

**ATHOS GUSMÃO CARNEIRO**

**PETRÔNIO CALMON**

Organizadores -

ADA PELLEGRINI GRUNOVER • ADAILSON LIMA E SILVA  
ALEXANDRE FREITAS CAMARA • ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES  
AURY LOPES JR. • BRUNO CAMPOS SILVA • CASSIO SCARPINELLA BUENO  
CRISTIANO DE ANDRADE IGESIAS • EDUARDO DE AVELAR LAMY  
EDUARDO SILVA DA SILVA • FAUZI HASSAN CHOIKR • FLAVIO CHEMI JORGE  
FREDIE DIDIER JR. • GENACÉIA DA SILVA ALBERTON  
GISELE SANTOS FERNANDES GÔES • GLAUCO GUNERATO RAMOS  
GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA • GUSTAVO DE MEDEIROS MELO  
GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ • HEITOR VITOR MENDONÇA SICA  
HELENA MAJAR ABDO • HUMBERTO THEODORO JÚNIOR  
J. S. FAGUNDES CUNHA • JAIME GREIF • JORGE DE OLIVEIRA VARGAS  
JOSÉ ELI SALAMACHA • JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR  
JOSÉ MARCELO MENEZES VIGIAR • LIA JUSTINIANO DOS SANTOS  
LUCIANA DRIMEL DIAS • LUIS FERNANDO GUERRERO  
LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR • LUIZ GUILHERME MARINONI  
MARCELO ABELHA RODRIGUES • MARCELO DI REZENDE BERNARDES  
MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA • MARISTELA DA SILVA ALVES  
MILTON PAULO DE CARVALHO • NELSON RODRIGUES NETTO  
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON • PAULO HOFFMAN  
PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA • PETRÔNIO CALMON • ROBERTO O. BENZONCE  
ROBSON RENAULT GODINHO • ROGÉRIO MOLLICA

## **BASES CIENTÍFICAS PARA UM RENOVADO DIREITO PROCESSUAL**

2ª edição,  
2009

Instituto  
Brasileiro  
de Direito  
Processual

IMPROMA  
FEDOMM

EDITORA  
A&P ODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

## CONVOCATÓRIA DO PRESIDENTE DO CONSELHO

Prezado colega,

O Instituto Brasileiro de Direito Processual completa 50 anos de sua fundação no próximo dia 15 de agosto de 2008. Desde seus primeiros passos, sua vocação legislativa se viu presente, eis que partiu do primeiro presidente, o saudoso Prof. Alfredo Buzaid, a iniciativa e a redação da proposta do atual Código de Processo Civil.

Em 1990, após o advento da nova Constituição Federal, o IBDP, em parceria inicial com a Escola Nacional da Magistratura, então dirigida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, pôs-se ao trabalho, de avaliar os mais evidentes problemas do processo, identificando seus pontos de estrangulamento, o que culminou com a apresentação de 11 anteprojetos de lei, apresentando novas técnicas e eliminando entraves burocráticos do processo. Dessa iniciativa foram implementados institutos como a antecipação da tutela, a ação monitoria, a simplificação do rito da usucapião, a consignação em pagamento extrajudicial, o agravo de instrumento dirigido diretamente ao tribunal, dentre outras novidades.

Em 1998 teve início uma segunda etapa da reforma, com a apresentação de um anteprojecto de lei que resultou em três novas leis, aprovadas no final de 2001. Denominada inicialmente como "reforma da reforma", essa segunda etapa caminhou para a redução da abrangência dos embargos infringentes, da remessa obrigatória e do efeito suspensivo da apelação, além de prever, pela primeira vez, a aplicação dos meios eletrônicos para a prática e a comunicação dos atos processuais (dispositivo vetado nessa ocasião, e que ressurgiu na Lei nº 11.419/06).

Em 2000, o IBDP foi convocado pelo Ministério da Justiça para elaborar a reforma do Código de Processo Penal. Sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, uma comissão de membros do Instituto remeteu ao governo 8 anteprojetos de lei, apresentados ao Congresso Nacional mas, lamentavelmente, ainda pendentes de aprovação final.

Em 2003, o IBDP apresentou ao governo os anteprojetos que resultaram nas leis que alteraram, muito profundamente, nosso pouco eficiente sistema de execução das sentenças cíveis e dos títulos executivos extrajudiciais, além de ter cooperado com o Governo Federal na elaboração de várias outras normas, momento conhecido como "terceira etapa da reforma do CPC".

Merece destaque, ainda, a elaboração do anteprojecto de "Lei de Mediação", elaborado por Comissão do IBDP e da Escola Nacional da Magistratura. O texto final redigido pela Comissão foi entregue ao governo, que o apresentou ao Senado Federal como substitutivo de um projecto sobre o mesmo tema e que já estava em andamento. O texto do IBDP foi aprovado com poucas alterações, tendo o projecto retornado à Câmara Federal, onde se encontra pendente de apreciação.

Por fim, impende ressaltar o trabalho produzido por Ada Pellegrini Grinover, em esboço de anteprojecto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, discutido por comissão de renomados juristas.

Capa: Carlos Rio Branco Baralho  
Diagramação: Carla e Ana Vitoria Piaggio  
carlapiaggio@gmail.com

<b>Conselho Editorial</b>	Marcos Ehrhardt Jr.
Dirley da Cunha Jr.	Nestor Távora
Fredie Didier Jr.	Robério Nunes Filho
Garnil Poppel El Hreche	Rodolfo Pamplona Filho
José Marcelo Vigliar	Rodrigo Reis Mazzei
Leonardo de Medeiros Garcia	Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

Copyright: Edições JusPODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



**EDITORA**  
**JusPODIVM**

Av. Octávio Mangabeira, nº 7709

Consário Center, Sl. B5, Boca do Rio

CEP: 41706-690 – Salvador – Bahia

Tel.: (71) 3363.8617 Fax: (71) 3363.5050

e-mail: livros@editorajuspodivm.com.br

Site: www.editorajuspodivm.com.br

www.editorajuspodivm.com.br

## SUMÁRIO

CONVOCATÓRIA DO PRESIDENTE DO CONSELHO .....	5
<i>Alhos Gusmão Carneiro</i>	
<b>Capítulo I</b>	
<b>MUDANÇAS ESTRUTURAIS PARA O NOVO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>23</b>
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	
1. Introdução.....	23
2. Princípios gerais.....	23
3. Principais tópicos a serem reestruturados.....	24
3.1. Preclusões.....	24
3.1.1. A récorribilidade das interlocutórias.....	24
3.1.2. A estabilização do pedido e da causa de pedir.....	25
3.2. Conexão, continência e litispendência.....	25
3.3. Distribuição dinâmica do ônus da prova.....	26
3.4. Rescisória extraordinária.....	26
3.5. Caso piloto.....	26
3.6. Recursos.....	26
4. Conclusão.....	27
<b>Capítulo II</b>	
<b>BASES TEÓRICAS PARA UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>29</b>
<i>Alexandre Freitas Câmara</i>	
1. Introdução.....	29
2. O Código de Processo Civil de 1973.....	31
3. A reforma do CPC.....	32
4. O papel de um Código na era da descodificação.....	36
5. Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil.....	38
6. Conclusão.....	41
<b>Capítulo III</b>	
<b>POR UMA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO PROCESSUAL.....</b>	<b>43</b>
<i>Perônio Calmon</i>	
1. Introdução.....	43
2. Perspectiva de uma teoria crítica do direito processual.....	45
3. A crise da Justiça é a crise do direito processual.....	46
4. Destruição dos odres velhos.....	48
5. Construção dos odres novos.....	49
6. Bases científicas para um renovado direito processual.....	50
7. Conclusão.....	54
<b>Capítulo IV</b>	
<b>PERSPECTIVAS ATUAIS DA "TEORIA GERAL DO PROCESSO" .....</b>	<b>55</b>

Nesse momento, às vésperas do cinquentenário do IBDP, observa-se que ainda há vários aspectos do CPC que merecem atenção para alteração pontual, destacando-se os alusivos às medidas de urgência, aos casos de ação rescisória e aos procedimentos de jurisdição voluntária (extinção parcial? total?).

A ocasião, destarte, é propícia para maiores reflexões, que venham a representar substancial atuação do IBDP como instituição científica. Será conveniente, no azo, pensarmos com mais profundidade e com vistas à formulação, quicá, de um novo sistema processual, abrangente das lides tanto no "individual" como no "coletivo", buscando meios adequados para a composição dos diversos "tipos" de conflitos, no plano cível e no penal.

É hora, pois, de avaliarmos as experiências do processo brasileiro ante as necessidades dos jurisdicionados e as possibilidades do Estado, em análise crítica das técnicas até aqui utilizadas. É hora de pensarmos no futuro menos imediato, de vislumbrar novos rumos e de sugerir propostas cientificamente sustentáveis, que possam ser realmente inovadoras (e, sobretudo, eficazes!).

Parece-nos que, neste momento e com este intento, não se deva pensar, ainda, em escrever normas legais, mas em formular ideais e propostas e sustentá-las, apresentar as bases científicas para uma modernizada ordem processual. As reflexões podem ser de caráter geral ou específico e podem tratar de todos os aspectos que envolvem a solução dos conflitos.

Será tempo de novos códigos? Ou o conceito de "código" deve ser repensado? Quais os fatores determinantes à elaboração de um novo sistema? Como deve ser a técnica da justiça, face às atuais realidades brasileiras e às perspectivas futuras? Qual a melhor política de solução de conflitos?

Enfim, **QUAIS AS BASES CIENTÍFICAS PARA UM RENOVADO DIREITO PROCESSUAL?**

Como Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual peço permissão para alvitar aos caros colegas essa proposta de trabalho, convocando todos os membros da instituição para expor suas idéias a respeito, as quais irão integrar uma publicação especial, comemorativa dos 50 anos do IBDP.

Com cordial abraço do colega,

*Alhos Gusmão Carneiro*

*Heitor Fitor Mendonça Siqueira*

1. Introdução	55
2. Origens da <i>teoria geral do processo</i> e as críticas da doutrina tradicional à aproximação entre processo civil e processo penal	56
3. Utilidade da aproximação entre processo civil e penal, antes e depois da Constituição Federal de 1988	62
4. Novas dimensões da teoria geral do processo	65
5. Breves considerações sobre a aplicação da <i>teoria geral do processo</i> ao processo administrativo	66
6. Brevíssimas considerações sobre a aplicação da <i>teoria geral do processo</i> aos processos não-estatais	72
7. À guisa de conclusão	75
8. Bibliografia	75

**Capítulo V**  
**A EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO COMO GARANTIA À ORDEM JURÍDICA JUSTA**..... 79

*Marcelo Pereira de Almeida*

1. Introdução	80
2. Princípios norteadores das demandas coletivas	82
2.1. Princípios da dimensão coletiva da tutela jurisdicional	82
2.2. Princípio da adequação da tutela jurisdicional (ou princípio do devido processo coletivo)	83
2.3. Princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa	85
2.4. Princípio da ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes	85
2.5. Princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva	86
3. A execução e a efetividade das decisões judiciais no processo coletivo	86
3.1. O procedimento de liquidação de sentença	92
3.1.1. A execução da sentença coletiva	93
3.1.2. A execução nas ações coletivas para tutelar interesses individuais homogêneos	97
4. As ações coletivas passivas e o sistema de vinculação — aspectos necessários para garantir a efetividade do processo coletivo	100
4.1. As ações coletivas passivas	100
4.1.1. As ações coletivas passivas no Brasil	100
4.1.2. Legitimação passiva da classe e representatividade adequada — verificação necessária	104
4.1.3. A extensão do julgado nas ações coletivas passivas	105
4.2. Os sistemas de vinculação	108
4.2.1. Presença compulsória	109
4.2.2. O <i>opt in</i>	109
4.2.3. O <i>opt out</i>	110
5. Conclusão	113
6. Referências	116

**Capítulo VI**  
**IDEIAS PARA UM “RENOVADO DIREITO PROCESSUAL”**..... 125

*Luiz Guilherme Marinoni*

1. Introdução	125
2. Processo civil e tutela dos direitos	126
3. A jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	131
4. As regras processuais abertas como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional	134
5. A ausência de regra processual capaz de viabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional	137
6. A argumentação jurídica justificadora da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional	138
7. As principais reformas processuais das últimas décadas. Os seus significados diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	142
8. A desnecessidade de novas reformas processuais. A importância de ajustar o direito processual às necessidades substanciais carentes de tutela e aos direitos fundamentais	144
9. A necessidade de uma nova teoria do processo	145

**Capítulo VII**  
**PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE: RUMO À “DEFORMALIZAÇÃO” DO PROCESSO**..... 147

*Guilherme Freire de Barros Teixeira*

1. Os novos desafios do direito processual	148
2. A forma no processo	151
3. Forma x formalismo	153
4. Princípio da fungibilidade	157
5. O princípio da fungibilidade e a “deformalização” do processo	159
6. Conclusão	168
7. Bibliografia	170

**Capítulo VIII**  
**PROCESSO CIVIL: SUA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL E DUCTILIDADE**.173

*Jorge de Oliveira Vargas*

1. Da ductilidade	173
2. Da filtragem constitucional	174
3. Da hierarquia das normas	174
4. Da equidade	175
5. Da eficiência do processo	175
6. Da flexibilização das técnicas processuais	176
6.1. Dos institutos de intervenção de terceiros	176
6.2. Da apelação por traslado	177
6.3. Da possibilidade do juízo de retratação relativamente à sentença que não julga o mérito	177
6.4. Da obrigatoriedade da interposição de embargos de declaração da sentença, quando cabível	177

6.5. Da redistribuição do ônus da prova ..... 177  
 7. Conclusão..... 178

**Capítulo IX**  
**EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD" COMO PIVOTE DE LAS**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ÁREA DE LA JUSTICIA..... 179**

*Roberto O. Berizzone*

1. El sempiterno desafío del mejoramiento del sistema de justicia ..... 179  
 2. Los principios y valores fundantes del orden constitucional ..... 181  
 3. Los principios y valores en el "bloque de constitucionalidad" argentino..... 182  
 4. La operatividad concreta de los principios y valores de la Constitución a través de la interpretación judicial ..... 186  
 5. La humanización del proceso y la justicia como síntesis de las políticas públicas en el área de la justicia y el compromiso de los juristas..... 191

**Capítulo X**  
**OS PRINCÍPIOS E UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 195**

*Milton Paulo de Carvalho*

1. Introdução..... 196  
 2. 1ª parte: Dos princípios..... 196  
     2.1. Da necessidade de obediência aos princípios informativos do processo civil..... 196  
     2.2. Princípios políticos..... 199  
         2.2.1. Princípio do acesso à justiça ..... 199  
         2.2.2. Princípio do juiz natural..... 201  
         2.2.3. Princípio do devido processo legal..... 201  
         2.2.4. Princípio dispositivo ou da iniciativa de parte..... 202  
         2.2.4.1. A iniciativa de parte nas tutelas de urgência..... 204  
         2.2.5. Princípio da publicidade..... 205  
         2.2.6. Princípio da motivação das decisões..... 205  
         2.2.7. Princípio da correlação entre sentença e pedido, ou de congruência ou de adstrição..... 206  
 2.3. Princípios éticos..... 208  
     2.3.1. Princípio da lealdade..... 208  
     2.3.2. Princípio da isonomia processual..... 210  
     2.3.3. Princípio do contraditório..... 211  
 2.4. Princípios técnicos..... 212  
     2.4.1. Princípio do impulso oficial..... 212  
     2.4.2. Princípios da economia e da instrumentalidade das formas..... 213  
     2.4.3. Princípio do duplo grau de jurisdição..... 214  
     2.4.4. Princípio da apuração da verdade e poderes-deveres instrutórios do juiz..... 214  
         A prova a serviço da verdade e não de interesses políticos..... 214  
 2.5. Relações e hierarquia entre os princípios..... 217  
 3. 2ª parte: Algumas críticas, mais sugestões e aplicações práticas..... 217  
     3.1. Algumas críticas. Algumas atecniças. A busca de um sistema..... 218  
     3.2. Fatos e circunstâncias intercorrentes..... 221

3.3. Se possível, um só código: não vários diplomas de processo civil..... 222  
 3.4. Da competência..... 222  
 3.5. Sugestões para um procedimento comum ordinário em primeiro grau..... 223  
 3.6. Redução do número de procedimentos especiais..... 224  
 3.7. Tutelas de urgência..... 224  
 3.8. "Proceso" cautelar..... 224  
 3.9. Proceso civil coletivo..... 225  
 3.10. Recursos..... 225  
 3.11. Informatização do processo judicial..... 226  
 3.12. Dos serviços auxiliares da Jurisdicção..... 226  
 3.13. Por um novo código..... 227  
 3.14. A discussão é necessária..... 227  
 4. Bibliografía..... 228

**Capítulo XI**  
**PROCESOS URGENTES. ANTIPACION DE LA TUTELA. PROCESOS NOTORIOS..... 231**

*Jaime Greif*

1. Introdução..... 231  
 2. Las medidas anticipativas..... 232  
     2.1. Introducción..... 232  
     2.2. La noción de cautela en nuestro derecho..... 232  
     2.3. Las medidas anticipatorias en el derecho comparado..... 246  
     2.4. Una experiencia viva y reciente: la brasileña..... 249  
     2.5. La doctrina y el derecho argentino sobre el tema..... 252  
     2.6. Reflexiones finales..... 253

**Capítulo XII**  
**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION E ADEQUAÇÃO AO MOMENTO HISTÓRICO — A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA..... 263**

*Luis Fernando Guerrero*

**Capítulo XIII**  
**AS REFORMAS PONTUAIS E A UNIDADE DO CPC BRASILEIRO..... 271**

*Adalison Lima e Silva*

1. Introdução..... 271  
 2. Formas de dominação..... 271  
 3. O conceito de lei..... 272  
 4. Vícios das leis..... 273  
 5. Conclusão..... 274  
 6. Referências..... 275

**Capítulo XIV**  
**POR UM RENOVADO DIREITO PROCESSUAL CIVIL?..... 277**

*Bruno Campos Silva*

1. Introdução.....	278
2. Reflexões acerca da atual sistemática processual civil.....	278
3. Proposições para um renovado direito processual civil.....	279
4. Conclusão.....	281

**Capítulo XV**

**REPENSANDO A JURISDIÇÃO CONFLITUAL**

*Genécia da Silva Alberon*

1. Introdução.....	283
2. Jurisdição: tutela e superação.....	284
2.1. Jurisdição e tutela jurisdicional.....	284
2.2. Improrrogabilidade/relatividade da jurisdição.....	286
3. Jurisdição: breve retrospectiva histórica.....	287
4. Jurisdição: teorias e críticas.....	288
4.1. A noção publicística da jurisdição e a ênfase no individual.....	290
4.1.1. O resquício subjetivista de Mortara e a substitutividade em Chiovenda.....	290
4.1.2. A lide e o conflito de interesses: Carnelutti e a crítica de Calamandrei.....	292
4.1.3. A crise da jurisdição e a perspectiva de Altorio.....	294
4.2. O fim social do processo: Justiça social em Vittorio Denti e o justo processo de Comoglio.....	296
4.3. A proteção dos direitos fundamentais e a dimensão da jurisdição em Cappellotti.....	297
4.4. Taruffo: globalização e jurisdição possível.....	300
5. A possibilidade da jurisdição fora do confronto e a ilusão da verdade.....	303
5.1. Consenso: Mágica pós-moderna ou realidade possível.....	305
6. A "jurisconstrução" como jurisdição.....	309
7. Mediação: novo modelo?.....	311
8. Repensando a jurisdição.....	317
9. Referências.....	319

**Capítulo XVI**

**A PUBLICIDADE DO PROCESSO E A ATUAÇÃO DA MÍDIA: UMA NOVA PROPOSTA**

*Helena Najjar Abdo*

1. Introdução.....	324
2. A publicidade dos atos processuais.....	326
3. Publicidade imediata e publicidade mediatá.....	329
4. As duas grandes funções da garantia da publicidade do processo.....	330
5. O papel da mídia no alcance das finalidades da garantia da publicidade do processo.....	332
6. A proposta: observância da regra da objetividade na publicidade mediatá dos atos processuais.....	336
7. Conclusões.....	340
8. Referências bibliográficas.....	342

**Capítulo XVII**  
**O EXCESSO DE FORMALISMO COMO OBSTÁCULO À CELERIDADE PROCESSUAL**

*Rogério Mollica*

1. Introdução.....	346
2. Da efetividade do processo.....	347
3. O problema da celeridade processual no Brasil.....	348
4. A preocupação com a celeridade processual no direito estrangeiro.....	352
5. Forma e formalismo.....	354
6. Da inexistência de nulidades sem prejuízo.....	357
7. O formalismo e a demora na prestação jurisdicional.....	360
8. As mudanças legislativas visando a celeridade processual em virtude do aumento dos processos.....	361
9. O formalismo exacerbado pelos tribunais.....	363
9.1. O Recurso Prematuro.....	366
9.2. O Prequestionamento e os Embargos de Declaração.....	367
9.3. A falta de Assinatura e o não conhecimento do Recurso.....	369
10. Considerações finais.....	371
11. Bibliografia.....	372

**Capítulo XVIII**

**BASES PARA UM PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

*Cassio Scarpinella Bueno*

1. Introdução.....	376
2. Notícia histórica do estudo científico do direito processual civil.....	376
3. Elementos da fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil.....	379
4. Conclusões.....	383

**Capítulo XIX**

**TUTELA ANTECIPADA. EVOLUÇÃO. VISÃO COMPARATISTA. DIREITO BRASILEIRO E DIREITO EUROPEU**

*Humberto Theodoro Junior*

1. Introdução.....	387
2. Visão unitária da tutela de urgência.....	390
3. Fungibilidade entre tutela antecipatória e tutela cautelar.....	392
4. Direito francês.....	393
5. Direito belga.....	395
6. Direito português.....	396
7. Direito italiano.....	397
8. A diferente técnica processual de antecipação de tutela adotada pelo moderno direito italiano.....	399
9. Conclusões.....	401

**Capítulo XX**

**UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ESTUDO DE DIREITO COM-  
PARADO DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA COMPULSÓRIA..... 405**

*Nelson Rodrigues Netto*

1. Introdução..... 406
2. A Teoria Normativa da Escolha Racional do Indivíduo..... 407
  - 2.1. Introdução..... 407
  - 2.2. O bem-estar social e as perspectivas *ex ante* e *ex post*..... 408
  - 2.3. Os elementos do sistema legal ideal para a redução dos custos dos acidentes..... 411
3. A reunião ideal de reus..... 415
  - 3.1. Explorando investimento e economia de escala na reunião de defesas..... 415
  - 3.2. As ações emulativas ou de valores insignificantes..... 419
  - 3.3. As diversas alternativas para a formação de uma ação coletiva passiva..... 422
  - 3.4. O bem-estar dos indivíduos e a "justiça" de um dia em juízo..... 423
4. Consideração de cunho conclusivo..... 426
5. Referências bibliográficas..... 426

**Capítulo XXI**

**QUANDO A INTERPOSIÇÃO DE AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANO  
MORAL TORNA-SE ABUSIVA..... 431**

*Marcelo Di Rezende Bernardes*

1. Introdução..... 432
2. Evolução histórica..... 433
  - 2.1. Dano moral..... 433
  - 2.2. Direito à honra..... 435
  - 2.3. Culpa..... 437
  - 2.4. Dano..... 437
  - 2.5. Nexo da causalidade..... 437
  - 2.6. Dano moral e o dano material..... 438
3. Os danos morais indenizáveis..... 438
  - 3.1. Requisitos..... 439
4. A atual relação entre consumidores e empresários..... 444
5. Absurdos casos de ações de indenização por dano moral..... 445
6. Conclusão..... 447
7. Referências bibliográficas..... 448

**Capítulo XXII**

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO SISTEMA DE TUTELAS DE UR-  
GÊNCIA: UM DEPARTAMENTO DO PROCESSO CIVIL AINDA CARENTE  
DE SISTEMATIZAÇÃO..... 451**

*Gustavo de Medeiros Melo*

1. Introdução..... 451
2. Expansão da fungibilidade para outros setores do sistema..... 452
3. Fungibilidade de provimentos..... 453
  - 3.1. Entre provimentos de natureza satisfativa..... 454

- 3.2. Entre provimentos satisfativos e cautelares..... 458

4. Fungibilidade hermenêutica: dívida objetiva como fundamento para salvaguarda de situações controversas..... 460

5. Fungibilidade de pressupostos..... 467
  - 5.1. Uma análise da Lei 10.444/2002..... 467
  - 5.2. A introdução da Lei 11.280/2006 para a ação rescisória..... 470
  - 5.3. O brocardo *intra novit curia* explícito no sistema..... 471
  - 5.4. Uma leitura crítica da reforma processual..... 474
  - 5.5. A proscição do processo cautelar incidental..... 476

6. Fungibilidade sistemática..... 476
  - 6.1. O procedimento preparatório de tutela antecipada..... 477
  - 6.2. Necessidade de um tratamento sistematicamente uniforme..... 478

7. Tendência da futura reforma processual..... 484

8. Conclusões..... 484

9. Bibliografia..... 486

1. Introdução: As várias teorias..... 491

2. Processo como Relação Jurídica: A Contribuição de Bülow..... 493

3. Processo como Situação Jurídica (ou a Superação de Bülow por James Goldschmidt)..... 496

4. Quando Calamandrei Deixa de Ser o Crítico e Rende Homenagens a *Uin Maestro di Liberalismo Processuale*: O Risco Deve Ser Assumido: A Luta Pelas Regras do Jogo..... 500

5. Bibliografia..... 507

**Capítulo XXIII**

**(RE)PENSANDO O PROCESSO PENAL DESDE UMA ANÁLISE DA SUA  
NATUREZA JURÍDICA — (OU QUANDO FINALMENTE VAMOS COM-  
PREENDER A SUPERAÇÃO DE BÜLOW POR GOLDSCHMIDT)..... 491**

*Aury Lopes Jr.*

1. Introdução: As várias teorias..... 491
2. Processo como Relação Jurídica: A Contribuição de Bülow..... 493
3. Processo como Situação Jurídica (ou a Superação de Bülow por James Goldschmidt)..... 496
4. Quando Calamandrei Deixa de Ser o Crítico e Rende Homenagens a *Uin Maestro di Liberalismo Processuale*: O Risco Deve Ser Assumido: A Luta Pelas Regras do Jogo..... 500
5. Bibliografia..... 507

**Capítulo XXIV**

**IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL FAMILIAR E FRAUDE À EXECU-  
ÇÃO: UMA NOVA FORMA DE PENSAR..... 511**

*José Eli Salomachica*

1. Introdução..... 512
2. Responsabilidade patrimonial..... 514
3. Bens impenhoráveis..... 516
4. O veto parcial do presidente Lula à Lei 11.382/06..... 519
5. A fraude à execução do art. 593 do CPC..... 523
6. A fraude à execução do § 3º do art. 615-A do CPC..... 541
7. Bibliografia..... 543

**Capítulo XXV**

**CONSIDERAÇÕES PARA A REFORMA DA TUTELA DE URGÊNCIA: AN-  
ÁLISE DO ESBOÇO DE ANTEPROJETO SOBRE "A TUTELA DE URGÊNCIA  
E AS MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS E CAUTELARES"..... 549**

<i>Eduardo de Avelar Lamy</i>	
1. Breve Introdução.....	549
2. A Influência dos Direitos Fundamentais no Âmbito do Processo.....	550
3. As Normas Principais (princípios) da Proporcionalidade e da Razoabilidade.....	555
4. A análise do esboço de anteprojeto sobre "A Tutela de Urgência e as Medidas Antecipatórias e Cautelares".....	559
5. Considerações finais.....	567
6. Referências Bibliográficas.....	567

**Capítulo XXVI**

**PROCESSO JURISDICCIONAL CIVIL, TUTELA JURISDICCIONAL E SISTEMA DO CPC: COMO ESTÁ E COMO PODERÁ ESTAR O CPC BRASILEIRO.....571**

*Glaucio Gimnerato Ramos*

1. Objetivo deste trabalho.....	573
1.1. Rol das premissas.....	574
2. Processo jurisdiccional civil e tutela jurisdiccional.....	574
3. Tutela jurisdiccional e estrutura tripartida do processo civil brasileiro (conhecimento, execução e cautelar).....	576
4. Superação de vários procedimentos especiais pelas técnicas de obtenção de tutela dos arts. 461 e 461-A.....	578
5. Como <i>está</i> e como <i>poderá estar</i> o CPC brasileiro: ajuste sistemático.....	582
6. Palavra final.....	586

**Capítulo XXVIII**

**O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO.....589**

*José Herval Sampaio Junior*

1. Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a atividade judicial com vista à obtenção da pacificação social.....	590
2. Meios alternativos de solução de conflitos e suas vantagens.....	592
3. Distinção entre conciliação e mediação.....	594
4. Utilização pelo magistrado das técnicas de conciliação e mediação.....	597
5. Limites Formais e Materiais para o uso da Mediação e Conciliação pelos Juizes.....	604
6. Mediação Familiar e a atuação judicial.....	607
7. Conclusões.....	613

**Capítulo XXVIII**

**O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO EM PERSPECTIVA...617**

*Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*

1. Consolidando o Direito Processual Coletivo e construindo as bases para o Código Brasileiro de Processos Coletivos.....	617
2. A estrutura dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos.....	620
3. Juízos especializados e prioridade no processamento dos processos coletivos.....	621
4. A competência de foro para o ajuizamento das demandas coletivas e o acesso à Justiça.....	623

5. A ampliação da legitimação: a inclusão do indivíduo e da Defensoria Pública no rol dos legitimados.....	627
6. A representatividade adequada e a gratificação para os indivíduos, associações e sindicatos.....	632
7. A prova nos processos coletivos.....	633
8. Litigância e coisa julgada em termos de interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.....	635
9. Sentença condenatória e execução.....	640
10. Ação coletiva passiva.....	641
11. Considerações finais.....	641

**Capítulo XXIX**

**DECISÃO-SENTENÇA NOS TRIBUNAIS: UMA PROPOSTA DE LEGE FERENDA.....643**

*Pedro Miranda de Oliveira*

1. Introdução.....	643
2. Pronunciamentos judiciais no Código de Processo Civil.....	643
3. Critério adotado pelo Código de Processo Civil.....	644
4. Insuficiência da classificação do Código de Processo Civil e a necessidade da inserção da decisão-sentença no sistema.....	645
5. Conceito de decisão sentença.....	646
6. Recorribilidade.....	646
7. Proposta de <i>lege ferenda</i> .....	648
8. Bibliografia.....	648

**Capítulo XXX**

**CONTRIBUIÇÕES DA MEDIAÇÃO AO PROCESSO CIVIL: ELEMENTOS PARA UMA NOVA BASE CIENTÍFICA AO PROCESSO CIVIL.....651**

*Eduardo Silva da Silva e Cristiano de Andrade Iglesias*

1. Introdução.....	651
2. A mediação como técnica.....	654
3. Contribuições específicas da mediação ao Processo Civil.....	658
3.1. Valorização da participação do juiz de primeiro grau e a diminuição de recursos.....	659
3.2. A formulação de uma decisão que mantém o equilíbrio entre as partes.....	660
3.3. Valorização do <i>formalismo valorativo</i> .....	661
3.4. A valorização do diálogo e da participação das partes.....	664
4. Mediação no Direito Brasileiro: perspectivas legislativas.....	665
5. Conclusão.....	666

**Capítulo XXXI**

**APONTAMENTOS SOBRE A (RE)ESTRUTURAÇÃO DA CULTURA PROCESSUAL PENAL.....667**

*Fauzi Hassan Choukr*

1. As defasagens estruturais da norma processual penal e suas causas primárias.....	667
1.1. Descompasso normativo com a Constituição e textos internacionais.....	668

1.1.1. Bases normativas na Constituição ..... 668  
 1.1.2. A exceção constitucional ao primado do Estado de Direito ..... 672  
 1.1.3. Bases normativas nos textos internacionais ..... 674  
 3. Descompasso cultural na norma processual penal ..... 678

**Capítulo XXXII**  
**POR QUE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS? PARA QUE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS?** ..... 683

*Lia Justiniano dos Santos*

**Capítulo XXXIII**  
**CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA POSSÍVEL EQUALIZAÇÃO DO BINÔMIO PODER-DEVER JURISDICCIONAL** ..... 687

*Luciana Drimel Dias*

1. Premissas ..... 688  
 2. Decisão judicial como poder ..... 689  
 3. Poder judicial e possibilidade/ necessidade de controle ..... 690  
 4. Criação do direito: o papel do magistrado ..... 693  
 5. Ponderações conclusivas ..... 694  
 6. Referências ..... 697

**Capítulo XXXIV**  
**A PRESCRIÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** ..... 699

*Mariela da Silva Alves*

1. O pronunciamento *ex officio* da prescrição ..... 699  
 2. A garantia das partes nas questões relevantes de ofício: o contraditório ..... 704  
 3. Conclusão ..... 708  
 4. Bibliografia ..... 709

**Capítulo XXXV**  
**POR UMA LETURA CONSTITUCIONAL DA ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA E DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA** ..... 711

*Robson Renauli Godinho*

**Capítulo XXXVI**  
**AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO ANTE-PROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS** ..... 729

*José Marcelo Menezes Vigliar*

1. Breves notas sobre as modificações propostas no anteprojeto ..... 730  
 2. Tutela coletiva nos juzizados especiais cíveis? ..... 733

**Capítulo XXXVII**  
**PREVALÊNCIA DA DECISÃO LIMINAR INDEPENDENTEMENTE DO RESULTADO CONTIDO NA SENTENÇA FINAL TRANSTADADA EM JULGADO: BASES CIENTÍFICAS PARA UM RENOVADO DIREITO PROCESSUAL** ..... 737

*Paulo Hoffmann*  
 1. Resgate histórico ..... 738  
 2. Nosso pensamento sobre as bases científicas e princípios de um novo CPC ..... 739  
 3. Garantias históricas ..... 740  
 4. Decisões antecipadas e decisões finais — prevalência da decisão liminar independentemente da sentença final transitada em julgado ..... 741  
 5. Conclusão ..... 748  
 6. Bibliografia ..... 750

**Capítulo XXXVIII**  
**O PRINCÍPIO DA ORALIDADE DEVE SESUBSUNIR AO PROCESSO ELETRÔNICO** ..... 753

*J. S. Fagundes Cunha*

**Capítulo XXXIX**  
**IDEIAS E PROPOSTAS DE AGILIZAÇÃO DA MARCHA PROCESSUAL** ..... 769

*Flávio Cheim Jorge e Narcélio Abelha Rodrigues*

**Capítulo XL**  
**SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS PASSIVAS: O OBJETO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS** ..... 773

*Fredle Didier Jr.*

**Capítulo XLI**  
**ENSAIO SOBRE A APLICABILIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES: PERIGOS E BENEFÍCIOS** ..... 781

*Lutz Guilherme da Costa Wagner Junior*

1. Introdução ..... 782  
 2. Requisitos para a edição de uma súmula vinculante ..... 785  
 3. Conteúdo de uma Súmula Vinculante ..... 788  
 4. Subordinados à observância da Súmula ..... 789  
 5. Legitimidade para edição, revisão ou cancelamento ..... 789  
 6. Restrição aos efeitos da súmula e momento da eficácia da decisão ..... 791  
 7. Suspensão dos processos em que se discute idêntica questão ..... 791  
 8. Reclamação ao Supremo Tribunal Federal ..... 792  
 9. Notas conclusivas ..... 794

**Capítulo XLII**  
**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTAS DE MUDANÇA LEGISLATIVA** ..... 797

*Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró*

1. Introdução: a evolução legislativa da prisão cautelar ..... 798  
 2. Tutela cautelar e tutela antecipada ..... 799  
 3. Prisão preventiva: tutela cautelar ou tutela antecipada? ..... 803  
 4. A proporcionalidade da prisão preventiva com a pena provável a ser aplicada ..... 807

5. O principio da proporcionalidade e a natureza das medidas cautelares .....	811
6. O principio da proporcionalidade e revogação da prisão preventiva.....	813
7. O principio da proporcionalidade no direito comparado .....	815
8. O projeto de reforma do Código de Processo Penal.....	816
9. A proposta de mudança legislativa.....	817
10. Conclusão .....	818
11. Bibliografia.....	819

**Capítulo XLIII**

**O NOVO PERFIL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO..... 823**

*Paulo Henrique dos Santos Luccon*

1. Ação incidental à execução.....	824
2. Meios de defesa do executado .....	824
3. Embargos sem penhora, depósito ou caução .....	826
4. Autuação em apenso .....	826
5. Oposição de vários embargos .....	827
6. Natureza jurídica do prazo para a oposição dos embargos .....	828
7. Prazo para oposição de embargos à execução .....	828
8. Rejeição liminar dos embargos .....	830
9. Recurso contra o indeferimento: ausência de efeito suspensivo.....	832
10. Suspensão total ou parcial do processo executivo .....	833
11. Diferenças entre impugnação (art. 475-L e art. 475-M) e embargos à execução (arts. 736 e ss.) .....	837
12. Nova decisão, novo recurso.....	837
13. Suspensão parcial.....	838
14. Excesso de execução: ônus do executado de apresentar o cálculo que reputa correto (§ 5º).....	839
15. Multa ou indenizações decorrentes de má-fé (art. 739-B).....	839
16. Impugnação aos embargos e seu prazo .....	840
17. Revelia do embargado .....	841
18. Honorários advocatícios nos embargos.....	842
19. Julgamento dos embargos e efeitos dos recursos .....	843
20. Embargos à execução de título extrajudicial: cognição ampla e profunda.....	843
21. Exceção: embargos à execução cambial.....	844
22. Inciso I do art. 745: nulidade da execução, por não ser executivo o título apre-	
sentado.....	845
23. Inciso II — penhora incorreta ou avaliação errônea.....	849
24. Inciso III — excesso de execução .....	850
25. Inciso III (continuação) — cumulação indevida de execuções .....	851
26. Inciso IV do art. 745: retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621).....	851
27. Inciso V do art. 745: qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento .....	852
28. Parcelamento do débito exequendo .....	853

29. Embargos à execução de segunda fase .....	854
30. Embargos na execução por carta.....	857

**Capítulo XLIV**

**QUAIS AS BASES CIENTÍFICAS PARA UM RENOVADO DIREITO PROCESSUAL?..... 861**

*Grisele Santos Fernandes Goes*

1. Crise do Direito Processual?.....	861
2. Nova fase do Direito Processual? .....	862
3. (Re) Novado Direito Processual .....	863
4. Discurso no Poder Judiciário .....	867

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

ZAPPALÀ, Enio. *Le misure cautelari*. In: *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 1.

ZAVACKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Inovações do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

## CAPÍTULO XLIII

# O NOVO PERFIL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

*Paulo Henrique dos Santos Luccon*

**SUMÁRIO:** 1. Ação incidental à execução — 2. Meios de defesa do executado — 3. Embargos sem penhora, depósito ou caução — 4. Anulação em apenso — 5. Oposição de vários embargos — 6. Natureza jurídica do prazo para a oposição dos embargos — 7. Prazo para oposição de embargos à execução — 8. Rejeição liminar dos embargos — 9. Recurso contra o indeferimento: ausência de efeito suspensivo — 10. Suspensão total ou parcial do processo executivo — 11. Diferenças entre impugnação (art. 475-L e art. 475-M) e embargos à execução (arts. 736 e ss.) — 12. Nova decisão, novo recurso — 13. Suspensão parcial — 14. Excesso de execução: ônus do executado de apresentar o cálculo que repita correto (§ 5º) — 15. Multa ou indenizações decorrentes de má-fé (art. 739-B) — 16. Impugnação aos embargos e seu prazo — 17. Revelia do embargado — 18. Honorários advocatícios nos embargos — 19. Julgamento dos embargos e efeitos dos recursos — 20. Embargos à execução de título extrajudicial: cognição ampla e profunda — 21. Exceção: embargos à execução cambial — 22. Inciso I do art. 745: nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado — 23. Inciso II — penhora incorreta ou avaliação errônea — 24. Inciso III — excesso de execução — 25. Inciso III (continuação) — cumulação indevida de execuções — 26. Inciso IV do art. 745: retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621) — 27. Inciso V do art. 745: qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento — 28. Parcelamento do débito executando — 29. Embargos à execução de segunda fase — 30. Embargos na execução por carta.

**RESUMO:** O presente estudo versa sobre a defesa do executado na execução fundada em título executivo extrajudicial. As ressonantes mudanças do processo civil brasileiro, mais precisamente com a Lei nº 11.382/06, tiveram por objetivo agilitação da execução civil. Atualmente, a defesa do executado, exercida por meio de uma ação denominada "embargos à execução", não é mais apta a suspender de imediato a execução. Em decorrência das alterações no processo civil, é permitido ao juiz apenas suspender a execução com julgados se presente as hipóteses do art. 739-A, quais seja, relevância dos fundamentos apresentados pelo executado, o prosseguimento da execução causar ao executado grave dano de difícil reparação ou incerta reparação e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. Deve-se salientar que a decisão que suspende ou não os embargos deve ser precedida da devida fundamentação pelo juiz. Essa nova diretiva ressalta os poderes do juiz na condução da execução. Outras modificações, mais pontuais e relacionadas no texto têm, também, o objetivo de proporcionar mais celeridade à execução, sem descuidar das garantias inerentes ao contraditório no sentido de tutelar também os direitos do executado.

**ABSTRACT:** The present study addresses the judgment debtor's defense in the execution procedure based on an extrajudicial executive bond. The recent modifications in Brazilian Civil Procedures, more precisely with the 2006 Law 11.382, aimed at making more agile the civil execution. Presently, the judgment debtor's defense is made through a legal action named "request for stay of execution the judgment", which is no longer able to immediately place a stay in the execution. Due to changes in Civil Procedure, it is allowed to the judge just to suspend executions with decisions if one present the hypothesis

of article 739-A, i.e., relevance of the basis presented by the judgment debtor, the fact of the continuing execution may cause to the judgment debtor high levels of damage with difficult or doubtful remediation and if the execution is already guaranteed by sufficient pawn, deposit or pledge. Must be highlighted that the decision which suspends or not the embargoes must have first the justification by the judge. This new directive stresses the powers of the judge in conducting the execution. Other changes, more focused and related to the text have, also, the objective of providing more celerity to the execution, with the care to the guarantees inherent to contradictory in the sense of protecting also the rights of the judgment debtor.

**Palavras-chave:** Execução. Título executivo extrajudicial. Defesa. Embargos. Retenção. Benfeitorias. Arrematação. Adjudicação. Executado. Exequente.

**Keywords:** Execution. Extrajudicial bond. Defense. Stay of execution. Lien. Improvement. Award. Judgment debtor. Judgment creditor.

## 1. AÇÃO INCIDENTAL À EXECUÇÃO

Os embargos são uma ação incidental ao processo executivo fundado em título executivo extrajudicial na qual o executado apresenta a sua defesa a fim de afastar uma execução injusta, apresentando razões e formulando pedidos. Por meio de tal ação, forma-se um processo cognitivo que se encerrará com uma sentença de mérito desde que presentes os pressupostos de admissibilidade ao seu julgamento. O conteúdo da sentença é variável e se julgados os embargos procedentes, a sentença pode referir-se ao processo executivo, às condições da ação executiva e ao mérito da execução.

## 2. MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO

Os embargos não constituem a única via jurisdicional para o executado tutelar seus direitos.

Na própria execução, tem o executado a possibilidade de apresentar matérias de objeção em que o próprio Estado tem interesse no seu reconhecimento. A esse requerimento, que pode ser feito por meio de simples petição, a jurisprudência dá o nome de "exceção de pré-executividade", que, na verdade, corretamente refere-se à matéria de objeção que obsta o andamento da execução, ou simplesmente "objeção de não-executividade". São as matérias de ordem pública (CPC, art. 267, § 3º) passíveis de alegação a qualquer tempo no processo e ligadas às condições da ação e aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo executivo.

O executado tem também a possibilidade de propor ação cognitiva, previamente à execução ou mesmo depois de decorrido o prazo de embargos, na qual formula, ordinariamente, pedido declaratório de inexistência da obrigação ou de seus reais e justos limites.<sup>1</sup>

1. Confira, nessa linha, os julgados a seguir: "Execução. Título extrajudicial. Ação declaratória precedente ajuizada, objetivando a anulação total ou parcial do título. Ajuizada ação tendente a desconstruir o

No entanto, a proposição de tal ação não impede a instauração da execução (CPC, art. 585, § 1º). Não tem também o condão de suspender a. A não ser que o julgador a receba expressamente como se fossem embargos do executado e presentes os pressupostos legais (CPC, art. 739-A, § 1º), determine a suspensão da execução. Para tanto, é necessário que o executado assim faça seu requerimento. Essa medida torna-se necessária não somente para se obter a vantajosa suspensão da execução propiciada pelos embargos (CPC, art. 739-A, § 1º, c/c art. 791, I), mas também para evitar a litispendência, pois o executado pode equivocadamente repetir a mesma causa de pedir e o mesmo pedido já constantes da ação cognitiva autônoma, proposta previamente à execução. A litispendência, como é sabido, é causa para a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, V). Na hipótese em tela, constatada a pendência de causas idênticas, os embargos à execução, ajuizados após a ação cognitiva, deverão ser extintos.

Pode ocorrer ainda de os pedidos deduzidos em embargos serem mais abrangentes comparativamente àqueles dos embargos. Em tal hipótese, verifica-se verdadeira contumácia (CPC, art. 104), que impõe a reunião de processos.

Por fim, pode ser que haja conexão, quando houver identidade de objeto ou de causa de pedir (CPC, art. 103). Do mesmo modo, necessária se faz a reunião dos processos para evitar decisões contraditórias (CPC, art. 105).

Se a reunião de processos não for possível, constatada a contumácia ou conexão, pode ser pleiteada a suspensão dos embargos por até um ano em razão de prejudicialidade externa (CPC, art. 265, IV, a).

Como se percebe, não há litispendência, conexão ou contumácia entre a ação cognitiva e a execução, até porque não é esta preordenada à obtenção de um julgamento de mérito. Isso ocorrerá somente com os embargos à execução, porque o fim último de tais institutos é evitar contradição de julgados e possibilitar uma maior certeza jurídica nas relações.

Decorrido o prazo para a oposição de embargos *in albis*, pode o executado propor ação cognitiva, mas que não suspenderá a execução do julgado. É possível, sendo relevantes os argumentos, ajuizar medida cautelar inominada ou pleitear tutela antecipada com o objetivo de se obter a suspensão da execução.

Finda a execução não embargada, com fundamento no enriquecimento sem causa, nada impede que o executado promova demanda cognitiva na qual venha a pleitear a declaração negativa da obrigação, bem como a condenação às perdas e danos suportadas.

título em que veio a se fundar a execução, não se pode exigir sejam apresentados embargos como o mesmo objetivo, o que, altas, sequer seria possível, pois haveria litispendência. A solução está em, garantindo o juízo, tratar-se a ação em curso como embargos, com as consequências daí decorrentes (STJ 3ª T., REsp. n. 330.006-MG, rel. Min. Edmarado Ribeiro, j. 06.09.1994, DJ 26.09.1994, p. 25.646, decisão: recurso especial improvido, votação unânime).

"O devedor pode promover, depois de iniciada a execução e mesmo não lhe tendo opostos embargos, ação para a declaração de falsidade da assinatura que lhe é atribuída no título executivo. Porém, essa ação não tem o efeito que é próprio dos embargos" (STJ 4ª T., REsp. n. 234.809-RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 25.04.2000, DJ 12.02.2001, p. 121, decisão: recurso especial parcialmente provido, votação unânime).

### 3. EMBARGOS SEM PENHORA, DEPÓSITO OU CAUÇÃO

Com a Lei nº 11.382/06, os embargos à execução devem ser opostos no prazo de quinze (15) dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (CPC, art. 738, *caput*) e independem de penhora, depósito ou caução. Não há mais a denominada *segurança do juízo* propiciada pela penhora ou depósito como condição de admissibilidade dos embargos à execução.

Entretanto, um dos requisitos para que o executado consiga a suspensão da execução é garanti-la por meio da penhora, depósito ou caução suficientes.

### 4. AUTUAÇÃO EM APENSO

Os embargos serão autuados em apartado (CPC, art. 736) e deverão ser também autuados em apenso aos autos do processo executivo, que é distinto dos embargos. Se forem opostos vários embargos, cada um deles deverá ser autuado separadamente.

O desamparamento dos autos dos embargos em relação aos autos do processo executivo dependerá do teor da decisão proferida nos embargos, bem como do recurso de apelação interposto e de seus respectivos efeitos (CPC, art. 520, V). Por isso é importante que no processo de embargos estejam todas as peças necessárias ao seu correto julgamento. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 736 do Código de Processo Civil faz expressa referência à necessidade de serem os embargos à execução "instruídos com cópias (CPC, art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes". Peças processuais relevantes são todas aquelas necessárias a viabilizar a pretensão deduzida nos embargos à execução, bem como aquelas peças importantes constantes do processo executivo, como o título e documentos externos ao título que atestem a exigibilidade da obrigação (p. ex., prova do vencimento da obrigação, se externa ao título, protesto da cambial para a comprovação da interrupção da prescrição, a teor do que dispõe o art. 202, inc. III, do Código Civil *etc.*). Em síntese, são as peças necessárias à compreensão da *real extensão da controversia*, expressão essa, aliás, utilizada na Súmula 288 do STF segundo a qual o agravo de instrumento deve ser formado com *todas as peças que permitem a real extensão da controversia*, sob pena de o recurso não ser conhecido.<sup>2</sup>

2. Alguns julgados sobre esse tema merecem especial destaque: "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, apesar ser recomendável a autuação em apenso, não há vedação da desamparação dos autos dos embargos do devedor dos autos principais, cabendo às partes, em face da natureza autônoma dos embargos, colacionar, desde a inicial, as peças que se fizerem necessárias ao deslinde da causa" (STJ 5ª T., REsp. nº 728.473-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 621, decisão: recurso especial improvido, votação unânime).

"No caso concreto, tal norma não foi observada pelo serviço judiciário, que remeteu ao Tribunal a apelação interposta contra a sentença dos embargos desacompanhada dos autos principais — razão pela qual, à falta de documentos tidos por imprescindíveis ao exame da controversia, a Corte a quo não conheceu aquele recurso. A decisão merece reforma. Não se pode penalizar a parte (e muito menos com medida tão drástica como a do não-conhecimento da apelação) por irregularidade a que não deu causa, e que é facilmente sanável, sem qualquer prejuízo às partes ou ao processo, mediante a simples requisição à Vara Federal dos autos da execução ou dos documentos necessários à instrução do recurso. É de se prover o recurso especial, para que, promovida a requisição e atestado o óbice ao conhecimento da apelação, o Tribunal prossiga no seu julgamento, como entender de direito" (STJ 1ª T., REsp. n. 614.470-RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.05.2006, DJ 18.05.2006, p. 182, decisão: recurso especial provido, votação unânime).

As cópias das peças do processo juntadas pelo executado-embargante poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal, consoante o disposto no art. 544, § 1º, parte final, do Código de Processo Civil.

Em um primeiro momento, a ausência de peças processuais relevantes não provoca a imposição de sanção imediata pelo julgador, que deverá determinar a sua juntada pelo executado. Se não houver o cumprimento da determinação judicial, será o caso de indeferimento dos embargos. Em outros graus de jurisdição, entretanto, a ausência de peças relevantes pode provocar consequências ruins para as partes, como o não conhecimento de futuros recursos aos tribunais de superposição (p. ex., falta de procuração) ou mesmo a requisição das peças pelo relator, o que provoca a demora na prestação jurisdicional (p. ex. ausência de cópia do título ou do auto de penhora).

### 5. OPOSIÇÃO DE VÁRIOS EMBARGOS

Se vários executados figurarem no pólo passivo do processo executivo, pode cada um deles isoladamente embargar. Não há obrigatoriedade de formação de litisconsórcio ativo, mas mera faculdade. Nos embargos do executado não há litisconsórcio ativo necessário, pois não existe aqui situação substancial incidível de modo a impor aos interessados o dever de exercer em conjunto o direito de ação.

De acordo com o § 1º do art. 738 do Código de Processo Civil "quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges". Esse dispositivo, advindo com a Lei n. 11.382/06, demonstra claramente que o prazo para embargar conta-se individualmente e que foge da regra geral do Código de Processo Civil relativamente ao prazo para resposta no caso de litisconsórcio passivo (art. 241, inc. III). Portanto, não é o caso de se entender que o prazo para embargos conta-se da data da juntada aos autos do último mandado de citação. Se os executados forem cônjuges, o prazo para embargos conta-se da juntada do mandado de citação do último dos cônjuges a ser citado.

Os embargos podem ser opostos independentemente da penhora ou depósito. Na sistemática anterior, somente poderiam ser opostos os embargos se o *juízo estivesse seguro*, conforme dispunha o revogado art. 737 do Código de Processo Civil. Pela penhora ou depósito de bem pertencente a um dos executados, o *juízo estava seguro*, o que autorizava qualquer dos litisconsortes a opor embargos, independentemente dos atos de penhora ou depósito de seus bens. De acordo com a Lei nº 11.382/06, apesar de a penhora e o depósito não serem mais requisitos para embargar, fato é que cada litisconsorte continua a ter posição autônoma para oferecer embargos.

Se apenas um litisconsorte embarga, somente as alegações de *matérias comuns* relativas ao processo, às condições da ação e ao mérito poderão ser aproveitadas aos outros. Consoante o disposto no art. 281 do Código Civil, as exceções pessoais não podem beneficiar os demais litisconsortes, sendo aplicável a regra contida no art. 48 do Código de Processo Civil. Ou seja, dependendo da matéria alegada, os embargos oferecidos por um executado podem beneficiar os demais (p. ex., se o executado alegar alguma causa extintiva da obrigação) ou não (p. ex., se o executado sustentar sua ilegitimidade *ad causam*).

O prazo para a oposição dos embargos, nesses casos, é autônomo e sempre de dez dias, não sendo aplicado o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil.

Se for conveniente e caracterizada a conexão ou continência (CPC, arts. 103 e 104), o juiz poderá determinar a reunião dos embargos para processamento e julgamento conjuntos. A reunião de processos deve ocorrer sempre que houver o risco de julgamentos contraditórios.

## 6. NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS

O prazo para o oferecimento de embargos à execução tem natureza jurídica de caducidade (tal como ocorre no mandado de segurança), uma vez que o seu decurso *in albis* em nada altera a existência do direito material. Portanto, não se trata de um prazo de decadência ou prescrição. Equivocadamente afirma-se que o prazo é decadencial porque *deceit* o direito ao oferecimento de embargos.

A ausência de embargos apenas faz com que o executado não possa se valer de tal via jurisdicional, com a produção de seu efeito típico consistente na suspensão *ope iudicis* da execução. Não haverá alteração relativamente às matérias que o devedor pode se valer para a defesa de seus direitos. No tocante às condições da ação e aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, o executado poderá aduzir essas matérias diretamente no processo executivo já que elas se referem a essa relação jurídica de direito processual. No que concerne ao mérito do processo executivo, não tendo sido oferecidos embargos à execução, o executado poderá propor demanda cognitiva autônoma para demonstrar a inexistência do direito material pelo qual se executa ou mesmo os seus reais limites. No entanto, a ação cognitiva autônoma não poderá produzir o efeito *ope iudicis* dos embargos de suspensão do processo executivo. Em situações excepcionálistimas, em ação cognitiva autônoma pode ser admitida a concessão de medida de urgência para a suspensão apenas daqueles atos que provoque(m) efetiva (e definitiva) transferência patrimonial.

## 7. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

Conforme o disposto no art. 738, com a redação dada pela Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, "os embargos serão oferecidos no prazo de quinze (15) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação".

Figurando no pólo passivo da execução vários executados, o prazo para oposição de embargos conta-se individualmente, a partir da juntada do respectivo mandado citatório, consoante o disposto no § 1º do art. 738, primeira parte. Os embargos à execução não são deíctas, mas ação por meio da qual o executado oferece resistência contra execução injusta. Exatamente por isso o prazo para seu oferecimento conta-se individualmente e não se aplica o art. 241, inc. III, segundo o qual o prazo começa a correr "quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido".

Havendo no título executivo vários devedores, o prazo para oferecimento de embargos sempre foi e continua a ser singular. Isso porque cada executado tem posição autônoma para oferecer embargos.

Para aqueles que não foram regularmente citados, pode haver o comparecimento espontâneo aos autos, com a oposição de embargos à execução. Entretanto, é preciso verificar se será compatível seu exame com o estágio em que se encontra o processo executivo. No entanto, tem sempre o executado a possibilidade de propor ação cognitiva autônoma para a tutela de seus direitos.

Sem prejudicar essa orientação e com o intuito de agilizar o processo de execução, o art. 739-A, § 4º, do Código de Processo Civil determina que "a concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante" (embargos subjetivamente parciais).

O cônjuge do executado, figurando no título executivo, tem também legitimidade para opor embargos. Dé acordo com o § 1º do art. 738 "quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges". Isso significa que, em relação aos cônjuges, o prazo para embargar conta-se da data da juntada aos autos do último mandado citatório cumprido. Aplica-se aqui a regra do art. 214, inc. III.

Ainda que não figure no pólo passivo do processo executivo, se a penhora recair sobre bem imóvel, há a necessidade de intimação do cônjuge do executado (§ 2º do art. 655 do CPC), que poderá defender a sua meação por meio de embargos de terceiro. Ainda que não seja citado, o cônjuge tem também legitimidade para embargar à execução, podendo apresentar causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito alegado pelo exequente. Não há litisconsórcio passivo necessário entre cônjuges: a lei apenas exige que se dê ciência ao cônjuge para que, *se quiser*, possa intervir no processo, defendendo a sua meação ou mesmo participando da adjudicação (art. 685-A, § 2º). Nesses casos, a obrigação foi unicamente do cônjuge ou foi por ele exclusivamente contratada, sendo, portanto, a execução proposta fundada em direito pessoal; nada é pedido pelo exequente contra o cônjuge, portanto, parte não será, nem tampouco litisconsorte. Por outro lado, não há como compeli-lo o cônjuge (ou quem quer que seja) a exercer o direito de ação, no caso, por meio de embargos do executado.

No caso de penhora sobre bens móveis, a obrigatoriedade da intimação do cônjuge, decorrente da lei, não existe, mas não será por isso que não terá legitimidade para opor embargos à execução ou embargos de terceiro. Tal como ocorre na situação acima descrita, é uma faculdade do cônjuge embargar ou não.

Em todos esses casos, o cônjuge tem todo interesse de oferecer embargos para obstar execução injusta. Pode questionar os aspectos formais do título, a legitimidade do crédito *etc.* Entretanto, quando o cônjuge pretender apenas atacar a constituição e defender a sua meação, os embargos de terceiro são o remédio processual adequado. A legitimidade do cônjuge para opor embargos à execução não exclui a sua legitimidade para opor embargos de terceiro.

No caso de citação do executado por precatória, o termo *a quo* para a oposição de embargos se inicia da juntada aos autos da comunicação da citação do executado, realizada no juízo deprecado, aos autos do processo de execução no juízo deprecante. Essa comunicação é feita pelo juízo deprecado ao juízo deprecante e podem ser utilizados

meios eletrônicos. O § 2º do art. 738 é claro ao dizer que o prazo se inicia "a partir da juntada aos autos de tal comunicação". Assim, o executado prudente deve acompanhar o processo de execução a fim de verificar precisamente a data da juntada da comunicação aos autos no juízo deprecante.

Já o prazo para a oposição de embargos à adjudicação, alienação ou arrematação (embargos de segunda fase) é de cinco (5) dias, contados a partir da assinatura do respectivo auto (v. mais amplamente, comentários ao art. 746).

O permissivo legal, contido no art. 191 do Código de Processo Civil, de contagem de prazo em dobro, no caso de procuradores distintos, não é aplicável aos embargos à execução por força de disposição expressa, constante do § 3º do art. 738. É totalmente irrelevante a existência de outros executados com advogados diferentes, pois os embargos do executado constituem ação de conhecimento e não mera resposta ao pedido formulado no processo de execução.

## 8. REJEIÇÃO LIMINAR DOS EMBARGOS

A rejeição liminar dos embargos demonstra claramente a sua natureza jurídica de ação. As causas para essa rejeição estão relacionadas nos incisos do art. 739 do Código de Processo Civil.

O inc. I do dispositivo mencionado prevê a rejeição liminar dos embargos à execução na hipótese de intempestividade. Como destacado, os embargos devem ser apresentados dentro do prazo de quinze (15) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação, sob pena de indeferimento liminar e não ocorrer a suspensão da execução, que prosseguirá rumo ao seu desfecho único consistente na satisfação do exequente.

Já o inc. II refere-se à inépcia da petição inicial dos embargos à execução que, uma vez constatada, provoca o seu indeferimento liminar.

De acordo com o parágrafo único do art. 295, considera-se inépcia a petição inicial quando: I — lhe faltar pedido ou causa de pedir; II — da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III — o pedido for juridicamente impossível; IV — contiver pedidos incompatíveis entre si. Entretanto, é preciso lembrar que em relação aos embargos à execução fundada em título judicial contra a Fazenda Pública, as matérias que podem ser aduzidas pela Fazenda Pública são apenas aquelas relacionadas no rol taxativo do art. 741. Eventual matéria que já foi aduzida ou mesmo que poderia ter sido alegada no processo de conhecimento anterior não poderá ser conhecida, sendo o caso de ser decretada a inépcia da petição inicial.

A rejeição liminar dos embargos à execução ocorre também quando forem os embargos manifestamente protelatórios. O conceito jurídico vago "manifestamente protelatórios" exige esforço interpretativo. Parece que os embargos serão manifestamente protelatórios quando configurado o abuso de direito (CC, art. 187). Evidentemente, a decisão do julgador deverá ser fundamentada, pois não basta que os embargos sejam protelatórios — o dispositivo legal é claro ao adjectivar os embargos como "manifestamente protelatórios". Nesse sentido, o julgador deve analisar os argumentos utilizados pelo executado-embargante,

se são manifestamente infundados. A esse atributo negativo, pode ser também somada a atitude protelatória do executado de se esquivar da execução. Os embargos manifestamente protelatórios impõem a aplicação de multa no valor de até vinte por cento (20%) do débito exequendo. Por isso, o abuso do exercício de um alegado direito deve ser manifesto.

Os embargos à execução podem ser de imediato julgados e podem não ser manifestamente protelatórios. O inciso III dá a falsa impressão de ser uma norma de encerramento, ou seja, por essa linha de raciocínio equivocada, se os embargos niterem ser liminarmente rejeitados e não são intempestivos (inc. I) nem tampouco a petição inicial é inépcia (inc. II), são eles manifestamente protelatórios (inc. III). Mas a realidade demonstra que as coisas não são bem assim, pois os embargos à execução podem ser liminarmente rejeitados e o julgador pode verificar que as alegações aduzidas pelo embargante-exequido não são manifestamente protelatórias. Por outro lado, os embargos podem ser protelatórios e não manifestamente protelatórios, pois não se verifica um dolo ou culpa por parte do exequente.

Relevante é saber que os embargos à execução podem ser rejeitados liminarmente e não serem intempestivos (inc. I) ou manifestamente protelatórios (inc. III). Pode ocorrer também de a petição inicial não ser inépcia (inc. II), mas impor-se a rejeição liminar dos embargos à execução. Como se percebe, o legislador não conseguiu esgotar todas as hipóteses de rejeição liminar dos embargos. Nem por isso os embargos serão manifestamente protelatórios.

A sistematização das hipóteses de rejeição liminar dos embargos à execução pode ser assim estabelecida:

**I. Hipóteses que impeçam o regular desenvolvimento do processo ou determinem o decreto de carência de ação:** são causas que determinam o indeferimento da petição inicial e relacionam-se exclusivamente com o processo ou as condições da ação próprias dos embargos do executado. É preciso lembrar que a extinção do processo de embargos sem o julgamento do mérito (art. 267, I) deve ser excepcional, porque o juiz deve oferecer a possibilidade à parte embargante de emendar a petição inicial quando isso for possível (art. 284). Se a parte for ilegítima, a teor do disposto no inciso II do art. 295, não haverá emenda capaz de salvar a petição inicial dos embargos. Assim, como facilmente se percebe, a possibilidade de emendar a petição decorre da natureza da irregularidade constatada.

Aliás, o § 5º do art. 739-A determina que "quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento".

Outra, se o embargante alega unicamente excesso de execução e deixa de apresentar a memória de cálculo, o juiz determinará que o embargante emende a petição inicial, sob pena de rejeição liminar. Logo, referido dispositivo acrescenta mais uma hipótese legal de rejeição liminar, não contemplada nos incisos do art. 739 e atinente a um pressuposto ao regular desenvolvimento do processo.

**II. Julgamento imediato dos embargos à execução.** Os embargos à execução são uma ação incidental à execução. Isso significa que quando opostos, já foi distribuída

execução com petição inicial e documentos. Assim, se a partir da prova pré-constituída for possível ao julgador apreciar imediatamente o mérito da pretensão deduzida pelo embargante-executado, não será o caso de intimar o exequente-embargado para apresentar a impugnação aos embargos: os embargos à execução deverão ser liminarmente rejeitados. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de prescrição, decadência ou ainda quando embargante alega pagamento e esse pagamento já foi considerado nos cálculos apresentados pelo exequente.

Há ainda de se cogitar da aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil, que estabelece: "quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada". Ao contrário do que possa parecer a partir de uma primeira análise, referido dispositivo não viola o contraditório, mas disciplina hipótese de verdadeiro julgamento antecipadíssimo do mérito, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença *inautêntica altera parte*. O contraditório é apenas diferido para o caso de o demandante apelar. Mais ainda, há a possibilidade de o juiz se retratar da sentença proferida, reconsiderando a sua decisão e determinando de imediato a citação do demandado. É o que se verifica da redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A: "se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação"; "caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso".

Esse dispositivo é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica: pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova, porque, na convicção do julgador, nada mais há de ser esclarecido ou provado relativamente aos fatos. Assim, os pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controversia já é conhecidíssima pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a *causa pendet et petitum* guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, não se admite o julgamento antecipado do mérito a favor do autor sem que se proceda à citação do demandado.<sup>3</sup>

## 9. RECURSO CONTRA O INDEFERIMENTO: AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO

O ato jurisdicional que indefere liminarmente a petição inicial dos embargos à execução constitui sentença (art. 162, § 1º). Contra ela cabe recurso de apelação, consoante

3. Pela defesa da constitucionalidade do dispositivo, v., entre outros, ALVIM, Carreira, *Afetações do Código de Processo Civil*, p. 80-83; RAMOS, Glaucio Guimarães, *Reforma do CPC*, p. 375-377; ATAYDE JUNIOR, Vicente de Paula, *As novas reformas do processo civil*, p. 79-81.

o disposto no art. 513 do Código de Processo Civil. Ainda conforme o mesmo estatuto, o art. 296 estabelece que, indeferida a petição inicial, o demandante poderá apelar, facultado ao juiz reformar sua decisão. Caso não modifique a sua decisão, os autos do processo de embargos subirão ao Tribunal competente, independentemente de intimação do embargado para responder ao recurso (art. 296, par. ún.).

O recurso de apelação não será recebido no efeito suspensivo (art. 520, V). Como os embargos do executado não foram sequer recebidos, pois o juiz nem mesmo se manifestou sobre o efeito suspensivo, não se operou a suspensão da execução e pode ela prosseguir sem qualquer óbice.

## 10. SUSPENSÃO TOTAL OU PARCIAL DO PROCESSO EXECUTIVO

Com o deferimento dos embargos à execução, há a interrupção da prescrição, mas a suspensão do processo de execução depende de pronunciamento do juiz. É a chamada suspensão *ope iudicis* determinada pelo art. 739-A, § 1º, dispositivo introduzido pela Lei nº 11.382, de 6.12.2006.

Os embargos não são mais sempre recebidos no efeito suspensivo. Ou seja, existe, com a citada lei, a figura dos embargos não suspensivos. No entanto, a suspensão depende necessariamente da matéria alegada, ou seja, da *causa pendet et petitum* dos embargos do executado, podendo ser parcial ou total.

A suspensão será total quando (i) a matéria debatida provocar a suspensão da execução tanto pelo aspecto subjetivo (partes) como pelo aspecto objetivo (pedido deduzido), (ii) forem relevantes os fundamentos apresentados nos embargos à execução, (iii) o prosseguimento da execução causar grave dano de difícil ou incerta reparação e (iv) a execução estiver garantida pela penhora, depósito ou caução suficientes.<sup>4</sup>

4. Eis alguns julgados sobre tema tão recente, inclusive sobre a aplicabilidade do art. 739-A à execução fiscal: "No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º). Há ainda, na legislação, a disposição do contribuinte, instrumentos específicos para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nomeadamente o depósito do valor questionado (CTN, art. 151, inc. II). Tudo isso evidencia a inexistência de risco iminente de dano irreparável a justificar a excepcional medida aqui requerida" (STJ 1ª T., Agr. Reg. na M.C. n. 12.825-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.08.2007, DJ 30.08.2007, p. 213, decisão: agravo regimental improvido, votação unânime).

"No que toca à alegada contradição, registro que, em realidade, no caso dos autos há tão-somente erro material a ser sanado na decisão monocrática, pois que, apesar de ter sido garantida a execução por penhora (fl. 240), não está presente dano de difícil ou incerta reparação, consoante previsto no § 1º do art. 739-A do CPC. Assim, com a alteração introduzida pela Lei nº 11.382/2006, não basta haver penhora nos autos para garantir a execução, se não configurado dano que justifique a atribuição do efeito suspensivo" (TJ-RS 2ª Câm., ED no A.C. n. 70021032438, rel. Des. José Conrado de Souza Junior, j. 27.08.2007).

Considerando que as modificações objetivam dar maior celeridade ao processo expropriatório, de regra, pelo art. 739-A, *caput*, os embargos do executado não terão efeito suspensivo. Ademais, em se tratando de norma processual, cuja matéria é de ordem pública, e há incidência imediata aos feitos em curso, tendo em vista que incide direito subjetivo a procedimento, descabe o efeito suspensivo em tela. Assim é que a garantia que antes era condição ao recebimento dos embargos, passou a ser exigida quando o devedor/embargante vinda

Subjetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar ilegitimidade *ad causam* que apenas o beneficiária e estiverem presentes os demais requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Em tal hipótese, a execução deve prosseguir normalmente com relação aos demais executados (v. *infra*, n. 13).

Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial (v. *infra*, n. 13).

**Fundamentos relevantes.** Para que os fundamentos sejam relevantes para suspensão total da execução, é preciso que a matéria debatida verse sobre a totalidade do valor exequendo e envolva todas as partes litigantes. Para que isso ocorra, é preciso verificar os elementos identificadores da demanda de embargos: a matéria aduzida não pode beneficiar apenas um ou parte dos exequentes (embargos subjetivamente parciais), nem tampouco se referir a parcela do crédito exequendo (embargos objetivamente parciais).

Ademais, é preciso que exista uma probabilidade de que o executado tenha razão em seus argumentos. Probabilidade é um estado de espírito decorrente da preponderância de fatos convergentes a uma determinada realidade em relação a fatos divergentes (MALATESTA). Subjetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar ilegitimidade *ad causam* que apenas o beneficiária e estiverem presentes os demais requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Em tal hipótese, a execução deve prosseguir normalmente com relação aos demais executados.

**Grave dano de difícil ou incerta reparação.** O risco de prosseguimento da execução relaciona-se com os danos decorrentes da fase expropriatória. Ainda que deferido o efeito suspensivo, penhora e avaliação serão realizadas. No entanto, como a fase expropriatória pode ocorrer quando ainda pendentes de julgamento os embargos, configurados os demais requisitos (fundamentos relevantes e garantia da execução por meio de penhora, depósito ou caução suficientes), será o caso de se suspender a execução. O risco do executado é efetivo, até porque de acordo com o *caput* do art. 694 "assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerará-se à perfeita, acabada e irretirável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado". Subjetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado

alegar ilegitimidade *ad causam* que apenas o beneficiária e estiverem presentes os demais requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Em tal hipótese, a execução deve prosseguir normalmente com relação aos demais executados.

**Proporcionalidade dos riscos e dos danos: concessão ou denegação do efeito suspensivo.** O efeito suspensivo reveste-se de caráter acasualatório e por isso, o juiz deve sopesar os valores em jogo e a proporcionalidade da providência suspensiva. É preciso levar em consideração se o efeito suspensivo, uma vez concedido, não provocará um dano de maior extensão ao exequente. Por isso, é conveniente que o executado, ao pleitear o efeito suspensivo, demonstre que a suspensão da execução não provocará um prejuízo real e maior ao exequente. Tal é o chamado *periculum in mora* inverso. Na realidade, o juiz deve raciocinar levando em conta os valores em jogo e os riscos e eventuais danos suportados por uma ou por outra parte em função do teor de sua decisão. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

**Garantia da execução: penhora, depósito ou caução suficientes.** Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

**Penhora.** A penhora é ato processual de afetação patrimonial; por meio dela, o bem construído esta afetado à execução, sendo a alienação de bem penhora ato atentatório à dignidade da justiça.

Pela nova sistemática, o prazo de quinze (15) dias para a oposição de embargos à execução inicia-se com a juntada da prova da citação aos autos. Concomitantemente, tem curso o prazo para o executado pagar em três (3) dias. Não havendo o pagamento em três dias, expedir-se-á mandado de penhora ou depósito. Assim, pode ser que os embargos sejam opostos antes da penhora. Nesses casos, para garantir a obtenção de efeito suspensivo antes da penhora, deve o executado prestar caução real ou fidejussória ou ainda efetuar depósito da quantia. Se a penhora houver sido feita no prazo de quinze (15) dias, basta a certidão do oficial de justiça para considerá-la efetivada para o fim específico de fundamentar eventual pedido de efeito suspensivo nos embargos à execução.

**Depósito.** A *segurança da execução* por meio do depósito da coisa não constitui mais requisito de admissibilidade dos embargos (art. 736). Os embargos são, de acordo com a Lei nº 11.382/06, opostos sem a necessidade de ter ocorrido a penhora ou o depósito; serão oferecidos no prazo de quinze (15) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação apesar de o art. 621 ainda se referir ao depósito como condição de admissibilidade dos embargos.

a suspensão da execução, nos termos do § 1º do art. 739-A (TR-RS 12ª Cam., Ag. n. 70020985947, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Carmo, j. 24.08.2007).

"para a atribuição do pretendido efeito suspensivo deve o julgador observar a relevância dos fundamentos dos embargos, adcionada à possibilidade de causar à parte executada grave dano de difícil ou incerta reparação, desde que garantido o processo executivo (art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil)" (TR-PR, Ag. n. 0430703-3, rel. Des. Jose Augusto Gomes Anacleto, j. 09.08.2007).

"Uma vez que a Lei 11.382/06 entrou em vigor em 21/01/2007, correta é sua aplicação aos atos praticados em embargos do executado opostos posteriormente a essa data. A partir da vigência da Lei 11.382/06, os embargos à execução de título extrajudicial serão recebidos apenas no efeito suspensivo em caráter de excepcionalidade, conforme o §1º do art. 739-A do CPC" (TR-MG 18ª Cam., Ag. n. 1.0024.07.426297-3/001, rel. Des. Elpidio Donizetti, j. 31.07.2007, DJ 13.08.2007).

O bem, objeto da execução, pode ficar à disposição do juiz por outros meios que não o depósito judicial da coisa; pode ocorrer busca e apreensão, se o bem for móvel, ou missão de posse, sendo o bem imóvel.

Portanto, podem haver embargos na execução de entrega de coisa sem o depósito do bem. Nem por isso os embargos serão liminarmente rejeitados. Todavia, o depósito do bem constitui requisito essencial, mas não exclusivo, para que a execução seja suspensa por meio da oposição de embargos do executado.

**Caução.** Como a penhora e o depósito, a caução pode ser utilizada com o objetivo de permitir a suspensão da execução com a oposição dos embargos à execução. A caução é *prestação ordenada ao interessado como condição para obter um ulterior provimento jurisdicional*. Constitui um dos pressupostos para que consiga a suspensão da execução por meio dos embargos à execução e também um direito do executado. Tanto isso é verdadeiro que o executado pode requerer a substituição da penhora ou do depósito por caução idônea, já que é sabido que muitas vezes o ato construtivo pode inviabilizar a atividade econômica do executado. Por outro lado, com ela, diminuem-se os reflexos danosos ao exequente em decorrência da suspensão da execução. A caução constitui um legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, daí ser destinada a funcionar como cautela contra o perigo derivante da suspensão da execução pelos embargos. A caução representa uma forma legítima de tutelar valores jurídicos de igual dimensão. Correto, portanto, afirmar que a caução constitui a *cautela da cautela* ou simplesmente *contracautela*. A caução deve ser analisada a partir do trinômio exigibilidade-suficiência-qualidade.

**Exigibilidade.** A caução, assim como a penhora e o depósito, constitui pressuposto não único para a concessão de efeito suspensivo dos embargos. Ordinariamente, todo e qualquer ato do qual possa resultar dano grave ao executado, de difícil ou impossível reparação, deve ser realizado mediante prévia e idônea caução.

**Suficiência.** A suficiência da caução deve ser equacionada discricionariamente pelo juiz, que deve ter em mente seu único e exclusivo objetivo: garantir que, no caso de revogação do provimento jurisdicional, seja o exequente ressarcido pelos prejuízos que sofreu. A discricionariedade aqui não significa falta de motivação da decisão que aceita determinada caução. A fundamentação constitui requisito inarredável de validade da decisão judicial que considera determinada caução suficiente ou insuficiente.

**Qualidade.** Relativamente à classe das fianças, todas são possíveis, exceção feita àquelas unicamente pessoais. Por conseguinte, podem ser aceitas, desde que demonstrem sua suficiência, garantias pignoratícias, hipotecárias ou bancárias. O relevante, no que diz respeito à qualidade da caução, é a sua idoneidade para os fins a que se destina. Ademais, não se faz necessário exigir a instauração de processo cautelar específico para a constituição da caução, podendo ser ela prestada nos próprios autos dos embargos. Em razão do atributo da fungibilidade que lhe é inerente, o bem objeto da caução pode ser a qualquer momento substituído por outro que tutele de forma adequada eventual direito do executado a ser eventualmente reconhecido.

## 11. DIFERENÇAS ENTRE IMPUGNAÇÃO (ART. 475-L E ART. 475-M) E EMBARGOS À EXECUÇÃO (ARTS. 736 E SS.)

Os parâmetros para a suspensão da execução em razão da oposição de embargos do executado não são os mesmos que norteiam a concessão de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-M, *caput*), pois os títulos que fundamentam as duas espécies de execução são absolutamente distintos. Enquanto na execução de título judicial existe um forte grau de probabilidade de existência do direito (p. ex., na execução de sentença que reconheça a existência de obrigação de pagar), na execução de título executivo extrajudicial essa probabilidade pode não existir, pois o título é executivo em razão de uma simples opção política do legislador de outorgar eficácia executiva a certos atos ou fatos jurídicos. Em síntese, na impugnação, a concessão da suspensão da execução é mais excepcional do que a concessão da suspensão da execução por força dos embargos do executado. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiver presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

## 12. NOVA DECISÃO, NOVO RECURSO

Criou-se, com a nova figura dos embargos à execução, a suspensividade por obra do juiz. Assim, o ato do juiz relativo aos efeitos dos embargos é decisão interlocutória proferida no curso do processo de conhecimento de embargos. Em razão da suspensão ou do prosseguimento da execução poder causar dano de difícil reparação ao exequente ou ao executado, respectivamente, é possível à parte prejudicada a interposição de agravo de instrumento. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiver presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

A requerimento da parte, exequente ou executado, a decisão a respeito dos efeitos dos embargos pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. Evidentemente, para que isso ocorra, é preciso que a parte apresente fundamentos novos que não foram considerados pelo julgador. Essa nova decisão interlocutória é agravável e se causar dano irreparável ou de incerta reparação ao exequente ou ao executado, terá lugar o agravo sob a forma de instrumento.

Pode o juiz deixar para se pronunciar acerca do efeito suspensivo dos embargos após a apresentação da impugnação pelo embargado-exequente. Trata-se, em muitos casos, de medida inteligente, pois permite que o juiz conheça melhor a controversia.

A decisão acerca dos efeitos dos embargos pode ser proferido até o julgamento dos embargos. Uma vez julgados, há necessidade de se analisar o teor da sentença. Se suspensão

não houve, a execução prossegue definitivamente com a rejeição liminar, extinção anormal ou improcedência dos embargos. A não ser que ao recurso de apelação seja concedida antecipação da tutela recursal para a suspensão da execução. Se os embargos foram rejeitados no efeito suspensivo e a sentença os extinguiu com ou sem resolução do mérito, o recurso de apelação, a execução prosseguirá, mas provisoriamente (art. 587 do Código de Processo Civil). Se evidentemente os embargos foram julgados procedentes, não há razão para a execução prosseguir. No entanto, pode o exequente pleitear a antecipação da tutela recursal para o fim de autorizar o prosseguimento da execução não obstante a derrota a ele imposta pela procedência dos embargos à execução.

O juiz pode de ofício conceder o efeito suspensivo aos embargos ou mesmo modificar decisão já proferida a esse respeito. Poderá ser concedido de ofício o efeito suspensivo aos embargos, não obstante a ausência de requerimento por parte do executado em seus embargos, se o juiz verificar que (i) há relevância dos fundamentos apresentados; (ii) o prosseguimento da execução pode causar grave dano de difícil ou incerta reparação e (iii) há a garantia da execução pela penhora, depósito ou caução suficientes; poderá ser modificada *ex officio* a decisão proferida a respeito do efeito dos embargos, se apresentados novos fundamentos, não conhecidos ou apreciados pelo julgador e que tenham o condão de suspender a execução ou determinar o seu prosseguimento. Por óbvio, o juiz deve ter sempre em mente a presença ou não dos requisitos essenciais para suspensão do processo executivo já apresentados.

### 13. SUSPENSÃO PARCIAL

O embargante pode nos embargos à execução alegar apenas excesso de execução. Para que isso ocorra, o embargante tem o ônus de apresentar o valor que reputa correto, com a memória de cálculo atualizada. Sobre a parcela incontroversa, a execução prossegue definitivamente. Entretanto, em relação à parcela controversa, haverá a suspensão do processo executivo se (i) relevantes os fundamentos apresentados nos embargos, (ii) o prosseguimento dos atos executivos causar dano de difícil ou incerta reparação e (iii) estiver a execução garantida pela penhora, depósito ou caução suficientes. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

Os embargos do executado podem ser subjetivamente parciais se a matéria neles aduzida apenas beneficiar um ou alguns dos executados. Isso ocorre se, por exemplo, um ou alguns dos executados alegarem ilegitimidade *ad causam* e essa matéria somente a ele ou a eles beneficiar.

Nesses casos, a execução prosseguirá definitivamente em relação àqueles que não embargaram. Quanto àqueles que embargaram, a suspensão depende também do trínômio referido: i) os fundamentos dos embargos à execução devem ser relevantes; ii) a demonstração de que o prosseguimento da execução pode causar dano de difícil ou incerta reparação; iii) a execução deve estar garantida pela penhora, depósito ou caução suficientes.

### 14. EXCESSO DE EXECUÇÃO: ÔNUS DO EXECUTADO DE APRESENTAR O CÁLCULO QUE REPUTA CORRETO (§ 5º)

Como dito, os embargos à execução podem se referir apenas a excesso de execução. Se esse for o único fundamento da petição inicial dos embargos, o embargante tem o ônus, como imperativo de seu interesse, de apresentar o valor que reputa correto. Para tanto, deve apresentar memória de cálculo atualizada. A exigência de apresentação da memória de cálculo por parte do executado decorre da garantia constitucional do tratamento paritário das partes no processo: se o exequente deve apresentar na petição inicial da execução a memória de cálculo que justifique o valor exequendo, do mesmo o executado deve apresentar cálculos se aduzir excesso de execução — os cálculos do executado devem indicar precisamente onde reside o excesso. Os ônus das partes são simétricos e referem-se à exata medida da matéria impugnada objeto dos embargos à execução. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

Sobre a parcela incontroversa, a execução prossegue definitivamente. Entretanto, em relação à parcela controversa, apenas haverá a suspensão do processo executivo se (i) relevantes os fundamentos apresentados nos embargos, (ii) o prosseguimento dos atos executivos causar dano de difícil ou incerta reparação e (iii) estiver a execução garantida pela penhora, depósito ou caução suficientes. A simples alegação de excesso de execução não tem o condão de propiciar, por si só, a suspensão parcial do processo executivo. Objetivamente, a suspensão da execução será parcial quando o embargado alegar excesso de execução e estiverem presentes os requisitos acima relacionados nos itens II, III e IV. Isso ocorre quando o embargante não nega a existência do débito principal, mas questiona o valor dos encargos que o embargado-exequente pretende fazer incidir sobre a obrigação. Nesse caso, a execução prossegue sobre a parcela incontroversa e de forma definitiva, podendo ocorrer atos de efetiva transferência patrimonial.

Ainda que suspensão ocorra por ato decisório do juiz, os atos executivos destinados à penhora e avaliação serão implementados. Esses atos não provocam transferência patrimonial e por isso o § 6º do art. 739-A deve ser visto como uma regra tendente a propiciar uma legítima antecipação de certos atos executivos que não provocam dano de difícil ou incerta reparação.

A suspensão poderá ser levantada se o exequente prestar caução idônea. Isso significa que os atos de transferência patrimonial poderão se realizar, respondendo o exequente por perdas e danos se os embargos forem ulteriormente julgados procedentes.

### 15. MULTA OU INDENIZAÇÕES DECORRENTES DE MÁ-FÉ (ART. 739-B)

Multa ou indenizações decorrentes de litigância de má-fé expressas no art. 739-B referem-se somente àqueles previstas nos arts. 17 e 18, não se confundiriam com as multas

por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601), embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 740, par. único) ou embargos à adjudicação, alienação ou arrematação também manifestamente protelatórios (art. 746, § 2º).

No entanto, essa não é a interpretação mais correta: referida norma tem nítido caráter geral e refere-se à cobrança de quaisquer multas ou indenizações estabelecidas por força de decisão judicial proferida no curso do processo, seja ele de conhecimento, independentemente da fase em que se encontre (fase cognitiva ou executiva), ou de execução. Assim, por exemplo, estão aqui amparadas as multas dos arts. 30, 161, 196, 233, 461, 461-A e 740, parágrafo único.

Exatamente em razão de seu caráter geral, a norma deveria situar-se na parte geral da execução.

Em relação à cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18), o exequente deverá extrair as peças processuais necessárias para justificar a medida, que serão autuadas em apenso ao processo executivo. Dentre essas peças, estão naturalmente a decisão ou as decisões que aplicaram a multa ou reconheceram a indenização e seu valor.

Se a multa ou indenização foi concedida ao executado, no apenso ao processo executivo poderá requerer compensação. O valor da multa ou da indenização precisa ser líquido, não sendo suficiente para justificar a compensação a simples decisão que reconhece o direito à indenização sem nada declarar acerca do *quantum*.

Por outro lado, se a multa ou indenização tiver sido concedida ao exequente, nada há a se compensar. No apenso ao processo executivo, o exequente dará início a outra execução, se obviamente a obrigação referente à multa ou indenização for líquida. Caso a indenização não seja líquida, no apenso deverá o interessado promover atividade cognitiva tendente à quantificação do valor da obrigação.

A multa ou indenizações decorrentes de litigância de má-fé mencionadas pelo art. 739-B são fruto de decisão judicial. Além disso, tal decisão judicial tem autonomia completa em relação à execução em curso, pois são exigidas em autos apensos. Assim, a execução a se iniciar é de título judicial e por consequência natural, são aplicadas as normas relativas ao cumprimento de sentença (art. 475-I e ss.), inclusive com a aplicação de multa de dez por cento (10%).

## 16. IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS E SEU PRAZO

Por serem os embargos do executado processo de conhecimento incidente no processo de execução, o legislador processual determinou que o exequente será simplesmente ouvido. Portanto, não há citação do demandado (exequente ou embargado), mas apenas a sua intimação para que no prazo de quinze dias apresente sua impugnação (art. 740, *caput*). Na realidade, essa "intimação" do exequente-embargado para, querendo, apresentar sua impugnação (*reclus*: contestação) aos embargos tem verdadeiro caráter de citação, pois o embargado é chamado a juízo para se defender. A intimação para a impugnação dos embargos é feita ao advogado do exequente embargado, pela imprensa, pessoalmente (p.

ex., o defensor público, que representar o exequente, nos termos do art. 5º, § 5º, da lei nº 1.060/50) ou mediante carta registrada.

A intimação para a impugnação dos embargos é feita ao advogado do embargado, pela imprensa, pessoalmente ou por via de carta registrada apenas por medida de economia, constituindo verdadeira citação. Soma-se a esses fatos a aplicação à espécie dos arts. 188 e 191 do Código de Processo Civil, no caso de ser o embargado a Fazenda Pública ou o Ministério Público, ou de serem vários embargados, representados por diferentes procuradores.

A aplicação do artigo 191 para a impugnação dos embargos é um tanto polêmica, já que para embargar esse dispositivo não se aplica por expressa disposição legal (§ 3º do art. 738). Pela garantia do tratamento paritário das partes no processo, se para embargar não incide a regra do art. 191, para responder aos embargos também não incidiria o benefício do referido artigo. Por outro lado, pelo aspecto puramente hemenéutico, o § 3º do art. 738 pode ser lido como se referisse a todo o processo de embargos do executado, o que excluiria definitivamente a aplicação do art. 191 aos embargos. Mas a leitura pode ser outra, pois, como o *caput* do art. 738 refere-se à petição inicial dos embargos do executado, o § 3º ao afastar a incidência do art. 191 refere-se unicamente ao ato jurídico de embargar e não impugnar os embargos.

## 17. REVELIA DO EMBARGADO

No processo de conhecimento, incidente ao processo de execução, denominado pelo Código de Processo Civil embargos do devedor, é possível se sustentar a ocorrência da revelia relativamente ao embargado-exequente.

A impugnação do embargado é equiparada à contestação do réu no processo de conhecimento. Tal como ocorre na citação, na intimação do embargado, ele é chamado a juízo para se defender, tendo o prazo de quinze dias para se manifestar acerca dos elementos constantes da petição inicial do embargante. Relativamente à matéria aduzida, o embargado poderá alegar, antes de discutir o mérito dos embargos, as preliminares relacionadas exemplificativamente no art. 301.

Entretanto, a revelia nos embargos à execução assume significado um pouco distinto daquele que comumente ocorre nos processos de conhecimento.

Tal como ocorre com o autor no processo de conhecimento, é do embargante, diante do processo de execução à execução, o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (CPC, art. 333, I). Ao embargante existe o encargo de encartar aos autos todos os elementos de que dispõe para demonstrar a veracidade das alegações de alta relevância, capazes de influenciar o processo executivo.

A posição que o embargado assume é de mera expectativa. Não é ele que tem de provar as circunstâncias fáticas que envolvem a relação jurídica de direito material subjacente à formação do título. Não é ele que corre o risco de sofrer os efeitos do processo de execução, com a alienação judicial de seus bens.

A grande diferença entre a impugnação do embargado e a contestação do réu é que a favor daquele existe o forte grau de probabilidade de existência do crédito exequendo em

razão do título executivo. Aplica-se ao caso concreto o disposto no art. 324 do Código de Processo Civil: "se o réu não contesta a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência".

Não há uma presunção absoluta de que os fatos alegados pelo autor sem a contestação do réu sejam verdadeiros, pois, havendo elementos nos autos que conduzam à conclusão diversa, o juiz não deve julgar procedente o pedido do autor. Nos embargos do executado, isso significa que o embargado poderá e não se sujeitará aos efeitos da revelia.

As alegações do embargante somente serão consideradas pelo juiz se capazes de afastar o forte grau de probabilidade de existência do crédito em decorrência do título executivo judicial.

Na execução extrajudicial, a lei simplesmente considerou a exigência de tomar mais rápida e efetiva a tutela de determinados créditos reconhecidos como títulos executivos. Por isso, nos embargos à execução, a cognição sempre será ampla (limitada ou plena) e profunda (exauriente ou completa). A ressalva se faz à execução fundada em título executivo extrajudicial de natureza cambiária, pois o embargante não poderá discutir o negócio jurídico subjacente, sendo a cognição, no plano horizontal, parcial ou limitada (ou com a amplitude ou extensão limitadas), mas, no plano vertical, exauriente (profunda ou intensa).

Portanto, deve ser aplicada a regra contida no art. 333 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, é de se destacar que não existe uma presunção absoluta a favor do título executivo, mas apenas relativa, pois este pode, por exemplo, ter sido produzido com o vício de consentimento do executado (erro, dolo, ou coação).

Tal como ocorre no processo de conhecimento com o réu que não contesta, se o embargado não apresenta a sua impugnação, o juiz, se entender dispensável a produção de provas de ofício, de acordo com os seus poderes instrutórios, deverá julgar com base nos elementos constantes dos autos, aplicando a regra de julgamento do ônus da prova se necessária.

Assim, nos termos aqui expostos, a revelia é passível de ocorrer ao embargado que deixa de impugnar os embargos à execução. Entretanto, o juiz deve estar atento ao fato de que a favor do embargado existe um título com eficácia executiva que indica uma situação de grande preponderância de seu interesse sobre o do embargante (título executivo extrajudicial). Se o embargante-executado alegou e provou alguma causa impeditiva, extintiva ou modificativa do direito pelo qual se executa (p. ex., pagamento, novação, compensação etc.) e o embargado-execuente quedou-se inerte, opera-se o fenômeno da revelia, com a aplicação de todas as suas consequências legais. Na realidade, existe uma presunção de veracidade dos fatos alegados pelo embargante e não impugnados pelo embargado desde que capazes de inquinar o título executivo, respeitado o poder do juiz de livremente investigar acerca dos fatos narrados.

## 18. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NOS EMBARGOS

O § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil deixa bem claro o cabimento de honorários advocatícios na execução. São sempre devidos honorários nas execuções, sejam embargadas ou não. A sua fixação será feita pelo juiz por equidade. Não obstante, *fixar por*

*equidade* não significa reduzir minimamente a sucumbência ou fixá-la em valor irrisório, mas estabelecer-la levando-se também em consideração o benefício econômico pretendido pelo exequente no processo.

Ao despachar a petição inicial na execução por quantia certa, o juiz desde logo fixa os honorários que serão devidos pelo demandado. Todavia, pode ocorrer a extinção anormal do processo de execução, como nos casos de ausência de título, ilegitimidade de partes, inexistibilidade do débito etc.. Nessa hipótese, a fixação dos honorários no despacho liminar não prevalece e o exequente deverá suportá-los consoante o estabelecido no dispositivo da sentença declaratória da extinção.

Sendo embargada a execução, a sentença que julgar os processos de execução e de embargos fixará *grus* honorários. Os honorários devem remunerar adequadamente os serviços prestados nos dois processos, sendo importante observar que a sua fixação nos embargos não será feita por equidade, mas consoante a regra contida no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. No entanto, os honorários fixados na execução e nos embargos do executado não poderão superar vinte por cento do crédito exequendo.

## 19. JULGAMENTO DOS EMBARGOS E EFEITOS DOS RECURSOS

Julgados procedentes os embargos e sendo eles totais e não parciais, a execução será igualmente extinta. A sentença de procedência dos embargos tem conteúdo variável em consonância com a matéria alegada. A sentença pode reconhecer, dentre outras matérias: a) falta ou nulidade de citação no processo cognitivo anterior; b) inexistibilidade da obrigação; c) ilegitimidade *ad causam*; d) cumulação indevida de execuções; e) excesso de execução; f) inexistência de título executivo, como ocorre quando se constata a falta de documento essencial ao regular desenvolvimento do processo executivo, como ocorre na falta de comprovante de remessa da mercadoria, conforme dispõe o art. 15, III, da lei n. 5.474/68; g) nulidade da execução; h) impenhorabilidade de determinado bem; i) pagamento; j) novação; k) compensação com execução aparelhada; l) prescrição etc.; m) falsidade de assinatura ou do título.

Julgados improcedentes os embargos ou extintos sem julgamento do mérito, a apelação eventualmente interposta não tem efeito suspensivo (CPC, art. 520, V), prosseguindo a execução definitivamente se os embargos não foram recebidos no efeito suspensivo. Consoante forte orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a execução é completa, sendo apta a propiciar a satisfação do exequente não obstante a possibilidade de provimento do recurso interposto. No entanto, eventuais danos provocados pela consumação de atos executivos são indenizáveis (CPC, art. 574).

## 20. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL: COGNIÇÃO AMPLA E PROFUNDA

Não obstante a redação do art. 745 especificar em incisos a matéria que pode ser deduzida em sede de embargos à execução, o inciso V autoriza o executado a alegar em sede de embargos qualquer matéria que lhe seria permitido aduzir como fundamento de defesa no

processo de conhecimento. Por esse dispositivo, que constitui verdadeira norma de encerramento e demonstra a mais absoluta desnecessidade da disciplina constantes nos incisos I a IV, não há qualquer limitação à cognição, seja no plano horizontal (amplitude da matéria passível de ser aduzida), seja no plano vertical (profundidade das questões debatidas).

## 21. EXCEÇÃO: EMBARGOS À EXECUÇÃO CAMBIAL

Muito embora o art. 745 do Código de Processo Civil autorize o embargante a deduzir em sede de embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial qualquer matéria "que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento", nos embargos à execução baseada em título executivo extrajudicial de natureza cambial, relativamente à cognição, há uma limitação no plano horizontal.

Os títulos executivos cambiais estão relacionados no art. 585, I, do Código de Processo Civil, e em legislação especial. Em função de limites impostos à atividade de conhecimento do juiz e aos debates das partes, consoante o disposto no direito material, a cognição do juiz será apenas parcial. Nesses casos, o embargante-executado não pode valer-se do negócio jurídico subjacente à sua criação ou transmissão. A ressalva deve ser feita às duplicatas comerciais, que são por natureza títulos causais, sendo certo que aqui a petição inicial do processo de execução deve necessariamente conter a prova da renúncia e da entrega da mercadoria ou do serviço prestado. Na verdade, a duplicata é um título apenas em parte semelhante às cambiais, consoante o disposto no art. 25 da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que determina a aplicação dos dispositivos legais que disciplinam a emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio. Na execução forçada desse título (art. 585, I), o negócio jurídico subjacente deve necessariamente fazer-se presente.

Nos demais casos, o que não está no título não está no mundo. Não importa o que tenha sido pactuado entre emitente e beneficiário, se o que acordaram não transpareceu na redação dos títulos. Os títulos de crédito valem exclusivamente pelo que estiver escrito neles.

A Lei Uniforme da Convenção de Genebra, como fonte principal do direito cambiário brasileiro, em seu art. 17, fixou o princípio da *inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé* (v. também art. 25 da Lei do Cheque). Assim, o embargante não pode opor ao embargado as exceções fundadas sobre as relações pessoais dele com o sacador ou com os portadores anteriores, ficando apenas ressalvada a hipótese de que o portador, ao adquirir o título, tenha procedido conscientemente em detrimento do executado. Essa regra tem por objetivo garantir os direitos de terceiros de boa-fé, possibilitando a circulação do título cambiário com a segurança necessária para o crédito.

A *literalidade* dos títulos de crédito (ou *carritividade das obrigações cambiais*, que é o outro lado da mesma moeda) está intimamente ligada ao seu *caráter abstrato*, que os desliga da causa, ou seja, do negócio jurídico subjacente; e intimamente ligada, também, ao *formalismo* de que eles precisam revestir-se (o rigor cambiário).

Da conjugação dessas três características das cambiais — literalidade, abstração e autonomia — decorre que não se admite a discussão do negócio jurídico subjacente relacionado com o título de crédito.

As regras de direito material consagram que a relação cambiária é totalmente independente do negócio jurídico subjacente, porquanto concebida com abstração de causa, sendo vedado opor defesa a terceiro de boa-fé.

Nos embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial de natureza cambial, não pode o embargante opor ao portador as exceções fundadas em relações pessoais com o sacador ou com os portadores precedentes, a menos que o portador, adquirindo a cambial, tenha agido conscientemente em prejuízo e detrimento do devedor. Isso ocorre, por exemplo, no caso de endosso a terceiro. Portanto, o disposto no inciso V do art. 745 do Código de Processo Civil não tem o condão de modificar a relação jurídica de direito material. Tal norma legal limita-se a autorizar, na execução de título extrajudicial, sejam apresentadas em embargos à execução as defesas possíveis de serem deduzidas no em processo de conhecimento, mas tais defesas estão estritamente condicionadas à aplicação das regras de direito cambiário.

Eventual tentativa de discussão acerca do negócio jurídico subjacente revela-se imperitosa diante das características das cambiais. Se o embargante não procura demonstrar eventual vício formal da cambial executada, desnecessária é a produção de provas, devendo ser considerada de caráter flagrantemente protelatório. Não há violação ao direito à prova quando o julgador motivadamente indefere a produção de prova impertinente em razão de óbices legítimos impostos pela lei material.

Em execução cambiária, o ônus da prova de alegação fundada em pagamento ou mesmo em juros extorsivos cabe ao embargante, tendo em vista a presunção de legitimidade que emana do título executivo (arts. 333, I c/c o art. 334, IV). A inversão do ônus da prova, no caso de alegação de juros extorsivos em contratos civis de mútuo ou de lucros ou vantagens patrimoniais excessivos em negócios jurídicos não disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, depende de expressa previsão legal, razão pela qual persiste ao embargante o encargo de fazer prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I).

## 22. INCISO I DO ART. 745: NULDADE DA EXECUÇÃO, POR NÃO SER EXECUTIVO O TÍTULO APRESENTADO

Execução forçada é expressão que tem duplo significado: o primeiro diz respeito à realização de uma atividade e de um objetivo consistente na realização forçada, coativa, da obrigação e por consequência, da prestação devida pelo devedor que não a cumpriu espontaneamente (ou de outra equivalente); o segundo representa o complexo de atos processuais ordenados à obtenção daquele fim (aqui, a execução relaciona-se com a fase ou o processo executivo propriamente dito).

Toda e qualquer execução forçada tem como pressuposto básico a existência de título executivo, cujo conteúdo, para sua consecução, deve atestar certeza e liquidez do crédito. Um passo importante foi dado pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que desvincula da figura do título os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade; o hame passa a ser, corretamente, a obrigação, que nada mais é que "um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra" (Orlando Gomes, *Obrigações*, n. 7, p. 9). É o que dispõe o novo art. 586: "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível".

A exigibilidade relaciona-se especificamente com a obrigação e pode ou não estar indicada no título executivo: do título ou mesmo de elementos externos certamente constata a indicação de sua ocorrência. Por isso que a *exigibilidade* é elemento estranho ao conteúdo formal do título, pois apenas afirma que chegou o momento da satisfação da vontade concreta da lei, sem impedimento legal, não tendo qualquer relação com a adequação da via executiva, mas com a necessidade concreta da jurisdição. Assim é que a exigibilidade aproxima-se do aspecto da necessidade, elemento também integrante do interesse processual.

O requisito da *certeza* na execução não tem nada a ver com a certeza acerca da existência do direito, da obrigação ou do crédito, ela também não diz respeito ao grau de cognição dos fatos que dão ensejo aos atos de agressão patrimonial.

Na verdade, na execução civil a certeza que se exige afasta-se da *certeza de existência do direito*. Isso porque, ao longo de todo o arco procedimental executivo, "nenhum direito é matematicamente certo".<sup>5</sup> A certeza na execução é apenas e tão-somente a definição dos sujeitos ativos e passivos, da natureza da relação jurídica e do objeto da obrigação. Por tudo isso, a certeza na execução civil não se aproxima da certeza como elemento de convicção do magistrado na fase de conhecimento, diz apenas respeito a certos predicados ou atributos do direito ou do crédito, sem os quais não é possível se executar.

Já a *liquidez* refere-se à quantidade do objeto do direito mencionada no título executivo; deve haver a indicação de uma quantidade determinada de bens (ou ao menos determinável). Por isso se diz que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do *quantum debetur*, ou seja, o título executivo deve fornecer elementos para que, por meio de operação aritmética, possa ser encontrado o número de unidades a ser objeto da fase executiva. Se a obrigação a ser exigida *in executivis* relaciona-se com objeto que não é passível de quantificação, a certeza por si só é suficiente para definir o objeto da execução; se a obrigação, por outro lado, for quantificável, o pressuposto da certeza apenas se refere à natureza da obrigação, seus sujeitos e certas qualidades das coisas a serem entregues, sem, no entanto, quantificá-las — nessa hipótese, a quantificação em unidades leva o intérprete ao atributo da liquidez.

Exigibilidade, certeza e liquidez estão intimamente relacionadas com o conteúdo do título executivo e não à sua forma. São atributos ligados à natureza e ao montante do direito subjetivo atestado no título (a exigibilidade pode até ser indicada em elemento externo ao título executivo). Por isso, dizem respeito à obrigação e não ao título, que apenas torna adequada a tutela jurisdicional executiva.

Se o título não indicar os atributos da certeza e liquidez, ele não existe como executivo. O título executivo não prova a real existência do direito alegado nem tampouco cria direitos. Ao contrário, o conteúdo descritivo do título é privado de qualquer significado no campo do direito substancial. Na realidade, o título executivo é apenas e tão-somente ato ou fato jurídico que integra as condições da ação.<sup>6</sup> Por consequência, o título apenas

permite o exercício desta rito ao escopo satisfativo. O Estado condiciona a atividade jurisdicional e seu desenvolvimento à correlação entre o provimento desejado e a situação desfavorável lamentada pelo demandante. O título executivo insere-se em tal contexto, pois constitui pressuposto para o desencadeamento dos atos executivos na medida em que torna adequada a tutela executiva. Sua finalidade é atuar a vontade da lei com a imposição de medidas executivas pelos órgãos jurisdicionais, destinadas à proteção de certas situações previamente eleitas pelo legislador.

Por esse motivo, interpretar extensivamente o rol dos títulos executivos é violar a esfera de direitos do executado (e de terceiros). Não é a natureza da obrigação que qualifica um título como executivo ou não, mas sua inclusão no rol estabelecido pelo legislador em *numerus clausus*, que não deixa margem a interpretações ampliativas ou integração por analogia. Os títulos executivos estão sujeitos à regra da tipicidade, sendo excepcional executar sem antes conhecer.

Por tudo isso, o título executivo é apenas e tão-somente um *pressuposto específico da execução*.<sup>7</sup> Assim é que, para se estabelecer o real significado do título executivo, algumas premissas devem ser consideradas:

1º) O título executivo é aquele fixado em *numerus clausus* pela lei. Não são admitidas interpretações ampliativas em relação aos títulos executivos: a lei diz (ou deve dizer) claramente quais são os atos ou fatos jurídicos considerados títulos executivos. Interpretar de maneira extensiva o rol dos títulos executivos é violar frontalmente a esfera de direitos do executado. O Código de Processo Civil (arts. 475-N e 585) e leis especiais relacionam taxativamente os títulos executivos, sendo defeito conceder eficácia executiva a qualquer outro fato ou ato. Os títulos executivos estão sujeitos à regra da tipicidade. Isso porque é *semper exceptionalis excipitur sem antes conherer*.

2º) Há um inegável aspecto documental no título executivo, já que há sempre um suporte fático que o instrumentaliza.<sup>8</sup> É documental porque demonstra não a real existência do direito material, mas apenas os atributos atinentes à certeza e à liquidez (a exigibilidade, como visto, pode ser um elemento externo ao título). No entanto, dado o seu aspecto documental, é também inegável que o título executivo é um meio de prova que, como tal, deverá ser valorado pelo julgador.

3º) Do ponto de vista da adequação, o título executivo aproxima-se das condições da ação executiva, mais precisamente do interesse processual (adequação) e por consequência, autoriza o início da execução. Por essa razão, diz-se que a execução é abstrata e independente do direito subjetivo material alegado pelo exequente; ela é o caminho adequado à satisfação de sua pretensão (eficácia abstrata do título executivo).<sup>9</sup> O Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à correlação entre o provimento jurisdicional desejado e a situação desfavorável lamentada pelo demandante.

O título executivo, como pressuposto fundamental de qualquer execução (*nulla executio sine titulo*) que é, torna adequada a via jurisdicional da execução forçada. Por essa

5. BONSIGNORI, Angelo, *Esecuzione forzata*, 3. ed. Torino: Giapichelli, 1996, n. 20, p. 58.

6. ANDOLINA, Italo, "Cognizione" ed "esecuzione" nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, n. 30, p. 103.

7. LIEBMAN, Emilio Tullio, *Processo de execução*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 26, p. 66.

8. V. CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, n. 188, p. 300.

9. LIEBMAN, Emilio Tullio, *Processo de execução*, ob. cit., n. 8, pp. 19-22.

razão, constitui somente um fenômeno processual e não tem caráter constitutivo da execução. Sua finalidade é muito mais simples: apenas torna adequada a execução, por meio processo autônomo ou simples fase. A finalidade do título executivo é de atuar a vontade da lei com a imposição, pelos órgãos jurisdicionais, de medidas executivas, destinadas à tutela de certos interesses. Isso significa que a lei concede eficácia abstrata de aplicar a sanção a um determinado fato ou ato jurídico que nada mais é que o título executivo. Sanção é a consequência fixada em lei em razão do descumprimento de um preceito ou de um imperativo jurídico.<sup>10</sup>

De acordo com essa linha de idéias, o título executivo é ato ou fato jurídico documental que torna adequada a tutela jurisdicional executiva, de acordo com o que estabelece taxativamente o ordenamento jurídico. Será fato jurídico quando não há, de início, o objetivo de conceder eficácia executiva, mas apenas secundariamente. Isso se dá, por exemplo, com o fôrmal de partilha, cujo objetivo primário é adjudicar o quinhão e secundário é, justamente, dar eficácia executiva.

No título executivo judicial, a sentença que reconhece a existência de uma obrigação (CPC, art. 475-N, inc. I) já está no mundo jurídico e é exatamente o título, requisito inafastável da execução. No título executivo extrajudicial, a eficácia executiva foi atribuída pelo legislador, não havendo necessidade de prévio conhecimento.

Sobre a possibilidade de o credor, portador de título executivo extrajudicial, propor demanda cognitiva, a doutrina e a jurisprudência acolhem duas correntes: a primeira sustenta que o portador de título executivo extrajudicial não tem interesse processual na propositura de ação cognitiva, pois lhe proporcionaria um título executivo que já tem. Para aquele que deveria ter promovido demanda cognitiva e promoveu demanda executiva sem o necessário título, a decretação de carência de ação também é inevitável.<sup>11</sup> Pela doutrina existente às recentes reformas processuais, estava com a razão a primeira corrente, pois a existência do título tornava inadequada a tutela cognitiva; em decorrência, o processo de conhecimento devia ser extinto sem julgamento do mérito, sendo o autor carecedor de ação por falta de interesse processual (art. 267, VI). No entanto, em função da maior agilidade do processo de conhecimento, da dúvida em relação a certos títulos executivos extrajudiciais (que a Lei n. 11.382/06 procurou, mas não conseguiu, restringir), da maior amplitude dos embargos à execução em relação à impugnação ao cumprimento de título judicial e da possibilidade de imposição de multa de 10% (dez por cento) na fase executiva, deve ser admitida a propositura de demanda cognitiva autônoma com o fim de proporcionar o demandante maior segurança jurídica no que concerne à real existência do direito.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*: primeira série 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 73 e ss.

11. Com essa conclusão, cf. TUCCI, Rogério Lauria. Escolha da via executiva quando o caso era de escolha da via de cognição. *Revista de Processo*, v. 30, p. 270-78. Contra, PABST, Haroldo. Embargos do devedor e elitismo doutrinário. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 676 e ss.; a segunda defende a tese diametralmente contrária, pois a atividade de conhecimento proporcionará ao credor um título executivo judicial, contendo-lhe maior segurança e servindo como meio de coação psicológica sobre o devedor (CF FÁRIA, Welter. *Atos e cambiais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 24; com esse mesmo entendimento, 1ª TACSP, 3ª Cam., Ap. 475.072-5-SP, Rel. J. J. André Mesquita, j. 8-6-1993, vu.).

É sabido que, com o advento da tutela antecipada a partir de 1994 no ordenamento jurídico brasileiro, a realização do direito tomou-se mais célere na estrutura do processo de conhecimento. O sistema brasileiro vive hoje um paradoxo, já que o processo de execução de título extrajudicial pode ser mais demorado que o processo de conhecimento no qual se pleiteia e se concede a tutela antecipada. Como se não bastasse, a possibilidade de aplicação da multa de 10% (dez por cento) prevista na fase executiva de títulos judiciais constitui forte elemento de pressão psicológica para o cumprimento das obrigações.

## 23. INCISO II — PENHORA INCORRETA OU AVALLIAÇÃO ERRÔNEA

Com a nova sistemática, o prazo de quinze (15) dias para a oposição de embargos à execução conta-se da data da juntada aos autos do mandado de citação. Portanto, muito provavelmente os embargos à execução serão opostos antes da penhora, em que pese a ordem de pagamento do art. 652 ser de três (3) dias. Não havendo o pagamento em três (3) dias, até a realização da penhora, o executado já terá apresentado seus embargos.

Assim, se já opostos embargos à execução, no caso de penhora incorreta ou avalliação errônea podem ser oferecidos novos embargos?

A resposta é positiva. Aliás, a matéria referente à penhora incorreta ou avalliação errônea pode ser perfeitamente deduzida por meio de simples petição apresentada no próprio processo executivo.

A alegação de penhora incorreta de determinados bens pelo executado relaciona-se com a irregularidade do ato processual de constrição.

A penhora é ato de afetação patrimonial, cujo escopo é cumprir a única finalidade da execução, que é a satisfação do direito do exequente. Em verdade, constitui apenas um ato processual que faz parte do conjunto de medidas tendentes à expropriação de bens do executado para o pagamento do exequente. Uma vez efetivada, figura como mera garantia processual, não sendo um direito real em benefício do exequente.<sup>12</sup>

O dispositivo em análise, ao mencionar a "penhora incorreta" como possível fundamento da impugnação, abrange os casos de impenhorabilidade (v. arts. 649 e 650), que nada mais é do que um "conceito de limitação ou de restrição ao conceito de penhorabilidade",<sup>13</sup> e a norma que a disciplina pertence ao direito material público, pois tutela, em última análise, interesses sociais relevantes.<sup>14</sup>

Como ato preparatório ao ato de desapropriação,<sup>15</sup> a penhora pode ser substituída ou declarada nula, sendo-lhe, na última hipótese, imposta pelo órgão jurisdicional a sanção da ineficácia.

12. V. FERRAZ NOGUEIRA, Antonio de Pádua. Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família, *Revista dos Tribunais* 691/7, p. 10.

13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 10, p. 175.

14. V. TUCCI, Rogério Lauria. Impenhorabilidade do bem de família, *Alfarriz*, v. 60, p. 79.

15. V. a proposta, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, ob. cit., n. 68, p. 143-151.

Em razão da inobservância de determinado preceito contido na lei, a penhora é passível de ser considerada nula, podendo tal situação ser reconhecida pelo juiz em qualquer grau de jurisdição, independentemente do oferecimento de impugnação.

Além do Código de Processo Civil (arts. 649 e 650), o ordenamento jurídico dispõe sobre a impenhorabilidade de determinados bens (v. p. ex., art. 1º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990). Assim, em sede de embargos à execução, a decisão tem por fim a desconstituição do ato de penhora de determinado bem, reconhecendo sua invalidade.

Com relação à avaliação, como esta pode ser feita pelo oficial de justiça (art. 475-J, § 2º e art. 652, § 1º), podem ocorrer erros que inquiriam a estimativa de valor do bem feita pelo oficial de justiça por conta da falta de conhecimento técnico especializado. Nesse caso, os embargos são aptos a desconstituir a avaliação feita e o juiz deverá nomear um especialista ("avaliador") para proceder à estimativa correta de valor do bem (art. 475-J, § 2º).

Na realidade, na situação aqui examinada, o provimento dos embargos tem eficácia constitutiva negativa, pois reconhece a irregularidade (ou o vício) de um ato processual relacionado com a fase executiva, retirando-lhe a eficácia, ou seja, desconstituindo sua aptidão para irradiar efeitos. É evidente que a decisão da impugnação, nesses casos, não acarreta a extinção da execução.

#### 24. INCISO III — EXCESSO DE EXECUÇÃO

No excesso de execução, o embargante alega que o título executivo expressa valor inferior ao que está sendo exigido pelo embargado-exequente no processo de execução.

O provimento jurisdicional que se deseja em sede de embargos é de natureza declaratória do exato limite da execução, reconhecendo a carência de ação executiva relativamente ao excesso apurado, uma vez que o processo de execução não é colocado à disposição do exequente para a satisfação de direito não expresso no título. Não há adequação entre o excesso, carente de título que o ampare, e a tutela jurídica executiva pleiteada. Falta por isso ao exequente o legítimo interesse processual.

Por se relacionar com o processo de execução, pode também ser reconhecida nos seus próprios autos, independentemente do oferecimento de embargos pelo executado.

O excesso deve ser de plano apurado e não pode referir-se a causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito que o exequente se diz titular.

Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o exequente deve sempre instruir o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Para evitar os males de uma alegação de excesso de execução não desejada nos autos do processo de execução ou de embargos, é prudente o exequente informar-se acerca dos índices utilizados pelo contador judicial.

Julgados procedentes os embargos do executado, duas situações poderão ocorrer. Na primeira, os embargos terão o condão de reduzir a execução, ou seja, haverá uma limitação do provimento jurisdicional solicitado pelo exequente, a fim de que permaneça somente a

parte compatível com a tutela jurisdicional executiva. Na segunda, deverá ser o processo de execução integralmente extinto, por falta de interesse processual, reconhecendo-se nos embargos essa situação de carência de ação.

#### 25. INCISO III (CONTINUAÇÃO) — CUMULAÇÃO INDEVIDA DE EXECUÇÕES

O ordenamento jurídico brasileiro veda a cumulação indevida de execuções, mas autoriza a cumulação própria e imprópria de execuções.

**Cumulação própria e imprópria de execuções.** No caso de cumulação de pretensões executivas fundadas em dois títulos executivos extrajudiciais (exemplo de cumulação própria), a cognição será limitada e exauriente, consoante o disposto no inciso V do art. 745 do Código de Processo Civil.

A mesma situação ocorrerá no caso de cumulação imprópria de execuções, em que o processo de execução está fundado em cambial e em contrato, assinado pelo credor, devedor e duas testemunhas, pois prevalece também a regra do mencionado artigo, já que nessas circunstâncias o título de crédito perde o seu caráter autônomo, por estar integralmente vinculado ao contrato de que representa garantia expressa.

**Cumulação indevida de execuções.** Na hipótese do inciso III, há uma inadequação entre os procedimentos a serem adotados para a efetivação das diferentes tutelas jurisdicionais pretendidas. Reconhecida a cumulação indevida no processo executivo ou em sede de embargos, o julgador poderá afastar o pedido incompatível e determinar o prosseguimento da execução em relação aos demais. No entanto, se a continuação da demanda executiva (ou das demandas executivas compatíveis) mostra-se a um certo momento impossível, ao juiz não restará outra alternativa: deverá decretar a carência da ação, extinguindo o processo de execução, ou declarar a ausência de interesse processual naquele processo, em sede de embargos do executado.

#### 26. INCISO IV DO ART. 745: RETENÇÃO POR BENEFICÍORIAS NECESSÁRIAS OU ÚTEIS, NOS CASOS DE TÍTULO PARA ENTREGA DE COISA CERTA (ART. 621)

O art. 745, inc. V, faz referência à execução de título extrajudicial, fundada em direito real ou direito pessoal sobre coisa certa e à possibilidade de o devedor apresentar exceção de retenção por beneficíorias. Essa exceção tem natureza dilatória, pois não provoca a extinção do processo, mas simplesmente a sua dilação (ao contrário das exceções de natureza perempatória).

As beneficíorias são todas as obras ou despesas que se fazem em bem móvel ou imóvel para conservação, melhora ou embelezamento. Existem três espécies de beneficíorias: as voluptuárias, feitas para mero deleite ou recreio e que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de valor elevado; as úteis, que aumentam ou facilitam o uso do bem; as necessárias, indispensáveis para conservar a coisa ou evitar que esta se deteriore. Por isso, as beneficíorias ordinariamente são equiparadas às acessões.

O direito de reter a coisa decorre da existência de um crédito em razão da realização de beneficíorias.

No processo de conhecimento, a alegação referente à existência de benfeitorias deve ser feita na contestação uma vez que, pelo princípio da eventualidade, o demandado deve apresentar todas as matérias de defesa. Após o trânsito em julgado da sentença, somente as benfeitorias necessárias serão realizadas.

Por óbvio, em se tratando de execução de título extrajudicial, os embargos constituem a primeira ocasião em que o executado poderá invocar a existência de benfeitorias.

Na hipótese de má-fé do possuidor, não lhe assiste o direito de retenção nem o de levantar as benfeitorias voluptuárias, sendo somente ressarcidas aquelas necessárias (CC, art. 1.220).

O inciso IV do art. 745 deixa bem claro que somente as benfeitorias necessárias e úteis autorizam a retenção por meio de embargos. Assim, na petição inicial dos embargos de retenção por benfeitorias, o embargante deve indicar as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias: o estado anterior e atual da coisa; o custo das benfeitorias e o seu valor atual e a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias. Na mesma linha, o art. 1.222 do Código Civil estabelece que "o reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual".

A indicação de tais requisitos são importantes para que o juiz tenha conhecimento de grande parte do contexto litigioso. Entretanto, para precisar os valores deverá nomear perito, "fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo". As partes poderão indicar assistente técnico e formular questionis a fim de melhor elucidar as questões atinentes ao valor das benfeitorias alegadas.

O embargado poderá alegar a inexistência de benfeitorias ou mesmo que elas não têm o valor afirmado pelo embargante. Poderá o embargado ainda pleitear a compensação com as perdas e danos e frutos a ele devidos. Nessa hipótese, a teor do disposto no art. 745, § 1º, o embargante poderá "requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado" na própria impugnação aos embargos. A compensação refere-se mais precisamente aos lucros cessantes em razão da não utilização do bem (compreendendo aqui os frutos) e aos danos emergentes provocados na coisa em razão de sua indevida utilização ou falta de conservação. O § 2º do art. 745, estabelece que "o exequente poderá, a qualquer tempo, ser iniciado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação".

## 27. INCISO V DO ART. 745: QUALQUER MATÉRIA QUE LHE SERIA LICITO DEDUZIR COMO DEFESA EM PROCESSO DE CONHECIMENTO

O legislador processual, ao estabelecer essas limitações à cognição, leva em consideração a natureza do direito ou da pretensão material deduzida e suas regras no plano material, às vezes contidas até mesmo no Código de Processo Civil e na legislação processual em vigor, ou opta conscientemente pela proibição de controvérsia sobre determinada questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais rápido. Em última análise, o legislador pretende a observância da tutela jurisdicional adequada à situação lamentada.

Na realidade, na impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L), nos embargos à execução fundada em título executivo judicial contra a Fazenda Pública (art. 741) e em título executivo extrajudicial de natureza cambial, e nos embargos de segunda fase (art. 746), existe uma imposição legal restringindo os fundamentos passíveis de alegação pelo embargante. Essa imposição funda-se na pertinência de tais fundamentos. Há, portanto, uma limitação legal da *causa petendi* dos embargos, porquanto o legislador considera irrelevantes outros fundamentos trazidos pelo embargante. Ou seja, por via indireta, apesar de não ser previamente estabelecido o objeto litigioso, evidencia-se uma *limitação à cognição dos embargos*, determinada em função da matéria passível de ser alegada por expressa disposição de lei.

Já nos embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial (exceção feita à execução cambial) essa limitação não há, podendo o embargante deduzir todas as matérias que lhe seria lícito (e aceitável) aduzir no processo de conhecimento.

## 28. PARCELAMENTO DO DÉBITO EXEQUENDO

O art. 745-A estabelece a possibilidade de o executado parcelar o débito, desde que reconhecido o crédito do exequente no prazo para embargos de primeira fase.

O reconhecimento do crédito equivale a um reconhecimento jurídico do pedido e impede futura apresentação de defesa por parte do executado, a não ser que haja alguma circunstância superveniente a tal reconhecimento.

Referido dispositivo estabelece também a forma máxima por meio da qual o parcelamento pode ser feito: depósito de trinta por cento (30%) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, e pagamento do restante em até seis (6) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento (1%) ao mês. O dispositivo legal em análise institui um benefício legal ao executado. Não obstante, o instituto em tela traz benefícios para ambas as partes do processo na medida em que permite a satisfação do crédito e que seja esta feita da maneira menos onerosa para o devedor.

O parcelamento na forma estabelecida no *caput* do art. 745-A constitui um direito do executado e o juiz não pode recusá-lo. Por isso, parcelamento em melhores condições para o exequente, também deve ser aceito pelo juiz. Por exemplo, o pagamento em três (3) parcelas mensais é claramente mais vantajoso para o exequente e não pode pelo juiz ser recusado.

Nota-se que o artigo 745-A tem o escopo de buscar abreviar e não procrastinar a satisfação do direito do credor, razão pela qual um menor número de parcelas ou um depósito em quantia superior aos 30% estabelecidos na lei não tem o condão de ilidir o deferimento do pedido do executado, uma vez que o legislador buscou estabelecer requisitos mínimos para o seu deferimento.

O dispositivo em tela não estabelece caução para que tal benefício seja aceito. Por isso, se observados os requisitos legais, o parcelamento deve ser pelo juiz deferido. Todavia, parcelamento em melhores condições para executado depende de concordância do exequente e pronunciamiento do juiz.

Desde que protocolada tempestivamente, o parcelamento pode ser apresentado em petição simples, sem maior rigorismo técnico, no bojo dos autos da execução.

Após cumprir-se o contraditório com a oitiva do exequente, o juiz fará o juízo de admissibilidade, observando os requisitos contidos no *caput* do art. 745-A, os quais uma vez satisfeitos impõem o dever de deferir o parcelamento.

Durante o parcelamento, ficarão suspensos os atos executivos, ou seja, os atos até então realizados permanecem válidos e não são desfeitos até que o crédito seja integralmente satisfeito. Caso tenha ocorrido a penhora de bens do executado, a consrição será mantida, até que o débito esteja quitado.

O não pagamento de qualquer das prestações implicará o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo executivo, imposta ao executado multa de dez por cento (10%) sobre o valor das prestações não pagas. Não poderá o executado oferecer embargos uma vez que reconheceu o crédito do exequente ao requerer o parcelamento.

Todavia, a vedação supramencionada não atinge os embargos à arrematação ou adjudicação, uma vez que estes terão como objeto argüir a nulidade da execução ou causas extintivas da obrigação, desde que supervenientes à penhora.

## 29. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SEGUNDA FASE

Os embargos à execução de segunda fase são aqueles opostos pelo executado com o intuito de obstar adjudicação, alienação ou arrematação de seus bens. Em razão de estarem excluídos do dispositivo legal citado, os demais meios de expropriação, como o desquite em folha e o usufruto, não podem ser obstados por meio de embargos de segunda fase.

Relativamente à cognição de tais embargos, o art. 746, *caput*, relaciona as matérias que podem ser alegadas pelo executado-embargante: nulidade da execução ou causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora. A atividade de conhecimento do juiz e as alegações das partes litigantes estão limitadas a matérias supervenientes à penhora, excetuadas aquelas de interesse público, que podem e devem ser conhecidas a qualquer tempo. É também ressalvado o direito de o executado propor demanda com o escopo de repetir o valor pago a mais em execução substancialmente injusta ou mesmo de declarar a inexistência da obrigação em decorrência de fato anterior ou ulterior à penhora, como, por exemplo, pagamento, novação, transação etc. É claro que a alegação de quaisquer desses fatos não pode ter sido apreciada (e, conseqüentemente, rejeitada) em embargos.

O executado poderá alegar não apenas nulidade da execução ou causa extintiva da obrigação, mas também qualquer causa impeditiva ou modificativa desde que superveniente à penhora. Assim, o rol do art. 746 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo. Mas o executado não pode alegar o que lhe convier, caso contrário, os embargos serão liminarmente rejeitados.

A cognição dos embargos de segunda fase é, no plano horizontal, parcial. A lei limita precisamente as matérias suscetíveis de serem invocadas: superveniência à penhora. Todavia, no plano vertical, de profundidade no conhecimento dessas questões, a cognição é exauriente.

As matérias de tais embargos devem ser supervenientes à penhora (STJ, 3ª T., Resp. n. 37.433-2-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.3.1993, neg. prov., v.u., in DJU 22.11.1993, p. 24.952, in Theotônio Negão, *Código de Processo Civil*, nota 11a, p. 791). Todavia, para que o seu mérito possa ser apreciado é preciso que estejam presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo e as condições da ação. Esses *requisitos gerais* são de ordem pública e, tal como em todo processo, devem estar presentes para que o órgão jurisdicional possa se pronunciar sobre o pedido formulado pelo demandante.

A ausência de uma das condições da ação ou de algum dos pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo pode ser apreciada a qualquer tempo nos autos dos processos de execução ou de embargos de segunda fase.

Também por meio de tais embargos o executado pode exercer a tutela de seus direitos, com a inegável vantagem de suspender o processo de execução se o juiz verificar a presença dos pressupostos autorizadores da suspensão constantes do art. 739-A.

No processo executivo expropriativo, tem o executado uma segunda oportunidade para opor embargos, dentro de cinco (5) dias sucessivos à assinatura da carta de adjudicação, alienação ou arrematação. O prazo deve ser contado da expedição da respectiva carta, pois é com ela que o ato de adjudicação, alienação ou arrematação se aperfeiçoa. São embargos semelhantes àqueles de primeira fase (art. 738), sujeitos às mesmas condições, procedimento e recursos.

O efeito da oposição e recebimento dos embargos à arrematação pode ser a suspensão do processo executivo. Nessa fase, o recebimento dos embargos acarreta a suspensão da expedição ou entrega da carta de adjudicação, alienação ou arrematação se assim o juiz determinar.

Se os embargos puderem ser opostos antes mesmo do início da execução forçada e até o último momento que antecede o ato final de satisfação do exequente, sendo contínua e ininterrupta a possibilidade de sua utilização, tal como no direito italiano, então obviamente não haveria necessidade de a lei prever mais uma oportunidade para a oposição de embargos (como, aliás, não a prevê a lei processual italiana).

Sendo frustrada a praça ou o leilão, ou seja, não havendo arrematação ou adjudicação de quaisquer bens, não podem ser admitidos embargos à arrematação ou à adjudicação (nesse sentido, TRF, 6ª T., ag. reg. n. 58.220-SP, rel. Min. Américo Luiz, j. 27.3.1989, neg. prov. ao agravo, v.u., DJU 7.8.1989, p. 12.741, in Theotônio Negão, *Código de Processo Civil*, nota 1a ao art. 746, p. 790). Portanto, adjudicação, alienação ou arrematação constitui pressuposto específico de admissibilidade dos embargos de segunda fase.

Na ação de embargos de segunda fase, devem figurar no pólo passivo, em litisconsócio necessário, o exequente e o adquirente. Isso porque no processo que se formará com a propositura dos embargos serão também discutidos e decididos não somente os interesses do exequente, mas também aqueles do adquirente. Como a eficácia da sentença dos embargos à arrematação é prevalentemente desconstitutiva do ato de transferência patrimonial, a relação jurídica existente entre exequente, executado e adquirente é indivel, daí a presença do litisconsócio necessário. A não observância do litisconsócio passivo necessário acarreta a nulidade absoluta do processo de embargos de segunda fase

(nesse sentido, em relação aos embargos à arrematação, v. STJ, 2ª T., Resp n. 18.550-0 -SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 20.10.1993, deram provimento, v.u., in DJU 22.11.1993, p. 24.931; STJ, 4ª T., Resp n. 45.514-6-MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.4.1994, negaram provimento, v.u., in DJU 6.6.1994, p. 14.281, in Theotônio Negão, *Código de Processo Civil*, nota 1b ao art. 746, p. 790). Mesmo porque eventual sentença de procedência dos embargos à arrematação em que figuraram apenas embargado-executante e embargante-executado seria *inutiliter data*, ou seja, priva de qualquer utilidade prática em relação ao arrematante.

O preço vil também pode ser objeto de embargos à arrematação em que objetiva a nulidade do ato de transferência do bem.

A experiência jurisprudencial vem gradativamente entendendo que o preço vil é aquele inferior a sessenta por cento do valor fixado na avaliação (RSTJ 109/218). Esse percentual é também estabelecido pelo já revogado art. 37 do decreto-lei n. 960/1938 nas execuções fiscais. Entretanto, a questão deve ser analisada caso a caso. Por isso, podem haver casos em que o preço vil somente se caracteriza nos casos de alienação judicial por valor inferior a quarenta por cento do valor da avaliação. Em se tratando de bens de incapazes, haverá preço vil quando a transferência patrimonial se realiza por valor inferior a oitenta por cento (80%) mdo valor da avaliação (art. 701).

Mas a alegação de preço vil pode ser feita diretamente na execução ou reconhecida de ofício pelo julgador e não somente em sede de embargos à arrematação. A justificativa para essa possibilidade está na circunstância de que o rol dos incisos do art. 618 não está em *numerus clausus*. Por não ser um rol taxativo, outras situações provocam a nulidade da execução. Aliás, a nulidade vem também tratada no próprio art. 746 do Código de Processo Civil, que disciplina a possibilidade de sua arguição também em sede de embargos à arrematação. Assim, na expressão "nulidade da execução" está compreendida a hipótese de alegação de nulidade da arrematação por preço vil, seja em sede de embargos à arrematação, no próprio processo executivo ou ainda em ação autônoma visando à desconstituição do ato de transferência patrimonial.

O prazo para a oposição de embargos à arrematação (ou adjudicação) é de cinco dias, contados a partir da assinatura do respectivo auto. Com a assinatura, opera-se de pleno direito a adjudicação, alienação ou arrematação. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Os embargos à arrematação somente são cabíveis após efetivado o ato arrematatório, mediante assinatura do respectivo auto. A existência de pedido de renição, antes da assinatura do auto de arrematação, suspende o ato complexo desta e, assim, o prazo para opor embargos" (STJ, 3ª T., Resp n. 20.172-3-PR, rel. Min. Dias Trindade, j. 27.4.1992, não conheceram, v.u., in DJU, 27.4.1992, p. 7.397, in Theotônio Negão, *Código de Processo Civil*, nota 14a ao art. 746, p. 791). No entanto, o mesmo Superior Tribunal de Justiça entendeu que "o requerimento de renição pelo devedor, depois de efetivada a praça, não tem o condão de suspender o prazo para a oposição de embargos à arrematação" (STJ, 3ª T., Resp n. 11.420-DF, rel. Min. Dias Trindade, j. 24.9.1991, não conheceram, v.u., in DJU, 28.10.1991, p. 15.255, in Theotônio Negão, *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*, nota 14b ao art. 746, p. 791).

O ato de transferência patrimonial (praça ou leilão) não deve ser levado em consideração para o fim de contagem do prazo para a oposição de embargos à arrematação. Isso porque após a praça ou leilão podem ocorrer muitos incidentes: desde a simples demora na assinatura do respectivo laudo até a renição de bens. Tudo isso não deve influir no prazo para a oposição dos embargos de segunda fase.

Mas se o executado não foi regularmente intimado de tal ato, o prazo somente tem início do cumprimento do mandado de imissão na posse para bens móveis ou do mandado de busca-e-apreensão do bem móvel. Se o bem móvel já houver sido apreendido, a transferência patrimonial realiza-se pela tradição. Nesse caso, impõe-se a intimação do executado.

Os embargos de segunda fase, exatamente por serem uma ação que dá ensejo a um processo de confisco, terminam com uma sentença em que também deverão ser fixados honorários advocatícios. O valor dos honorários do advogado devem ser arbitrados em consonância com o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, entre dez a vinte por cento do valor da execução.

Com a oposição de embargos de segunda fase, o adquirente poderá desistir da aquisição ocorrida por meio de adjudicação, alienação ou arrematação. A desistência é ato unilateral, não podendo o exequente ou mesmo o juiz opor-se a ela. Como a simples oposição de embargos de segunda fase, ainda que não lhes seja atribuído efeito suspensivo, provoca inconvenientes ao adquirente, o legislador concedeu-lhe a possibilidade de desistir da aquisição.

Os embargos de segunda fase serão manifestamente protelatórios quando configurado o abuso de direito (CC, art. 187). O ato abusivo ocorre quando há a violação à finalidade ou ao espírito do direito, violação essa que pode ser aferida objetivamente, independentemente de dolo ou culpa ou mesmo da ocorrência concreta de dano. A decisão do julgador que os reconhece como manifestamente protelatórios deverá ser fundamentada, pois não basta que os embargos sejam protelatórios — o dispositivo legal é claro ao adjectivar os embargos como "manifestamente protelatórios". Nesse sentido, o julgador deve analisar os argumentos utilizados pelo executado-embargante e se são manifestamente infundados.

### 30. EMBARGOS NA EXECUÇÃO POR CARTA

A nova redação do art. 737 é bem mais clara que a anterior e confirma que a expressão "juízo requerido", ambígua e confusa, referia-se ao juízo deprecante. Os embargos à execução somente deverão tramitar perante o juízo deprecado quando versarem sobre incidentes específicos da penhora ou alienação dos bens nele localizados, isto é, no *forum rei sitae*. Em tais casos, o juízo competente é o da situação dos bens, pois tem melhores condições de instruir os embargos. Matérias sem nenhuma repercussão no mérito do processo de execução, relacionadas apenas com os vícios ou irregularidades de atos processuais praticados no juízo deprecado, deverão ser lá apreciadas. Tal entendimento é perfeitamente compatível com o art. 658 do Código de Processo Civil, que impõe regra de fixação dos atos executivos de penhora, avaliação e alienação dos bens no foro da situação da coisa.

Relativamente às demais matérias, como, por exemplo, aquelas referentes ao mérito do processo de execução (causas extintivas, modificativas e impeditivas do direito material pelo qual se executa), a competência será sempre do juízo deprecante. Nesses casos, o juízo competente para apreciação dessas matérias é necessariamente o juízo do processo de execução.

A orientação delineada chegou a ser convertida na Súmula n. 46 do Superior Tribunal de Justiça: "na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação". Essa Súmula seguiu, portanto, nos exatos termos, posicionamento já expressado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos na Súmula n. 32.

Nesse mesmo sentido, o art. 20, parágrafo único, da Lei n. 6.830 (Lei das Execuções Fiscais), de 22 de setembro de 1980, estabelece que "quando os embargos tiverem por objeto vícios ou irregularidades de atos do próprio juízo deprecado, caber-lhe-á unicamente o julgamento dessa matéria", ou seja, os embargos têm unicamente por objeto os atos praticados no juízo deprecado. Ademais, o art. 20, *caput*, da Lei das Execuções Fiscais, permite o oferecimento dos embargos no juízo deprecado ou no juízo deprecante a critério do embargante.

Os atos de penhora, avaliação e alienação judicial dos bens constritos pertencem à denominada *expropriatio liquidativa*, que representa o conjunto de medidas tendentes a produzir a quantia monetária a ser depois entregue ao exequente; já a *expropriatio satisfativa* consiste no ato final do processo de execução, representado pela entrega do produto da arrematação ao exequente. Ordinariamente, esse ato é realizado pelo juízo deprecante, mas pode ser feito pelo juízo que procedeu a alienação judicial.

No entanto, em qualquer dessas hipóteses, a sentença extinguindo o processo de execução deverá ser necessariamente proferida pelo juízo deprecante, pois ele é o juízo da execução. Eventuais vícios ou irregularidades dos atos processuais realizados após a penhora, relacionados com a avaliação e alienação dos bens, deverão ser alegados em sede de embargos de segunda fase (art. 746), a serem opostos no juízo deprecado na execução por carta.

Na sistemática anterior, existia a possibilidade de oferecimento de dois ou mais embargos. Se houvesse várias precatórias, com a finalidade de penhora de bens em mais de um foro, admitiam-se embargos em todas elas apenas para questionar a regularidade de atos que cada juízo tenha porventura cometido. Eventual necessidade de reforço de penhora em outro foro poderia vir a ensejar novos embargos com o intuito de discutir a validade dos atos lá praticados. Com a nova sistemática, a possibilidade de vários embargos à execução somente ocorre na execução por carta em relação aos embargos de segunda fase. Como os embargos de primeira fase devem ser opostos no prazo de quinze (15) dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citação, eventuais irregularidades na penhora e na avaliação poderão ser questionadas na própria execução por meio de simples petição. Na execução por carta, esse questionamento poderá ser feita nos próprios autos da carta precatória.

No caso de citação do executado por precatória, o termo *a quo* para a oposição de embargos se inicia da juntada aos autos da comunicação da citação do executado, reali-

zada no juízo deprecado, aos autos do processo de execução no juízo deprecante. Essa comunicação é feita pelo juízo deprecado ao juízo deprecante e podem ser utilizados meios eletrônicos. O § 2º do art. 738 é claro ao dizer que o prazo se inicia "a partir da juntada aos autos de tal comunicação". Por consequência, o executado prudente deve acompanhar o processo de execução a fim de verificar precisamente a data da juntada da comunicação aos autos no juízo deprecante.