como demonstra: FREIRE, Rodrigo Cunha Lima. É agravável o ato de ordenar a citação na execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 1998. p. 646-664. Sérgio Arenhart também cogita, embora em situações diversas, que a defesa do executado possa se dar excepcionalmente por meio de recursos (ARENHART, Sérgio Cruz. A defesa do executado pela via recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001. v. 4. p. 982-1.005).
18. O dispositivo trata da penhora, que é feita sem prévia oitiva do executado. Apenas posteriormente à realização do ato construtivo é que o executado é intimado, facultando-se-lhe a substituição (art. 847) ou a redução (art. 854, § 3º, II), alegação de impenhorabilidade (art. 833, 834 e 854, § 3º, I), desrespeito da ordem legal (art. 835) ou outras circunstâncias que caracterizariam o que os arts. 525, § 1º, IV, e 917, II, denominam atecnicamente “penhora incorreta”.
19. Situação semelhante foi detectada no direito português, ainda ao tempo do CPC reformado em 2008, por FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 22.
20. Conforme foi há tempos reconhecido por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 179 e admitem também DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5. p. 372, segundo os quais na execução há cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, isto é, contraditório eventual, tal como na técnica monitoria. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 31-41 e MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013. p. 50-51, demonstram que a técnica da cognição sumária permite construção de procedimentos diferenciados mesmo sem urgência, dentre os quais a execução de títulos extrajudiciais.

legítima desde que respeitados determinados parâmetros<sup>21</sup> e mostra-se particularmente afeiçoada ao ambiente da execução, que se baseia, justamente, na realização de atos concretos, que se fazem no interesse do exequente (art. 797, *caput*). Assim, o contraditório na execução, embora não seja “parcial e atenuado”, é oportunizado ao executado, por via de regra, posteriormente à maioria das decisões proferidas no curso da execução.

### 3.3. Julgamento do mérito da execução em função de postulações do executado

Uma vez revelado que o contraditório na execução não é “parcial e atenuado”, embora sofra adaptações em razão das técnicas empregadas para obter a satisfação forçada da obrigação, apresenta-se necessário analisar, ainda que brevemente, a posição do executado em face do objeto litigioso em sede executiva.

Com efeito, o objeto litigioso não pode ser analisado exclusivamente sob a perspectiva do demandante, devendo ser consideradas igualmente as postulações do demandado. Esse entendimento já havia sido por nós sustentado em trabalho anterior, mas com os olhos voltados apenas ao “processo de conhecimento”.<sup>22</sup> Naquela oportunidade, propusemos que toda defesa de mérito apresentada pelo réu, mesmo que orientada apenas ao propósito de obter a improcedência da demanda do autor, fosse considerada pedido de tutela jurisdicional (declaratória) e, portanto, qualificada como demanda em sentido estrito, porquanto apta à ampliação do objeto litigioso.

A transposição desse entendimento para a execução constitui tarefa relativamente simples,<sup>23</sup> haja vista que o arquétipo de defesa do executado, os embargos

21. Leonardo Greco, manifestando-se anteriormente às reformas do CPC/1973 operadas em 2005 e 2006, questionou a constitucionalidade da execução de título extrajudicial que não propicia possibilidade de bloqueio da eficácia antes de apreciados os embargos (GRECO, Leonardo. *A crise do processo de execução. Estudos de direito processual*. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 32-33). Já SCHENK, Leonardo Faria *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178-179 afirma que a técnica de cognição sumária se legitima se (a) for mantido o núcleo essencial do contraditório; (b) houver previsão expressa do legislador; (c) seu exercício não ensejar imutabilidade da coisa julgada; e (d) deve-se dar a possibilidade de instaurar procedimento fundado em cognição plena ainda que posteriormente. Conforme se verá adiante, não reputamos existente um obstáculo constitucional intransponível para que o sistema forme coisa julgada material sobre decisões que não são fundadas em cognição exauriente.
22. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.
23. Aliás, essa foi a constatação de Estêvão Mallet na sessão pública de arguição do trabalho referido na nota anterior como tese de doutoramento, então intitulada “Direito de

a execução,<sup>24</sup> são considerados demanda cognitiva incidente por praticamente toda a doutrina.<sup>25</sup>

Contudo, ainda assim convém submeter esse consenso a reflexões críticas, sob dupla perspectiva: de conteúdo e de forma.

Sob a perspectiva do conteúdo, em geral a doutrina atribui aos embargos à execução a natureza de demanda cognitiva incidental, independentemente da matéria neles veiculada.<sup>26</sup> No entanto, conforme corrente doutrinária minoritária à qual

defesa e tutela jurisdicional: contribuição ao estudo da posição do réu no processo civil brasileiro”, realizada em 23.01.2009 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob presidência do Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci.

24. De fato, a impugnação ao cumprimento de sentença continua inspirada nos embargos à execução, pois ambos os remédios contam com regimentos muito parecidos no tocante ao momento de apresentação (arts. 525, 535 e 914), parcela comum de matérias alegáveis (arts. 525, § 1º, II a VI, 535, II a V, e 917, I a V) e efeitos (arts. 525, §§ 7º a 10, e 919).
25. Item 1.2, *supra*.
26. Essa concepção de embargos sempre como ação (e não defesa) vem assentada há décadas, com fundamentos inconsistentes. Liebman afirmava que, “[s]e, em verdade, o autor é aquele que formula o primeiro pedido com respeito a determinado objeto (*rem in iudicium deducens*), autor é o devedor opoente, que é o primeiro (e o único interessado) a propor um pedido destinado a fazer declarar nulo ou inadmissível um ato executivo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 154). Ao tempo do CPC de 1939, Lopes da Costa diferenciava a simples defesa de efetiva demanda sob o seguinte fundamento: “nos embargos, o embargado é quem fala por último. Na contestação, é o réu”. Adiante, completava: “no processo de conhecimento, o réu responde ao pedido em forma de defesa. Na execução, em forma de contra-ataque. Isso acentua sua passividade” (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev., aum. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4. p. 47 e 62). Esse entendimento parte do errôneo pressuposto de que não haveria ato postulatório do exequente, o que não parece acertado à luz do próprio direito positivo brasileiro, seja sob império do CPC de 1973, seja sob do de 2015. Já se demonstrou que o exequente efetivamente apresenta postulação ao iniciar a execução (item 2.2, *supra*), o que é reconhecido igualmente em ordenamentos estrangeiros (v.g., MARTINETTO, Giuseppe. *Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 63). Carlos Alberto Carmona aportou outro elemento que explica esse equívoco: “[o] verbo *contraditar*, entre nós, acabou por assumir primordialmente o sentido de contestar, impugnar, razão pela qual a doutrina mais antiga, impressionada com a origem etimológica do vocábulo, procurou sempre deixar claro que na execução não há lugar para contestação, eis que o direito do credor transparece, em princípio, do título apresentado com a inicial, que confere razoável certeza acerca do crédito alegado em face do devedor” (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do processo de execução. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil: evolução (20 anos de vigência)*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17).

aderimos, a feição de verdadeira demanda só se caracteriza quando a pretensão processual do embargante efetivamente concerne ao direito material controvertido,<sup>27</sup> como nos casos de alegação de excesso de execução,<sup>28</sup> retenção por benfeitorias<sup>29</sup> e outras defesas de mérito dedutíveis em sede de “processo de conhecimento” (art. 917, III 1. parte, IV e VI, respectivamente). Outrossim, os embargos que aleguem apenas inexecutibilidade do título,<sup>30</sup> inexigibilidade da obrigação,<sup>31</sup> penhora in-

27. Se os embargos são meio de defesa e, quando veiculam matérias de mérito, encerram demanda, em nada se diferenciam da contestação no processo de conhecimento, segundo concepção por nós adotada em outro trabalho (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 10). De outro lado, quem entender que a contestação no processo cognitivo não encerra verdadeira e própria demanda, tenderá a aproximá-la da reconvenção, como Humberto Theodoro, que afirmou: “[n]ão se confundem os embargos com uma simples exceção, pois são na realidade uma verdadeira demanda, sob a forma de uma reconvenção *sui generis*, posto que goza de autonomia perante a execução, gerando nova relação processual, com estrutura e função do normal processo de cognição” (THEODORO JR., Humberto. Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 1, n. 1. p. 95-108, 1994. p. 97). Sobre as relações entre reconvenção e execução, confira-se: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281-287.
28. Se o objeto litigioso é o pedido mediato que, por sua vez, recai sobre o bem da vida em disputa, é natural inserir o excesso de execução como matéria de mérito, pois quase todas as situações que o caracterizam (art. 917, § 2º) concernem ao objeto da obrigação a ser satisfeita (salvo o inciso IV, que trata, em realidade, de inexigibilidade). Contudo, a maioria da doutrina tende a indicar que o excesso de execução caracterizaria matéria processual, pois representaria parcial “falta de certeza” ou parcial “falta de título executivo” (e.g., MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154; e BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de pre-executividade: alcance e limites*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48). Essa questão voltará a ser examinada adiante.
29. Entendemos não se tratar de defesa processual, inserida na órbita do interesse processual. A existência de tal direito de retenção não implica extinção da execução, mas sim sua paralisação, apenas.
30. Trata-se de requisito de ordem processual, pois concerne à aptidão do título executivo exibido pela parte a atender os ditames legais típicos para liberação de eficácia executiva. Assim, concerne ao plano da caracterização da *fattispecie* processual, e não ao plano da obrigação no direito material.
31. Referimo-nos aqui exclusivamente à inexigibilidade decorrente da falta de implemento de termo ou condição que, embora aferida à luz da relação jurídica de direito material controvertida (como observam: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114-116; e MINATTI, Alexandre Del Rios. *Contribuição ao estudo da tutela jurisdicional do executado*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 39), está catalogada no sistema pátrio como uma das “condições da ação”, isto é, o interesse de agir na modalidade necessidade, e, portanto, no plano do juízo de

correta ou avaliação errônea, cumulação indevida de execuções,<sup>32</sup> incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução (art. 917, I, II, III *in fine* e V, do CPC de 2015)<sup>33</sup> não acarretam dedução de verdadeira demanda, mas sim a veiculação de simples defesa processual, ou contra a execução em si (com o objetivo de vê-la extinta total ou parcialmente, sem prejuízo de ulterior repropositura da mesma pretensão, ou de alterar seu curso) ou contra atos executivos (sem o objetivo de ensejar a extinção da execução). Assim, mostra-se irrepreensível a classificação proposta por Leonardo Greco, de “embargos-ação” no primeiro caso e “embargos-exceção” no segundo.<sup>34</sup> O art. 775 do CPC de 2015 (substancialmente igual ao art. 569 do CPC de 1973) claramente diferencia essas figuras dos embargos de mérito<sup>35</sup>

admissibilidade. O objetivo do legislador ao optar por esse enquadramento foi evitar a formação de coisa julgada material sobre a decisão que reconhece que a obrigação não está vencida e, portanto, autorizar que haja repropositura quando houver o implemento do termo ou condição. Teria sido melhor se o sistema processual brasileiro tivesse adotado uma solução diferente, deslocando essa questão para o campo das defesas de mérito e ressaltando que a coisa julgada material não impediria, nesse caso, a repropositura após o ulterior implemento do termo ou condição (como fizeram expressamente o art. 621 CPC português e o art. 333 do CPC colombiano). Como não foi essa a opção do legislador brasileiro (o que se infere claramente dos arts. 337, XII, 485, VI, e 502), é descabido distorcer o sistema para dele extrair solução que pareceria “superior” do ponto de vista científico.

32. Há claro paralelismo entre esse dispositivo e o art. 330, § 1º, IV, que trata da incompatibilidade entre os pedidos cumulados. O reconhecimento desse vício, contudo, não conduz à extinção da execução, mas sim à exclusão de um dos pedidos (conforme: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 808).
33. Defendem posição similar: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Os embargos à execução de título extrajudicial. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 641.
34. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. p. 597 e ss. Esse jurista igualmente se referia aos “embargos-defesa”, apenas para a execução contra devedor insolvente e na execução contra a Fazenda Pública (*idem*), as quais se mostram irrelevantes para o raciocínio aqui desenvolvido.
35. Não se duvida que essa catalogação poderia ser mais analítica. Anna Maria Soldi (*Manuale dell'esecuzione forzata*. 2 ed. Padova: Cedam, 2009. p. 1.051 e ss.), por exemplo, classifica as defesas do executado nas seguintes categorias: (a) contestação da ação executiva por defeito originário do título, a qual se divide em: (a1) vícios genéricos do título; (a2) não enquadramento do documento no catálogo do art. 474 do CPC italiano; (a3) defeito funcional do título por falta de identificação do credor ou devedor ou mesmo pela incerteza, inexigibilidade ou iliquidez do direito; (a4) defeito de legitimação ativa do credor ou de legitimação passiva do devedor; (a5) utilização do título executivo para fazer valer um direito diverso daquele que o título é idôneo a atuar; (b) contestação

e dos embargos meramente processuais,<sup>36</sup> o que, de resto, representa reprodução de dicotomia que perpassa todo o sistema.<sup>37</sup>

É possível, então, prosseguir com a reflexão crítica sobre o instituto dos embargos à execução sob o ponto de vista formal. A doutrina em geral se reúne em torno do consenso de que, independentemente da matéria arguida, os embargos à execução dariam ensejo à formação de um novo e diferente processo,<sup>38</sup> preservando-se a ideia de que o objeto litigioso da execução não poderia ser analisado no bojo de sua própria relação jurídica processual. Trata-se de uma construção até certo ponto artificial, haja vista que os embargos à execução veiculam apenas matéria destinada à defesa do executado (e não de contra-ataque), não precisam observar algumas das formalidades inerentes à petição inicial<sup>39</sup> e não exigem citação pessoal do exequente-embargado para resposta.<sup>40</sup> Esses elementos se sobrepõem, pensamos, a outros contrários – como a distribuição por dependência (art. 914, § 1º), autuação em apartado (*idem*) e o julgamento por sentença (art. 920, III) – para

acerca da dívida em razão de fato superveniente ao título; (c) contestação acerca do título executivo por fato superveniente; (d) contestação acerca de como é exercitada a ação executiva. No entanto, apesar do registro, não há necessidade de lançar mão dessa classificação mais detalhada e analítica.

36. Nesse particular, também é possível propor classificações mais minudentes, como as defesas cognoscíveis *ex officio* e apenas *ope exceptiones*, entre as defesas dilatórias e peremptórias e diferenciar “embargos relativos à matéria processual” e “embargos referentes às condições da ação”, como propõe Lucon (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 144).
37. É evidente o esforço do CPC em divisar de modo claro o exame do mérito e da regularidade do processo. Basta ver que o art. 337, *caput*, arrola as matérias preliminares a serem alegadas pelo réu “antes de discutir o mérito”, ao passo que os arts. 485 e 487 enunciam expressamente as hipóteses de julgamento sem e com resolução do mérito, respectivamente. Aliás, é com base nessa distinção que o Código estabelece normas sobre o âmbito da coisa julgada (arts. 502, 503 e 508), sobre o cabimento da ação rescisória (art. 966, *caput*), sobre o âmbito devolutivo da apelação (art. 1.013, § 1º, I) e sobre o cabimento de agravo de instrumento (art. 1.015, II).
38. Vide item 1.2, *supra*.
39. De fato, não há razão para se exigir, por exemplo, que o embargante decline todas as informações referidas no inciso II do art. 319 do CPC de 2015, que já figuravam dos autos.
40. O art. 920, I, do CPC de 2015 fala que o exequente será “ouvido” no prazo de 15 dias, mas nada menciona acerca da forma da comunicação processual. Tem-se entendido que se trata de simples intimação, conforme: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários aos arts. 914 a 920 do CPC de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.061; e DELFINO, Lúcio. Comentários aos arts. 914 a 920 do CPC de 2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.294).

o fim de reconhecer que tanto os “embargos-ação” quanto os “embargos-defesa” não implicariam instauração de um novo processo, mas sim mero incidente em autos apartados, a despeito de alguns elementos formais que indicariam o contrário.<sup>41</sup>

A concepção de que os embargos à execução constituiriam processo incidental tinha alguma razão de ser à luz da redação original do CPC de 1973. Firme no propósito de compartimentalizar de maneira estanque cognição e execução, aquele diploma elegeu os embargos à execução como palco exclusivo para alegação de toda a matéria de defesa sobre a execução e sobre os atos executivos destinados à “garantia do juízo”, ao passo que relegava todas as demais defesas relativas a fatos supervenientes a esse momento procedimental para os chamados “embargos de segunda fase”, a serem manejados após o ato que importasse efetiva expropriação (adjudicação ou arrematação).<sup>42</sup> Ou seja, claramente o legislador pretendia evitar que o executado se manifestasse no bojo da própria execução.<sup>43</sup>

Ocorre, contudo, que o próprio CPC de 1973 previa várias hipóteses em que o executado se defendia endoprocessualmente, ao menos contra atos executivos (arts. 668, 677, 683, I, 685, I etc.). Ademais, a estrutura estanque originalmente pensada pelo diploma foi subvertida pelos tribunais, por força da admissão das exceções/objeções de pré-executividade<sup>44</sup> e de petições avulsas para alegar matérias

41. À luz do CPC de 1973, o STJ entendia que aos embargos à execução deveria se fixar “valor da causa” (vg., AgRg no AREsp 709.624/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 27.10.2015, DJe 10.11.2015; e AgRg no Ag 1394473/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 23.10.2012, DJe 30.10.2012). Pensamos que se trata de exigência descabida, pois o único embasamento que se poderia extrair do art. 739, II, daquele diploma (com redação similar à do art. 918, II, do CPC de 2015), que se referia à “petição inicial” dos embargos. Ao menos *de lege ferenda* conviria que essa referência fosse inteiramente suprimida libertando-se os embargos dessa formalidade inútil.
42. Esse instrumento de defesa era de aplicação impossível nas execuções de obrigações de fazer e não fazer em forma específica, nas quais não se cogita de arrematação ou adjudicação.
43. A própria estrutura dos embargos poderia ser criticada por seu anacronismo (como fez GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. p. 582-587), seja por serem conotados por formalismo típico da contestação ao processo de conhecimento (em especial prazo preclusivo), seja pela exigência de prévia garantia por penhora, que se mostrava abusiva.
44. Vide item 1.3, *supra*. Ao permitirem ouvir o executado de imediato por meio da chamada exceção de pré-executividade (sobretudo quando se tratava de matéria de mérito), os juízes, de certa forma, questionaram a “aura” abstrata e incondicionada do título executivo, claramente afastando o entendimento radical de Liebman segundo o qual, “quando citado inicialmente para a execução, não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida. O juiz não o pode ouvir e deve mandar prosseguir a execução” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 317).

de defesa posteriores à garantia do juízo, mas anteriores à expropriação.<sup>45</sup> Ademais, após as reformas de 1994 e 2002, a defesa às execuções de título judicial relativas a obrigações de fazer, não fazer e dar coisa passou a ser feita endoprocessualmente, sem forma ou figura de juízo, ante a inaplicabilidade do regime de embargos.<sup>46</sup>

No entanto, a transformação dos embargos à execução de título judicial em impugnação ao cumprimento de sentença, por obra da Lei 11.232/2005, tornou a estrutura concebida pelo CPC de 1973 ainda mais incoerente, haja vista que matérias de mérito poderiam ser arguidas pelo executado sem instaurar novo processo (na execução de título judicial, mercê do art. 475-L, VI) e defesas processuais seriam alegadas por meio de um novo processo (na execução de título extrajudicial, conforme art. 745). O CPC de 2015 não apenas manteve essa incoerência, como a aprofundou, ao reconhecer expressamente a defesa do executado (processual e de mérito) por simples petições (arts. 518 e 525, § 11, dos quais adiante se tratará).

Diante desse quadro, mostra-se necessário deixar de lado as diferenças formais entre os meios de defesa do executado endo e exoexecutivos,<sup>47</sup> e considerar apenas o aspecto substancial, segundo o qual as defesas de mérito implicam ampliação do objeto litigioso da execução, pouco importando o modelo procedimental adotado.<sup>48-49</sup>

45. Vide item 1.3, *supra*.

46. Vide item 1.3, *supra*.

47. A igual conclusão chegou Michele Fornaciari (*Esecuzione forzata e attività valutativa*: introduzione sistematica. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 29), de acordo com o qual a distinção entre defesas do executado endo e exoexecutivas seria uma simplificação insuficiente. Em sentido similar, Eduardo Talamini (*A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 32, n. 153, p. 11-32, nov. 2007. p. 17) entende que algumas matérias podem ser alegadas por meio de mais de um instrumento de defesa. Em arremate, oportuno referir o pensamento de Yarshell e Bonício, para quem “o legislador não pode contrariar a natureza das coisas e, quando tenta fazê-lo, normalmente os resultados não são adequados” (YARSELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil*: novos perfis. São Paulo: RCS, 2006. p. 43). Não é aqui o palco adequado para questionar a utilidade e a conveniência de se manter essa multiplicidade de modelos procedimentais, tampouco se seria possível em alguma medida simplificar a defesa na execução, tal como o CPC de 2015 na defesa no processo de conhecimento (mercê da unificação de todas as defesas na contestação, por força do art. 337).

48. Em apoio a essa ideia, transcreve-se a percutiente lição de Yarshell e Bonício: “o dogma de que o mérito da execução não pode ser discutido no respectivo processo prende-se em parte à ideia de que a ela se opõe – ou se opunha – através de embargos do devedor. Estes, por seu turno, estavam ligados à clássica dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, separados por um intervalo. Por isso que, pensando nos embargos do devedor, ficava quando menos mais confortável afirmar que não se julga mérito no processo de execução (...). Contudo, na medida em que foram revistas as

Desprezado, por irrelevante, o aspecto formal das defesas do executado, o raciocínio anteriormente desenvolvido quanto aos embargos à execução vale para a impugnação ao cumprimento de sentença. Apesar das inúmeras dúvidas sobre sua natureza jurídica,<sup>50</sup> criadas em grande medida pela pouco relevante mudança

estruturas daquela tradicional dicotomia, então já não se podia mais possível [sic] falar rigidamente em julgamento do mérito na execução apenas e necessariamente apenas em sede de embargos (...) [A] cognição que considere apenas as alegações das partes (no caso da revelia, apenas as do autor), a prova documental e o direito aplicável bastará para julgamento da controvérsia. Ora, se tudo isso é admissível no processo de conhecimento, por que não pode ser também no processo de execução? Nesse particular, se o julgamento do ‘mérito’ (e não apenas a resolução de decisões de ‘questões de mérito’) não ficar claro pelo ângulo da rejeição da pretensão executiva, que se veja a questão sob o ângulo da pretensão declaratória negativa (ou constitutiva negativa) que o executado deduz quando, embora no processo de execução, afirma inexistente a obrigação. Será impossível ou incerto divisar nesse ato típico exercício do direito de ação ou, pelo menos, a formulação de uma demanda?” (YARSELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil*: novos perfis. São Paulo: RCS, 2006. p. 47-48).

49. A doutrina portuguesa continua às voltas com essa dúvida. Lebre de Freitas indicava que nem sempre é fácil discernir mero incidente cognitivo de verdadeira ação incidente cognitiva (FREITAS, José Lebre de. *Enxertos declarativos no processo executivo*. *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 315). Já João Pedroso e Cristina Cruz seguem caminho diametralmente oposto ao aqui trilhado, ao darem prevalência ao aspecto formal, não substancial: “[d]eterminar se se trata de um incidente ou de uma acção não é tarefa simples no caso de a sequência de actos que constituem a tramitação autónoma ser completamente diferente da tipificada no processo. (...) O critério da complexidade da tramitação autónoma pode ser a explicação. (...) O incidente visa resolver questões que se inserem fora do encadeado lógico necessário à decisão do pleito tal como este é de início apresentado pelo autor (...). Constituem uma acção autónoma as tramitações complexas que não têm na sua base uma ocorrência de cariz anômalo” (PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, mar. 2001. Disponível em: [http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\_1.html]. Acesso em: 29.10.2015. p. 100, nota 6).

50. A partir da criação da impugnação ao cumprimento de sentença por força da Lei 11.232/2005, a doutrina que se propôs a identificar a natureza jurídica do instituto se dividiu em quatro correntes: (a) os que sustentam que continua a ter natureza jurídica de demanda cognitiva incidente, tal como os embargos à execução (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4. p. 742-743; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1643; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Contornos da responsabilidade do legislador: incertezas, inseguranças e incoerências decorrentes das reformas do sistema de execução civil*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sergio (coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença* 2. São Paulo: Método, 2007. p. 363-378; LOPES, João Batista. *Impugnação do executado: simples incidente ou ação incidental?* In: CIANCI,

Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte (coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 343-345; e MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo Cunha Lima. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006. p. 462-463); (b) os que sustentam que a impugnação é mera defesa (CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento de sentença” conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? *Revista do Advogado*, v. 26, n. 88. p. 13-35, nov. 2006, p. 24; CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei n. 11.232/2005. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *A nova execução de títulos judiciais: comentários à Lei n. 11.232/05*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70; ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *A nova execução de títulos judiciais: comentários à Lei n.º 11.232/05*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. São Paulo: RT, 2007. v. 3. (Execução). p. 289; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *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. 126; FUX, Luiz. Impugnação ao cumprimento de sentença. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*. São Paulo: RT, 2007. p. 208; CIANCI, Mirna. Reflexões sobre a fase de cumprimento de sentença de obrigação pecuniária (Lei n. 11.232/2005 – CPC, art. 475-J). In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte (coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 592; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5. p. 371; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, v. 40, n. 244. p. 87-151, jun. 2005. p. 133-134); (c) os que sustentam que a natureza varia em função da matéria alegável (GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 851; ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei n. 11.232/2005 – impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade de coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da execução*. São Paulo: RT, 2006. p. 44-50; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves apontamentos sobre as alterações oriundas da Lei n. 11.232/2005. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte (coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 252-255) e, finalmente, (d) quem sustenta “natureza mista” de ação e defesa (DEFESTENINI, Marcos. Aspectos relevantes da impugnação. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte (coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 452). Pelas razões expostas no corpo do texto, acolhemos nesta tese a terceira corrente.

terminológica e formal operada pela Lei 11.232/2005,<sup>51</sup> é também possível nela identificar defesas de mérito e processuais. No primeiro rol, cuja dedução implica propositura de verdadeira demanda na acepção estrita do termo, encontram-se: excesso de execução e “qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença” (art. 525, § 1º, V, 1ª parte, e VII; art. 535, IV, 1ª parte, e VI). No segundo elenco, estão: falta de citação, ilegitimidade para a execução, inexecuibilidade do título, inexigibilidade da obrigação, penhora incorreta ou avaliação errônea, cumulação indevida de execuções, incompetência absoluta e relativa (art. 525, § 1º, I, II, III, IV, V *in fine* e VI; art. 535, I, II, III, IV *in fine* e V). Novamente recorrendo à lição de Leonardo Greco, há a “impugnação-ação” e a “impugnação-exceção”.<sup>52</sup>

Em prosseguimento, é de rigor aplicar a mesma lógica para a exceção/objeção de pré-executividade, em que se reconhece de forma pacífica a possibilidade de alegação tanto de matérias meramente processuais quanto de matérias de mérito (tais como pagamento e prescrição), desde que lastreadas em prova documental pré-constituída passível de análise de plano.<sup>53</sup> Há, pois, hipóteses de simples defesa e de verdadeira demanda contraposta do executado.

51. Nenhuma das características formais que diferenciam impugnação e embargos justifica que se reconheçam diferentes naturezas jurídicas. O “rótulo” dos atos postulatórios sempre se mostrou irrelevante para caracterização de sua natureza jurídica. A formação de autos apartados igualmente é inócua, bastando reconhecer que há demandas cumuladas nos mesmos autos (como a reconvenção) e meros incidentes autuados em separado (por exemplo, a alegação de impedimento ou suspeição, *ex vi* do art. 146, § 1º, do CPC de 2015). Igualmente inócua qualquer diferença quanto ao recurso cabível (decisão interlocutória agravável no caso da impugnação e sentença apelável no caso dos embargos, mercê dos arts. 1.015, parágrafo único, 1.009, *caput*, e 920, III, todos do CPC de 2015), haja vista que o agravo também desafia decisões de mérito (art. 1.015, II), ao passo que apelações atacam decisões de conteúdo meramente processual (art. 485). O mesmo raciocínio pode ser estendido às demais formas de defesas do executado referidas no texto.
52. GRECO, Leonardo. Ações na execução reformada. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 850-867.
53. Registre-se, por oportuno, que esse instrumento de defesa, de criação pretoriana, continua válido para alegação de matérias cognoscíveis *ex officio* e que poderiam ter sido suscitadas oportunamente ao ensejo dos embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento de sentença (no início do procedimento executivo), mas não o foram. Assim reconheceu, com acerto, Junior Alexandre Moreira Pinto, ainda sob vigência do CPC de 1973 reformado em texto que permanece atual (PINTO, Junior Alexandre Moreira. A nova disciplina dos embargos: subsistência da figura da exceção de pré-executividade? In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Execução extrajudicial: modificações da Lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 381-408). Assim, embora a exceção/objeção de pré-executividade não tenha forma ou figura de juízo, tal como as petições

Finalmente, não que se enquadrar nos mesmos moldes as petições avulsas, por meio das quais o executado alega matérias de defesa supervenientes ao momento de apresentação dos meios de defesa típicos, conforme os arts. 518 e 525, § 11, do CPC de 2015, aplicáveis no âmbito da execução de título extrajudicial por força do art. 771. Essa forma de defesa sempre foi admitida na prática,<sup>54</sup> mesmo à míngua de previsão expressa, mas a ela praticamente não se reservava atenção.<sup>55</sup> O CPC de 2015 as reconheceu textualmente.<sup>56</sup> Se existirem, por esse meio, alegações de mérito, haverá demanda.<sup>57</sup>

Em resumo, independentemente do modelo procedimental – embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença, exceção/objeção de pré-executividade ou mera petição –, a alegação de matéria de mérito sempre se diferenciará da alegação de matéria puramente processual. As primeiras implicarão dedução de verdadeira demanda e as segundas de mera defesa.<sup>58</sup>

A fisionomia procedimental das defesas do executado determina, contudo, a extensão e a profundidade<sup>59</sup> da cognição passível de ser exercitada pelo juiz quanto

avulsas a que se referem os arts. 518 e 525, § 11, do CPC de 2015, o fundamento de seu cabimento não estará nesses dois dispositivos, que cuidam apenas das simples petições para alegação de matérias supervenientes ao de apresentação da defesa (diferentemente entendeu Leonardo Greco, em sua arguição da versão deste trabalho apresentada como tese de livre docência, ao ponderar que a arguição de questões relativas à nulidade da execução poderiam ser feitas com base nesses dispositivos, desde que se reconhecesse que os prazos neles previstos não fossem considerados preempatórios). Seja como for, a exceção/objeção de pré-executividade continua plenamente cabível no procedimento especial da execução fiscal, que oportuniza a oposição de embargos à execução apenas após o depósito ou penhora (art. 16 da Lei 6.830/1980).

54. Vide item 1.3, *supra*.

55. O fenômeno não é restrito ao direito brasileiro. Na Itália, Martinetto (*Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 6-7) pontuou com precisão que há postulações do executado dentro e fora da execução, e que as primeiras são normalmente “trascurati dalla dottrina”.

56. Marcelo Abelha Rodrigues reconheceu no CPC de 2015 outras defesas incidentais, por simples petição, expressamente previstas no curso da execução, tais como aquelas dispostas nos arts. 854, § 2º, 528 e 903, §§ 1º e 2º (RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, v. 40, n. 244, p. 87-151, jun. 2005. p. 136-137).

57. De certa forma é o entendimento esposado por: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 218-219.

58. Essa constatação torna menos relevante as distinções entre defesa do executado endo-processual, incidental e heterotópicas, conforme proposto por Sandro Gilbert Martins (*A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 112).

59. Por cautela, convém assentar que se adota aqui o entendimento de que a cognição será exauriente sempre que se franquearem às partes plena possibilidade de aduzir razões

a matéria suscitada. Nos embargos à execução, a cognição é plena<sup>60</sup> e exauriente; na impugnação ao cumprimento de sentença é limitada<sup>61</sup> e exauriente; na exceção de pré-executividade, é plena<sup>62</sup> e exauriente *secundum eventum probationis*;<sup>63</sup> e nas petições posteriores às defesas típicas, é parcial<sup>64</sup> e exauriente.<sup>65</sup>

e produzir provas antes do proferimento da decisão, por meio de um procedimento judicial previamente estabelecido e idôneo (nesse sentido, confira-se, e.g.: PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela somaria (note de iure conditio e de iure condendo)*. *I processi speciali: studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979, passim; Graziosi, GRAZIOSI, Andrea. La cognizione somaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v.63, n.1. p.137-74, mar. 2009, passim; e GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10. p. 275-301, 2012. Disponível em: [www.pcpadv.com.br/imagens/pdf/REDP%20Ed.%20X.%20Artigo%20LG%20Cognicao%20sumaria.pdf]. Acesso em: 11.11.2015. p. 286-288). Ou seja, a cognição não se revela exauriente em razão do estado de espírito do julgador; fosse assim, o julgamento de mérito baseado em regras de distribuição de ônus da prova não seria fundado em cognição exauriente e efetivamente o é, dado que a constatação de falta de provas se dá depois que se oportunizaram as partes a sua produção.

60. Salvo se a relação jurídica de direito material impuser restrições cognitivas, como no caso dos títulos de crédito não causais, em que a cognição judicial é horizontalmente limitada, para excluir discussões em torno da relação jurídica de direito material subjacente ao título.

61. Há limitação das matérias alegáveis pelos arts. 525, § 1º, e 535 do CPC de 2015, conforme reconheceu Humberto Theodoro Jr., em texto escrito ao tempo do CPC de 1973 reformado em 2005 e que persiste atual (THEODORO JR., Humberto. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da execução*. São Paulo: RT, 2006. p. 329). No caso da impugnação à execução de sentença arbitral, podem ser incluídas as matérias do art. 32 da Lei 9.307/1996, conforme deixou claro o § 3º desse dispositivo, inserido pelo CPC.

62. Há cognição plena desde que a doutrina e os tribunais construíram a ideia de que qualquer matéria, processual ou de mérito, poderia ser alegada desde que com suporte em prova documental pré-constituída. Não há propriamente uma limitação horizontal à cognição, mas apenas probatória a exemplo do que ocorre em outros quadrantes do sistema (como no mandado de segurança, por exemplo). Vide item 1.3, *supra*.

63. Conforme definido por: WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125-126). Isso significa que, se houver suporte probatório suficiente, o juiz exerce cognição exauriente e efetivamente profere decisão de mérito, produzindo-se coisa julgada (conforme entendem, v.g.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Hipóteses excepcionais de formação de coisa julgada material no processo de execução havendo (ou não) exceção de pré-executividade. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem a Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 317-352; e KUHN, João Lacê. *A coisa julgada na exceção de executividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006). Por outro lado, se o suporte probatório for insuficiente, o juiz se abstém de analisar o mérito da questão controvertida. Essa técnica não se aplica às demais modalidades de defesas do réu, em que a decisão desfavorável ao executado por falta de provas (depois de dadas as oportunidades para

É importante realçar a necessidade de que três dos quatro instrumentos de defesa – embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e petições avulsas – efetivamente sejam palco para exercício de cognição exauriente, sem qualquer limitação em termos de profundidade e de provas cabíveis. Afinal, não fosse assim o executado ficaria desprovido de meio adequado para se opor a execução e aos atos executivos.<sup>66</sup> Apenas na exceção/objeção de pré-executividade justifica-se alguma restrição à cognição (e, mesmo assim, não se chega a ponto de afirmar o seu caráter sumário) considerando-se que esse mecanismo é utilizável pelo executado sem prejuízo dos demais anterior ou posteriormente cabíveis. Nesse passo, nos embargos, impugnação e simples petição, a efetiva apreciação da maté-

sua efetiva produção) é resultante de cognição exauriente e faz coisa julgada (conforme lembra, à luz do sistema português, mas enunciando ideia válida para o ordenamento brasileiro: SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. rev., actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008. p. 457).

64. O art. 518 do CPC de 2015 refere-se às defesas processuais (“questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes”). Já o art. 525, § 11, 1ª parte, se refere às questões de mérito “relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação” e, na parte final, às “questões relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes”.
65. Não há razão aqui para recusar o exercício de cognição exauriente, até porque não há mais oportunidade futura para que ela seja exercida, em face da exclusão dos “embargos de segunda fase”. Contrariamente, contudo, Greco defendeu que as defesas de mérito apresentadas incidentalmente na execução só poderiam ser objeto de cognição superficial e, portanto, seu exame não faria coisa julgada material; se o executado quisesse essa imutabilidade, deveria ajuizar uma ação autônoma (GRECO, Leonardo. A defesa na execução imediata. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem a Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 177 e ss.). Em outro texto, o autor afirmou, na mesma linha, o seguinte: “se por acaso o juiz conhecer na própria execução direito alegado pelo réu, seja através de requerimento avulso ou da chamada exceção de pré-executividade, esse conhecimento será superficial e incompleto, apenas para verificar a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação de execução, e eventual decisão que vier aí a ser adotada não dará proteção definitiva ao seu direito” (GRECO, Leonardo. A reforma do processo de execução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 350, p. 57-86, abr.-jun. 2000. p. 64).
66. Convém repisar que a execução é campo impregnado da técnica da cognição sumária com inversão de contraditório. Desse modo, a eficácia das medidas em face da esfera jurídica do executado é, por via de regra, liberada sem que haja cognição exauriente e sua legitimidade constitucional depende da ulterior possibilidade de o executado provocá-la (nesse sentido, confira-se: GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10. p. 275-301, 2012. Disponível em: [www.pcpadv.com.br/imagens/pdf/REDP.%20Ed.%20X.%20Artigo%20LG%20Cognicao%20sumaria.pdf]. Acesso em: 11.11.2015. p. 293; e SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178-179).

ria de mérito veiculada pelo executado (para acolhimento ou rejeição) produzirá decisão apta à formação da coisa julgada material.<sup>67</sup>

Quando a matéria de mérito for julgada a favor do executado, haverá extinção total ou parcial da execução, de modo que o julgamento do mérito da própria execução restará “encoberto” pelo julgamento do mérito do instrumento de defesa do executado. Em outras palavras: ao acolher a demanda contraposta do executado, o juiz em realidade dá pela rejeição da execução (total ou parcial), ainda que de maneira implícita ou indireta.<sup>68</sup> O rechaço da demanda do exequente resta “absorvida” pelo acolhimento da demanda contraposta do executado.

No “processo de conhecimento”, o fenômeno se apresenta de maneira diametralmente oposta. A decisão de improcedência total ou parcial da demanda autoral reconhece procedente a defesa de mérito do réu, quando há. Nesse cenário, o acolhimento da defesa de mérito do réu resta encoberto pelo julgamento de improcedência de demanda do autor. Ou seja: ao contrário do que sucede na

67. À luz dos arts. 355, 502 e 1.015, II, do CPC de 2015, é mais fácil reconhecer que decisões que não se enquadram como sentença (art. 203, § 1º) podem julgar mérito, na acepção estrita do termo e, portanto, transitam materialmente em julgado.
68. Assim entende, v.g., LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade). In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 1998. p. 590. Em sentido contrário, José Miguel Garcia Medina (O art. 795 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 239-251, out.-dez. 1997. p. 248-249) e Teresa Arruda Alvim Wambier (A sentença que extingue a execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998. p. 398), segundo os quais o juiz deveria necessariamente decretar a extinção da execução em razão do acolhimento dos embargos. A bem da clareza, convém de fato que a extinção da execução seja pronunciada de maneira expressa. Contudo, mesmo que esse cuidado não seja tomado, não haveria prejuízo desde que se interprete o comando da decisão que acolheu a defesa do executado que, em geral, será declaratória-negativa (vide MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à execução: sentença de procedência e improcedência*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 159-162). Fato é que o acolhimento da defesa de mérito do executado tem indubitavelmente o potencial de extinguir a execução, conforme é cediço em doutrina estrangeira (FREITAS, José Lebre de. Ação executiva e caso julgado. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 53, n. II, p. 225-250, abr.-jun. 1993. p. 226-227; e SOARES, Carlos Oliveira. O caso julgado na acção executiva. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, v. 4, n. 7, p. 241-259, 2003. p. 249) e nacional (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 486). Contra, entendendo que, em todo e qualquer caso, o juiz que julga procedentes os embargos à execução não desconstitui título executivo, nem dá pela improcedência da execução, vê-se a posição aparentemente isolada de Gelson Amaro de Souza (SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: MP Editora, 2007, passim).

execução, o acolhimento da postulação do réu é “absorvido” pela improcedência da demanda do autor.<sup>69</sup>

Há razão para essa discrepância de tratamento da posição do sujeito passivo da demanda cognitiva e da demanda executiva.

A estrutura do “processo de conhecimento” impõe ao juiz o dever de, após constatação do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, proferir uma decisão fundada em cognição exauriente,<sup>70</sup> de modo que, com ou sem defesa do réu, o juiz deverá se pronunciar se o autor tem o direito por ele afirmado ou não.

Diferentemente, na execução, o juiz libera a prática de atos de agressão à esfera jurídica do executado com base em cognição sumária<sup>71</sup> e, se ele não se defender, não haverá qualquer decisão ulterior por meio da qual o juiz declare que o exequente tem o direito que afirma ter. Há apenas a decisão inicial, deflagradora da atividade executiva, que não precisa ser ulteriormente confirmada.

Essa estrutura, contudo, não impede – e aqui está a chave do problema – que o juiz julgue o objeto litigioso da execução mesmo sem provocação do executado. O juiz não está de “mãos atadas” diante do título executivo, limitado exclusivamente a verificar pressupostos processuais e as chamadas “condições da ação”.

Esse tema voltará ao foco adiante, mas, por ora, é possível constatar que essas diferenças entre as estruturas processuais destinadas à realização primordial de atividades cognitivas e executivas revelam certa contradição: por um lado, a facilidade com que a doutrina aceita que o executado, ao apresentar defesas de mérito, proponha efetiva demanda e, de outro lado, a enorme resistência em reconhecer que se verifique o mesmo fenômeno quando o réu formula defesas de mérito no “processo de conhecimento”.<sup>72</sup>

69. Sobre esse tema, confira-se o nosso SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. cap. 10.

70. Ao menos em regra, pois o processo pode se encerrar apenas com base em uma decisão concessiva de tutela urgente antecipada antecedente estabilizada (art. 304).

71. Referimo-nos à cognição sumária realizada em sede executiva, e não à cognição exauriente exercida em prévio procedimento cognitivo do qual resultou a formação de título executivo judicial. Conforme ficará mais claro adiante (itens 3.7 e 3.9, *infra*), sempre há cognição sumária do juiz para autorizar o início da execução, seja de que modalidade de título executivo se trate, embora sua extensão e profundidade sejam bastante variadas em função da amplitude do rol de títulos executivos.

72. A doutrina praticamente uníssona defende que o réu que simplesmente requer a improcedência da demanda inicial apenas “resiste”, mas nada pede, de tal modo que apenas quando manejado algum instrumento típico de contra-ataque (notadamente a reconvenção) é que se pode reconhecer a propositura de efetiva demanda. *Vide*: MARQUES,

Não se podem ignorar, todavia, os pontos de contato entre os fenômenos. Quando os dois sujeitos parciais do processo, originalmente no polo ativo e passivo da relação jurídica processual, apresentam suas postulações de mérito, deve o juiz, desde que preenchidos os pressupostos de admissibilidade cabíveis e respectivos, examinar as duas. Ambos os atos postulatórios têm “poder de ativação decisória” e, em geral, são julgados concomitantemente, pois tendem a ser duas faces da mesma moeda. Entretanto, ainda assim é possível visualizar os pedidos e as causas de pedir de cada um deles, isto é, identificar o objeto litigioso de que cada uma dessas demandas é portadora.<sup>73</sup>

Diante de tais constatações, mostra-se despiendo analisar o tratamento do objeto litigioso da execução nas hipóteses em que o executado efetivamente apresenta defesas de mérito, independentemente do modelo procedimental empregado. Nessa situação, o mérito da execução tenderá a ser julgado como decorrência do exame da demanda contraposta do executado. Qualquer investigação em torno do tratamento do objeto litigioso da execução ficaria ofuscado pelo tratamento do objeto litigioso da demanda cognitiva contraposta do executado.

Em resumo, para os objetivos que movem este trabalho, o tratamento do objeto litigioso na execução deve ser, tal qual num laboratório, isolado das demandas contrapostas do executado. Afinal, a doutrina nunca recusou que o juiz examinasse o objeto litigioso da execução por força de postulação de mérito do executado. À luz do ordenamento vigente, esse exame é feito, a depender do caso, exoexecutivamente (por meio de processos incidentes) e/ou endoexecutivamente. No entanto, os estudiosos do tema, em geral, resistem em reconhecer que o juiz o faça sem provocação do executado.<sup>74</sup>

José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 5. p. 148 e 152; FORNACIARI, Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 23 e ss; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 304) e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 178).

73. Reportamo-nos novamente ao trabalho SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. cap. 10.

74. *Vg.*, na Itália, Liebman (*Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 143) e Bonsignori (*Lesecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappicelli, 1996. p. 56); no Brasil, Marcelo Lima Guerra (*Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 94); José Miguel Garcia Medina (O art. 795 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 239-251, out.-dez. 1997, p. 245); Juvêncio Vasconcelos Vianna (A causa de pedir nas ações de execução. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*

Em trabalho anterior, dedicamos atenção ao tema dos poderes do juiz para julgar improcedente a demanda do autor em face da ausência de resposta do réu.<sup>75</sup> De certa forma, a preocupação aqui é similar. O caso, então, é de verificar em que medida o juiz trata o objeto litigioso da execução independentemente de demandas contrapostas do executado.

Antes, porém, de iniciar essa investigação, impõe-se perscrutar algumas razões que historicamente conduziram a doutrina a recusar de forma tão radical a atuação judicial sobre o *meritum causae* na execução, fora dos casos em que haja demanda contraposta do executado.

### 3.4. Elementos hauridos da evolução dogmática e legislativa que explicam a resistência a reconhecer possível o julgamento do mérito da execução

A primeira circunstância que influenciou a resistência doutrinária a reconhecer possível o julgamento do *meritum causae* em sede executiva remonta a passado relativamente distante, quando havia proposição de catalogação da execução como atividade meramente administrativa e não jurisdicional. Essa tese continua a ter alguma razão de ser em ordenamentos jurídicos nos quais a execução é confiada (total ou parcialmente) a órgãos externos ao Poder Judiciário e que, de fato, não podem ser considerados investidos de jurisdição,<sup>76</sup> mas deve-se considerar superada nos sistemas em que a execução é desenvolvida perante juiz.<sup>77</sup> Ainda assim, não se pode descartar que continue a exercer, ao menos indireta e inconscientemente, alguma influência sobre a compreensão dos poderes do magistrado em enfrentar o *meritum litis* em sede executiva, conforme se procurará demonstrar ao longo deste

(questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002, p. 116); e, finalmente, Humberto Theodoro Jr., que afirmou em mais de uma oportunidade, peremptoriamente, que “não há decisão de mérito na ação de execução” (*Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 44, e Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 1, n. 1, p. 95-108, 1994, p. 98).

75. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134-160.

76. Para ampla referência de ordenamentos executivos estrangeiros, alguns dos quais construídos com essa estrutura, confira-se: GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 51-156.

77. Giuseppe Tarzia (Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 57, n. 2, p. 329-350, 2002, p. 332) afirma a caracterização da execução como atividade jurisdicional, e não administrativa a partir de Chiovenda (*Principi di diritto processuale civile*. 3. ed. Ristampa. Napoli: Jovene, 1965, p. 301-302), e que o debate se acha adormecido na Itália desde então (como também noticiado por RICCI, Gian Franco. *Diritto processuale civile: il processo di esecuzione i procedimenti speciali*, Torino: G. Giappichelli, 2013. v. 3. p. 6).

capítulo. Afinal, é corrente a afirmação de que a execução, mesmo que realizada em juízo, encerraria apenas “atividades práticas”, destinadas a transformar a realidade concreta para satisfação de um direito já reconhecido de maneira cabal no título executivo,<sup>78</sup> sobre o qual só haverá alguma discussão mediante provocação do executado, apta a ensejar incidente ou processo incidental cognitivo.

Os elementos referidos ao final do parágrafo anterior se ligam umbilicalmente à segunda e à terceira razões que, historicamente, justificaram o entendimento de que o juiz não poderia examinar o *meritum litis* em sede executiva.

A segunda razão a contribuir para o entendimento aqui criticado repousa nas construções teóricas em torno da natureza, função e eficácia dos títulos executivos, tanto judiciais<sup>79</sup> quanto extrajudiciais, mesmo consideradas as profundas divergências já havidas em sede doutrinária a respeito desse conceito unitário. Conforme se demonstrará adiante (itens 3.6 a 3.8, *infra*), a doutrina do Brasil e de outros países de tradição processual comum, a par de alguns pontos de dissenso, há tempos empreende esforço hercúleo para justificar a unificação dessa categoria lógico-jurídica denominada “título executivo”, embora abrangente de fenômenos muito heterogêneos.<sup>80</sup> Parece claro que, para esse fim, tentou-se aproximar a eficácia preclusiva produzida sobre o título judicial da “eficácia abstrata” de uma das modalidades do título extrajudicial, qual seja o título de crédito. Chegou-se, assim, à ideia de abstração do título executivo, revestido de caráter necessário e suficiente para ensejar a execução e imune ao exercício de cognição judicial atinente à relação jurídica de direito material.

Por fim, a terceira e última razão a justificar a recusa de julgamento de *meritum causae* em sede executiva liga-se à estrutura do processo de alguns países, nos quais o juiz não profere decisão autorizando o início da execução,<sup>81</sup> por ser requerida

78. *Vide item 1.1, supra*.

79. Aqui incluída a sentença arbitral, que embora não judicial, é considerada jurisdicional pela maioria da doutrina de época contemporânea.

80. As dificuldades dessa opção metodológica vêm há tempos sendo objeto de alertas da doutrina, tanto estrangeira (MAZZARELLA, Ferdinando. *Contributo allo studio del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 7-8; e ASECIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal civil: parte segunda*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 20) quanto brasileira (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 481-482).

81. Liebman parte dessa circunstância como premissa: “[a] qualidade preponderantemente prática, material, dos atos com que se desenvolve o processo de execução, que aconselhou a confiá-los, em grande parte, a um órgão jurisdicional inferior (oficial de justiça), e a necessidade de evitar o retardamento que sobreviria no desenvolvimento da execução se essa se houvesse de interromper a cada passo para dar lugar a um processo e uma decisão, assim como explicam a separação entre o processo de cognição e o de execução, assim também explicam de que esses atos normalmente não se precedem da verificação

diretamente perante órgão executivo.<sup>82</sup> Esse elemento presente em alguns sistemas estrangeiros reforça a tese de que o juiz de fato não examinaria o mérito na própria execução,<sup>83</sup> até porque nela não atuaria, salvo mediante provocação do executado. Nesses sistemas, é possível que a execução seja inteiramente realizada sem qualquer participação do juiz. Não se exige esforço para perceber que essa construção desponta intransponível para análise do ordenamento processual brasileiro, cuja deflagração da execução depende de decisão proferida pelo juiz que, depois, participa integralmente de sua condução. Ainda assim, é possível alvitrar que a doutrina produzida em países que historicamente exerceram influência profunda sobre a legislação e a processualística brasileira tenha, aqui também, condicionado a análise do ordenamento jurídico nacional de maneira indevida, em claro equívoco metodológico na comparação jurídica. Apenas a essa última razão é que não se dedica um item próprio para análise mais profunda, reputando-se suficientes as observações aqui lançadas.

Uma vez revistos sob perspectiva crítica esses entendimentos, é possível finalmente demonstrar que o objeto litigioso pode, sim, ser tratado *in executivis* independentemente de demanda contraposta do executado.

### 3.5. Discussões em torno da natureza (jurisdicional ou não) da execução

Na introdução da presente obra, declinou-se a opção de não proceder ao exame de fenômenos presentes tanto em ordenamentos estrangeiros como no sistema pátrio em que a execução não é confiada ao juiz, mas sim total ou parcialmente confiada a outros órgãos (públicos ou privados), bem como realizada pelo próprio exequente no âmbito extrajudicial. Parte-se do pressuposto de que, por opção do ordenamento legal, a execução pode, sim, ser tirada do controle do juiz e, quando isso ocorrer, poder-se-á questionar a perda de seu caráter judicial e/ou jurisdicional<sup>84</sup>. Apenas esse tema renderia ensejo a uma monografia e, por fidelidade aos objetivos traçados de início, não convém aprofundá-lo.

de sua conformidade com as normas da lei” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 177).

82. Em especial o *ufficiale giudiziario* do direito italiano e ao *huissier de justice* do direito francês. No direito espanhol, preservou-se a decisão inicial do juiz (arts. 551 e 552 da LEC, reformada em 2009), ao passo que no direito português há requerimento à secretaria ou ao agente de execução (a depender da forma de execução) e, uma vez aprovado, há despacho inicial do juiz (arts. 724 a 726 do CPC de 2013).

83. Fazendo expressa referência a esse aspecto, confirmam-se, na Itália, Denti (Intorno al concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, n. 1, p. 104-139, 1955. p. 129) e Bruno Capponi (*Manuale dell'esecuzione civile*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 103).

84. Como tem sido feito em Portugal, por conta da desjudicialização ocorrida nas reformas de 2003 e 2008 (e.g., SOUSA, Miguel Teixeira de. *A reforma da acção executiva*. Lisboa:

Assentada essa premissa, as atenções deste subitem são direcionadas a verificar se a execução *judicial* (realizada pelo juiz estatal) seria também *jurisdicional*. Lembre-se que os dois atributos não são perfeitamente coincidentes, uma vez que há fenômenos jurisdicionais não judiciais (a arbitragem)<sup>85</sup> e fenômenos judiciais não jurisdicionais (jurisdição voluntária).<sup>86</sup>

Enrico Allorio era um dos autores que negava à execução caráter jurisdicional; para ele, tratar-se-ia de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário e passível de enquadramento no campo da *jurisdição voluntária*. Detecta-se claramente no seu pensamento um culto exagerado à ideia de que a jurisdição, até mesmo por razões etimológicas, encerrar-se-ia na declaração do direito e na consequente formação da coisa julgada, de modo que qualquer atividade ulterior destinada a tornar concreta a decisão judicial seria realizada depois de já prestada à tutela jurisdicional.<sup>87</sup> Tal concepção mostrava-se incompatível com a ideia, já disseminada na primeira metade do século XX e irrefutável à luz do Estado constitucional do século XXI, de que a solução do seu conflito normalmente exigirá algo mais que o simples reconhecimento do direito pela sentença coberta por coisa julgada.

Na doutrina brasileira, costuma-se lembrar do posicionamento (também aparentemente isolado) de Celso Neves, para quem a execução não encerraria exercício de “jurisdição”, mas sim de “jurissatisfação”.<sup>88</sup> Contudo, não parece que referido processualista tenha chegado a ponto de reconhecer natureza administrativa à execução. Sua construção se assentava na premissa, também acolhida

Lex, 2004. p. 49 e 58; FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso do processo de execução*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 19; e THOMAZ, Helena; PINTO, Rui. *Procedimento extrajudicial pré-executivo anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 7), e mesmo na Espanha, após as reformas ocorridas em 2009 (NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal civil II*. Proceso civil. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 417).

85. Vide, por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 45-46.

86. Vg., MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Milenium, 2000, passim; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 464-469; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 259; e FERRAZ, Cristina. *Jurisdição voluntária no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2008, passim. Contra, GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18-20.

87. ALLORIO, Enrico. Ensaio polêmico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de derecho procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. t. 2. p. 3-46.

88. NEVES, Celso. Apontamentos sobre o binômio declaração-execução. *LTJ*, São Paulo, v. 56, n. 8, p. 913-916, ago. 1992. p. 913-916.

por Allorio, de que o conceito de “jurisdição” estava ligado intimamente à dicção do direito no caso concreto e à formação de coisa julgada, fenômenos que o autor considerava inexistentes no processo de execução.<sup>89</sup> A despeito disso, o aludido autor reconhecia expressamente que “[a]brangente de ambas as atividades – jurisdicional e jurisatisfativa – é o dever de tutela jurídica processual que compete ao Estado desde que monopolizou os instrumentos de realização da Justiça”,<sup>90</sup> e afirmava que tanto o processo de conhecimento quanto o de execução eram movidos por cognição, de modo que ele preferia a expressão “processo de declaração” a processo de conhecimento,<sup>91</sup> tal como é corrente nos países de língua espanhola e em Portugal. Ponderados esses aspectos, apresenta-se meramente terminológica a divergência de Celso Neves entre a doutrina de seu tempo e aquela produzida posteriormente acerca dessa questão.<sup>92</sup>

Assim, embora a execução não tenha de ser necessariamente judicial, quando o for, será igualmente jurisdicional, não cabendo se cogitar qualquer paralelo com a jurisdição voluntária,<sup>93</sup> cuja natureza jurisdicional é majoritariamente negada, conforme anteriormente referido.

Mostra-se, pois, pacificada a natureza jurisdicional da execução judicial,<sup>94</sup> ao menos à luz das escolhas feitas pelo legislador brasileiro até o momento, salvo algumas poucas exceções mencionadas em momento anterior da exposição.<sup>95</sup>

89. Eis a síntese desse pensamento: “dizer o direito é próprio e exclusivo do processo de conhecimento. (...) O que há [na execução] é atividade jurissatisfativa – não jurisdicional – nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada” (NEVES, Celso. *Jurisdição e execução*. In: PRADE, Péricles (coord.). *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. p. 314).

90. *Idem*.

91. NEVES, Celso. Apontamentos sobre o binômio declaração-execução. *LT*, São Paulo, v. 56, n. 8, p. 913-916, ago. 1992. p. 914.

92. Esse é o mesmo fundamento pelo qual Bruno Capponi (*Manuale dell'esecuzione civile*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 27 ss.) sustenta o caráter jurisdicional da execução.

93. O único paralelo possível entre execução e jurisdição voluntária está no fato de que o legislador goza de certa liberdade para tirá-las do Poder Judiciário. Exemplos de execuções não judiciais (e, portanto, não jurisdicionais) foram dadas anteriormente (*vide* Introdução). Exemplos de desjudicialização de procedimentos de jurisdição voluntária na legislação brasileira não faltam, bastando invocar três recentes: (a) retificação e anulação de registro público (arts. 213 e 214 da Lei 6.015/1973, com redação dada pela Lei 10.931/2004); (b) arrolamento, separação e divórcio (Lei 11.441/2007, cujas normas foram parcialmente reiteradas pelo art. 733 do CPC de 2015); e (c) usucapião administrativa (art. 216-A da Lei 6.015/1973, incluído pelo CPC de 2015).

94. *Vide*, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198-205.

95. *Vide* exemplos referidos na Introdução.

### 3.6. Esforço para construção do conceito unitário de título executivo

Na brevíssima resenha histórica empreendida no item 1.1, *supra*, destacou-se que a herança do direito romano impunha, ao menos como regra, a precedência de uma decisão judicial ou confissão feita em juízo para liberação de atividades executivas. Contudo, entre os séculos X e XI, passou-se a admitir a execução feita com base em confissão perante notário<sup>96</sup> e, posteriormente, em outros instrumentos extrajudiciais, públicos e privados.<sup>97</sup> O passo seguinte dessa evolução dos títulos hábeis à deflagração de atividades executivas foi a atribuição de eficácia executiva aos títulos de crédito,<sup>98</sup> que haviam sido criados anteriormente com a finalidade precípua de facilitar a circulação de riquezas, mas não necessariamente para ensejar execução direta.<sup>99</sup>

Essa evolução em torno do rol dos instrumentos destinados a autorizar a realização de atividade executiva não se fez acompanhar *pari passu* da evolução dos

96. *Vide* SAVIOLI, Giuseppe. *Storia del diritto italiano*. Torino: UTET, 1921. p. 569-570.

97. A grande questão é que o direito brasileiro, há muito e de maneira generalizada, transpôs a fronteira entre os instrumentos particulares assinados pelo próprio devedor (nos quais poder-se-ia reconhecer em certa medida uma *confissão*) e os instrumentos particulares emitidos unilateralmente pelo credor (questão ponderada por DINAMARCO, Cândido Rangel. O contrato de abertura de crédito e a teoria do título executivo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 50, n. 297, p. 7-11, jul. 2002. p. 7-11). O mais eloquente exemplo é a Certidão de Dívida Ativa (art. 515, IX, do CPC de 2015), que ainda se justifica considerada a fé pública que emana dos atos administrativos e o procedimento administrativo que, mediante participação do particular, antecede sua expedição. Contudo, aos bancos se estendeu benesse similar, de constituir unilateralmente o título executivo extrajudicial, por exemplo, nos casos de cédulas de crédito rural, industrial, comercial e bancário (art. 41 do Decreto-lei 1.671/1967; art. 10 do Decreto-lei 413/1969; art. 5º da Lei 6.840/1980; e art. 28, da Lei 10.931/2004, respectivamente). Ainda que a emissão de tais títulos se faça com base no contrato celebrado com o devedor, é o credor que unilateralmente expede documento quantificando o débito exequendo. Para Humberto Theodoro Jr. (O contrato de abertura de crédito e sua natureza de título executivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998. p. 282), essa autorização contratual basta para que se reconheça a legalidade de tais títulos executivos extrajudiciais. Com isso, atender-se-ia a exigência de que os títulos executivos extrajudiciais tivessem fundamento na autonomia da vontade, como sustentam Bruno Capponi (*Manuale dell'esecuzione civile*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 105) e Leonardo Greco (A crise do processo de execução. *Estudos de direito processual*. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 38).

98. SAVIOLI, Giuseppe. *Storia del diritto italiano*. Torino: UTET, 1921. p. 571. Muitos doutrinadores nunca se desvencilharam completamente da ideia de que o título de crédito conteria, em alguma medida, confissão acerca da existência do crédito, conforme pontuado há décadas por João Mendes Almeida Jr. (*Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. atualizada por João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 114).

99. ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 294.

procedimentos judiciais destinados a essa finalidade. Até os séculos XVIII e XIX, os ordenamentos jurídicos europeus de base romano-germânica diferenciavam os graus de formalidade e a qualidade da cognição judicial exercida para liberação de atividades executivas por títulos judiciais e extrajudiciais. Enquanto a liberação de eficácia da decisão judicial ou da confissão em juízo se fazia normalmente sem nova e diferente cognição (em face da abolição quase completa da técnica da *actio iudicati*,<sup>100</sup> ensejadora de nova atividade cognitiva exauriente em contraditório), a execução de instrumentos extrajudiciais era realizada por processos que exigiam o proferimento de uma decisão reconhecendo o direito do autor, precedidas de procedimentos igualmente sumarizados.<sup>101</sup>

Apenas entre os séculos XIX e XX é que se constrói a ideia de unificar títulos judiciais e extrajudiciais em uma única categoria, a qual foi acolhida por vários ordenamentos europeus continentais desde então,<sup>102</sup> bem como o CPC brasileiro de 1973.

Para alcançar o intento de unificar os títulos executivos, foram necessárias algumas medidas destinadas a adaptar fenômenos intrinsecamente heterogêneos,<sup>103</sup> produzindo-se soluções dogmáticas e legislativas em certa medida artificiais,<sup>104</sup>

100. Liebman (Execução e ação executiva. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 40-42) afirma que a *actio iudicati* foi preservada nos sistemas italiano e português como instrumento excepcional, utilizável pelo litigante vencedor que, embora já munido de uma sentença condenatória, pretendia provocar ao juiz o exame de uma questão que não havia sido nela decidida.
101. Conforme: LIEBMAN, Enrico Tullio. Execução e ação executiva. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 48-55. O autor ressaltava a França (que desde 1539 havia unificado o procedimento para execução de títulos judiciais e extrajudiciais) e ressaltava que as Ordenações do Reino Português recepcionaram o instituto, embora com alterações, sob a denominação de “ação de assinatura de dez dias” ou “ação decendiária” (Ord. Man., 3.16, e Ord. Fil. 3.25).
102. O art. 554 do CPC italiano de 1865 catalogava como títulos executivos, lado a lado, as decisões judiciais e os atos contratuais recebidos por notário ou oficial público autorizado. O art. 474 do CPC de 1940 segue a mesma baliza, incluindo “le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia”. Em Portugal, essa opção foi prestigiada nos CPCs de 1961 (art. 46) e 2013 (art. 703). A Espanha se rendeu a essa corrente no art. 517 da LEC de 2000, apesar de o rol de títulos extrajudiciais ser bastante exíguo (vide VELASQUEZ DE CASTRO: Roberto Daza. *Ejecución forzosa en el proceso civil*. Granada: Comares, 2008. p. 5-15).
103. Essa é uma das críticas formuladas por: MAZZARELLA, Ferdinando. *Contributo allo studio del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 36 e 48.
104. Conforme há tempos detectado por: ASSIS, Araken de. Execução forçada e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 6-16, set.-out. 1999. p. 9.

baseadas em alguma dose de distorção dos fenômenos para encaixe “forçado” de conceitos.<sup>105</sup>

Esse problema foi agravado pelo fato de a doutrina produzida entre o final do século XIX e o início do século XX ter a vã pretensão de formular conceitos universais, tanto do ponto de vista territorial quanto temporal, tal como ocorrera no tocante ao direito de ação, cuja longuíssima polêmica doutrinária foi superada apenas quando os doutrinadores reconheceram que qualquer conceito seria relativo, porquanto variável no espaço e no tempo.<sup>106</sup> Quanto ao conceito de título executivo, pode-se detectar o mesmo fenômeno: as polêmicas em torno da sua conceituação podem se considerar superadas quando se percebe que ela dependerá do ordenamento de cada país e de cada época,<sup>107</sup> e variará em função do ângulo de análise.<sup>108</sup> O título executivo é, enfim, “um produto do intelecto”,<sup>109</sup> e, quanto

105. A advertência quanto a esse equívoco foi feita há mais de três décadas por Ovídio Baptista da Silva: “[o] jurista, mais do que qualquer outro, deve ter o maior cuidado em evitar que os conceitos que ele elabora assumam o lugar dos fatos e o obriguem a torturar a realidade, mutilando-a a ponto de torná-la compatível com os conceitos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de execução*. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 7, n. 20, p. 186-203, nov. 1980. p. 188).
106. Essa premissa pautou o exame por nós empreendido sobre as teorias clássicas da ação (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8), com apoio na doutrina de Calamandrei (La relatività del concetto di azione. *Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1947. v. 5. p. 1-26), Liebman (Lazione nella teoria del processo civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 25), Riccardo Orestano (Lazione (in generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 4. p. 785-829), Alessandro Pekelis (Azione (teoria moderna). *Novissimo digesto italiano – Appendice*. Torino: UTET, 1980. p. 45-46), e Elio Fazzalari (Azione civile (teoria generale e diritto processuale). *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino: UTET, 1991. v. 2. p. 31 e ss.), entre os estrangeiros, e Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 321 ss.).
107. Assim já havia pontuado Mazzarella (*Contributo allo studio del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 7-8), com posterior adesão de Proto Pisani (*Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014. p. 695) para quem: “è inutile cercare di individuare sul piano della ‘natura’ un qualcosa che unifichi i vari titoli esecutivi”. Também negando um conceito universal na doutrina brasileira encontram-se Marcelo Lima Guerra (*Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 87) e Carmona (Títulos executivos extrajudiciais no Código de Processo Civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998. p. 58).
108. José Ferreira de Almeida (Algumas considerações sobre o problema da natureza e função do título executivo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 19, p. 5-113, 1966. p. 72 ss.) destaca justamente as diferenças dos resultados alcançados se o ângulo de análise é funcional (dominante na doutrina) ou estrutural.
109. Giovanni Verde (Attualità del principio “nulla executio sine titulo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 54, n. 4, p. 963-988, 1999. p. 963), com apoio em Vaccarella

maior o universo de títulos executivos, maior a heterogeneidade entre os elementos integrantes dessa categoria e mais restritas as características comuns entre eles. Essa constatação recomenda extremo cuidado na comparação jurídica entre sistemas com rol restrito de títulos executivos e o ordenamento jurídico brasileiro, sabidamente pródigo nessa matéria.<sup>110</sup>

Do ponto de vista da técnica procedimental, a unificação exigiu que se atribuísse artificial caráter autônomo à execução dos títulos judiciais produzidos pela jurisdição estatal civil nacional, de modo que seu início se desse sempre por meio de uma nova demanda, geradora de nova relação processual, para a qual haveria nova citação do executado. Como se viu no item 1.4, *supra*, essa solução procedimental, que redundava em artificialismo, foi abandonada gradativamente pelo legislador brasileiro entre 1994 e 2005.

A despeito desse avanço, o legislador pátrio manteve-se apegado ao conceito unitário de título executivo, o que se depreende claramente dos arts. 475-N e 585 do CPC de 1973 e dos arts. 515 e 784 do CPC de 2015, bem como do fato de que o livro dedicado ao processo de execução de título extrajudicial contém regras gerais sobre títulos executivos (v.g., arts. 580, 586 e 618 do CPC de 1973 e arts. 783, 786 e 803 do CPC de 2015).

Para verificar se a execução dos títulos judiciais e extrajudiciais se acha unificada, é preciso analisar quatro parâmetros: (a) configuração da fase procedimental inicial; (b) profundidade da cognição exercida pelo juiz; (c) natureza do título; e (d) técnica executiva propriamente dita. O CPC de 1939 apenas previu similitude entre ação executiva e ação executória quanto ao aspecto 'd'. O CPC de 1973, em sua redação original, unificou os quatro aspectos (embora tenha preservado, como não podia deixar de ser, diferentes extensões de cognição nos embargos à execução de título judicial e extrajudicial, mercê de seus arts. 741 e 745). As reformas empreendidas em 1994, 2002 e 2005 excluíram apenas a semelhança quanto ao aspecto 'a'. O mesmo modelo do CPC de 1973 reformado foi mantido no CPC de 2015. Ou seja, apesar dos esforços do legislador, a unificação das execuções de título judicial e extrajudicial permanece quase intocada, particularmente quanto ao conceito e características do título executivo em geral. Essa constatação reforça

(*Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*. Torino: UTET, 1983. p. 1-3).

110. Além dos títulos listados no art. 585 do CPC de 1973 (e cujo rol foi aumentado pelo art. 784 do CPC de 2015), Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 794-795) listam 27 diplomas legais que criam títulos executivos extrajudiciais, editados de 1965 a 2011, todos ainda compatíveis com o CPC de 2015.

uma das críticas feitas à Lei 11.232/2005, segundo a qual se alterou de maneira drástica a estrutura do CPC de 1973, mas se alcançaram objetivos muito limitados<sup>111</sup>

Ainda sob o ponto de vista procedimental, a segunda adaptação decorrente da unificação recaiu sobre a execução de título extrajudicial, que procurou abandonar a feição de processo cognitivo sumário especial,<sup>112</sup> dispensando-se a necessidade de decisão judicial declaratória acerca da existência da obrigação exequenda.<sup>113</sup> Essa concepção, introduzida no ordenamento brasileiro pelo CPC de 1973 e nele preservada desde então pelas reformas de 1994 a 2006 e pelo CPC de 2015, reduziu drasticamente a segurança jurídica em torno da liberação da realização de atividades executivas. A unificação do título executivo representou tentativa de criar um processo "meramente executivo".<sup>114</sup>

Sob o ponto de vista conceitual, por seu turno, os autores se propuseram a enfrentar as dificuldades manifestas de identificar elementos comuns entre títulos judiciais e extrajudiciais, com o fim de delimitar uma categoria única.

Nessa empreitada, valorizou-se o efeito preclusivo emergente da decisão judicial, a fim de reconhecer que o juiz não exerceria mais cognição em sua respectiva execução, tampouco enfrentaria qualquer aspecto do objeto litigioso, já previamente resolvido de maneira integral no procedimento cognitivo. Essa construção representa uma simplificação indevida, conforme será profundamente examinado no item 3.9, *infra*.

Também com o fim de equiparar os títulos judiciais os extrajudiciais, valorizaram-se características presentes exclusivamente em uma das espécies desses últimos, isto é, os títulos de crédito: abstração, autonomia e literalidade, conforme se demonstrará adiante (item 3.8, *infra*).

111. A verve de Calmon de Passos se referiu a essa reforma como "a montanha que pariu um rato" (A Lei n. 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Questionamentos e perplexidades (a montanha que pariu um rato). In: TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 297-308). Crítica similar foi feita por Evaristo Aragão Santos (Breves notas sobre o "novo" regime de cumprimento da sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei n. 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17-42).

112. Bem a propósito, Liebman afirmou com absoluto acerto que "[l]a storia del titolo esecutivo è la storia dei rapporti tra cognizione ed esecuzione" (LIEBMAN, Enrico Tullio. La sentenza come titolo esecutivo. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 333).

113. O tema será tratado em profundidade no item 4.1, *infra*.

114. VERDE, Giovanni. Attualità del principio "nulla executio sine titulo". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 54, n. 4, p. 963-988, 1999. p. 964.

Destacados esses elementos, chegou-se ao consenso de que todos os títulos executivos, judiciais e extrajudiciais, seriam portadores de “eficácia abstrata” e “presunção” ou ao menos “elevada probabilidade”<sup>115</sup> de existência de obrigação nele reconhecida.

Note-se que para alcançar esse resultado foram cunhadas teorias que seguiram caminhos diversos: algumas deram proeminência a elementos típicos dos títulos judiciais,<sup>116</sup> enquanto outras realçaram aspectos que despontam mais relevantes no âmbito dos títulos extrajudiciais.<sup>117</sup> Na esmagadora maioria das construções teóricas já alvitradas não se acha um ponto de equilíbrio.<sup>118</sup> Essa situação explica em grande medida a polêmica doutrinária que se arrasta por décadas, a qual convém ser examinada.

### 3.7. Revisão crítica do conceito unitário de título executivo

Para traçar breve panorama a esse respeito, é inevitável partir da doutrina de Carnelutti, que em 1929<sup>119</sup> propôs a “teoria documental” do título executivo,<sup>120</sup> identificando-o como prova legal do direito afirmado pelo exequente.<sup>121</sup> Desponta

115. É bem verdade que mesmo os mais ferrenhos defensores da unificação dos títulos executivos reconhecem que num universo heterogêneo há graus diversos de probabilidade (Dinamarco, *Execução civil*, p. 481-482), elemento apontado por autores que recusam a utilidade da unificação do ponto de vista dogmático (como Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p.696).
116. Aliás, é nessa linha que se apresenta corrente a expressão de que a sentença condenatória é o “título executivo por excelência”, conforme Dinamarco (*Execução civil*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 480) e Andolina (“*Cognizione ed “esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983, p.13).
117. Essa constatação é feita por Denti (Intorno al concetti generali del processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, n. 1, p. 115, 1955) e Mazzarella (*Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 33-35).
118. É o que registra Mauro Bove (*L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 29). Também não parecem chegar a bons resultados as construções teóricas que, sem pôr em questão a unificação, propõe abordagens diversas sob o prisma conceitual e funcional do título executivo (como Andolina, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 1-2) ou funcional e estrutural (como José Ferreira de Almeida, Algumas considerações sobre o problema da natureza e função do título executivo, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 19, p. 72 e ss., 1966; e Ferdinando Mazzarella, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 9).
119. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*: processo di esecuzione. Padova: Cedam, 1929. v. 1. p. 216-237.
120. Aderiu à sua tese, embora com temperamentos, Denti (Intorno al concetti generali del processo di esecuzione. p. 128).
121. Eis a síntese do pensamento de Carnelutti: “in sostanza, la funzione del titolo esecutivo non è diversa, per il controllo della pretesa del creditore, da quel che sia la funzione

evidente que Carnelutti propôs uma concepção que, em face da dicotomia, se aproximava mais dos títulos extrajudiciais.<sup>122</sup> Contudo, o jurista recorreu ao conceito de “prova legal” para limitar a liberdade do órgão judiciário na valoração do título e a extensão dos poderes do executado para se defender no bojo do processo executivo.<sup>123</sup> Em outra obra, Carnelutti alterou um pouco seu pensamento, ao afirmar que o título seria “prova sintética e integral”.<sup>124</sup>

No mesmo ano de 1929, Liebman publicou texto intitulado “La sentenza come titolo esecutivo”,<sup>125</sup> cujo objeto era limitado aos títulos judiciais. A despeito dessa limitação do objeto, o texto afirma genericamente que “a eficácia do título

delle altre prove per gli altri presupposti della esecuzione” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*: processo di esecuzione. Padova: Cedam, 1929. v. 1. p. 219).

122. Essa circunstância emerge clara do cotejo das seguintes passagens da obra de Carnelutti aludida na nota anterior: “un documento redatto dal notaro non contiene alcun giudizio di questo intorno alla esistenza del credito; qui, non v'è un accertamento, ma una prova” (*ibidem*, p. 220) e “anche quando il creditore abbia il suo diritto riconosciuto da una sentenza, tocca sempre all'ufficio accetarsi che una sentenza ci sia” (*Ibidem*, p. 221).
123. Essa concepção seduz autores portugueses até mesmo em época contemporânea. Miguel Teixeira de Souza afirma que “[o] título executivo é um documento: daí que esse título cumpra uma função probatória. (...) Essa função probatória do título executivo tem uma grande importância prática. Com a apresentação do documento que consubstancia o título executivo, a obrigação exequenda considera-se provada” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Ação executiva singular*. Lisboa: Lex, 1998. p. 67). Já Antônio Santos Abrantes Galdes (Títulos executivos. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, v. 4, n. 7, p. 35-66, 2003. p. 35) entende que o “documento reveste-se de determinadas características que revelam por si os factos de onde promana o direito de crédito que subjaz à pretensão deduzida”. Não se pode descartar que esse entendimento tenha alguma influência decorrente do fato de que o “caso julgado” foi catalogado como prova pelo Código Civil português de 1867 (arts. 2.407, n. 4º, 2.502 a 2.505). Contudo, Maria José Capelo (*A sentença entre a autoridade e a prova*: em busca dos traços distintivos do caso julgado civil. Coimbra: Almedina, 2015. p. 28-31) demonstra que esse dispositivo decorreria da concepção, à época comum, de que a coisa julgada implicaria “presunção de verdade” Essa doutrina foi superada em face da constatação de que a coisa julgada tornava a solução dada ao processo indiscutível, pouco importando a verdade, ainda que doutrina de peso tenha continuado a ver residualmente uma função probatória na sentença civil sob determinados aspectos (Calamandrei, CALAMANDREI, Piero. *La sentenza civile come mezzo di prova. Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1947. v. 5. p. 147-169).
124. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 676-677.
125. LIEBMAN, Enrico Tullio. *La sentenza come titolo esecutivo. Rivista di Diritto Processuale*, v. 6, parte 1, 1929. p. 117-129, posteriormente recolhido nos *Problemi del processo civile*, p. 331-342.

não é probatória, mas constitutiva”, e que ele poderia ser feito valer em juízo “sem a demonstração da existência do direito, porque o seu efeito é independente da existência do direito”.<sup>126</sup>

Liebman retoma e aprimora essas ideias na monografia *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*,<sup>127</sup> publicada em 1931, na qual rejeita expressamente a concepção carneluttiana,<sup>128</sup> insistindo na ideia de que título executivo em geral seria um ato jurídico, do qual emergiria a sanção executiva. Para Liebman, não haveria qualquer julgamento sobre o crédito em sede de execução,<sup>129</sup> pois isso representaria *bis in idem* em face do julgamento já realizado no processo de conhecimento.<sup>130</sup> Logo se vê que o conceito proposto se acha intimamente afinado ao de título judicial,<sup>131</sup> e apenas posteriormente foi adaptado para abrigar os títulos extrajudiciais.<sup>132</sup>

126. Liebman, *Problemi del processo civile*. p. 341, em tradução livre. O trecho completo no idioma original é o seguinte: “[l]a verità è che l'efficacia del titolo non è probatoria, ma costitutiva. Il titolo può essere fatto valere senza la dimostrazione del diritto, perché il suo effetto è indipendente dalla esistenza del diritto”.

127. Para o presente trabalho foi consultada LIEBMAN, Enrico Tullio. *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936; bem como a tradução brasileira: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

128. Os principais elementos que dão suporte a essa oposição podem ser extraídos dos seguintes trechos: “[a] prova, como meio destinado a formar convicção do órgão jurisdicional, está precisamente sujeita à avaliação que o juiz dela fará, e está exposta a contraprovas da parte adversa. Tal não acontece com o título executório que, sendo necessário e, ao mesmo tempo, suficiente, não se pode substituir por nenhuma outra prova, ainda que convincente, nem se expõe a ser depreciada em sua eficácia pelo fato de não estar o órgão executivo persuadido da existência do direito, ainda mesmo que o devedor lhe ministra a mais segura das provas contrárias” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 143) e “a prova (inclusive a legal) opera no domínio da cognição e pressupõe, portanto, um juízo do órgão executivo sobre a pretensão do credor” (*Ibidem*. p. 152). Ainda assim, o autor concordou com Carnelutti ao afirmar que “[u]m juízo do órgão executivo, de qualquer forma, indubitavelmente existe, devendo-se reconhecer a existência do título executório” (*Ibidem*. p. 153).

129. A essa crítica aderiram, na Itália, Bonsignori (*L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giapicchelli, 1996. p. 56) e, no Brasil, Marcelo Lima Guerra (*Execução forçada*: controle de admissibilidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 94).

130. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 152.

131. Outros autores, a seu próprio modo, propuseram conceitos de título executivo em geral muito mais afinados à ideia de títulos judiciais, tais como Goldschmidt (*Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Pietro Castro e notas de Niceto Alcalá-Zamora Castilló. Buenos Aires: Labor, 1936. p. 539), o qual propunha que o título fosse considerado um comando dirigido ao órgão de execução. Satta, na primeira edição de sua conhecida obra *L'esecuzione forzata*, de 1937 (p. 26, 40-41), propunha que o título executivo fosse

Carnelutti rebateu Liebman,<sup>133</sup> embora fazendo algumas concessões em relação à impositação original de seu pensamento, ao afirmar que a eficácia constitutiva do título executivo não seria incompatível com sua natureza de prova legal<sup>134</sup> e que, se o objetivo era unificar conceitualmente os títulos judiciais e extrajudiciais, o elemento comum a ser entre eles encontrado era justamente o caráter documental.<sup>135</sup> Propunha Carnelutti que a conceituação do título executivo moderno como prova legal representava um equilíbrio entre a concepção romana (em que a execução dependia de declaração judicial) e a germânica (em que bastava a mera afirmação do credor).<sup>136</sup>

Liebman teve ensejo de apresentar novas razões,<sup>137</sup> ao afirmar que a feição documental do título executivo tinha a mera aparência de prova, mas substancialmente não manteria essa característica<sup>138</sup> e criticou Carnelutti por não separar forma (documento) de substância (ato), continente de conteúdo.<sup>139</sup> A discussão encerrou-se

considerado portador de uma declaração (“accertamento”), com o que concordava Carlo Furno (Condanna e titolo esecutivo. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, p. 97-123, 1937. p. 112 e ss.).

132. As ideias de título executivo como ato jurídico, acrescidas da independência entre existência do crédito e ação executiva, buscam justamente aproximar títulos judiciais, deixando o elemento documental de lado (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 164-165).

133. Carnelutti, CARNELUTTI, Francesco. Titolo esecutivo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 7, n. 1, p. 313-320, 1931. p. 313-320.

134. *Ibidem*. p. 313.

135. *Ibidem*. p. 317.

136. A essa concepção de equilíbrio entre as influências romana e germânica também aludiu Gonçalves Sampaio (*A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. rev., actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008. p. 38-39).

137. LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XI, p. 127-153, 1934; posteriormente recolhido em LIEBMAN, Enrico Tullio. I presupposti dell'esecuzione forzata. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 355-379.

138. Na obra publicada em terras brasileiras anos depois da polêmica, Liebman aprofunda essas críticas ao afirmar que “o juiz não tem de examinar provas, nem formar sua convicção, e sim, unicamente, deferir o pedido que se apresente fundamentado como título competente” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 43). Adiante, o autor acrescenta: “desvirtua-se, porém, completamente o conceito de prova ao querer qualificá-lo de legal (sendo, por isso, sua apreciação fixada por lei, integral, provando não só os fatos, mas também o direito) e fora do alcance de qualquer prova contrária e elevando-a, enfim, a condição necessária (isto é, constitutiva) da ação executória” (*idem*).

139. LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p.357. Crítica similar foi feita por Dinamarco (*Execução*

com um brevíssimo texto de Carnelutti,<sup>140</sup> no qual afirma que as cambiais seriam exemplo evidente em que ato e documento não poderiam ser separados.<sup>141</sup>

Mesmo as teorias ditas “mistras”, apresentadas anterior e posteriormente a polêmica Carnelutti-Liebman, estão inteiramente calcadas na ideia de unificação. Mandrioli tentou construir um conceito mais aberto de “accertamento”, para o fim de incluir as declarações negociais.<sup>142</sup> Andolina propôs a ideia de representação documental.<sup>143</sup> Mazzarella defendeu que o que há de comum entre as duas modalidades de título é a linguagem.<sup>144</sup> Bonsignori constrói o conceito de título executivo sobre um trinômio: ato, documento e *fattispecie* processual.<sup>145</sup> Luiso distingue título executivo em sentido substancial e em sentido documental.<sup>146</sup>

Para rever criticamente essas teorias, o ponto de partida é questionar a própria metodologia que está na sua base, isto é, a unificação.

Embora a unificação constitua elemento do direito posto, pode ser ela limitada a um mínimo denominador comum, reduzindo-se, proporcionalmente, a utilidade do conceito.

O único elemento comum que pode ser extraído desses fenômenos tão heterogêneos é a ideia, construída por alguns dos autores referidos, no sentido de que os títulos executivos nada mais seriam que *fattispecies* processuais, assim entendidas como elementos do suporte fático que constituem causas de efeitos jurídicos.<sup>147</sup> Nesse caso, tais efeitos consistem nas atividades executivas, mediante coerção ou sub-rogação, orientadas à realização do direito material. Essas atividades

civil. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 492) ao recusar a teoria de Carnelutti, por entender que confundiria prova e forma.

140. CARNELUTTI, Francesco. Titolo esecutivo e scienza del processo (Postilla). *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, v. 11, n. 1, p. 154-159, 1934. p. 154-159.

141. *Ibidem*. p. 157.

142. MANDRIOLI, Crisanto. *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 327 e ss.

143. ANDOLINA, Italo Augusto. *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 122-130, e ANDOLINA, Italo Augusto. “Cognizione” ed “esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983. p. 57 e ss.

144. ANDOLINA, Italo Augusto. *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 73.

145. BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 56.

146. LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile: il processo esecutivo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2015. v. 3. p. 34-36.

147. Para os propósitos colimados neste trabalho, basta essa definição tradicional (referida, v.g., por CATAUDELLA, Antonino. *Fattispecie*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1967. v. 16. p. 927).

executivas, liberadas em função do reconhecimento judicial acerca da existência de um título executivo, são iguais<sup>148</sup> independentemente de sua origem (judicial ou extrajudicial).<sup>149</sup> Contudo, alteram-se profundamente os elementos do suporte fático que constituem causas de tais efeitos.

Sob o prisma ora proposto, o título executivo tem, sim, elemento probatório, pois é preciso demonstrar ao juiz, em sede de cognição sumária, a caracterização da *fattispecie* que autoriza a liberação das atividades executivas.<sup>150</sup> Dada a heterogeneidade dos fenômenos, a caracterização da *fattispecie* pode se dar de forma extremamente simples e imediata (como é notório na hipótese da sentença proferida pela jurisdição estatal civil que reconhece exigibilidade de obrigação, até porque para sua execução é competente a autoridade que a proferiu, e tudo se fará nos mesmos autos, *ex vi* do art. 516, I e II, do CPC de 2015) ou extremamente complexa (por exemplo, no caso da execução dos contratos bilaterais, *ex vi* do art. 784, II e III, c.c os arts. 787 e 798, I, c).<sup>151</sup>

148. A prova disso é que as técnicas executivas (sobretudo aquelas relativas à obrigação de pagar quantia) estão primordialmente reguladas pelo Livro II da Parte Especial do CPC de 2015, tal como o eram pelo Livro II do CPC de 1973. No caso das obrigações de fazer, não fazer e dar, aplicam-se técnicas comuns às execuções fundadas em título judicial e extrajudicial por força da aplicação subsidiária do Livro I (que trata do processo de conhecimento e cumprimento de sentença) ao Livro II (que trata da execução) e vice-versa, mercê dos arts. 513 e 771 do CPC de 2015.

149. Convém trazer o aporte de Barbosa Moreira (Conteúdo e efeito da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 176), segundo o qual “[o] ordenamento jurídico atribui a cada ato jurídico, em princípio, efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo, sem embargo da possibilidade de que, eventualmente, se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos e vice-versa”.

150. Em sentido similar àquele defendido no corpo do texto, Artur Anselmo de Castro (*A acção executiva singular, comum e especial*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. p. 15) afirma que o título executivo é a “*fattispecie* necessária da execução”, cuja caracterização exige operação de aquilatação de fatos e subsunção de normas.

151. É absolutamente corrente a ideia de que o juiz efetivamente exerce cognição sumária ao ensejo do recebimento de título executivo, para autorizar a liberação de eficácia executiva. Fernando Amâncio Ferreira (*Curso do processo de execução*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 163) reconhece que o juiz, ao receber o requerimento de execução, procede a uma cognição sumária “a fim de apurar se a obrigação neste contida é válida, se se encontra vencida e se é exigível e líquida, se o título é dotado de força executiva e não carece de requisitos extremos e se não faltam pressupostos processuais imprescindíveis à regularidade da instância executiva”. No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon: “[c]abe ao julgador examinar cuidadosamente o título executivo antes de determinar o desencadeamento de atos de agressão patrimonial, que desfalcam o executado do seu patrimônio” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e efetividade da execução. *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 25, n. 1-2, p. 75-105, dez. 1996. p. 77). Contudo, entende-se

Quando se trata de títulos judiciais, a demonstração da *fattispecie* recai primordialmente sobre atos processuais praticados ao ensejo do prévio exercício de atividade cognitiva,<sup>152</sup> podendo a eles se agregarem alguns elementos extraídos do plano do direito material (como a prova do implemento do termo ou condição das obrigações objeto de condenação para o futuro, conforme será mais bem analisado adiante).

Por seu turno, quando se tratar de títulos extrajudiciais, a caracterização da *fattispecie* repousa sobre atos ocorridos no plano do direito material, revestidos de características descritas na norma processual. Pense-se que, ao receber a petição inicial de uma execução de título extrajudicial, o juiz se depara com um contrato por instrumento particular. Para liberar a realização de atividades executivas o juiz fará, em cognição sumária, análises em dois planos: do direito material e do direito processual.

No primeiro, do direito material, deverá conhecer sumariamente os elementos relativos à existência, validade e eficácia do contrato, bem como da eventual consumação da prescrição, entre outros elementos que levam à produção de efeitos no plano substancial.

Imagine-se que a execução foi municiada com contrato celebrado entre pessoa e animal (que seria reputado juridicamente inexistente) ou entre dois sujeitos incapazes (caso em que seria inválido) ou sujeito a termo ou condição, cuja prova não foi exibida como manda o art. 798, I, c (o que conduziria à ineficácia). O juiz seguramente tem poderes para fazer esse exame, que concerne à própria produção de efeitos no plano material, dos quais são dependentes os efeitos no plano processual. Analisando a questão sob o ponto de vista do plano da validade do negócio jurídico no direito material, Miguel Teixeira de Sousa<sup>153</sup> entende que o vício de nulidade do negócio jurídico espelhado no título executivo extrajudicial pode ser conhecido pelo juiz *ex officio* por força do art. 286 do CC portugueses. Esse entendimento é reforçado pelo art. 726.2 do CPC portugueses<sup>154</sup>. No mesmo sentido

que essa cognição seria limitada ao controle das “condições da ação” e dos pressupostos processuais, baseado no entendimento de que “[p]ela própria unilateralidade do processo executivo não é lícito ao juiz duvidar ou pôr em discussão o crédito afirmado pelo exequente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz – Preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 71).

152. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*. Padova: Cedam, 1929. v. 1. p. 221.

153. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Acção executiva singular*. Lisboa: Lex, 1998. p. 70.

154. Transcreve-se referido dispositivo: “[o] juiz indefere liminarmente o requerimento executivo quando: [...] c) Fundando-se a execução em título negocial, seja manifesta, face aos elementos constantes dos autos, a inexistência de factos constitutivos ou a existência de factos impeditivos ou extintivos da obrigação exequenda de conhecimento oficioso”

se orienta a norma do art. 552.1.2º da LEC espanhola, introduzido pela Ley 1/2013 e alterada pela Ley 8/2013, a respeito do controle de cláusulas abusivas introduzidas em títulos extrajudiciais. Contudo, conforme demonstram Elena Lacalle Serer e Fernando Sanmartín Escriche<sup>155</sup>, a discussão a esse respeito é feita em contraditório com ambas as partes, em cognição exauriente.

Já quanto à prescrição, há que se reconhecer que se trata de matéria cognoscível *ex officio* (art. 332, § 1º, c.c. o art. 771), mesmo considerando-se a possibilidade de renúncia à prescrição (arts. 991 e 992 do CC). Isso porque o exequente continua investido do poder de demonstrar ao juiz que o executado renunciara extrajudicialmente à prescrição. De outro lado, entende-se que o executado não teria interesse de agir em renunciar à prescrição em juízo, para efeito de impedir a extinção da execução por esse fundamento, a fim de prosseguir a discussão acerca do mérito da cobrança.

No segundo plano, do direito processual, objetiva-se verificar se está configurada a *fattispecie* prevista no art. 784, III, do CPC de 2015, isto é, se o instrumento identifica com precisão a obrigação a ser cumprida e quem deve cumpri-la, bem como se dele consta assinatura do devedor e de duas testemunhas.

É bem de ver que o contrato pode ser existente, válido e eficaz no plano do direito material, mas não configurar título executivo, ao passo que pode ter os requisitos formais para configurar essa *fattispecie* processual, mas apresentar defeito do ponto de vista substancial. Qualquer dos dois vícios, constatados em sede de cognição sumária ao ensejo do recebimento da petição inicial, impedirá a liberação das atividades executivas. A escolha do inciso III do art. 784 para exemplificar foi proposital, mas o mesmo raciocínio pode ser reproduzido para as demais espécies catalogadas no mesmo dispositivo e na legislação extravagante. As mesmas ponderações aqui lançadas se aplicam à hipótese encerrada no inciso II do mesmo art. 784, substituídas as duas testemunhas pelo instrumento público.

Quanto aos títulos de crédito listados no inciso I do art. 784, há maior convergência entre a cognição nos dois planos, pois a falta de requisitos formais descaracteriza simultaneamente a validade material (como título de crédito) e a eficácia processual (como título executivo), ainda que persista nele utilidade como elemento probatório quanto à relação jurídica-base fora do âmbito da execução (teremos ensejo de aprofundar esse tema no item 4.6, *infra*).

Quanto ao “instrumento de transação” referido pelo inciso IV, o juiz precisará analisar se houve concessões recíprocas, se as partes são capazes e os direitos são disponíveis (plano material), bem como constatar se o instrumento foi “referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública,

155. LACALLE SERER, Elena; SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando. *La ejecución civil*. Valencia: Tirant Le Blanch, 2015. p. 175

pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”, se estabelece certeza objetiva e subjetiva, bem como liquidez da obrigação, quando o caso (plano processual). Sem pretensão de esgotar todô o elenco do art. 784, um dos seus incisos traz situação particularmente relevante para o presente raciocínio.

O inciso VIII trata do “crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio”. Considerando-se que o dispositivo (de redação equivalente ao art. 585, V, do CPC de 1973) não alude a “contrato escrito de locação”<sup>156</sup>, a doutrina tem admitido que o exequente apresente provas documentais da locação e do valor do aluguel, tais como boletos bancários etc.. Ademais, o juiz terá que verificar se a petição inicial incluiu apenas as despesas de condomínio ordinárias, devidas pelo locatário, já que as extraordinárias são devidas pelo locador (arts. 22, X, e 23, XII, da Lei 8.245/1991). Em suma, é inegável que há cognição sumária sobre o plano do direito material.

Feitas essas considerações, convém aqui tentar estabelecer uma gradação crescente quanto à extensão da cognição sumária inicial a ser exercida pelo juiz em face dos títulos executivos extrajudiciais previstos no art. 784: (a) os títulos de crédito não causais (inc. I); (b) os títulos de crédito causais (*idem*); (c) o instrumento público ou particular que encerre uma confissão do devedor acerca da obrigação (inc. II a V); (d) a certidão de dívida ativa (inc. IX); (e) o documento unilateralmente criado pelo credor que não goza de fé pública (inc. X e XI); (f) o instrumento público ou particular assinado pelo devedor que espelhe obrigação não confessada, mas não sujeita a termo de data incerta ou condição (inc. II a V, VII); (g) o instrumento público ou particular assinado pelo devedor que espelhe obrigação sujeita a termo de data incerta ou condição (inc. II a V); (h) o contrato bilateral sinalagmático escrito (inc. II, III e V); e (i) o crédito documentalmente comprovado de aluguel e encargos (inc. VIII).

Saindo do âmbito do exame dos requisitos de existência, validade e eficácia nos planos do direito material e do direito processual, não se poderia descartar nem mesmo a possibilidade de o juiz reconhecer que a versão fática retratada na petição inicial se mostra exageradamente inverossímil, como no caso de o exequente exibir título de crédito emitido por pessoa física no valor de R\$ 100 bilhões ou instrumento particular em que esta se obrigue a realizar a construção

156. Vide ARAÚJO, Luciano Vianna. Contrato verbal de locação é título executivo extrajudicial? In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008. v. 4. p. 299-309.

de um prédio de 200 andares.<sup>157</sup> A possibilidade de falsidade, nesses casos, pode se apresentar *prima facie*.

Repise-se, em resumo, que há efetiva cognição, embora sumária, sobre a relação jurídica de direito material e sobre elementos previstos no direito processual.<sup>158</sup> Estava certo Pontes de Miranda quando afirmava ser “ineliminável nas ações executivas, quer de títulos, quer de sentenças, o elemento declarativo. Não se executa sem se declarar”.<sup>159</sup> É bem verdade que é uma declaração, de início, precária e provisória, sujeita a ulterior alteração, porquanto fundada em cognição sumária.

Nesse passo, é fundamental notar que, para a análise realizada em ambos os planos, o exequente alega fatos (em sentido amplo), apresenta provas a respeito<sup>160</sup> e propõe que sejam extraídas consequências jurídicas, pleiteando, pois,

157. De certa maneira, seria uma extensão dos poderes que o juiz exerce em face dos efeitos da revelia (art. 345, IV), haja vista que um dos limites da cognição sumária está justamente na vedação a situações claramente desconformes às máximas de experiência (art. 375).

158. Diferentemente entendeu Eduardo Talamini (A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 32, n. 153, p. 11-32, nov. 2007. p. 15) para quem não existe na execução “atividade intelectual desenvolvida pelo juiz para formar convencimento sobre a ocorrência de um fato, a partir de outro que ele já sabe ocorrido”. Adiante acrescenta Talamini que “o juiz no processo de execução não forma convencimento nenhum acerca da existência do crédito. Bem ao contrário, o título serve exatamente para dispensar tal atividade cognitiva, tornando juridicamente irrelevante a convicção pessoal do juiz sobre os fatos constitutivos do suposto crédito. O título executivo funciona como um anteparo, uma barreira, entre a pretensão creditícia e a atividade executiva – impedindo que dentro da execução se investigue a existência do crédito nele retratado” (*idem*). Contudo, em prosseguimento, o mesmo texto ameniza a assertividade ao afirmar que “[a]s questões de mérito só são objeto de conhecimento na execução de uma forma indireta e sumária – e em casos extremamente restritos. Trata-se das hipóteses de extinção da execução previstas no art. 794 do CPC [...]. De forma indireta, porque são examinadas estritamente para o mero fim processual de extinção do processo. Ou seja, são examinadas sob a perspectiva exclusiva das consequências processuais que geram. De uma forma sumária, porque têm de estar evidenciadas *prima facie*: qualquer disputa mais profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderia ser dirimida dentro do processo executivo” (*idem*).

159. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 4. p. 287. Contudo, o mesmo autor ressaltou seu pensamento no sentido de que essa declaração inicial se resume ao reconhecimento da suficiência do título, sem que se julgue o mérito (*idem*, p. 292). Conforme já se adiantou no corpo do texto e será demonstrado adiante, esse exame envolve, também aspectos do *meritum cause*, embora em cognição sumária.

160. Trata-se, com efeito, de prova, pois seu objetivo é demonstração de fatos relevantes (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42) para o fim de “influenciar, de alguma maneira, na formação

tutela jurisdicional com base em uma afirmação unilateral de que é titular de um direito.<sup>161</sup>

Essa ideia não é aceita por autores oriundos de países em que não há decisão judicial inicial necessária para deflagrar o início dos atos executivos, em que se pode defender que o título executivo não tem qualquer feição probatória<sup>162</sup> e que, sobre ele, o juiz não exerce inicialmente cognição, salvo mediante posterior provocação do executado.<sup>163</sup>

No sistema brasileiro, a recusa ao elemento probatório do título executivo não tem razão de ser e, apesar disso, muitos autores aferram-se a essa ideia. Dinamarco, por exemplo, recusa esse entendimento por ele supostamente confundir prova e forma,<sup>164</sup> sem atentar na necessidade de o exequente estar sujeito ao ônus de provar que tem em mãos elemento que tipifica *fattispecie* autorizadora da realização de atividades executivas.

da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014 v. 2, t. 1. p. 244-245).

161. Martinetto registra que o uso de prova é inerente a qualquer atividade em que se deve formar convencimento sobre fatos relevantes (*Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 59). Por isso é que se mostra inaceitável o exagero da afirmação de Liebman (. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 43), segundo o qual “o juiz não tem de examinar provas, nem formar sua convicção, e sim, unicamente, deferir o pedido que se apresente fundamentado como título competente”.
162. Mesmo nesses dois ordenamentos, a exclusão do caráter probatório do título executivo só se justifica à luz da premissa de que o juiz é o único destinatário da prova, e que sua única finalidade é formar convencimento necessário ao julgamento, o que representa uma simplificação indevida dos fenômenos, como bem demonstrou Yarshell (*Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*).
163. Veja-se, por exemplo, o caso do processo italiano. O art. 475 do *Codice di Procedura Civile* dispõe que os títulos executivos listados no dispositivo anterior (art. 474), recebidos por notário ou oficial público, para serem munidos, solenemente, da “fórmula executiva”, assim descrita textualmente: “Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti”. Após cumprimento dessa formalidade (que para a cultura processual brasileira soaria anacrônica), permite-se que o exequente notifique diretamente o executado, dando-lhe prazo de dez dias para cumprimento da obrigação. Caso não haja o cumprimento, o exequente requer diretamente ao oficial judiciário (sem passar pelo juiz) que proceda à penhora (arts. 491-492) ou a busca da coisa (art. 606). Apenas na execução de obrigações de fazer ou não fazer é que o exequente se dirige primeiro ao juiz (art. 612).
164. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 492.

A prova destinada à demonstração dessa *fattispecie* é tarifada, pois tipificada no ordenamento,<sup>165</sup> mas não pode ser propriamente chamada de prova legal, pois não se encaixa nas definições historicamente cunhadas para esse fenômeno.

A obra clássica de Moacyr Amaral dos Santos<sup>166</sup> descreve a prova legal como “[...] prova cujo valor é previsto pela norma jurídica, que visa a estabelecer a certeza relativamente ao fato presumido, isso em atenção à conveniência ou à utilidade de limitar-se, em relação a esse fato, o arbítrio do juiz na apreciação das provas, facilitando-se a decisão das questões de fato.”

Essa definição não explica a concepção de título executivo aqui acolhida, por várias razões. Primeiro, o exame inicial do título executivo, com o objetivo de deflagrar atividade executiva, é feito com base em cognição sumária, incompatível com juízo de certeza. Segundo, não se trata de “facilitar” a decisão do juiz sobre questões de fato no plano do direito material para formação de convencimento, mas sim de aquilatar a presença de elementos considerados pelo ordenamento como ensejadores da liberação de eficácia executiva.

Também não se consegue enquadrar a concepção de título executivo ora acolhida em uma definição contemporânea de prova legal, como a de Cassio Scarpinella Bueno.<sup>167</sup>

“Nenhum meio de prova é mais valioso que o outro. O que pode ocorrer – e ocorre com alguma frequência – é que a própria lei (material ou processual) exija uma específica prova como inerente à própria substância do ato. Isto, contudo, não transforma um meio de prova, abstratamente considerado, em hierarquicamente superior a outro. O que ocorre, diferentemente, é que para determinadas situações o próprio direito exige, como da natureza, da substância do ato, uma específica forma que é, em última análise, a única maneira de se comprovar a sua existência. É o que se dá, por exemplo, com a propriedade do bem imóvel (que se prova pelo registro, art. 1.245, §§ 1º e 2º); com o casamento (que se prova pela certidão respectiva,

165. Pedro de Figueiredo Ferraz Pereira Leite (*Contribuição crítica à teoria da motivação das decisões judiciais*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 89) refere-se a vários exemplos de provas tarifadas no CPC de 1973 (arts. 145, *caput*, 319, 364, 400 e 401) e sustenta que elas representam “ilhas” de valoração legal, dentro de um “mar” de livre convencimento racional, cujas extensões poderiam variar em casos específicos como se “marés” fossem (*ibidem*, p. 93-94). A finalidade dessa técnica (que subsiste no sistema brasileiro, a despeito de seu caráter excepcional de acelerar o processo, dispensar prova testemunhal, eliminar decisões e promover segurança jurídica (*idem*)).

166. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1949, v. 5. p. 415.

167. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, t. 1. p. 259.

art. 1.543) [...] Para essas específicas situações é que se pode falar não em hierarquia de prova, mas de uma prova específica – uma “prova legal”, segundo alguns – ou, como referem os arts. 215, *caput*, e 225 do Código Civil, uma “prova plena”.”

De fato, pode-se considerar que, para a caracterização da *fattispecie* denominada “título executivo”, é necessário portar elemento probatório tipicamente previsto no ordenamento. Não se pode dizer que da presença desse elemento probatório típico decorra a existência do direito material afirmado, mas a liberação da eficácia executiva depende de alguma dose de afirmação do direito material, que varia em função da natureza do título.<sup>168</sup> Com efeito, por se tratar de cognição sumária, a apresentação de um elemento probatório da existência de *fattispecie* que autoriza a deflagração de atividades executivas não significa certeza de existência, validade e eficácia da obrigação que se pretende satisfazer, no plano do direito material (porque, repita-se, houve apenas cognição sumária), nem mesmo tratando-se de cumprimento definitivo de título executivo judicial, protegido pela coisa julgada material. Afinal, o título judicial definitivamente exequível contém declaração imutável e indiscutível da existência e da validade da obrigação ao tempo em que veio a lume,<sup>169</sup> mas não necessariamente sua eficácia (como nos casos de condenação para o futuro, quanto a obrigação sujeita a termo ou condição)<sup>170</sup> e seguramente não está imune a ulterior modificação da relação jurídica (fatos modificativos ou

168. Dinamarco (*Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 377) recusa a ideia de título como prova, pois isso representaria quebrar a abstração da ação executiva. Contudo, Dinamarco estava preocupado apenas com a prova dos fatos concretos subjacentes à relação jurídica de direito material afirmada, e não com o fato processual concreto, que é a existência de suporte fático apto à autorização de início de atividades executivas. Essa constatação foi bem apanhada por Ovídio A. Baptista Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000. v. 2. p. 156), segundo o qual a combinação de autonomia da execução com o caráter abstrato do título executivo poderia colocar a doutrina “no limiar da admissão de uma classe de ‘ação concreta’, em que o portador do título executivo terá necessariamente o direito que ele representa”. Ovídio Baptista da Silva reconhece adiante que “o título [...] apenas permite que o processo executivo se abra”. Por isso é que jamais se poderia extrair do título efetiva existência do direito reclamado, tendo mais uma vez incorrido em erro Liebman, quando afirmou que o processo de execução se diferenciaria do processo de conhecimento pelo fato de que apenas no primeiro não se sabe quem está com a razão (*Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 33-34). Mauro Bove (*L'esecuzione forzata ingiusta*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 1-2) aponta que o acatamento de total abstração da execução forçada em relação ao direito material pode conduzir a uma dificuldade de reconhecer a possibilidade de uma execução forçada injusta, o que seria uma contradição.

169. Conforme destaca: SAMPAIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. rev., actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008. p. 38.

170. Esse é um dos elementos que levam a doutrina a afirmar que título é condição necessária, mas não suficiente para a execução (SAMPALIO, J. M. Gonçalves. *A ação executiva*

extintivos, supervenientes ao proferimento da decisão,<sup>171</sup> conforme adiante se demonstrará, item 3.10, *infra*). Note-se ainda que o risco de fatos supervenientes aumenta na proporção do tempo decorrido entre a formação original do título judicial e o início de sua execução.<sup>172</sup>

Para além desse aspecto, a cognição sumária realizada ao ensejo do início da execução, para autorizar a deflagração das atividades executivas, pode não bastar para revelar que o título é materialmente falso<sup>173</sup> (situação, do ponto de vista dos títulos judiciais, muito excepcional) ou que houve fato extintivo ou modificativo superveniente à sua formação (como a procedência de uma ação rescisória, revisão criminal ou demanda declaratória de nulidade de título judicial).

Como se vê, não há propriamente “eficácia abstrata”. O legislador estabelece a *fattispecie* com base na qual está disposto a liberar eficácia executiva, assumindo riscos. E a caracterização ou não de uma dessas *fattispecie* é fundada em cognição sumária sobre o plano material e sobre o plano processual, exercida pelo juiz ao ensejo do deferimento do início das atividades executivas.<sup>174</sup> Sob essa perspectiva, passa a ser mais fácil encarar a decisão que concede tutela provisória como título executivo, pois trata-se de uma *fattispecie* apta a liberar eficácia executiva.<sup>175</sup>

e a problemática das execuções injustas. 2. ed. rev., actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008. p. 73).

171. Mesmo Liebman, apesar de apegado à ideia de abstração do título executivo, não cometia o improprio de negar a possibilidade de extinção da obrigação superveniente à formação do título (*Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 316). No mesmo sentido, Remédio Marques afirma que o título “prova que o direito se constituiu – mas não necessariamente que ainda exista no momento da constituição da instância executiva” (*Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Porto: SPB Editores, 1998. p. 39).

172. Andolina pontua, a propósito, que “[m]an mano che ci si allontana del giudicato, diminuisce l'efficacia certificante dell'atto sottostante al titolo” (“Cognizione” ed “esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983. p. 105).

173. Situação lembrada por: GIANFORMAGGIO, Ugo. Qualche appunto in tema di certeza delle situazioni giuridiche e dei “titoli”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 12, n. 2, p. 598-607, 1958. p. 601.

174. Mazzarella diz que as críticas à teoria de Carnelutti decorrem do fato de que a caracterização do título como prova conduziria ao entendimento de que ele seria apto à revelação de verdade e, portanto, se quebraria a autonomia da ação executiva, que só poderia ser manejada por quem é efetivamente credor. Contudo, Mazzarella reconhece que Carnelutti conseguiu fugir dessa armadilha recorrendo à ideia de prova legal, que não se valora (MAZZARELLA, Ferdinando. *Contributo allo studio del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 36-37).

175. Como entendem Teori Zavascki (*Título executivo e liquidação*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2001. p. 99), Lucon (Objecção na execução (objecção e exceção de pré-executividade).

In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 1998. p. 568), Guilherme Rizzo Amaral (*As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 245) e Ana Paula Chiovitti e Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (*Tutela antecipada e título executivo*. In: ARMELIN, Donald (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-59). De modo diverso, Evaristo Aragão Santos (*A sentença como título executivo*. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução civil* (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005. p. 142-145) sustenta que a decisão que antecipa tutela não é título, mas sim antecipa o título. Já Athos Gusmão Carneiro (*Da antecipação de tutela*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10) chega a ponto de dizer que a generalização da antecipação de tutela “implicou [...] superação do princípio ‘nulla executio sine titulo’”. Marinoni se refere a esse brocardo ora como um “mito” (*Antecipação da tutela*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 133) e como uma “falsidade” (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT: 2002. p. 22-26). Eduardo José Fonseca da Costa (. *A repercussão da Lei n. 11.232/2005 na execução da tutela antecipada*. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte (coord.). *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 176) alinhava-se a esse entendimento à luz dos arts. 584, I, e 475-N, I, do CPC de 1973, mas seus argumentos não subsistiriam à luz do art. 515, I, do CPC de 2015. Com efeito, a inclusão da decisão que concede tutela provisória no rol dos títulos executivos se tornou mais fácil em face da definição mais ampla que o art. 515, I, deu ao “título executivo por excelência”, para nele abarcar todas as “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”. Igualmente mostra-se um falso problema o fato de que ao antecipar tutela o juiz procederá à sua “efetivação” *ex officio*, sem requerimento do exequente. Isso porque entre o pedido de proferimento de uma decisão concessiva de tutela provisória já contém em si, por evidente, a produção de efeitos concretos; aliás, ela somente tem serventia nessa medida. Assim posta a questão, convém examinar as semelhanças entre a técnica da tutela provisória e da execução de título extrajudicial: ambas se baseiam em cognição sumária inicial acerca da relação jurídica de direito material e postergam o exercício de cognição exauriente (tratando-se de tutela de urgência satisfativa, o exercício da cognição é meramente facultativo, a depender da iniciativa do demandado, via recurso, para evitar a estabilização, nos termos do art. 304, tal como na execução de título extrajudicial, em que, ao menos em princípio, a cognição exauriente também depende de provocação do executado, via embargos à execução). Já as principais diferenças são as seguintes: a primeira não está governada por tipicidade, ao passo que a segunda sim; a primeira pode ou não estar associada à urgência, mas a segunda dela prescinde totalmente; a primeira não carece de confirmação ulterior, ao passo que a segunda, sim (salvo na hipótese em que se apresentar cabível a estabilização pautada nos arts. 303 e 304); a primeira se realiza em caráter provisório (art. 297, parágrafo único), salvo se houver sido estabilizada, ao passo que a segunda, em regra, em caráter definitivo (embora haja dissenso a respeito, sobre o qual não convém aqui se debruçar). A liberação de eficácia nos títulos executivos extrajudicial é *ope legis*, ao passo que a tutela provisória é *ope iudicis* (para usar dicotomia cara a SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Execução provisória e antecipação da tutela*: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 299 e ss.).

A evolução dos sistemas processuais de base romano-germânica contemplou alguns modelos de liberação de eficácia executiva: (a) a forma tradicional, somente após a formação de coisa julgada sobre decisão fundada em cognição exauriente; (b) mediante decisão fundada em cognição exauriente, mas ainda não protegida pela imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada (execução provisória); (c) execução fundada em títulos extrajudiciais; (d) antecipação de tutela com ou sem urgência em situações específicas de direito material (ação possessória, mandado de segurança etc.); (e) antecipação de tutela com ou sem urgência genérica (art. 273 do CPC de 1973 e arts. 294 a 311 do CPC de 2015); (f) tutela monitoria. Sob o ponto de vista da produção de efeitos concretos, todos esses instrumentos se equivalem. Essa constatação foi feita por Ovídio Baptista da Silva<sup>176</sup>, embora comparando apenas as medidas antecipatórias e a técnica monitoria. É bem verdade, contudo, que ao ampliar demasiadamente o poder de o juiz liberar a realização de atividade executiva com base apenas em cognição sumária, o sistema abre mão da segurança em favor da celeridade, prioriza a “instância da tempestividade” em detrimento da “instância da definitividade” (conforme Andolina<sup>177</sup>). De certo modo, a generalização da tutela antecipada traz justamente para o sistema o cenário que gerava preocupação em Dinamarco<sup>178</sup>: “[p]ermitir a execução sem este [título] [...] constituiria um perigo muito grande, seja no plano político, seja no plano econômico”.

Essa forma de compreensão do título executivo traz diversas consequências práticas, as quais serão tratadas nos itens seguintes. Por ora, pode-se destacar uma delas. À luz do conceito ora proposto, pode-se entender a razão pela qual é possível promover execução com base em ato documentado que, ao momento de sua constituição, não era catalogado pelo ordenamento processual como título executivo, mas, por força de reforma processual, passou a sê-lo. Pode-se pensar nos créditos referidos no art. 515, V, e no art. 784, X e XI, do CPC de 2015, constituídos ao tempo do CPC de 1973 e, nessa época, passíveis de execução de título extrajudicial (art. 585, VI) e demanda cognitiva (art. 275, II, b), respectivamente. Após o advento do novo *codex*, tornou-se possível manejar execução de título judicial e extrajudicial, respectivamente.<sup>179</sup> Fica claro, portanto, que há um ato jurídico

176. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Reforma dos processos de execução e cautelar*. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 171.

177. ANDOLINA, Italo Augusto. “Cognizione” ed “esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983. p. 29 e ss.

178. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 476.

179. Enunciado 527 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, assim redigido: “Os créditos referidos no art. 515, inc. V, e no art. 784, incs. X e XI, do CPC/2015 constituídos ao tempo do CPC/1973 são passíveis de execução de título judicial e extrajudicial, res-

responsável pela constituição da obrigação, o que não se confunde com a aptidão para liberar eficácia executiva, analisada no plano do processo. O que importa, pois, é a caracterização ou não da *fattispecie* processual quando da apreciação do pedido de liberação da eficácia executiva.

Assim, considerando-se que a concepção de “título executivo” decorre de expressa opção legislativa,<sup>180</sup> resta ao intérprete fixar um conceito mais amplo, apto a abarcar todos os fenômenos nele contidos, que são muito heterogêneos. A luz dessa revisão histórico-comparatística, chega-se a uma reconstrução dogmática capaz de identificar o título executivo como uma *fattispecie* processual, cuja demonstração é feita por meio de prova tarifada<sup>181</sup>, a qual enseja liberação de eficácia executiva depois de ter sido submetida à cognição sumária que se desdobra, em graus distintos, sobre os planos material e processual.

Ou seja, há títulos que exigem análise mais profunda e outros menos; há títulos que exigem maior preocupação com a análise do direito material e outros menos, o mesmo sendo cabível dizer sobre a análise de aspectos no plano processual. Essa constatação não é incompatível com o conceito de “título” traçado anteriormente. E ainda que o fosse, haveria que se reconhecer que o legislador brasileiro, ao criar um rol tão vasto e heterogêneo de títulos executivos, desvirtuou seu conceito original.

### 3.8. Indevida transposição das características dos títulos de crédito sobre a conceituação de título executivo em geral

Outra circunstância que explica a resistência dos estudiosos a aceitar que haja julgamento de mérito na execução está na indevida apropriação, por todos os títulos executivos, de características que conotam apenas os títulos de crédito, como se fossem inerentes ao gênero. Novamente, aqui, mostra-se absolutamente fundamental uma revisão histórico-comparatística.

pectivamente (Grupo: Direito Intertemporal)” (Disponível em: [http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf]. Acesso em: 05.05.2016).

180. PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 48, n. 2, p. 265-280, 2002; SOLDI, Anna Maria. *Manuale dell'esecuzione forzata*. 2 ed. Padova: Cedam, 2009. p. 31; e Sassani-Miccolis-Perago (SASSANI, Bruno; MICCOLIS, Giuseppe; PERAGO, Carmela. *L'esecuzione forzata*: Lezioni. 2. ed. atual. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 13).

181. De Plácido e Silva define título, nas acepções que aqui nos interessam, como: “(a) a causa, a origem, o fundamento jurídico de um direito. Neste aspecto, pois, o título mostra-se o modo de transmissão, o fundamento da aquisição ou a própria causa dos direitos (...); (b) extensiva, e objetivamente, designa o próprio escrito ou o instrumento em que se redigiu o ato jurídico de que resulta ou de que se deriva o próprio direito e para que por ele se possam fazer valer os efeitos legais (...)” (*Vocabulário jurídico*, 22 ed., atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1402).

Conforme foi destacado (item 1.1, *supra*), o objetivo econômico primordialmente atendido pela criação dos títulos de crédito era facilitar a circulação de riquezas. Assim, o título permitia a criação de uma relação jurídica autônoma,<sup>182</sup> que se incorporava ao documento<sup>183</sup> e sua titularidade tanto ativa quanto passiva poderiam ser transferidas por meio da cártula, cuja cobrança não pode ser neutralizada por defesas atinentes à relação jurídica de direito material originária, de modo a proteger terceiros de boa-fé.<sup>184</sup>

Essas características dos títulos de crédito exerceram influência, primeiro, na concepção dos títulos executivos extrajudiciais e, depois de todos os títulos executivos, em face do tratamento unificado que lhes foi conferido.<sup>185</sup>

Com base em um raciocínio aplicável aos títulos de crédito, passou-se a se enxergar o título executivo *em geral* como autônomo em face da relação jurídica

182. Eis a clássica lição de Cesare Vivante, repetida insistentemente desde então e, de certa forma, incorporada ao direito positivo brasileiro (art. 887 do CC): “Il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato. Quando il titolo viene distrutto o annullato cessa necessariamente questo vincolo fra il documento e il diritto, e il diritto può esercitarsi anche senza di esso. Ma sinchè il titolo esiste l'esercizio del diritto è subordinato alla detenzione e alla esibizione del titolo. [...] All'opposto il titolo ha una influenza essenziale sulla sorte del credito e specialmente sulla sua circolazione e sulla sua estinzione, cosicchè il credito non si trasmette se non si trasmette il titolo, il credito non si può esigere se non su presenta il titolo: finchè il titolo esiste, nella misura determinata dal titolo; nessuna eccezione, nessuna limitazione può restringerne la portata, contraddicendo la sua parola, che fondò la legittima aspettativa del suo possessore; ogni atto giuridico inteso a restringere la portata del titolo, come il pagamento parziale del credito, deve risultare dal titolo. Ogni atto diretto ad arrestarne la circolazione, come il sequestro o il pignoramento, deve operare sul titolo; finchè esso circola, esso porta con sé il diritto che vi è menzionato nella sua integrità letterale” (VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 2. ed. Roma: Fratelli Bocca, 1904. v. 3. p. 129-130).

183. Assim leciona: DENTI, Vittorio. Intorno al concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, n. 1, p. 104-139, 1955. p. 111.

184. Tema muito bem explorado por MONTEL, Alberto. *Questioni in tema di moneta e titoli di credito*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 81-100). Esse raciocínio vale mesmo para os títulos de crédito causais, pois quanto a eles a diferença resume-se à maior amplitude das exceções (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 44). Consulte-se ainda, na doutrina estrangeira: MARTORANO, Federico. *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*. Napoli: Morano, 1979. p. 28-29; e, na doutrina nacional DINAMARCO, Cândido Rangel. O caráter abstrato dos títulos de crédito. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. t. 2. p. 1.745-1.764.

185. Tommaseo (*L'esecuzione forzata*. Padova: Cedam, 2009. p.47-48) distingue claramente as situações em que o título executivo está incorporado ao documento (basicamente nos títulos de crédito) e nos casos em que esse fenômeno não se apresenta.

de direito material nele espelhada,<sup>186</sup> o que representa equívoco manifesto.<sup>187</sup> Quando a execução é aparelhada em título de crédito, há autonomia em face da relação jurídica de direito material subjacente, mas o título executivo não é autônomo com respeito à própria relação jurídica cambiária (que é uma relação de direito material). Ademais, nos países em que o título de crédito não permite a execução diretamente, mas apenas processos cognitivos sumários,<sup>188</sup> ainda assim se impõe a restrição à cognição judicial quanto à relação jurídica subjacente.<sup>189</sup> Ou seja, autonomia e exequibilidade são conceitos inteiramente diferentes.<sup>190</sup>

Outra prova de que elementos que conotam os títulos de crédito influenciaram indevidamente a concepção de títulos executivos em geral está na assertiva de que

186. Incorrendo nesse engano, Liebman chega a ponto de dizer que “o que foi discutido no processo de cognição e, em geral a situação real do direito material, isto é, a inexistência atual do crédito, não podem influir diretamente sobre o desenvolvimento da execução, que recebe do título executório, como postulado indiscutível, a norma de sua disciplina formal, *desvinculada de qualquer ligação com as relações de direito material*” (Execução e ação executiva. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 45). Em outra obra o mesmo estudioso assim se manifesta: “o processo é construído na suposição de não haver matéria litigiosa a discutir e decidir, e com a definida intenção da lei de evitar que sejam suscitadas questões, que só retardariam e complicariam o andamento do processo. Para conseguir este resultado é que a lei recorreu à figura do título executório, cuja eficácia abstrata permite promover e percorrer a execução sem depender da demonstração da existência do direito. O título adquire eficácia autônoma e independente da relação jurídica que constitui a sua causa” (*Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 314-315).
187. Essa foi a perspicaz constatação de Ovídio Baptista da Silva (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1997. p. 152): “a fundamentação teórica para a autonomia executória das cambiais acabou justificando, de outra perspectiva, a autonomia da ação de execução de sentença condenatória”.
188. Conforme anteriormente já noticiado, é o caso da Espanha que, até hoje, diferencia a *acción ejecutiva* (fundada no rol muito exíguo de hipóteses do art. 517 da LEC de 2000) do *proceso cambiario* (fundado na letra de câmbio, cheque ou *pagaré*, equivalente à nota promissória), que pode ser considerado um processo de conhecimento sumário (arts. 819 a 827).
189. Por isso mesmo é que o art. 917, VI, do CPC de 2015 dispõe que o executado pode alegar em sede de embargos “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”. O dispositivo reconhece tacitamente que mesmo em um processo de conhecimento amparado por título de crédito não causal, o réu não pode apresentar defesas atinentes à relação jurídica subjacente. É o que resulta do art. 51 do Decreto 2044/1908 e dos arts. 17 e 19.2 da Lei Uniforme (Decreto 57.663/1966), conforme lembra Wille Duarte Costa (*Títulos de crédito* (de acordo com o novo Código Civil). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 280-281).
190. Assim sustentou também MARTORANO, Federico. *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*. Napoli: Morano, 1979. p. 428-429.

o exequente supostamente não precisaria “fazer afirmações de fato ou de direito sobre os quais fundamenta seu pedido”,<sup>191</sup> pois toda execução se submete apenas a um requisito: o título. Essa circunstância estaria presente, quando muito, nos títulos de crédito não causais<sup>192</sup> (em que a relação jurídica de direito material subjacente se mostra irrelevante) e nos títulos judiciais (em que as afirmações acerca da existência do direito já foram feitas no procedimento cognitivo precedente, no qual houve a formação do título, de modo que o início da execução não depende, ao menos em regra, da alegação de qualquer outro fato).<sup>193</sup> Contudo, para todos os demais títulos executivos extrajudiciais, incluídos os títulos de crédito causais, o exequente tem de relatar a situação jurídica de direito material que deu origem à emissão do título.

Na mesma linha, passou-se a defender que todos os títulos executivos gerariam presunção de existência da dívida em decorrência de uma das características presentes nos títulos de crédito (causais ou não causais), qual seja a “cartularidade”.<sup>194</sup> De fato, incorporado o direito ao documento<sup>195</sup> e patenteado que o pagamento implica tradição da cártula, o seu possuidor haveria de se presumir credor.<sup>196</sup> Essa lógica simplesmente não se aplica a outros títulos executivos. O mero fato de estar caracterizada uma *fattispecie* autorizadora de liberação de eficácia executiva não implica qualquer presunção de existência do direito a ser satisfeito forçadamente.

191. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 122. No mesmo sentido, PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 89.
192. ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 56 e 61.
193. Salvo, pensamos, tratando-se de execução de sentença penal condenatória, em que o objeto litigioso é autônomo em relação ao do processo em que ela foi proferida, conforme destacado no item 2.7, *supra*.
194. Segundo Newton De Lucca (*Aspectos gerais da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Enio Matheus Guazelli & Cia. Ltda., 1979. p. 57), entende-se por cartularidade a “necessidade de apresentação do documento para o exercício do direito”.
195. Wille Duarte Costa (*Títulos de crédito* (de acordo com o novo Código Civil). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 70-71) assim descreve a incorporação: “materialização do direito no documento (papel ou cártula), de tal forma que o direito (direito cartular) não poderá ser exercido sem a exibição do documento”. O entendimento vem consagrado em doutrina de longa data, como se infere, por exemplo, de Ascarelli (*Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 125).
196. Em outras palavras: se o sujeito se apresentava portador do título, isso significava que não havia sido pago, pois, do contrário, o devedor original o teria recuperado. Essa técnica simples e genial é mais que centenária (INGLEZ DE SOUZA. *Direito comercial*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Typografia Leuzinger, 1919. p. 212).

Há doutrina que igualmente atribuiu a todos os títulos executivos a característica da “literalidade”<sup>197</sup> presente nos títulos de crédito, ao afirmar que só se pode executar o que consta do título e contra as pessoas nele indicadas.<sup>198</sup> Em realidade, há elementos objetivos e subjetivos externos ao título que devem ser considerados na execução, por exemplo, a prova do implemento do termo ou condição (arts. 514, 787 e 798, I, d) ou a prova de modificações subjetivas supervenientes na relação jurídica material (arts. 778 e 779). Isso não é admissível nos títulos de crédito, que devem encerrar em si próprios todos os elementos objetivos e subjetivos para sua execução.<sup>199</sup>

Igualmente transpõe-se para os títulos executivos em geral a característica do “formalismo”<sup>200</sup> presente nos títulos de crédito,<sup>201</sup> que precisam conter um rol bastante extenso de informações<sup>202</sup> (a começar pela respectiva denominação: cheque, duplicata, nota promissória etc.), cuja falta simplesmente invalida o ato como tal, sem margem para aplicação da instrumentalidade das formas. Os demais títulos executivos extrajudiciais e os títulos judiciais não se submetem a esse tipo de exigência formal estrita,<sup>203</sup> até porque são regidas pelo princípio da liberdade das formas (o art. 107 do CC rege os atos extrajudiciais e o art. 188 do CPC de 2015 os atos processuais).

197. Octavio Mendes (*Títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1931. p. 29) lecionava que literalidade “não quer dizer que o direito de crédito esteja incorporado no título. Quer apenas dizer que o direito de crédito não pode ser exercido sem a exibição do título”. Em sentido um tanto diverso, Wille Duarte Costa (*Títulos de crédito* (de acordo com o novo Código Civil). Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 71) define literalidade como a correspondência entre o direito emergente do título “e o que está inserido literalmente no documento chamado título de crédito”, de modo que “[a] existência do título é regulada por seu teor e somente o que nele está escrito é que se deve levar em consideração”.

198. Vg., MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 1. p. 276-278 e ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6. p. 137 ss.

199. Salvo a duplicata, que, quando não provida de aceite, exige outros documentos para ser considerada título executivo extrajudicial (nota fiscal, comprovação de entrega dos produtos e serviços e instrumento de protesto).

200. Vg., MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4. p. 15-16 e Humberto Theodoro Jr. (THEÓDORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 127-128).

201. Fran Martins (*Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, v. 1. p. 13) destacava a observância estrita das fórmulas presentes nos títulos de crédito elemento preponderante para existência e validade como tal.

202. Arts. 1º e 54 do Decreto 2.044/1908 (“Lei da cambial”), art. 2º, § 1º, da Lei 5.474/1968 (“Lei da Duplicata”) e art. 1º da Lei 7.357/1985 (“Lei do cheque”), entre outras hipóteses previstas em leis extravagantes.

203. Salvo a certidão de dívida ativa (art. 784, IX), que se sujeitam ao regime formal mais restrito do art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei 6.830/1980.

### 3.9. “Ilusão” de que o título executivo judicial esgota completamente o exame do *meritum causae*: módulos cognitivos exaurientes e cognição sumária para individualização da obrigação em sede executiva

No esforço de construir um conceito unitário de título executivo, valorizou-se também a eficácia preclusiva que recai sobre os títulos judiciais, de modo a reconhecer neles o pleno esgotamento do exame do *meritum litis* e o encerramento definitivo de toda e qualquer cognição a seu respeito.<sup>204</sup> Essa certa “ilusão” era alimentada pela redação original da primeira parte do art. 463 do CPC de 1973, segundo o qual “[a]o publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”.<sup>205</sup>

Contudo, essa “excessiva confiança” no título executivo<sup>206</sup> é desmentida pelo próprio direito positivo, que em diversos momentos reserva à execução a apreciação de fatos relativos à relação jurídica de direito material, porquanto absolutamente inevitável.<sup>207</sup>

Em sede executiva o juiz vai além de simplesmente interpretar o título executivo, o que é sempre necessário,<sup>208</sup> mas define elementos da obrigação exequenda

204. Liebman (*Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 44) afirmava, a esse propósito, que “o que foi discutido no processo e, em geral, a situação verdadeira de direito material, isto é, a existência ou inexistência atual do crédito, não podem influir diretamente sobre o desenvolvimento da execução, que recebe do título, como postulado indiscutível”. Buzaid, na mesma linha, afirmava “[n]ão propõe o exequente novas questões; não pode ampliar o conteúdo da sentença, nem o juiz pode reduzi-lo; todo o seu objetivo consiste em obter, por meios executivos, a satisfação prática do direito. Desta forma, não oferece nenhuma questão de mérito, nem podem ser resolvidas questões velhas” (BUZOID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 109). No mesmo sentido: BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 23.

205. Esse texto foi excluído pela Lei 11.232/2005 não para acabar com a crença de que ao proferir sentença de mérito o juiz esgota completamente o exame do objeto litigioso, mas sim para deixar claro que o processo deveria prosseguir na fase de cumprimento de sentença (vide item 4, *supra*). O art. 494 do CPC de 2015 manteve a mesma fórmula do diploma anterior reformado em 2005.

206. Termo também utilizado por: VERDE, Giovanni. *Attualità del principio “nulla executio sine titulo”*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 54, n. 4, p. 963-988, 1999. p. 974.

207. Oportuno citar aqui Sassani (*Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: Ottemperanza amministrativa e tutela civile executiva*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 19), segundo o qual “il titolo esecutivo” representa “il punto d'arrivo del secolare tentativo di fare a meno della (sempre più mal tollerata) necessità della mediazione di una nuova azione per portare la sentenza ad esecuzione”.

208. Vg., BUCOLO. *Il procedimento d'esecuzione nella giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1967. p. 228-229; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. 24. ed. riv. agg. Torino: G. Giappichelli, 2015, v. 4 (L'esecuzione forzata, i procedimenti

que dele não constam<sup>209</sup> e continua a examiná-la sob a perspectiva dinâmica (uma vez que a coisa julgada material imuniza a declaração ou comando contido no título judicial, mas a relação de direito material continua a se desenvolver no plano concreto).<sup>210</sup>

Historicamente consagraram-se duas técnicas para lidar com essa questão (sendo a segunda mais comum que a primeira): (a) criação de incidentes com prévio e amplo contraditório, encerrados por decisão fundada em cognição exauriente, para posterior liberação da eficácia executiva; ou (b) suficiência de decisão fundada em cognição sumária, proferida sem prévia oitiva do executado, para liberação de eficácia executiva, invertendo-se o contraditório.<sup>211</sup>

Sem nenhuma dúvida, o módulo cognitivo exauriente típico é a liquidação de obrigação de quantia que, tanto na espécie “procedimento comum” quanto na espécie “por arbitramento” (arts. 509 a 512), pode ser prévia ou incidental à execução.<sup>212-213</sup>

sommari, cautelari e camerali). p. 42; KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, passim e MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009, passim.

209. Conforme definido por Zavascki (*Título executivo e liquidação*. 2. ed rev. São Paulo: RT, 2001. p. 175), o título executivo apto a fundar uma execução deve estabelecer *an debeat* (existência da dívida), *cui debeat* (para quem é devido), *quis debeat* (quem deve), *quid debeat* (o que é devido) e *quantum debeat* (a quantia devida).
210. Já o dizia há décadas Barbosa Moreira (Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 138-139) e, mais recentemente, o fizeram também Cruz e Tucci (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da imutabilidade da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2007, p. 20, nota 1) e Yarshell (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 134-135).
211. Embora sem detectar claramente essa dicotomia de técnicas, fundadas na distinção da cognição judicial exercida e na oportunidade de contraditório ao executado, Michele Fornaciari reconhece as “valutazioni” realizadas pelo juiz em sede executiva e as divide em prévias e ulteriores (FORNACIARI, Michele. *Esecuzione forzata e attività valutativa*: introduzione sistematica. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 4).
212. Didier Jr. – Cunha – Braga – Oliveira (*Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5, p. 118-122) e Beclate Silva Oliveira (Transformação de execução específica fundada em título executivo extrajudicial mediante liquidação e o art. 475-J do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Execução e cautelar*: estudos em homenagem a José de Moura Rocha. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 83-94) propõem diferente classificação: (a) liquidação como fase, para os títulos judiciais civis; (b) liquidação como incidente, para os casos de conversão de obrigação específica em pecúnia e apuração de indenização por revogação de execuções provisórias; e (c) liquidação por processo autônomo (títulos judiciais produzidos fora de um processo civil).
213. O sistema não admite liquidação de títulos extrajudiciais, conforme destaca Greco: “se para a revelação do montante da prestação for necessário considerar fatos e provas

No primeiro caso, a liquidação é prévia porque se coloca entre a fase cognitiva e a fase de cumprimento de sentença. Considerando-se que “quantidade é medida de existência”,<sup>214</sup> ao quantificar a obrigação de pagar dinheiro a ser posteriormente executada, a liquidação efetivamente trata da relação jurídica de direito material controvertida.<sup>215</sup> Quem entendê-la como fase preparatória da execução será forçado a reconhecer que a formação do título executivo, em diversas situações, não bastará para separar cognição e execução. Quem reputá-la como fase cognitiva complementar poderá afastá-la do terreno da execução e tenderá a aproximar sentença genérica e decisão parcial de mérito.<sup>216</sup>

O mesmo modelo procedimental da liquidação também é utilizado para atividade cognitiva exauriente sobre outros aspectos da relação jurídica de direito material no curso da execução. Os exemplos são a liquidação do valor dos danos causados sobre a coisa entregue em razão da execução forçada (art. 809, 1ª parte), do valor das benfeitorias indenizáveis (art. 810) e do valor da obrigação específica convertida em pecúnia (arts. 809, 2ª parte, e 816, 823, parágrafo único), todos aplicáveis à execução de título judicial por força do art. 513, *caput*.

Percebe-se que em todos esses casos a liquidação (prévia ou incidental) se presta a apurar valor de obrigação de pagar quantia, com base em fatos que concernem ao plano da relação jurídica de direito material. Do encerramento da liquidação depende a liberação da eficácia executiva, para o fim de obter o cumprimento forçado da obrigação de pagamento de quantia. É um módulo cognitivo exauriente, sem inversão de contraditório.

Para os demais casos em que não há previsão de um módulo cognitivo exauriente, as decisões do juiz acerca do direito material controvertido *in executivis* são, por via de regra, proferidas apenas a pedido do exequente, com base em cognição sumária, liberando-se a eficácia executiva e invertendo-se o contraditório, de modo

surgidos posteriormente à emissão do título pelo devedor, este não deverá propiciar o acesso imediato à via executiva, impondo-se a prévia cognição a respeito desses fatos e provas” (GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. *Estudos de direito processual*. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 39). Conforme se analisará no item 4.2, *infra*, esse entendimento pode ser revisto criticamente.

214. Conforme fórmula sintética de CALAMANDREI, Piero. La condena “genérica” a los daños. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Marino Ayera Merín. Prólogo de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996. p. 158-159, tradução livre.
215. Há também a liquidação preparatória de “cumprimentos anexos” de sentença, conforme definido no item 2.6, *supra* (arts. 81, § 3º, 302, parágrafo único, 495, § 5º, 520, II, 828, § 5º etc.). No entanto, essas hipóteses não interessam diretamente neste momento da exposição.
216. O assunto será retomado no item 3.15, *infra*.

que, a partir de então, cabe ao executado (das variadas formas referidas no item 3.3, *supra*) provocar o exercício de cognição exauriente.

É assim que o juiz procede, por exemplo, quando avalia a memória de cálculo apresentada pelo exequente ao ensejo da execução por quantia, cujos parâmetros de quantificação, por simples cálculos aritméticos, já se acham delimitados no título (art. 524). O juiz exerce cognição sumária sobre os cálculos e, se os entender corretos, manda intimar ou citar o executado para pagamento (arts. 513, § 2º, 515, § 1º, e 523), invertendo-se o contraditório, de modo que passa a caber ao executado demonstrar o excesso de execução (art. 525, V). Considerando-se que “quantidade é medida de existência”,<sup>217</sup> essa cognição sumária inicialmente recai sobre o direito material, e o resultado de seu exercício pode ser a constatação de que o cálculo do exequente se acha equivocado. Nessa hipótese haverá, ainda antes da intimação ou citação do executado, aprofundamento da cognição mediante envio dos autos ao contador judicial, com as consequências lá fixadas (conforme art. 524, §§ 1º e 2º).

Tratando-se de obrigações de fazer ou não fazer, é perfeitamente possível que o juiz ordene, por meio do título judicial, o “que” deve ser cumprido, mas sem determinar o “como”.<sup>218</sup> Basta pensar em uma ação movida pelo dono de uma obra contra o empreiteiro para obrigá-lo a construir uma estação de bombeamento de esgoto a fim de evitar entupimentos que se repetem no sistema originalmente construído. A sentença que julga procedente esse pedido pode ser considerada título executivo, mesmo que eventual discussão em torno da forma de cumprimento da obrigação seja eventualmente relegada à execução, quando o executado se vê diante dos problemas concretos constatados durante a efetiva execução da obra. Trata-se de discussão diretamente relacionada ao direito material, que poderia muito bem constituir, por si só, o objeto de um processo de conhecimento,<sup>219</sup> mas cuja análise

217. CALAMANDREI, Piero. La condena “genérica” a los daños. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Marino Ayera Merín. Prólogo de Eduardo J. Couture. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996. p. 158-159.

218. Bruno Sassani (*Dal controllo del potere all’attuazione del rapporto: Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 9), embora se refira mais especificamente às sentenças substitutivas de declaração de vontade, detecta o fenômeno do título que, não obstante permita tutela específica, apresenta-se “incompleto”. Adiante, o mesmo jurista reconhece que o raciocínio desenvolvido para execuções de pagamento de quantia e entrega de coisa não se aplicam da mesma forma às execuções de fazer e não fazer, nas quais não raro há a necessidade de “provvedere all’integrazione del titolo”, por meio de uma “preventiva fase di cognizione” (*ibidem*. p. 20).

219. Imagine-se que não haja controvérsia entre dono da obra e o empreiteiro sobre a necessidade de construir a estação de bombeamento de esgoto, mas houvesse controvérsia sobre “como” fazê-lo (qual especificação de equipamento deveria ser usado, qual a metodologia de execução da obra etc.). Essa discussão seria travada no processo de

pode ser feita durante a execução, a depender do grau de imprecisão do título executivo. Em suma, o grau de “certeza” da obrigação espelhada no título é variável.<sup>220</sup>

Essas situações de execução de obrigações de fazer ou não fazer são, ademais, mutáveis e exigem novo exercício de cognição judicial<sup>221</sup> para avaliação das medidas sub-rogatórias e coercitivas já tomadas, os resultados alcançados e o grau de satisfação produzido pela execução específica.<sup>222</sup> Ou seja, trata-se de algo mais do que simplesmente definir meios de apoio à execução específica (o que se situaria no terreno processual, conforme item 3.16, *infra*), mas, sim, analisar, em sede executiva, o efetivo cumprimento da obrigação objeto da execução no plano do direito material. A execução, concebida como “território livre” de cognição sobre a relação jurídica de direito material, simplesmente não se acha preparada para enfrentar essas questões<sup>223</sup>.

conhecimento. Contudo, se o processo de conhecimento definiu que havia o dever de realizar a obra, eventualmente pode-se relegar à execução a definição do modo de realizá-la, enfrentando-se *in executivis* as questões anteriormente apontadas.

220. Mauro Bellavitis reconhece com acerto que há, em sede de execução, “accertamento” relativo à “essenza stessa dell’azione creditória”, e pondera que “l’accertamento possibile nel giudizio esecutivo avrà tanta maggiore ampiezza quanto minore sarà stata la ampiezza dell’accertamento anteriore alla formazione del titolo esecutivo” (Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927. p. 49).

221. Carlos Alberto de Salles pontuou há quase duas décadas que “[o]s incidentes do processo de execução trazem para o conhecimento do juízo questões embasadas nas mesmas dificuldades surgidas na fase anterior. [...] O comando judicial emitido na sentença não pode abranger todos os inúmeros elementos fáticos e técnicos envolvidos na situação de fato e na providência prática destinada a atender integralmente o provimento reclamado pelo autor, deixando para a execução uma série de importantes decisões” (SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p. 234-235). O mesmo processualista destaca a virtual impossibilidade de a sentença cobrir todos os aspectos relacionados à execução, mormente porque “a medida judicial nesse tipo de litígio, na maior parte das vezes, não comporta solução a se esgotar num evento único” (*idem*).

222. Nas execuções de fazer ou não fazer complexas, a técnica da cognição sumária com inversão de contraditório não funcionará, seja por insuficiência dos meios disponíveis ao próprio exequente para postular, seja pela dificuldade imposta ao juiz para exercer cognição a respeito. Nesses casos, há de se pensar em outras soluções, como as “medidas estruturantes” (tema do qual se ocupa com profundidade GISMONDI, Rodrigo Altemburg Odebrecht Curi. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada a intervenção judicial*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, passim) e/ou a execução negociada (tema versado recentemente por COSTA, Eduardo José Fonseca da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012. p. 25-56).

223. A esse tema se retornará no item 3.13, *infra*.

Essa constatação se explica em face de outra circunstância histórica. A base dogmática da execução foi toda concebida com foco na tutela meramente pecuniária,<sup>224</sup> em que a individualização e a quantificação da obrigação são um problema menos intenso e há muito equacionado em sede doutrinária. Num cenário legislativo de restrição à execução específica das obrigações de fazer ou não fazer (cujo destino, uma vez descumpridas, era, de uma forma ou de outra, a conversão em pecúnia), esses problemas simplesmente não se colocavam. É preciso, pois, criar consciência para o fato de que, muitas vezes, a efetiva delimitação da obrigação a ser cumprida haverá de ser feita *in executivis*, o que exigirá a ampliação da cognição e a ressignificação do contraditório.<sup>225</sup>

Outro exemplo recai sobre a apresentação de prova do implemento do termo ou condição a que se sujeita a obrigação nos (raros) casos de condenação para o futuro<sup>226</sup> (art. 514, bem como arts. 787 e 798, I, *d*, c.c. o art. 771).<sup>227</sup> Ao requerer o início do cumprimento de sentença, o exequente tem o ônus de alegar esse fato atinente ao plano do direito material<sup>228</sup> e apresentar prova a seu respeito.<sup>229</sup> O

224. VERDE, Giovanni. Attualità del principio "nulla executio sine titulo". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 54, n. 4, p. 963-988, 1999. p. 970.

225. Essa é também a constatação de KUHN, João Lacê. *O princípio do contraditório no processo de execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 104-107.

226. Condenações antes do implemento da condição são raras, pois devem superar a falta de interesse, conforme destacado por Barbosa Moreira (Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 114).

227. Embora o foco do presente item seja a execução de títulos judiciais, não há como deixar de mencionar que o fenômeno se passa da mesma forma na execução de título extrajudicial, em que a prova do implemento do termo ou condição deve ser apresentada de plano.

228. Por isso é que José Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 5. p. 38) se equivocou ao defender, sem qualquer ressalva, que "acolhida que foi, na sentença condenatória, a pretensão do credor, não mais se investiga sobre a legitimidade do seu direito".

229. Marcelo Lima Guerra (*Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 109 e 111) recusa que a demonstração do implemento do termo ou condição seja prova, mas apenas "parte integrante da representação documental do crédito". Já Dinamarco, fiel à sua recusa do caráter documental do título executivo, afirma que a exibição de documento acerca do termo ou condição representaria mero ato de "instrução", que seria ato destinado a "preparar" o processo, não se confundindo com o ato de "provar" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177). Trata-se de entendimento que não se coaduna com o conceito de prova aqui adotado (item 3.7, *supra*) e que continua apegado à "ilusão" de que o juiz não faria qualquer exame da relação jurídica de direito material em sede executiva, que já se demonstrou insustentável ao longo da exposição.

juiz exerce cognição sumária para o fim de liberar a prática de atos executivos,<sup>230</sup> invertendo-se o contraditório, de modo que a partir de então cabe ao executado demonstrar o contrário, a fim de obter o reconhecimento da inexigibilidade da obrigação (art. 525, § 1º, III, *in fine*).<sup>231</sup>

Tudo isso está a reforçar que o juiz efetivamente exerce cognição, ainda que inicialmente sumária, sobre aspectos da relação jurídica de direito material ao ensejo de liberar eficácia para execução de títulos judiciais.<sup>232</sup>

Esses mesmos exemplos de cognição sumária sobre aspectos do direito material controvertido, com inversão de contraditório, são encontrados na execução de títulos extrajudiciais. O juiz também avalia a memória de cálculo apresentada pelo exequente (art. 798, I, *b*) para autorizar o início da prática de atos executivos (arts. 827 e ss.), cabendo igualmente a remessa dos autos ao contador judicial em caso de dúvida (art. 524, §§ 1º e 2º, c.c. o art. 771). Da mesma forma, a prova do termo ou condição deve acompanhar o requerimento inicial da execução de título extrajudicial (art. 798, I, *c*), sobre a qual o juiz exercerá cognição sumária antes de autorizar o início dos atos executivos. Além dos exemplos comuns à execução de títulos judiciais e extrajudiciais, há alguns encontráveis apenas na segunda categoria, isto é, o cumprimento da obrigação alternativa escolhida pelo exequente (art. 800) ou a entrega da coisa individualizada por escolha do exequente (art. 811). Em ambos os casos, o exequente exerce a escolha (trata-se, sem dúvida, de aspecto do direito material) e o acerto ou não dela é avaliado em sede de cognição sumária, invertendo-se o contraditório. No caso de a escolha caber ao executado,

230. Conforme demonstra OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 80, p. 64-74, out.-dez. 1995. p. 64-74.

231. Conforme já destacado, trata-se de questão analisada no plano das condições da ação e, portanto, segundo opção feita pelo legislador brasileiro, é requisito de admissibilidade do julgamento de mérito. Entretanto, não há dúvida de que se trata de exame concernente a elemento haurido do plano do direito material.

232. Essa realidade, a nosso ver insofismável, foi negada, por exemplo, por José Frederico Marques que, embora tenha reconhecido que "certa dose de cognição existe sempre no processo executivo em sentido lato, pois o juiz não atua nunca de forma automática", afirmou que, na execução de título judicial, há apenas um "resíduo" de cognição, "quase que só operando na área do exame dos pressupostos processuais e da ordenação procedimental" (*Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 5. p. 25-26). Marcelo Lima Guerra (*Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 121) também incorreu nesse mesmo equívoco ao averbar categoricamente que "não parece razoável exigir um exame superficial e hipotético da situação substancial existente entre as partes" ao ensejo do exame inicial do requerimento para execução de títulos judiciais, haja vista que, a seu ver, o "despacho liminar" na execução tem função análoga ao "despacho saneador" no processo de conhecimento (*ibidem*. p. 145).

ele é citado para exercê-la e cumpri-la, sem prejuízo da concomitante apresentação de defesa, não havendo propriamente módulo cognitivo exauriente ou cognição sumária com inversão de contraditório.

Em todos os casos referidos, em que não há módulo cognitivo exauriente previsto,<sup>233</sup> há de prevalecer a técnica da inversão do contraditório, isto é: o exequente postula, o juiz aprecia com cognição sumária e libera eficácia executiva, invertendo-se o contraditório, por imposição da norma, segundo a qual a execução se faz no interesse do exequente (art. 797 c.c. o art. 513).

A título de fechamento, impõe-se consideração de capital importância, concernente ao reconhecimento de que a escolha da técnica a ser empregada – módulo cognitivo exauriente ou cognição sumária com inversão de contraditório – depende puramente da escolha do legislador, exercitável com alto grau de liberdade.

Basta pensar que a “liquidação por cálculos do contador” (art. 604 do CPC de 1973, em redação original) adotava a primeira configuração (módulo cognitivo exauriente) e, por força da Lei 8.989/1994, passou a assumir a segunda (cognição sumária, com inversão de contraditório).

Aliás, trata-se de solução muito mais coerente, já que a apuração do valor da quantia exequenda não será feita uma única vez, ao ensejo do início da execução, mas eventualmente várias outras vezes ao longo de todo o seu processamento, por exemplo, quando se tentar ulteriormente a penhora de ativos financeiros por meio eletrônico, quando sobrevier avaliação de bem penhorado para se saber da necessidade de ampliação ou redução da penhora (art. 850), para realização do

233. Alexandre Freire Pimentel e Mateus Costa Pereira (Perspectiva da liquidação da obrigação no projeto de novo código de processo civil: evolução e involução a partir do sistema da Lei n. 11.232/05. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 18) sustentam que “liquidar significa precisar os elementos faltantes da obrigação, não necessariamente atrelado à pecúnia (valores), eis que também pode estar referido a um fazer/não fazer ou mesmo às obrigações de dar coisa”. Contudo, a redação do art. 509, *caput*, do CPC de 2015 afasta esse entendimento de forma cabal, ao referir-se exclusivamente à obrigação de pagamento de quantia. Já era esse o entendimento prevalecente à luz do CPC de 1973 mesmo sem disposição tão inequívoca (THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 183-184; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *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. 46; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006. p. 99. Contra, pronunciou-se, por exemplo, MÁZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo Cunha Lima. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006. p. 1.155 e ss.).

pagamento ao exequente (art. 905) etc. Em todos esses casos, o exequente apresentará memória de cálculo, o juiz a avaliará em cognição sumária e o contraditório se inverterá, podendo o executado alegar supervenientemente excesso de execução fruto de atualização equivocada.

Entretanto, no processo trabalhista, manteve-se a liquidação de sentença por cálculos do contador como módulo cognitivo exauriente, sobretudo em razão da complexidade da qualificação da condenação imposta pelos vários capítulos da decisão exequenda, que contemplam verbas de natureza variável.<sup>234</sup>

No processo civil português, há módulo cognitivo exauriente (inclusive mediante possível oitiva de testemunhas)<sup>235</sup> para prova do implemento do termo ou condição, da qual depende a exigibilidade da obrigação exequenda (art. 715)<sup>236</sup> que se junta à liquidação (art. 716)<sup>237</sup> numa categoria de incidentes destinados a completar requisitos da obrigação.<sup>238</sup>

No contencioso administrativo italiano, por sua vez, encontra-se o *giudizio di ottemperanza*, que, por meio de cognição exauriente, tem por objetivo precisar os contornos em que se dará a execução de tutela específica concedida em favor do particular contra a Administração Pública, quando não houver determinação suficiente pela sentença e o ente-réu se omitir de fazê-lo.<sup>239</sup>

234. Essa é a convincente explicação de SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Execução trabalhista – Medidas de efetividade*. LTr; São Paulo, v. 69, n. 7, p. 830-841, jul. 2005. p. 836.

235. PIRES, Adriano Borges. *Do processo executivo* (execuções, falência e insolvência). Lisboa, 1940. p. 30.

236. É bem verdade que esse incidente não se configura exatamente como um módulo cognitivo exauriente em contraditório, haja vista que o n. 3 deixa clara a possibilidade de o juiz decidir sobre a questão apenas ouvindo o exequente ou após a citação e manifestação do executado.

237. O n. 4 deste dispositivo estende a técnica para a execução de títulos extrajudiciais.

238. Remédio Marques (*Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Porto: SPB Editores, 1998. p. 20), que se baseava nos arts. 804 e 805 do CPC de 1961.

239. O instituto se acha previsto nos arts. 21, 7º comma, e 33, 5º comma, da Lei 1.034/1971, com redação dada pela Lei 205/2000. Não é o caso de aprofundar o exame do tema, referindo o leitor à seguinte bibliografia: SASSANI, Bruno. *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: Ottemperanza amministrativa e tutela civile executiva*. Milano: Giuffrè, 1997, *passim*; VERDE, Giovanni. *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 35, p. 642-668, 1980. p. 642-668; e, por fim, outro texto de Sassani (Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza. In: SASSANI, Bruno; VILLATA, Riccardo (coord.). *Il processo davanti al giudice amministrativo: commento sistematico alla legge n. 205/2000*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 403-428), do qual se extrai trecho relevante para compreensão do instituto, à guisa de arremate: “l'area dell'ottemperanza è complementare e inversamente

A cognição do juiz sobre o *meritum causae* na execução não se esgota nas situações previstas neste item, rendendo ensejo a diversas constatações nos itens seguintes.

### 3.10. Fatos extintivos, impeditivos e modificativos supervenientes à formação do título executivo judicial e anteriores às medidas executivas

O direito positivo pátrio reconhece textualmente que a relação jurídica de direito material controvertida continua a se desenvolver dinamicamente depois da formação do título executivo judicial que a compuser,<sup>240</sup> expondo-se à incidência de fatos supervenientes, passíveis de serem reconhecidos em sede de cumprimento de sentença. Tais modificações ocorrem tanto no plano objetivo quanto no plano subjetivo da relação jurídica de direito material. A este item e ao próximo se reserva a análise de alterações da relação jurídica de direito material do ponto de vista objetivo, ao passo que o item 3.12 se ocupará de alterações subjetivas.

Nesse campo, há os fatos extintivos e modificativos mencionados exemplificativamente nos arts. 525, § 1º, VII, e 535, VI, tais como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição. Além disso, há que se pensar em fatos impeditivos que podem postergar o cumprimento de obrigações de dar, fazer e não fazer<sup>241</sup> ou fatos modificativos, que exigem sua conversão no equivalente em pecúnia (art. 499). Esse risco aumenta exponencialmente quando houver execução de prestações periódicas vencidas posteriormente à formação do título, cuja inclusão na condenação “enquanto durar a obrigação” se acha autorizada pelo art. 323 do CPC de 2015 (equivalente ao art. 290 do CPC de 1973).<sup>242</sup>

proporzionale all'area della soddisfazione specifica ottenibile attraverso il giudizio di cognizione” (*ibidem*, p. 427).

240. O tema foi desenvolvido com profundidade por: BELLAVITIS, Mauro. *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione. Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927. p. 24-64. Referido autor demonstra, à luz do CPC italiano de 1865, a diversidade de decisões de cunho declaratório proferidas no curso da execução, por força de alterações objetivas e subjetivas.

241. O art. 537, § 1º, II, do CPC de 2015 alude à “justa causa” para descumprimento de obrigações de fazer e não fazer, conceito esse que deve ser interpretado à luz do direito material (em especial as previsões relativas à força maior ou caso fortuito). Prova-se, com isso, que o adimplemento forçado de obrigações deve se governar, em alguma medida, pela lógica geral que governa o adimplemento espontâneo, conforme referido na nota ao item 1.1, *supra*.

242. Yarshell (A reforma da execução civil e a cobrança de prestações periódicas (CPC, art. 290). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 88, p. 64-74, nov. 2006. p. 64-74) defende que a inclusão das parcelas vincendas “até quanto durar a obrigação” não pode

Não cabe ao exequente o ônus de alegar e provar a inexistência desses fatos extintivos, modificativos ou extintivos, seja porque a regra de distribuição de ônus da prova (art. 373) se aplica à execução,<sup>243</sup> seja porque, em geral, a prova a respeito seria negativa e, por isso, de produção extremamente difícil no mais das vezes.<sup>244-245</sup>

ser feita quando as “prestações decorrentes da relação obrigacional estiverem sujeitas à incidência das normas que variam no tempo, dando azo a controvérsias que extrapolem os fundamentos tanto da demanda inicial quanto da sentença condenatória”. Nesses casos, poderá o autor que, “a depender do caso concreto, inviável aplicar a regra do art. 290 [do CPC de 1973]”. Entendemos que, quando não for possível, de início, descartar a aplicação dessa condenação para o futuro de prestações periódicas, não pode deixar o juiz de fazê-lo, relegando a análise de eventual modificação superveniente na relação jurídica de direito material para a fase de execução. Note-se que se está cogitando aqui da inclusão de parcelas periódicas vencidas após a constituição do título judicial, mas antes do início da execução, embora seja possível se entender possível ampliar a execução para nela inserir as parcelas que se vencerem após o seu início (como sustenta Flávio Yarshell, *idem*, e NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Cumulação ulterior de execuções na atual sistemática do CPC*. In: COSTA, Susana Henriques da. *Execução extrajudicial: modificações da Lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 76-139).

243. *Vide*, na doutrina estrangeira, RAMOS ROMEU, Francisco. *Estudio de algunos supuestos de impugnaciones en la ejecución*. In: CACHÓN CARDENAS, M.; PICÓ JUNOY, J. (coord.). *La ejecución civil: problemas actuales*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 202 e, na brasileira, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 512) e MINAFI, Alexandre Del Rios. *Contribuição ao estudo da tutela jurisdicional do executado*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 223-239.

244. Essa questão despertou acesa polêmica em torno do art. 580 do CPC de 1973 que, em sua redação original dispunha que, “[v]erificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução”. Paulo Furtado (*Execução*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 26-28) chegou ao extremo de dizer que o inadimplemento estaria incorporado ao título (o que valeria apenas para os títulos judiciais que não impusessem condenação sujeita a termo ou condição). De modo menos radical, Araken de Assis (Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 9-23, abr.-jun. 2001. p. 15) parece inclinado a aceitar que o exequente precisaria alegar e provar o inadimplemento. Já José Maria Rosa Tesheiner, em polêmica travada justamente com Araken de Assis (TESHEINER, José Maria Rosa. *Execução civil: um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 24-54, abr.-jun. 2001. p. 36), entende que bastaria alegar, não havendo necessidade de prova. Fato é que a doutrina se reuniu em torno do consenso de que ao menos a prova do implemento do termo ou condição (da qual dependem a exigibilidade) se mostra necessária, como etapa logicamente antecedente ao inadimplemento (v.g., GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 80-81; e ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 143). De certa forma, a redação dada pela Lei 11.382/2006 ao art. 580 do CPC de 1973 forneceu mais munição à segunda corrente, de cujos defensores destacamos Tesheiner (“A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em

Contudo, antes mesmo que o executado tenha oportunidade de se defender ou depois de ter se omitido de fazê-lo, o juiz tem, sim, poderes para reconhecer tais fatos *ex officio*, desde que mediante exercício de cognição sumária e com base nos elementos existentes nos autos, respeitando as características da execução, essencialmente construídas pela técnica da inversão de contraditório.

Entra em cena aqui a eterna discussão sobre a dimensão dos poderes exercitáveis *ex officio* pelo juiz<sup>246</sup> sobre a relação jurídica de direito material que, aliás, não pode destoar daquela que se trava no campo do processo de conhecimento, embora se exijam adaptações decorrentes das limitações à cognição judicial em sede executiva.

O passo inicial é reconhecer que há matérias que o próprio ordenamento reputa textualmente como cognoscíveis de ofício. Para o que importa em sede de execução de título judicial, desponta evidente a hipótese da prescrição, conforme o art. 332, § 1º, reforçado pelo art. 921, § 5º.

No mais, o direito material normalmente silencia sobre os poderes do juiz, o que exige considerável empenho na interpretação e na argumentação para extrair uma solução adequada.

Costuma-se destacar o pagamento como matéria apta a ser conhecida *ex officio*, tanto no processo de conhecimento<sup>247</sup> quanto em sede de execução,<sup>248</sup> pois assim se prestigiam os objetivos de evitar “fratura entre direito e processo”,<sup>249</sup> e de “salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional mediante o correto ‘uso’ do

título executivo”). O CPC de 2015 repetiu a mesma redação em seu art. 786. Nossa opinião é a de que a execução contém, a exemplo de qualquer postulação, mera afirmação unilateral de que a parte que a propõe é titular do direito lá afirmado. Inadimplemento é fato negativo e, por isso, não se exige sua prova do exequente, sem que com isso se possa extrair que o título teria uma eficácia “abstrata” ou “incondicionada”.

245. No tocante ao fato modificativo representado pela impossibilidade de execução específica da obrigação de fazer, não fazer e dar, pode-se dispensar a prova ante a faculdade de o exequente optar pela conversão em pecúnia, mesmo que subsista possível a fruição *in natura*.
246. Tema central da tese APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, passim.
247. ORIANI, Renato. *Eccezione*. *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino: UTET, 1998. v. 7. p. 269; e ANTUNES VARELA; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 296.
248. *Vide* item 1.3, *supra*, e também TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 32, n. 153, p. 11-32, nov. 2007. p. 16 e 18.
249. COLESANTI, Vittorio. *Eccezione (diritto processuale civile)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14. p. 181, em tradução.

processo como instrumento de resolução de conflitos pela via da atuação do direito violado”.<sup>250</sup>

Em outra oportunidade,<sup>251</sup> concluímos que essas mesmas razões justificam a cognoscibilidade de ofício de outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Afinal, não é apenas no caso de pagamento que se mostra inaceitável que o juiz, mesmo diante da demonstração de que o exequente não faz mais jus à realização do direito espelhado no título executivo, se apegue à (falsa) ideia de sua “eficácia abstrata”.

Portanto, as circunstâncias que implicam extinção, modificação ou impedimento da obrigação no plano do direito material devem ser conhecidas *ex officio* mesmo em execução,<sup>252</sup> salvo se houver expressa exigência de norma legal acerca da iniciativa do interessado.<sup>253</sup>

A questão é que o juiz só poderá se embasar em prova documental existente nos autos. Veja-se que aqui não se está perante o caso de o executado ter apresentado a prova documental de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, pois, diante da metodologia adotada conforme item 3.3, *supra*, o objetivo é examinar os poderes do juiz em sede executiva ante a ausência de postulações do executado. Considerando-se que a execução se faz no interesse do exequente (art. 797 c.c. o art. 513) e que a cognição passível de ser exercida pelo juiz sem postulação do executado é sumária, *secundum eventum probationis*, resulta inegável a limitada possibilidade real de tais poderes decisórios serem efetivamente exercidos.

Ainda assim ocorrem-nos cinco exemplos.

O primeiro pode ser extraído da prática forense na Justiça do Estado de São Paulo, em que todo depósito judicial é informado pelo Banco do Brasil ao juízo que

250. CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003. p. 68-69.
251. Realizamos a mesma análise, embora focado exclusivamente no processo de conhecimento, na obra: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 136-143.
252. Ou seja, se o ordenamento silenciar, a matéria é cognoscível *ex officio*. A essa conclusão chegaram, ainda na década de 1960, Cappelletti (*Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 13, p. 1.610-1.619, 1959. p. 1611) e Edoardo Grasso (*La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 332 e ss.), com nossa adesão (*O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 136-143), embora em todos os casos o foco tenha sido o processo de conhecimento, mas cujos raciocínios são extensíveis à execução com poucas adaptações.
253. Os exemplos que indicamos na obra citada (*ibidem*, p. 142) na nota anterior – anulabilidade do negócio jurídico e decadência convencional – não se aplicariam à execução de título judicial, mas seguramente serviriam para a execução de título extrajudicial.

preside o processo respectivo.<sup>254</sup> Ao constatar um depósito judicial, pode o juiz, ouvido o autor, reconhecer satisfeita a obrigação de pagamento de quantia mesmo sem qualquer manifestação do executado.

O segundo: em razão de calamidade pública reputada como notória (art. 374, I), o juiz pode reconhecer fato impeditivo ao cumprimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer. Ouvido o autor, o prazo originalmente fixado pode ser dilatado ou devolvido (arts. 222, § 2º, 536 e 538).

O terceiro e o quarto exemplos concernem a modificações nos encargos moratórios incidentes na execução por quantia, isto é, correção monetária e juros, que incidem periodicamente até satisfação da obrigação e podem sofrer alterações constatáveis pelo juiz por meio de cognição sumária (com ou sem provocação do exequente).

O índice inflacionário fixado na sentença para efeito de correção pode ser extinto,<sup>255</sup> ao passo que a taxa legal de juros aplicável pode se alterar.<sup>256</sup> Essas questões não de ser examinadas no curso da execução e, à falta de módulo cognitivo exauriente, podem ser decididas pelo juiz por provocação do exequente, com base em cognição sumária, igualmente invertendo-se o contraditório.

Por fim, o quinto exemplo reside na hipótese em que o juiz determina ao executado, após pedido ou concordância do exequente, a realização de “resultado

254. Não temos notícia de que essa prática exista em outros Estados ou na Justiça Federal.

255. Vide os seguintes julgados do STJ a respeito: “Correção monetária. Após a extinção do IPC/IBGE o índice aplicável é o INPC/IBGE” (REsp 1430436/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15.09.2015, *DJe* 29.09.2015), e “Os valores expressos em moeda corrente decorrentes da condenação em ação previdenciária e acidentária devem ser convertidos, à data do cálculo, em UFIRs e, após a extinção dessa unidade de referência, em IPCA-E, índice oficial que veio a substituí-la” (REsp 819.586/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, j. 19.06.2008, *DJe* 04.08.2008).

256. Houve três situações recentes em que tais alterações legislativas ocorreram. A primeira, por força do advento do Código Civil de 2002, cujo art. 406 modificou o percentual de juros legais em relação ao art. 1.062 do Código Civil de 1916. A segunda, por força da Medida Provisória 2.180-35/2001, que introduziu o art. 1º-F na Lei 9.494/1997 para o fim de dispor sobre os juros legais “nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos”. A terceira decorreu da alteração promovida no mesmo art. 1º-F da Lei 9.494/1997, para o fim de alterar os juros legais em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”. O STJ entendeu que essas alterações legislativas impactam as incidências futuras de juros computadas na execução, mesmo quando fundadas em sentenças transitadas em julgado anteriormente ao respectivo início de vigência (vide os seguintes julgados, dos quais o primeiro foi proferido em regime de recursos repetitivos: REsp 1111117/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 02.06.2010, *DJe* 02.09.2010, e EmbE-MS 3.901/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. 25.11.2015, *DJe* 09.12.2015).

prático equivalente” ante a constatação de que a obrigação se tornou impossível de cumprir na forma específica, ou seja, fato modificativo do direito do exequente (art. 536).<sup>257</sup> Há cognição sumária sobre aspectos da relação jurídica de direito material, que resultará na expedição de ordem para o executado cumprir obrigação diversa, invertendo-se o contraditório.

Veja-se que, em todos esses casos, há matéria de mérito, que poderia perfeitamente constituir objeto de um processo de conhecimento autônomo, mas cuja análise foi relegada à sede executiva. Eis mais uma evidência de que a relação jurídica de direito material em torno da qual se forma o *meritum litis* continua a ser “tratada” na execução de título judicial.

Os fatos supervenientes relativos à extinção da obrigação (seja una, seja dividida em prestações periódicas), bem como a modificação das cominações monitorias ocorridas durante a fase de conhecimento, podem ser suscitados no curso dela e ser levados em conta na sentença (art. 493). No mais, se o autor já sabe de antemão que a obrigação específica se tornou impossível antes do ajuizamento da demanda cognitiva ou descobrir tal fato no curso dela, o direito ao resultado prático equivalente vai ser resolvido na sentença de mérito. Humberto Theodoro Jr.<sup>258</sup> corrobora a afirmação de que fatos extintivos, modificativos ou impeditivos supervenientes podem ser versados em processo cognitivo autônomo, ao examinar a situação de uma demanda condenatória subsequente ao trânsito em julgado de sentença meramente declaratória anterior, relativa à mesma relação jurídica.

### 3.11. Extensão de conclusões dos itens anteriores para a execução de título extrajudicial

Os itens 3.9 e 3.10, *supra*, dedicaram-se exclusivamente a analisar fenômenos atinentes à execução de título judicial, a fim de demonstrar que sua formação não

257. Há dúvida em torno da existência de alteração do objeto litigioso nessa situação (a favor: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A do CPC, CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 404; contra: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*: relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 207-208). Se adotada a corrente afirmativa, resta claro que não há correspondência entre condenação e execução (conforme detectado por MANDRIOLI, Crisanto. *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed esigibilità forzata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 30, n. 4, p. 1.342-1.357, 1976. p. 1342-1357; e por DENTI, Vittorio. “*Flashes*” su accertamento e condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 40, n. 1, p. 255-267, 1985. p. 263). E mesmo que se adote a corrente negativa, ainda assim trata-se de exame relativo a aspecto da relação jurídica de direito material.

258. THEODORO JR., Humberto. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 21, n. 81, p. 82-97, jan.-mar. 1996. p. 96.

esgota o exame da relação jurídica de direito material, de tal modo que remanesce a necessidade de exercício de cognição a esse respeito em sede executiva.

Em linhas gerais, as mesmas conclusões se estendem à execução de título extrajudicial, respeitadas duas diferenças fundamentais.

A primeira é que a cognição sumária inicial do juiz (tratada no item 3.7, *supra*) não está limitada aos fatos ocorridos apenas após a formação do título executivo, como ocorre com os títulos judiciais mercê da eficácia preclusiva que os recobre. Para se chegar a essa conclusão basta comparar o rol de matérias alegáveis em sede de defesa de mérito do executado em cumprimento de sentença (arts. 525, VII, e 535, VI) e na execução de título extrajudicial (art. 917). No primeiro caso, a cognição exercida pelo juiz, sem postulação do executado, é limitada; no segundo, plena, mas em ambos os casos sumária, invertendo-se o contraditório.

A segunda diferença concerne à ausência da liquidação prévia, como módulo cognitivo exauriente destinado ao preenchimento de um dos requisitos para a execução de obrigação de pagar quantia,<sup>259</sup> embora haja cognição sumária sobre planilha de cálculo (art. 798, I, b, c.c. os arts. 524, §§ 1º e 2º, e 513, *caput*)<sup>260</sup> e sobre a prova exibida acerca do implemento de termo ou condição (arts. 787 e 798, I, c), ambas produzidas com a petição inicial. Além disso, há liquidações incidentais nas já referidas hipóteses de apuração do valor dos danos causados sobre a coisa entregue em razão da execução forçada (art. 809, 1ª parte), do valor das benfeitorias indenizáveis (art. 810) e do valor da obrigação específica convertida em pecúnia (arts. 809, 2ª parte, e 816, 823, parágrafo único). Essa questão será reanalisada sob viés crítico no capítulo seguinte.

259. Nesse sentido, Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto (Conta de atualização – Erro de cálculo – Despacho que a aprova – Ação anulatória. *Revista de Processo*, v. 15, n. 39, p. 219-228, jul.-set. 1990. p. 219-222), fundada nos seguintes argumentos: “[n]ão cabe falar-se em *liquidação* para referir-se às decisões que homologam contas ou cálculos no curso de execuções por título extrajudicial, pois, se o título não fosse líquido, não estaria preenchido um pressuposto de sua exequibilidade e, pois, não haveria execução em curso”. Igualmente Luiz Rodrigues Wambier (*Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 211), Araken de Assis (*Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 272). Leonardo Greco lembra que é possível realizar liquidação incidente na execução de título extrajudicial (Execução nas ações civis públicas. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 23-51, 2002. p. 23-51). O direito português conhece expressamente a liquidação prévia de títulos extrajudiciais, na forma do art. 716.4 do CPC de 2013.

260. Analisando o art. 475-B, §§ 3º e 4º, do CPC de 1973 reformado (que instituíam normas similares à do art. 524, §§ 1º e 2º, do CPC de 2015), Cassio Scarpinella Bueno destacou sua aplicabilidade à execução dos títulos executivos extrajudiciais (*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. 59-60).

A partir de agora, contudo, é possível voltar a analisar a cognição exercida pelo juiz em sede executiva sem distinguir a origem do título (judicial e extrajudicial).

### 3.12. Alterações subjetivas no plano do direito material supervenientes à formação do título executivo (judicial e extrajudicial)

Há que se atentar agora para as mudanças subjetivas ocorridas no plano do direito material, tanto no polo ativo quanto no polo passivo. A exemplo do que foi analisado no item 3.9, *supra*, podem-se aplicar duas técnicas para exame de tais questões: (a) módulos cognitivos, como a habilitação (arts. 687 a 692) e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137); e (b) cognição sumária, com inversão de contraditório.

A “habilitação” constitui um módulo cognitivo, embora limitado,<sup>261</sup> para substituição da pessoa física falecida por espólio ou herdeiros, tanto no polo ativo quanto passivo.

O CPC de 2015 deu à hipótese da desconconsideração da personalidade jurídica em sede de execução duplo tratamento: (a) se a medida for requerida no curso do cumprimento de sentença ou da execução de título extrajudicial, haverá módulo cognitivo exauriente com prévio contraditório (arts. 134, § 2º, 135 e 136); (b) por sua vez, se a medida for requerida na petição inicial, aplicar-se-á a técnica de cognição sumária com inversão de contraditório (art. 134, § 2º). Esse regramento é falho porque autoriza o exequente a escolher como será desempenhada a cognição judicial, além de não esclarecer se a “petição inicial” a que se refere o dispositivo é apenas a da execução de título extrajudicial, ou também a da execução de títulos judiciais produzidos fora da jurisdição estatal civil brasileira (art. 515, VI a IX e § 1º).<sup>262</sup>

261. Em nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10. p.89-104, destacamos que a habilitação, em comparação com o regime do CPC de 1973, foi despida das formalidades de petição inicial, mas continua a ter duas formas distintas, isto é, a “habilitação incidente” e a “habilitação apartada”, que se distinguem pela suficiência ou não da prova meramente documental, respectivamente. Contudo, mesmo na habilitação apartada, em que se podem produzir outras provas, a rigor não haveria possibilidade de o juiz aprofundar a cognição sobre a identificação dos sucessores da parte pré-morta, em razão de eventual incompetência, da incompatibilidade procedimental e, finalmente, do desprestígio à economia processual e à harmonia de julgados. A sucessão pelo espólio (art. 110) mostra-se claramente mais econômica, relegando-se a outro(s) processo(s) a definição de quem concorrerá a ele.

262. Especialmente em face da regra que emerge de uma necessária interpretação ampliada do art. 513, § 5º, segundo a qual só se promove execução em face dos sujeitos que participaram da fase cognitiva em que o título judicial se formou e seus sucessores, nas mais diversas formas.

Seja como for, entende-se que em todos os demais casos de alterações subjetivas na relação jurídica de direito material,<sup>263</sup> à falta de previsão de módulo cognitivo exauriente,<sup>264</sup> aplica-se a técnica geral prevalecente na execução, de cognição sumária provocada pelo exequente, invertendo-se o contraditório.<sup>265</sup>

É bem de ver que todas as questões resolvidas relativamente à formação subjetiva do processo, apesar de dizerem respeito diretamente à relação jurídica de direito material, se situam no plano das “condições da ação”<sup>266</sup> e, em razão disso,

263. A lista considerada por Silas Silva Santos (*Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 93-180), compreensiva de hipóteses que, a seu ver, implicariam ou não ampliação do objeto litigioso, é a seguinte: (I) mudanças no polo ativo: (a) intervenção do Ministério Público para dar prosseguimento à execução abandonada pelo exequente original (como nos casos da ação popular e da ação civil pública, *ex vi*, respectivamente, do art. 16 da Lei 4.717/1965 e art. 15 da Lei 7.437/1985); (b) espólio, herdeiro e sucessores *mortis causa*; (c) cessionário (sucessão singular *inter vivos*); (d) sub-rogado; e (e) um dos credores solidários que figurou como parte na fase de conhecimento, mas não iniciou a execução da sentença favorável; (II) mudanças no polo passivo: (a) desconsideração da personalidade jurídica; (b) espólio, herdeiro e sucessores *mortis causa*; (c) assunto de dívida (sucessão singular *inter vivos*); (d) fiador judicial; (e) terceiro prestador de garantia real; (f) responsável tributário; (g) sócios, nos casos em que não há limitação de responsabilidade; (h) cônjuge ou companheiro; (i) fraude à execução; e, finalmente, (j) fraude contra credores.
264. Diferentemente entendeu Flávio Luiz Yarshell (*O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC de 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial?* In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015p. 219-222), que propôs que a mesma técnica fosse aplicada a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial, tais como fraude à execução. A essa opinião se alinhou Silas Silva Santos (*Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 182 e ss.).
265. Martinetto (*Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 49) afirmou que, no processo italiano, o juiz decide a respeito da sucessão a título particular ou universal incidentalmente na execução, apenas à luz de prova documental, sem maiores formalidades. José Alberto dos Reis (*Processo de execução*, v. 1. p. 222) aludia à aplicação do procedimento específico da habilitação em sede executiva (art. 56 do CPC de 1939), que era procedimento de cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, e não subsiste no CPC de 2013. Pensamos que a lacuna seja irrelevante ante o regramento geral de habilitação, previsto de maneira minudente nos arts. 351 a 357 do CPC lusitano em vigor.
266. Goste-se ou não dessa solução, o CPC de 2015 continuou a claramente dividir o exame da legitimidade e o exame de mérito (arts. 337, XI, e 485, VI). Por isso é que as questões atinentes à mudança superveniente da titularidade jurídica do direito material são examinadas, por opção legislativa no campo da admissibilidade da resolução de mérito, com todos os problemas daí derivados. No entanto, mesmo que não fosse esse

não fazem coisa julgada material, pois esse fenômeno é restrito às “decisões de mérito” (art. 502), que têm definição legal (art. 487).

Ainda que assim não fosse, as decisões que decretam alterações subjetivas são proferidas, *salvo exceções*, com base em cognição sumária, o que as impede de produzir coisa julgada material,<sup>267</sup> à falta de norma autorizadora específica para tanto.<sup>268</sup> Conforme já tivemos ensejo de assentar em outra oportunidade<sup>269</sup>

o entendimento, não haveria sequer exame do mérito, mas, quando muito, de “questões de mérito”.

267. Vide na doutrina estrangeira, Victor Fairen Guillen (Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumaríssimo. *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid: Technos, 1969. t. 2. p. 827) e Proto Pisani (Giusto processo e valore della cognizione plena. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 48, n. 2, p. 265-280, 2002. p. 265-280). Na doutrina pátria, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 53) e Greco (Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, p. 275-301, 2012. Disponível em: [www.pcpadv.com.br/imagens/pdf/REDP.%20Ed.%20X.%20Artigo%20LG%20Cognicao%20sumaria.pdf]. Acesso em: 11.11.2015. p. 275-301).
268. Há casos de formação de coisa julgada em razão do exercício de cognição sumária, como nos casos de decisões homologatórias de autocomposição bilateral ou unilateral (art. 487, III, a a c) e de procedência do pedido mediante julgamento antecipado por força de revelia (art. 355, II, c.c. o art. 487, I), embora quanto a essa última hipótese se detecte dissenso doutrinário: de um lado, opinando pela existência de mera cognição sumária, Bedaque (*Estabilização das tutelas de urgência*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 669); de outro, entendendo haver cognição exauriente, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 55-56).
269. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203. No mesmo sentido, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 47-56) enfatiza que a coisa julgada é uma opção do legislador, exercida com certa liberdade, sujeita apenas a algumas balizas constitucionais. Contudo, tal solução, que decorre do texto legal, merece, sim, a crítica de Antonio do Passo Cabral (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 266-271), que denunciou o viés “cognitivista” da coisa julgada, que não explicaria adequadamente os fenômenos no campo da execução. Igualmente procede a crítica de Renato Resende Beneduzi (*Prozessurteile e Materielle Rechtskraft: sentenças terminativas e coisa julgada material no processo civil alemão*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 357-373, mar. 2014. p. 357-373), segundo a qual não há uma impossibilidade lógica ou ontológica de fazer coisa julgada sobre decisões sobre o processo (particularmente as decisões terminativas). No entanto, não há como fugir da solução (legítima constitucionalmente) pela qual optou o direito positivo, ainda que houvesse alternativas melhores, cogitáveis apenas *de lege ferenda*. Alinhamo-nos aqui a Carlos Oliveira Soares (*O caso julgado na acção executiva*. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, v. 4, n. 7, p. 241-259, 2003. p. 255). O autor lusitano afirma que “[n]ão nos ocorre a existência de obstáculo sério a que a formação do caso julgado na acção executiva seja expressamente regulada pela lei”. Entretanto, o autor demonstra que não havia no CPC português reformado em 2003 (como ainda

“[n]ão se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência no ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal.

Em acréscimo a essa assertiva, pode-se dizer que as garantias constitucionais do processo impõem algumas balizas para o legislador definir, infraconstitucionalmente, a que e a quem a coisa julgada se aplica. Nesse passo, violaria a Constituição Federal que a coisa julgada material cobrisse toda e qualquer decisão, independentemente da intensidade do contraditório que antecedeu sua formação e do grau de cognição do juiz. Igualmente seria incompatível com o arcabouço de garantias constitucionais se a coisa julgada vinculasse indistintamente terceiros que não puderam participar do contraditório. Respeitados essas exigências mínimas, há, sim, alguma margem de liberdade do texto legal infraconstitucional em definir os parâmetros e limites da coisa julgada.”

Nem mesmo no módulo cognitivo exauriente – incidente de descon sideração da personalidade jurídica – haveria como reconhecer a existência de uma verdadeira demanda declaratória,<sup>270</sup> da qual resulta decisão de mérito passível de ser coberta pela coisa julgada material, por três razões principais: (a) tal cumulação de demanda declaratória com demanda executiva não preencheria o pressuposto previsto no art. 327, § 1º, III, do CPC de 2015 (compatibilidade procedimental); (b) o exequente só tem interesse processual no exame da questão em caráter *incidenter tantum*, como meio para atingimento de um fim, que concerne à satisfação da obrigação objeto da execução; e (c) quando o processo está pendente no tribunal, o incidente deve ser lá instaurado (art. 136, parágrafo único), ensejando supressão de instância.

Em suma, não é porque uma decisão foi proferida com base em cognição exauriente que necessariamente há coisa julgada material sobre ela; é necessário que ela seja de mérito (arts. 487 e 502).

Apenas poder-se-ia cogitar de aplicação do fenômeno preclusivo descrito pelo art. 486, § 1º, o qual impede a repositura do mesmo ato postulatório rejeitado em função da ausência de legitimidade *ad causam*.

não há no diploma promulgado em 2013) norma a respeito. Nesse ponto, há evidente semelhança entre os sistemas processuais civis português e brasileiro.

270. Como sustentou recentemente: VIEIRA, Christian Garcia. *Natureza jurídica do “incidente” de descon sideração da personalidade jurídica*, 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, passim.

### 3.13. Cognição exercida para o fim de verificar se a obrigação restou ou não cumprida após realização das medidas de execução forçada (títulos judiciais e extrajudiciais)

Para além de todos os momentos em que o juiz exerce cognição na execução tratados nos itens anteriores, há outro particularmente relevante que concerne à efetiva satisfação do credor após o exercício das técnicas executivas sub-rogatórias ou coercitivas. Perceba-se que aqui já não mais se trata da cognição sumária exercida inicialmente, com base exclusivamente documental, antes de realizadas as atividades executivas. Aqui, a análise recai sobre um momento ulterior, em que os mecanismos sub-rogatórios e/ou coercitivos já foram aplicados e surtiram efeitos.

Para esse fim, há módulos cognitivos exaurientes, embora sem uma estrutura procedimental definida, nos casos de execução para entrega de coisa (arts. 807 e 812) e para realização do pagamento dos valores apurados pela expropriação, seja para o exequente singular, seja no caso de concurso particular de credores (arts. 905 a 909).<sup>271</sup> Em todos esses casos, a decisão (de cunho declaratório quanto à extinção da obrigação)<sup>272</sup> é precedida de contraditório entre as partes, com exercício de cognição exauriente.<sup>273</sup>

A facilidade ou dificuldade de aquilatar se a obrigação foi ou não cumprida ao cabo das atividades executivas depende fundamentalmente de dois fatores: (a) manifestação de vontade do exequente; e (b) modalidade de obrigação.

Quanto ao primeiro requisito, o reconhecimento da satisfação da obrigação pode ser feito pelo exequente de forma expressa ou tácita, e será vinculativa para o juiz sempre que se tratar de parte capaz, adequadamente representada, titular de

271. Esse tema, que recebe da legislação e, sobretudo, da doutrina brasileira pouquíssima atenção, mobiliza sensivelmente a processualística italiana, que há décadas realiza diversos estudos a seu respeito. Destacam-se a monografia de Edoardo Garbagnati (*Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*. Milano: Giuffrè, 1959) e as amplas tratativas dedicadas ao tema por vários tratadistas (v.g., LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile: il processo esecutivo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2015. v. 3. p. 122-135 e 177-197; Bruno Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*. p. 797-820; e Gian Franco Ricci, *Diritto processuale civile*, v. 3. p. 43-52 e 61-70). É bem verdade que em grande medida os problemas enfrentados pelos autores peninsulares decorriam do fato de o concurso de credores ter sido, até 2005, universal e, até hoje, incluir alguns deles não munidos de título executivo, o que gerava inúmeros problemas teóricos e práticos.

272. Assim entendem José Roberto dos Santos Bedaque (. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006. p. 373). O tema voltará a ser analisado, sob o ângulo da coisa julgada material, no item 4.11, *infra*.

273. Os dispositivos ora citados, presentes no Livro II da Parte Especial, aplicam-se à execução de título judicial por força do art. 513, *caput*.

direito disponível e que haja sido intimada para se manifestar com expressa advertência das consequências da omissão. A decisão proferida pelo juiz enquadra-se no art. 924, II, e tem ela conteúdo claramente declaratório, extinguindo integralmente a obrigação exequenda. O tema voltará a ser analisado adiante.

Caso não haja válida manifestação de vontade expressa ou tácita por parte do exequente, ou este expressamente afirme que a obrigação não foi integralmente satisfeita, impor-se-á a realização de atividade cognitiva exauriente, dando-se oportunidade para ambas as partes discutirem se a obrigação restou satisfeita ou não.

Tratando-se de obrigação por quantia, a análise da suficiência da expropriação se faz mediante simples atualização da memória de cálculo apresentada pelo exequente,<sup>274</sup> eventualmente com concurso do contador judicial (aplicado por analogia o art. 524, §§ 1º e 2º). Cuidando-se de obrigação de entrega de coisa, pode entrar em cena a necessidade de perícia para atestar se o bem fungível entregue é exatamente aquele que pretendia o exequente ou para atestar se o bem infungível atende às características fixadas no título executivo. Por fim, pode-se mostrar igualmente necessário verificar se a obrigação de fazer ou não fazer foi adimplida de modo satisfatório ou defeituoso, se for o caso, por meio de perícia.

Todo exame realizado para esse fim situa-se indubitavelmente no plano do direito material. E a maior prova disso é a de que essa mesma discussão poderia ser levada a juízo por meio de processo de conhecimento, para que o credor demonstrasse o adimplemento parcial ou defeituoso da prestação por parte do devedor. Da mesma forma o devedor poderia vir a juízo, igualmente por demanda cognitiva, para demonstrar que a obrigação foi cumprida e obter sentença declaratória que o liberasse do vínculo.<sup>275</sup>

274. Trata-se da forma mais simples de imputação de satisfação do credor, em face do “massimo limite di genericità e fungibilità che è offerta dal denaro” (MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. 24. ed. riv. agg. Torino: G. Giappichelli, 2015, v. 4 (L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali): p. 16).

275. Aliás, não por acaso o art. 570 do CPC de 1973 (anterior à reforma da Lei 11.232/2005) e o art. 526 do CPC de 2015 são considerados, pela doutrina, como incidentes cognitivos provocados pelo executado com finalidade equivalente à da ação de consignação em pagamento, isto é, para o fim de obter uma sentença declaratória (à luz da redação original do CPC de 1973, confirmam-se: CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 8. p. 20; e MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 1. p. 181; à luz do CPC de 2015, vejam-se os nossos Comentários aos arts. 513 a 527. p. 836-837). Por isso mesmo é que se o executado toma a dianteira e satisfaz a obrigação imposta no título judicial formado perante a justiça estatal civil brasileira, antes mesmo de ser intimado a tanto (art. 513, § 1º), efetivamente não houve execução (como bem notou há muitas décadas: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*.

Quando tais questões surgem no curso da execução, não se pode cogitar de cognição sumária, pois não há espaço para postergação do contraditório. A cognição tem de ser exauriente, resultando ao final em decisão de mérito, efetivamente passível de produzir coisa julgada material, cobrindo-se a declaração de que a obrigação foi satisfeita (vide item 4.11, *infra*).

Trata-se, ademais, de decisão que o juiz pode proferir independentemente de provocação do executado, embora ouvindo o exequente para não burlar a proibição de “decisões-surpresa”. Desde que o magistrado encontre nos autos prova de que a obrigação foi satisfeita – a qual pode ser produzida eventualmente mesmo sem participação do executado –, a solução a ser dada é efetivamente proferir sentença declaratória a respeito, ainda que haja silêncio do exequente.

Essa decisão deve existir sempre, mesmo sem pedido do executado, embora seja ele o destinatário da tutela declaratória prestada,<sup>276</sup> a bem da segurança jurídica.

A situação, em linhas gerais, não discrepa substancialmente daquela ocorrida ao ensejo do início da execução, conforme destacado no item 3.7, *supra*. A única diferença fundamental é a de que, após a realização de medidas executivas, o juiz tem diante de si diversos elementos a verificar se elas surtiram os efeitos desejados e produziram ou não a satisfação da obrigação exequenda.

### 3.14. Outras decisões definitivas na execução de título judicial e extrajudicial (arts. 924, III a V, e 487, II e III, do CPC de 2015)

Com base na crença de que o título seria condição necessária e suficiente para a execução,<sup>277</sup> também granjeou muitos adeptos na doutrina a tese de que a execução teria “desfecho único”, qual seja a satisfação do exequente.

Esse entendimento já poderia ser contraditado à luz do próprio direito positivo, considerando-se haver previsão expressa de outros casos de extinção da execução seja no (criticável) art. 794 do CPC de 1973, bem como no (mais completo) art. 924 do CPC de 2015, quais sejam o indeferimento da petição

2. ed. rev., aum. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4. p. 42), mas seguramente há sentença declaratória de cumprimento da obrigação, que equivale substancialmente à sentença que reconhece a satisfação da obrigação após o exercício completo da atividade executiva.

276. A esse aspecto deu ênfase: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 221-225.

277. Como repetiam, por exemplo, MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 5. p. 65; e MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6, t. 1. p. 277.

inicial,<sup>278</sup> a extinção total da dívida, por exemplo, em razão da remissão, da renúncia<sup>279</sup> ou prescrição.<sup>280</sup>

Aliás, os casos de renúncia e prescrição<sup>281</sup> (art. 924, IV e V) têm evidente paralelo com hipóteses previstas para o processo de conhecimento (art. 487, III, c, e II). Não há qualquer razão para diferenciar os fenômenos em sede de conhecimento e em sede executiva.<sup>282</sup> No primeiro caso, há decisão homologatória; no segundo, decisão declaratória, mas ambas são consideradas pelo sistema como de mérito e são cobertas pela coisa julgada material (vide, a esse respeito, o item 4.11, *infra*).

Ademais, o rol de hipóteses do art. 924 do CPC de 2015 não se pode considerar exaustivo,<sup>283</sup> pois na execução incidem as normas gerais do processo de conhecimento (art. 771),<sup>284</sup> nas quais há previsão de outras causas de extinção do processo com resolução de mérito (em particular a decadência, conforme art. 487, II) e sem resolução de mérito (art. 485 do CPC de 2015).<sup>285</sup>

278. O dispositivo, a rigor, faria referência apenas à execução de título extrajudicial e às execuções dos títulos judiciais referidos no art. 515, VI a IX, do CPC de 2015, que são objeto de processo autônomo de execução. Contudo, pode-se reconhecer que por analogia a mesma regra há de se aplicar ao simples requerimento para abertura de fase de cumprimento, aplicando-se por analogia o art. 801, por força do art. 771.

279. O art. 794, II e III, do CPC de 1973 fazia referência a dois fenômenos (remissão e renúncia), embora, à luz do art. 385 do CC, não haja sentido na diferenciação entre eles. O art. 924 do CPC de 2015 corrigiu esse defeito redacional.

280. Nesse caso, em razão da extinção da pretensão.

281. O tema da prescrição será retomado nos itens 4.6 e 4.7, *infra*.

282. Conforme reconhecem, por exemplo, Marinoni e Arenhart (*Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3. (Execução). p.334). Angelo Bonsignori (*Lesecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 9), embora apegado à ideia de que a sentença que declara a extinção da execução após a satisfação forçada da obrigação, reconhece que a situação por ela produzida se diferencie da execução voluntária material por ter um grau maior de certeza. Eis um excelente argumento para reforçar o entendimento de que a sentença que extingue a execução seja realmente de mérito e apta a ser coberta pela coisa julgada material.

283. A doutrina produzida ao tempo do CPC de 1973 reconhecia que o rol do art. 794 daquele diploma não era exaustivo (e.g., LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao art. 794. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.468) e o mesmo entendimento se aplica ao art. 924 do CPC de 2015 (MIRANDA, Gilson Delgado. Comentários aos arts 921 a 925 do CPC de 2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 2069).

284. Confirme sustenta BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 7-12, jul.-set.1993. p. 10.

285. Teresa Arruda Alvim Wambier (A sentença que extingue a execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo:

Considerando-se que o objetivo do capítulo é a análise do tratamento do *meritum litis* em sede executiva, verificar-se-á a compatibilidade apenas das demais hipóteses de extinção do processo com resolução de mérito previstas no art. 487 e não abrangidas no art. 924, isto é, a decadência, a homologação de reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação (art. 487, II e III, a) e de autocomposição bilateral (art. 487, III, b).

O reconhecimento da procedência do pedido e a transação são, sim, cabíveis em sede executiva,<sup>286</sup> embora de forma diferente do que ocorre no processo de conhecimento, haja vista que não se cogita de sentença de procedência na execução. Nesse passo, esses atos dispositivos do executado não conduziram à extinção da execução, mas sim à exclusão de matérias de defesa alegadas ou alegáveis pelo executado até então. Referimo-nos apenas às defesas “até então” cabíveis, porque se não se seguir a satisfação da obrigação, a execução prosseguirá e, eventualmente, haverá a possibilidade de o executado alegar matérias de defesa supervenientes. Somente haverá extinção da execução se, ao ensejo da transação, o exequente já declarar que o executado satisfaz a obrigação.

A decadência (art. 487, II), em princípio, por seu turno, não caberia na execução, à luz da ideia de que ela não é palco para exercício de direitos potestativos, mas sim para exigir forçadamente uma prestação, cuja pretensão se sujeita à prescrição. Mesmo nos casos em que a execução de uma prestação é decorrente do exercício de um direito potestativo (conforme destacado no item 1.1, *supra*), deve ser ela tratada sob o ponto de vista da prescrição. Entretanto, poder-se-ia cogitar, no campo tributário, da pronúncia da decadência do direito do fisco em lançar o tributo cuja cobrança for objeto da execução fiscal (arts. 156, V, e 172 do CTN).<sup>287</sup>

RT, 1998. p. 396) afirma que seria impróprio falar em “extinção da execução sem exame de mérito”, porque não haveria mérito na execução. Esse entendimento já se mostrou equivocado ao longo de toda a exposição. Liebman (*Execução e ação executiva. Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 37) dizia que não havia “absolvição de instância” na execução, sob o (errado) fundamento de que isso inutilizaria a sentença exequenda. Esse entendimento se mostra equivocado para a execução de título extrajudicial. Ademais, mesmo na execução de título judicial esse entendimento não se sustenta, pois alguns dos demais casos de extinção sem resolução de mérito, não abrangidos pelo art. 924 do CPC de 2015. Não por outra razão, esse entendimento restou abandonado pela doutrina brasileira (como, v.g., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 166).

286. Conforme sustentam: FORNACIARI, Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: RT, 1977. p. 49; e GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 53.

287. Conforme cogita MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 176.

Em suma, a execução constitui campo propício para, independentemente de postulação do executado, o juiz decretar a prescrição ou a decadência, por meio de sentença de mérito que nega ao exequente a satisfação do seu direito.

### 3.15. Multiplicidade de decisões sobre o mesmo objeto litigioso?

Todo o raciocínio desenvolvido no presente capítulo foi direcionado a demonstrar que o juiz efetivamente exerce cognição sobre a relação jurídica de direito material ao longo de toda a execução, tanto fundada em título judicial quanto extrajudicial, independentemente de postulações do executado.

Contudo, para que essa hipótese reste comprovada de forma suficientemente fundamentada, impõe-se constatar que não há qualquer empecilho para reconhecer que o *meritum causae* seja gradativamente julgado por diversas decisões proferidas ao longo do tempo.

Veja-se que não se trata aqui do fenômeno de desacomulação de pedidos ou decomposição de pedidos simples divisíveis, seja para fins de julgamento parcial de mérito,<sup>288</sup> seja para fins de trânsito em julgado de capítulos decisórios não atacados por recurso.<sup>289</sup>

Trata-se aqui de outras formas de decomposição do *meritum causae*, que não são desconhecidas da doutrina e dos tribunais, embora a elas não se costume reservar a devida atenção, mormente para um tratamento sistemático.

O primeiro fenômeno concerne ao julgamento prévio de “questões de mérito”,<sup>290</sup> sobretudo para fins de rejeição daquelas de caráter prejudicial, tais

288. O CPC de 2015 rompeu textualmente com a técnica da concentração do julgamento do mérito, o que se revela não apenas à luz do art. 356 (que prevê o julgamento antecipado parcial de mérito) e do art. 1.015, II (que prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito), mas igualmente da supressão da regra anteriormente constante do art. 318 do CPC de 1973 (segundo a qual demanda principal e reconventional deveriam ser julgadas na mesma sentença).

289. Não há referência textual no CPC de 2015 acerca do acolhimento da “teoria dos capítulos da sentença”, mas as alterações referidas na nota de rodapé anterior corroboram os diversos outros elementos já detectados no *Codex* revogado (apontados com profundidade por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Saraiva, 2002, passim.) para reconhecer que o sistema atual não o abandonou. Entre as consequências dessa escolha, está a possibilidade de formação de coisas julgadas parciais, conforme já haviam apontado, v.g., José Roberto Neves Amorim (*Coisa julgada parcial no processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, passim); José Henrique Mouta de Araújo (*Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2008, passim) e Luciano Vianna Araújo (*Sentenças parciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, passim).

290. Conforme conceito acolhido no item 2.1, *supra*.

como a prescrição ou a decadência.<sup>291</sup> Decisões desse jaez se apresentam na prática do foro e desafiam há muito a argúcia da doutrina, que, ao tempo do CPC de 1973, majoritariamente se batia pelo seu descabimento,<sup>292</sup> sob o argumento de que seria necessário concentrar o julgamento das questões de mérito e do mérito.<sup>293</sup> À luz do CPC de 2015, essa tese já não mais tem razão de ser, sobretudo porque o sistema deixa claro que há, sim, decisões interlocutórias de mérito (arts. 203, §§ 1º e 2º, e 1.015, II).

O segundo fenômeno concerne à liquidação de sentença, em que dois elementos da mesma relação jurídica – *an debeatur* e *quantum debeatur* – são definidos em decisões distintas. Essa constatação permite a comparação entre decisão genérica e decisão parcial de mérito.<sup>294</sup>

291. Essa questão foi enfrentada, por exemplo, por: MENDONÇA LIMA, Alcides de. Ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, n. 298, p. 7-9, abr.-jun. 1987. p. 7-9; e YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 199-201.

292. A concentração do julgamento das “questões de mérito” com o “mérito” propriamente dito era defendida por Liebman (. *Manuale de diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1980. v.2. p. 239), e sua adoção pelo CPC de 1973 era acolhida de forma majoritária pela doutrina, como Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 4. p. 229), Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 3. p. 489-490) e Dinamarco (*Ação rescisória contra decisão interlocutória. Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 281-282). À essa corrente manifestamos nossa adesão no texto: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, item III; mas à luz do CPC de 2015 vimo-nos forçado a rever a posição e acolher o entendimento defendido, por exemplo, por Antonio Carlos Nachif Correia Filho (*Julgamento antecipado parcial de mérito*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 20-30 e 42-45).

293. Em alguma medida, a resistência em aceitar a mera solução de questões de mérito decorria da dificuldade de solução das questões inerentes ao cabimento da ação rescisória (o que resta claro, por exemplo, do texto de Dinamarco citado na nota anterior). Embora não seja o caso de aprofundar esse exame nessa sede, mostra-se suficiente notar que o problema resta equacionado pelo art. 975 do CPC de 2015 (embora de forma criticável), segundo o qual “[o] direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”. Mostra-se contraditório que o atual CPC, que tão vivamente abraçou a tese de decomposição do objeto litigioso por meio de decisões parciais passíveis de serem cobertas por coisa julgada material, tenha concentrado o pedido de rescisão para ser manejado apenas após a última decisão proferida no processo.

294. Assim entendem Daisson Flach (*Comentários aos arts. 475-A a 475-H*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). *A nova execução: comentários à Lei n.º 11.232 de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 45), Luciano Vianna Araújo

Abram-se parênteses para destacar que, em outro texto de nossa autoria<sup>295</sup> sustentamos que, em algumas hipóteses, a liquidação de sentença contém seu próprio objeto litigioso, que não se poderia se considerar veiculado no processo original, no qual a decisão liquidanda foi proferida. Aqui temos ensejo para aprofundar esse exame e destacar, exemplificativamente, as seguintes hipóteses: (a) liquidação individual de sentença genérica coletiva (art. 97 do CDC); (b) liquidação da sentença penal condenatória (conforme item 2.7, *supra*); e (c) toda e qualquer liquidação por fatos processuais geradores de responsabilidade civil (conforme item 2.6, *supra*). Assim, não se pode adotar uma solução única para identificar o objeto litigioso da liquidação. Ora se apresentará compreendido no objeto litigioso do procedimento cognitivo que gerou a decisão liquidanda, ora constituirá algo de novo. Por tal razão, não é possível aceitar soluções que afirmem que a liquidação sempre terá o mesmo objeto litigioso tratado pela sentença genérica<sup>296</sup>, tampouco poder-se-ia aceitar que o pedido de liquidação seja considerado, sempre, portador de objeto litigioso próprio<sup>297</sup>.

O terceiro fenômeno, retratado pelo próprio art. 203, § 1º, encontra-se em determinados procedimentos especiais, em que o mesmo objeto litigioso é julgado em mais de uma sentença, tal como na ação de exigir contas (arts. 550, § 5º, e 552),

(*Sentenças parciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-128), Bruno Valentim Barbosa (*Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 33-44) e Antonio Carlos Nachif Correia Filho (*Julgamento antecipado parcial de mérito*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 64-69).

295. SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova liquidação de sentença e suas velhas questões. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008. p. 210-239
296. Como há tempos sustentou, antes das profundas reformas de 2005, Buzaid (Da liquidação por artigos na ação de ressarcimento de perdas e danos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 8. p. 149-154), e defenderam, após as reformas, Olavo de Oliveira Neto (O novo perfil da liquidação de sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 194); Cassio Scarpinella Bueno (*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. 1p. 46); e Daisson Flach (Comentários aos arts. 475-A a 475-H. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Coord.). *A nova execução: comentários à Lei n. 11.232 de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33).
297. Como propunha, antes das reformas: ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença* (a lide de liquidação). São Paulo: RT, 1981, passim; e, após as reformas: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006. p. 102

na ação demarcatória (arts. 581 e 587) e na ação consignatória fundada em dúvida sobre a titularidade do crédito (art. 548, III).<sup>298</sup>

A generalização desse fenômeno permite reconhecer que o mesmo objeto litigioso – composto, no seu conjunto, pelo “mérito” propriamente dito e pelas “questões de mérito” – pode ser resolvido gradativamente, na fase de conhecimento e de execução, por meio de várias decisões.<sup>299</sup>

Nesse passo, pode-se reconhecer que são proferidas, ao longo da execução, diversas decisões sobre o mérito propriamente dito e sobre questões de mérito (conforme descrito nos itens anteriores), sendo a maioria delas fundadas em cognição sumária<sup>300</sup> e algumas precedidas de módulos cognitivos exaurientes (entre as quais a própria decisão que extingue a execução).

Em outras palavras, considerando-se a obrigação como uma realidade complexa e dinâmica,<sup>301</sup> que contempla o seu surgimento, o seu reconhecimento e o seu adimplemento, no mínimo haverá duas decisões de mérito: uma que a reconhece existente e outra que a declara satisfeita. Entre esses dois extremos, é passível de proferimento uma série de outras decisões relativas a aspectos da relação jurídica de direito material que não podem ser olvidadas pela doutrina. A tratativa até aqui empreendida buscou mostrar que tal fenômeno ocorre em diversas situações ao longo da execução.

### 3.16. Cognição relativa às atividades executivas propriamente ditas

Embora o presente capítulo – e, de certa forma, esta obra como um todo – tenha por objetivo examinar o tratamento do objeto litigioso em sede executiva,

298. Exemplos referidos por: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 486-487.
299. Ovídio Baptista da Silva (Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80) chega a ponto de afirmar que toda sentença condenatória seria parcial, haja vista sujeitar-se à execução em que o mesmo bem da vida continuará a ser perseguido.
300. O entendimento de que essas decisões fundadas em cognição sumária proferidas em sede executiva também devem ser consideradas como decisões relativas ao *meritum litis* vale-se das ideias defendidas por Ovídio A. Baptista da Silva ao longo de décadas, no sentido de que “a tendência histórica que nos persegue desde os últimos estágios do direito romano, conduzindo-nos para a universalização da ordinariade, com a separação entre cognição e execução, atingiu seu ponto culminante, em nosso sistema, com a edição do Código de 1973” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Reforma dos processos de execução e cautelar. Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 175).
301. Já referimos anteriormente à obra clássica: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 115.

muito se falou sobre cognição judicial, a qual não é exercida exclusivamente sobre o *meritum litis*.

Assim, convém breve resenha sobre um particular aspecto da cognição exercida em sede executiva, que não concerne ao objeto litigioso tampouco aos requisitos para seu tratamento válido, quais sejam os pressupostos processuais e as “condições da ação”. Referimo-nos, aqui, à cognição judicial sobre os meios executivos.<sup>302</sup>

Não há dúvida de que, para selecionar e aplicar as técnicas sub-rogatórias e/ou coercitivas cabíveis, há exercício de cognição.<sup>303-304</sup> Nesse passo, não se pode afirmar pura e simplesmente que a cognição judicial é mero “parêntese”,<sup>305</sup> ense-

302. A clássica monografia de Watanabe (*Cognição no processo civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79 ss.), que centrou suas atenções apenas no processo de conhecimento, refere-se ao objeto da cognição como um trinômio de questões (pressupostos processuais, condições da ação e mérito). Na execução há um quadrinômio, pois as questões atinentes aos atos executivos, salvo exceções, não se encaixam em nenhum dos outros três objetos da cognição.

303. Conforme entendem, em Portugal: Remédio Marques (*Curso de processo executivo comum à face do Código revisto*. Porto: SPB Editores, 1998. p. 20); na Itália: Michele Fornaciari (*Esecuzione forzata e attività valutativa: introduzione sistematica*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 88); e no Brasil: José Roberto dos Santos Bedaque (*Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006. p. 363-364).

304. Liebman a admitia apenas quando houvesse *opposizione agli atti esecutivi* manejada pelo executado (*Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 178, nota 472), mas não há como negar que mesmo sem oposição do executado o juiz, a propósito de deferir determinada medida executiva, percorre todas as etapas necessárias descritas por Calamandrei para o proferimento de qualquer outro ato decisório: exame dos fatos relevantes, *accertamento* de cada fato relevante, construção e qualificação da *fattispecie* concreta, aplicação do direito ao fato, interpretação do negócio jurídico e determinação do efeito jurídico (*La genesi logica della sentenza civile. Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. 1. p. 11-54). Esse fenômeno não é desnaturado nos casos contraditórios invertidos, conforme preconiza Michele Taruffo (*Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 235-275). Martinetto (*Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 2-3) destaca a necessidade de o juiz percorrer as etapas de admissibilidade (requisitos gerais e requisitos específicos) e validade dos atos executivos. Já Danilo Knijnik averba que “todo e qualquer processo – portanto, o executivo – implica, necessariamente, a fixação de um universo cognoscitivo que lhe seja próprio: as partes suscitam determinadas questões – não toda e qualquer questão – produzem prova para esclarecer os correspondentes aspectos fáticos e o juiz, no momento oportuno, tem de decidir sobre o que lhe fora submetido” (*A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 82).

305. Como dizia MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 5. p. 66.

jadora de instauração de “incidentes”<sup>306</sup> ou “enxertos”<sup>307</sup> cognitivos, enquanto se desenvolvem as atividades executivas que supostamente nada teriam a ver com atividades cognitivas. Em um sistema processual como o brasileiro, em que a execução é conduzida diretamente pelo juiz, a cognição está presente no exercício de todos os atos executivos,<sup>308</sup> e sua amplitude varia na proporção direta da atipicidade desses meios.<sup>309</sup> Uma vez exercida, a cognição judicial gera decisão.<sup>310</sup> Contudo, como tal decisão toca à aspecto instrumental, e não ao mérito, não produz coisa julgada material por simples aplicação do art. 502 do CPC de 2015.<sup>311</sup>

306. Termo usado em profusão na doutrina, como a de Fredie Didier Jr. (Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, v. 29, n. 118, p. 9-28, nov.-dez. 2004. p. 14-15) e José Roberto dos Santos Bedaque (*Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006. p. 364-366).

307. Termo usado por Lebre de Freitas (*Enxertos declarativos no processo executivo. Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 315-324) e acolhido, entre os brasileiros, por Sandro Gilbert Martins (*Apontamentos sobre a defesa do executado no cumprimento da sentença*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 169-180, jul.-ago. 2004. p. 169-180).

308. Celso Neves atentou para essa realidade, ao propor que a expressão “processo de conhecimento” fosse substituída por “processo de declaração” (tal como é corrente em Portugal e países de língua espanhola), já que no “processo de execução” também há conhecimento (NEVES, Celso. *Apontamentos sobre o binômio declaração-execução*. *LT*, São Paulo, v. 56, n. 8, p. 913-916, ago. 1992. p. 914).

309. Leonardo Greco, pensando em uma atividade executiva pautada por tipicidade, afirmou o seguinte: “[a] atividade jurisdicional na execução é inteiramente diversa daquela que o juiz exerce no processo civil de conhecimento: pouco tem de intelectual; é atividade preponderantemente prática que atua e modifica o mundo exterior, lidando com pessoas e bens do mundo real, no qual os valores e os interesses se apresentam em constante mutação. No exercício dessa atividade, as decisões que o juiz deve adotar não são ditadas por critérios de estrita legalidade, muito menos pela simples subsumção de fatos à lei, mas por juízos de conveniência e oportunidade, que mais se assemelham às de um operador de mercado, do que às de um jurista” (GRECO, Leonardo. *A crise do processo de execução. Estudos de direito processual*. Campos de Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 8-9). Pensamos que a realidade normativa atual (especialmente à luz do art. 139, IV, do CPC de 2015) implica a necessidade de revisão de tal visão restritiva da atividade cognitiva do juiz relativamente aos meios executivos. Aliás, esse fator torna mais difícil a desjudicialização da execução e de atos executivos, pois aumenta a amplitude dos “juízos de valor” (termo usado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 181) que o ente ou órgão condutor da execução seria chamado a realizar.

310. A propósito, Miguel Teixeira de Sousa (*O objecto da sentença e o caso julgado material* (estudo sobre a funcionalidade processual). Lisboa, 1983. p. 101) pontua com precisão que “toda a actividade jurisdicional, como função cognoscitiva, rende para uma conclusão decisória”.

311. Angelo Bonsignori (*L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 24) reconhece que o juiz (e os demais órgãos executivos) realizam uma série de *accertamenti*

Por fidelidade ao recorte proposto no item 3.3, *supra*, convém centrar atenção apenas na cognição exercida pelo juiz sobre os atos executivos sem postulações do executado.

Também no tocante ao campo dos atos executivos prevalece a técnica de cognição sumária com inversão de contraditório. Ou seja: o exequente propõe que medidas executivas sejam tomadas e, se o juiz as deferir (o que o faz com base em cognição sumária), cabe ao executado requerer o exercício de cognição exauriente a respeito.

Contudo, essa técnica de inversão de contraditório, instituída com o objetivo de beneficiar o exequente, não pode jamais ser usada como fundamento para impedi-lo de provocar o exercício de cognição exauriente no bojo da própria execução quando necessário à efetividade da tutela jurisdicional executiva. Por razão de isonomia, é forçoso que se cogite de oportunizar a atividade cognitiva exauriente ao exequente quando a decisão fundada em cognição sumária lhe for desfavorável. Do contrário, terá havido exclusivamente cognição sumária sem ulterior oportunidade para a cognição exauriente, o que representaria uma barreira indevida ao acesso à tutela jurisdicional.

Veja-se como exemplo a hipótese em que o exequente requer a penhora de determinado bem e o juiz, com base nos elementos presentes nos autos, a indefere *ex officio*, por entender existente impenhorabilidade.<sup>312</sup> Se o juiz decretasse a penhora e o executado alegasse posteriormente a impenhorabilidade, haveria a respeito cognição exauriente. Se, por outro lado, a penhora for de plano indeferida, não haverá oportunidade ulterior para revisão dessa decisão em sede de cognição exauriente. Essa ampliação da cognição deve ser autorizada ao exequente.<sup>313</sup>

E nem se diga que tal questão poderia ser objeto de ulterior demanda cognitiva autônoma. No que concerne às questões relativas ao exercício de atos executivos,

durante a execução, como condição para as atividades que lhes são demandadas, mas se trata de *accertamenti* diversos daqueles regulados pelo art. 2.909 do CC, o qual é suscetível de fazer coisa julgada.

312. Essa possibilidade é reconhecida pelos tribunais, mormente porque o juiz não realiza atos constitutivos sem qualquer exame da situação fática subjacente. À guisa de exemplo, confirmam-se dois julgados recentes do STJ a respeito: AgRg no AREsp 652.666/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 19.03.2015, *DJe* 25.03.2015; e AgRg no AREsp 55.742/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 13.12.2011, *DJe* 01.02.2012.
313. Questão interessante, suscitada pelo espanhol Francisco Ramos Romeu (Estudio de algunos supuestos de impugnaciones en la ejecución. In: CACHÓN CARDENAS, M.; PICÓ JUNOY, J. (coord.). *La ejecución civil: problemas actuales*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 208), concerne à hipótese em que o exequente, antes da citação do executado, pleiteia medida que resta originalmente indeferida em sede de cognição sumária e, por meio do aprofundamento da cognição em sede de recurso, reverte tal decisão. Depois da citação do executado não se pode negar a ele o direito de discutir, desde o primeiro grau de jurisdição, a mesma questão.

só se cogita de exame no contexto de uma execução pendente, não constituindo objeto próprio para processo futuro. Daí por que não faria sentido relegar à demanda autônoma movida pelo exequente a demonstração de que determinado bem é penhorável, ou que se impõe necessário aumentar o valor da multa diária para coagir o executado a cumprir a obrigação.

Não é fácil, contudo, separar os dois planos, isto é, aquele que concerne exclusivamente aos atos executivos e aquele que diz respeito a relações jurídicas de direito material. Essa reflexão resgata a antiga discussão em torno da posição ocupada pelo tema da responsabilidade patrimonial: no direito material ou no direito processual.<sup>314</sup> Parece relevante acentuar o caráter “bifronte” do instituto,<sup>315</sup> haja vista se situar claramente em uma das (tantas) faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial.

Para ilustrar essa questão pode-se levar em conta o instituto da fraude à execução. Em regra, há cognição sumária, invertido o contraditório não apenas em face do executado, mas igualmente do terceiro atingido pela decretação da ineficácia da alienação ou oneração de bens suscetíveis à penhora. Caso o juiz não se convença de plano à luz de simples prova documental exibida pelo exequente, há que se cogitar se é possível: (a) ampliar a cognição e autorizar a produção de outras provas para que haja decisão a respeito no bojo da própria execução; ou (b) relegar a questão a processo autônomo.<sup>316</sup>

314. Defendendo a teoria material, Betti (Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 83-85), Satta (*L'esecuzione forzata*. Torino: UTET, 1950. p. 29-31), Lebre de Freitas (*A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 17) e Araken de Assis (Responsabilidade patrimonial. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução civil* (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005. p. 11-23). Perfilham a tese da natureza processual, Liebman (*Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 69-71), Bonsignori (*L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: G. Giapicchelli, 1996. p. 2), Buzaid (*Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 17-18) e Dinamarco (*Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259-260).
315. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45-49).
316. Olavo de Oliveira Neto (O reconhecimento judicial da fraude de execução. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução civil* (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005. p. 345) defende que a decretação de fraude à execução poderia ser obtida por processo autônomo, aproximando-a da fraude contra credores. Embora sem chegar a propor a mesma solução, também Humberto Theodoro Jr. (Fraude contra credores. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 140-159, maio-jun. 2001. p. 140-159) aproxima as duas figuras, sob o ponto de vista dos elementos caracterizadores e eficácia da decisão. Por estranho aos objetivos desta obra, reputamos desnecessário o aprofundamento da questão.

O *discrimen* está no seguinte elemento: (i) se a questão a ser resolvida é instrumental em relação à satisfação do direito material afirmado em sede executiva (por exemplo, aquelas atinentes à penhorabilidade ou fraude à execução), elas podem ser solucionadas no bojo da própria execução; (ii) do contrário, se a medida se destina diretamente à satisfação, ela pode ser relegada a outro processo.<sup>317</sup>

Assim, nos casos em que se admitir a ampliação da cognição em favor do exequente, irrompe necessário autorizar a produção de qualquer meio de prova. Embora a execução forçada seja campo em que predomina a prova documental,<sup>318</sup> o próprio sistema já admite outros meios, como a perícia para avaliação de bem penhorado (art. 870, parágrafo único) e os demais exemplos referidos nos itens antecedentes.

Para além dessa hipótese, não é possível simplesmente descartar que, em benefício do exequente, seja permitida a colheita de outras provas, como a testemunhal, desde que o objetivo seja influir eficazmente na convicção do juiz para proferimento de decisões atinentes aos atos executivos. Tal providência não desvirtua a finalidade da atividade executiva,<sup>319</sup> que é a realização concreta do direito.<sup>320</sup>

317. É justamente o caso da imissão de posse do bem expropriado na execução por quantia que, segundo sucinto ensaio de Tercilio Pietroski (A imissão na posse em casos de arrematação e de adjudicação judicial de bens. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 259-269, mar. 1994. p. 259-269), se situa no centro de uma polêmica doutrinária e jurisprudencial que já propôs três possibilidades: simples mandado expedido no bojo da própria execução, execução para entrega de coisa ou demanda de procedimento comum.

318. Constatação arguta de MARTINETTO, Giuseppe. *Gli accertamenti degli organi esecutivi*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 63.

319. Como sustentou Sandro Gilbert Martins: “[p]ermitir uma cognição exauriente nesse momento seria desvirtuar a finalidade da execução, ensejando um desequilíbrio na harmonia do sistema e afastando-se, assim, da efetividade da tutela jurisdicional que tanto se preza e se almeja alcançar” (MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 67-68). No mesmo sentido, Alexandre Minatti (*Contribuição ao estudo da tutela jurisdicional do executado*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nota 236).

320. Assim defendeu Michele Fornaciari: “mentre in esecuzione le valutazioni si pongono in funzione servente rispetto alle operazioni pratiche, in cognizione, tutt’all’opposto, sono queste ultime che assumono un ruolo strumentale rispetto alle prime, mentre insomma in esecuzione si valuta per poter operare, in cognizione si opera per poter valutare” (FORNACIARI, Michele. *Esecuzione forzata e attività valutativa: introduzione sistematica*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 32). No mesmo sentido, Lucon (Execução, condições da ação e embargos do executado. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil: evolução (20 anos de vigência)*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 214-215) afirma que “[a] atividade cognitiva no processo de execução está presente; a diferença é que nele essa atividade é desenvolvida com uma finalidade eminentemente prática, com vistas sempre à pronta satisfação do credor”.

## 4

## REPERCUSSÕES DA PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO EM SEDE EXECUTIVA

### 4.1. Reenquadramento dogmático da execução de título extrajudicial na categoria dos processos cognitivos sumários

A primeira consequência da reanálise crítica empreendida no capítulo anterior reside no reenquadramento da execução de título extrajudicial no campo dos processos cognitivos sumários.

O fundamento, para tanto, é a revalorização da cognição realizada pelo juiz ao ensejo do início da execução de título extrajudicial,<sup>1</sup> a qual concerne não apenas a aspectos de direito processual, mas igualmente à relação jurídica de direito material.<sup>2</sup> Tal atividade cognitiva inicial, embora sumária, cumpre, a um só tempo, tanto o papel da cognição que precede a formação dos títulos executivos judiciais<sup>3</sup> (que é normalmente plena e exauriente)<sup>4</sup> quanto o da cognição exercida ao ensejo da

1. Propõe-se, pois, uma visão contraposta àquela defendida pela doutrina majoritária. Humberto Theodoro Jr., por exemplo, defende que “(a) cognição que se faz sobre o título executivo extrajudicial é puramente eventual e apenas ocorre quando o devedor instaura a ação de embargos” (Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução, p. 97). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero (*Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 59) afirma que na execução de título extrajudicial “o legislador elege determinados documentos e outorga eficácia executiva com o intuito de dispensar a prévia cognição judicial como condição da expropriação”. Igualmente Leonardo Schenk (*Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*, p. 209) sustenta que a execução de título extrajudicial “dispensa (...) uma etapa prévia, cognitiva”. No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria* – Lei 9.079/95. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 71.

2. Conforme item 3.7, *supra*.

3. Considerando-se que, no ordenamento brasileiro, o título executivo extrajudicial não produz efeitos senão depois da decisão judicial que determina ao executado o cumprimento da obrigação, poder-se-ia questionar que essa decisão se agrega ao título e, portanto, essa circunstância o aproxima dos de natureza judicial. Romano Vaccarella destaca que um dos possíveis critérios para a distinção entre títulos judiciais e extrajudiciais é a existência ou não de concurso do juiz (Difusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali, p. 63).

4. Salvo quando se tratar de decisão concessiva de tutela provisória, fundada em cognição sumária, a qual, segundo concepção proposta no item 3.7, *supra*, deve ser também enquadrada na categoria dos títulos executivos.