

RAQUEL MACHADO CARLEIAL

**EXECUÇÃO INJUSTA
A RESPONSABILIDADE DO CREDOR
(CPC, ARTIGO 574)**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/ SÃO PAULO

2005

RAQUEL MACHADO CARLEIAL

**EXECUÇÃO INJUSTA
A RESPONSABILIDADE DO CREDOR
(CPC, ARTIGO 574)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Donaldo Armelin.

SÃO PAULO
2005

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

A Deus, princípio de tudo.

Aos meus pais, pelo exemplo e pela minha formação.

A Marcelo de Almeida Andrade, pelo amor e estímulo nos momentos em que o desânimo me acometia.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Donaldo Armelin – meu orientador -, mestre estimado e exemplo de jurista, a quem sou grata pelo aprendizado.

Aos amigos Ernesto Tzirulnik, Gustavo de Medeiros Melo e Rita Kelch, pela leitura paciente e críticas construtivas.

RESUMO

O título executivo dotado de liquidez, certeza e exigibilidade abre para o credor a via executiva. Como o título executivo não é capaz de atestar a existência do crédito, contemplou nosso ordenamento processual uma hipótese de responsabilidade do credor, que exsurge quando a obrigação em que se fundou o título for julgada inexistente (art. 574 do CPC). Em que pese o instituto estar presente em nosso sistema jurídico desde a entrada em vigor da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que introduziu o nosso atual Código de Processo Civil, é muito pouco estudado e sua aplicação prática tem sido exígua. Esta dissertação trata do assunto sistematicamente, iniciando pela revisão de alguns pressupostos teóricos necessários para a melhor compreensão do tema. Prossegue com uma abordagem da responsabilidade do credor no processo executivo, definindo a execução injusta (CPC, art. 574), apontando sua incidência no sistema, a natureza da responsabilidade, seu fundamento, o dano e sua extensão. Após uma breve incursão em institutos afins no direito estrangeiro, estuda os requisitos para atuação do art. 574 do CPC, a ação indenizatória e, por fim, a execução injusta frente às inúmeras reformas a serem impostas ao CPC. Verifica-se que o alcance da norma é amplo, abarcando todas as espécies de execução, e que a declaração de inexistência da obrigação não encontra seu campo restrito aos embargos do devedor, devendo ser a indenização a mais ampla possível.

ABSTRACT

The security of a "Title of Execution" ("*Título Executivo*") endowed with liquidity, certainty and liabilities enables the creditor to adopt the Execution Procedure ("*Processo de Execução*"). Inasmuch as such titles do not guarantee the actual existence of credit, Art. 574 of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) has made provisions for the hypothesis of creditor responsibility, which arises when the obligation on which the title was based is deemed nonexistent. There has been little study, dissemination, or application of this legal provision since it went into effect on Jan 11, 1973 through the promulgation of the CPC under Law #5869. This paper addresses the subject systematically, beginning with a review of theoretical assumptions that are necessary to better understand what is involved. It subsequently deals with creditor responsibility within the execution procedure, defines unjust execution (CPC, Art. 574), the nature of the civil responsibility, its relevant grounds, and the extent of damages that may ensue. After a brief exposition of related provisions in foreign law, an analysis is carried out in respect of: (i) the requirements for application of Art. 574; (ii) the action for damages; and (iii) unjust execution as opposed to several reforms to be imposed to the CPC. This paper demonstrates that the Art. 574 covers a broad range of cases, with application in all types of executions. The declaration of inexistence of an obligation is not restrictive to the debtor's motion to stay execution, and the relevant indemnity should be ample and allow awarded damages to the full extent of the law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	5
1 – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	5
1.2 – Ação executiva <i>lato sensu</i>	13
1.2.1 – Direito de defesa nas ações executivas <i>lato sensu</i>	16
1.3 – Cognição e execução forçada: o conflito executivo.	18
1.4 – O título executivo	24
1.4.1 – Natureza jurídica	29
1.4.2 – Requisitos do título executivo	36
1.4.2.1 – Certeza do título.....	37
1.4.2.2 – Liquidez do título	39
1.4.2.3 – Exigibilidade do título	40
1.4.3 – Espécies de títulos executivos.....	41
1.4.3.1 – Títulos executivos judiciais.....	43
1.4.3.2 – Títulos executivos extrajudiciais.....	50
1.5 – Execução provisória e definitiva.....	61
1.5.1 – Execução provisória.....	61
1.5.2 – Execução definitiva	70
1.6 – Espécies de execução quanto à natureza da prestação devida.....	71
1.6.1 – Execução por quantia certa	72
1.6.2 – Execução específica	74
1.6.2.1 – Execução para entrega de coisa.....	74
1.6.2.2 – Execução das obrigações de fazer e de não fazer	78
1.7 – Princípios que regem a execução.....	81

1.8 – A execução individual ou coletiva – singular ou universal	85
1.8.1 – Insolvência civil	85
1.8.2 – Falência.....	89
1.8.2.1 – A responsabilidade do credor requerente da falência.....	91
CAPÍTULO 2	95
2 – RESPONSABILIDADE DO CREDOR NO PROCESSO EXECUTIVO	95
2.1 – Considerações preliminares.....	95
2.2 – A execução injusta: art. 574 do CPC	101
2.3 – Execução injusta x execução ilegítima	103
CAPÍTULO 3	108
3 – INCIDÊNCIA DO ART. 574 DO CPC NO SISTEMA.....	108
3.1 – Campo de incidência.....	108
3.2 – Aplicação quanto aos títulos executivos	112
3.3 – Confronto com a norma do art. 940 do Código Civil	112
3.4 – Litigância de má-fé e a execução injusta	115
3.5 – A responsabilidade do art. 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em confronto com o art. 574 do CPC.....	118
3.6 – A responsabilidade do art. 18 da Lei n. 7.347/85 em confronto com o art. 574 do CPC.....	119
3.7 – O art. 574 do CPC frente ao microsistema dos juizados especiais e à execução fiscal.....	120
CAPÍTULO 4	122
4 – NATUREZA DA RESPONSABILIDADE	122
4.1 – Responsabilidade civil: noção.....	123
4.2 – Fundamento da responsabilidade.....	124
4.3 – A responsabilidade objetiva do credor	127

4.3.1 – O Dano e sua extensão	134
CAPÍTULO 5	143
5 – DIREITO ESTRANGEIRO	143
5.1 – Alemanha	143
5.2 – Portugal.....	145
5.3 – Itália.....	146
5.4 – França	151
CAPÍTULO 6	154
6 – REQUISITOS PARA ATUAÇÃO DO ART. 574 DO CPC	154
6.1 – “Declaração de inexistência da obrigação”	154
6.2 – Os embargos do devedor.....	159
6.3 – A exceção de pré-executividade	166
6.4 – A ação autônoma	169
6.5 – A ação rescisória.....	173
6.6 – Embargos de terceiro.....	175
6.7 – Revisão criminal.....	180
6.8 – Provimento de agravo	181
CAPÍTULO 7	183
7 – A AÇÃO INDENIZATÓRIA: PROCEDIMENTO	183
CAPÍTULO 8	192
8 – A EXECUÇÃO INJUSTA FRENTE ÀS INÚMERAS REFORMAS A SEREM IMPOSTAS AO CPC	192
CONCLUSÕES	195
BIBLIOGRAFIA	207

INTRODUÇÃO

O tema proposto para o presente trabalho, qual seja, a execução injusta, veio a lume por sugestão do doutor Donaldo Armelin, durante as aulas por ele ministradas nesta Universidade, nos Cursos de Pós-Graduação, versando sobre o tema “processo de execução e meios de defesa do executado”.

O processo de execução nem sempre recebeu dos processualistas pátrios a atenção dispensada ao festejado processo de conhecimento e, mais recentemente, às tutelas de urgência, sobretudo a interinal, sob a forma de antecipação dos efeitos da tutela (CPC, arts. 273 e 461).

Muitas são as críticas que se faz à efetividade do processo e à morosidade da justiça em nosso país, sendo certo que o processo de execução, nos moldes em que foi concebido pelo legislador de 1973, reclama alterações urgentes no sentido de combater a sua “crise”, já que seus atos coativos mostram-se, muitas vezes, incapazes de satisfazer a pretensão do credor de forma efetiva e rápida¹. Ademais, a crise da execução decorre também de mazelas do próprio processo de conhecimento como apontou CALMON DE PASSOS².

Soma-se a isso a ineficiência do aparato estatal face ao insuficiente número de juízes e servidores, e a falta de meios materiais indispensáveis à prestação jurisdicional o que compromete a atuação eficaz do Judiciário e, em

¹ Há em tramitação no Congresso Nacional os Projetos de Lei n. 3.253-B/2004 e 4.497/2004 que visam melhorar os procedimentos executivos, adequando-os à nossa realidade e às nossas necessidades, em um renovado e eficiente processo civil. O primeiro cuida do “cumprimento de sentença” e o segundo concerne à execução dos títulos extrajudiciais, com profundas alterações, notadamente quanto aos meios executórios.

conseqüência, a própria garantia constitucional de acesso ao Judiciário. Ademais, não dispõe o magistrado brasileiro de instrumentos processuais aptos a garantir o cumprimento imediato de suas decisões, impedindo a recalcitrância contumaz dos devedores, como ocorre nos sistemas de *common law* com o uso dos chamados *contempt of court*³.

Não se pode olvidar que para tornar efetiva a função jurisdicional de administração da justiça há de se assegurar ao órgão jurisdicional poder de forçar a observância de seu processo e a obediência e cumprimento de suas ordens, que lhe são inerentes, como adverte SIR JACOB⁴.

Sendo a tutela executiva de cunho satisfativo, a produzir conseqüências no mundo empírico, nela se evidenciam os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional.

No manuseio dos instrumentos processuais colocados à disposição das partes, impõe o ordenamento jurídico deveres a serem cumpridos visto que a relação processual deve pautar-se pela ética.

A par da responsabilidade que exsurge pela litigância de má-fé (CPC, arts. 16 a 18), não se pode negar que da atuação das partes no processo podem advir danos em razão do risco processual.

² *A crise do processo de execução, in* o Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima, p. 185-203.

³ Segundo Oswald, apontado por Marcelo Lima Guerra, “*contempt of court* pode ser definido como qualquer conduta que tenda a desrespeitar ou desprezar a autoridade do Judiciário e a aplicação do Direito, ou prejudicar as partes litigantes ou suas testemunhas durante o litígio” (*Execução indireta*, p.72). Conclui Lima Guerra que não está limitada à garantia da execução específica já

Dada a satisfatividade da tutela executiva, que culmina com a prática de ato de expropriação na execução por créditos, é ela, a tutela jurisdicional, mais apta a produzir efeitos danosos.

Como restará demonstrado ao longo do presente trabalho, o título executivo, fundamento da execução, não é capaz de garantir a existência do direito de crédito nele estampado desde que, ao órgão executivo, compete tão-somente a análise de sua regularidade formal. Sendo assim, no decurso do processo executivo, por meio de procedimentos de natureza cognitiva postos à disposição do devedor, pode restar demonstrada a inexistência, no todo ou em parte, da obrigação que deu lugar à execução, fazendo nascer para o credor a obrigação de ressarcir o devedor pelos danos que este sofreu, face à intromissão injusta em sua esfera jurídica patrimonial.

Estamos, assim, diante do que podemos intitular “execução injusta”, disciplinada no art. 574 do Código de Processo Civil.

Procuraremos abordar neste trabalho o âmbito de aplicação do instituto; os fatos geradores da referida norma jurídica; a natureza da responsabilidade e seu alcance e a forma de processamento da ação indenizatória, procurando cotejar com outros ordenamentos jurídicos positivos e com a escassa jurisprudência pátria.

que dele se valem os tribunais anglo-americanos para preservar sua autoridade e garantir a correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional.

⁴ Citado por Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 91.

Constatamos que o instituto em questão tem sido pouco estudado e, infelizmente, pouco utilizado pelos devedores que se vêem, algumas vezes, “vítimas” de um processo de execução fundado em título executivo que não espelha uma relação jurídica de direito obrigacional.

Por sua vez, os efeitos nefastos de um processo de execução na esfera jurídica patrimonial e nuclear do devedor, referente aos direitos da personalidade, são notórios, sobretudo diante da imediata restrição ao crédito, em razão da inserção de seu nome nos cadastros de devedores junto ao SERASA e SPC.

Por isso a importância do tema em questão, como meio jurídico apto, colocado à disposição do devedor pelo legislador, visando assegurar uma maior transparência na relação jurídica executiva, na medida em que impõe responsabilidade ao credor no manuseio da ação executiva.

CAPÍTULO 1

1 – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

O estudo do tema ora proposto pressupõe o conhecimento de determinadas categorias jurídicas relacionadas ao processo de execução, sede do objeto deste estudo.

1.1 – O PROCESSO EXECUTIVO

A tutela executiva visa à realização do direito no mundo empírico. Nela, o Poder Judiciário invade a esfera jurídica do devedor por meio de atos coativos, conferindo ao credor exatamente aquilo que deveria receber do devedor ou *“utilidade equivalente sob o aspecto jurídico”*⁵. Há, pois, *“realização prática de um direito já reconhecido pelo Judiciário ou pelo sistema jurídico”*⁶, buscando a satisfação do direito do credor, restabelecendo a ordem jurídica violada, alcançando, destarte, o escopo maior de pacificação social.

Ocorre uma transferência para a esfera jurídica patrimonial do credor do bem que nela deveria estar, mas se achava no patrimônio do devedor. *“Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (ex-sequor, ex-secutio)”*⁷.

Adverte DONALDO ARMELIN que a prestação de tutela jurisdicional executiva corre sempre o risco de se desenvolver no vácuo econômico porque sua eficácia

⁵ José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, v.1, p. 4.

⁶ Donaldo Armelin, “A tutela jurisdicional cautelar”, *Rev. Proc. Geral Est. São Paulo*, v. 23, p. 113.

⁷ Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, t. I, p. 135

depende não apenas do perfeito aparelhamento do judiciário ou da celeridade de sua prestação, como também da higidez econômica do patrimônio do devedor⁸.

O processo de execução, tal qual disciplinado no Código de Processo Civil pátrio, assenta-se sobretudo na execução por créditos, ao submeter o patrimônio do devedor à sanção executória, extraindo-se dele valores suficientes para a satisfação do direito de crédito do credor.

Vencido o processo de cognição, por meio do qual o credor obtém uma sentença de natureza condenatória ou face à obtenção de outro título judicial (CPC, art. 584), tratando-se de execução por título judicial, bem como munido o credor de um dos títulos extrajudiciais aos quais o legislador pátrio conferiu força executiva (CPC, art. 585), dispensando a prévia atividade cognitiva, abre-se para o credor a via executiva.

A ação executiva, situação jurídica própria não de qualquer credor, mas apenas daquele que é portador de um título executivo, veicula uma pretensão do credor contra o Estado que visa à atuação forçada do crédito. Adverte MAURO BOVE que entre o credor e o devedor há o crédito, mas se este não for espontaneamente realizado o credor não tem o direito de invadir a esfera patrimonial do devedor para satisfazer seu crédito. Tem somente o direito processual de exigir a intervenção da força do Estado, sendo certo que este não tem como garantir a atuação do crédito, pelo simples fato de não ser possível

⁸ "A tutela...", cit., p. 113

saber se o patrimônio do devedor tem capacidade tal de tornar possível a realização do crédito⁹.

Para BOVE, a execução forçada é a expressão de um poder estatal e a ação executiva é somente a pretensão ao exercício do poder agressivo do Estado. Por isso, em última análise, o conceito chave do fenômeno executivo é o poder de agressão do Estado, cuja máxima significa: *“tu Stato non puoi aggredire il patrimonio di un cittadino se non in base ad un titolo esecutivo”*¹⁰.

Conclui JOSÉ ALBERTO DOS REIS que a evolução jurídica fez deslocar da esfera jurídica do credor, já que vedada a autodefesa, para a esfera do Estado, por intermédio de seus órgãos executivos, o emprego da força como meio de atuação do direito. O direito à execução é, pois, o direito processual à ação executiva¹¹.

O título executivo seria o pressuposto legal da execução como aponta LIEBMAN¹².

DINAMARCO sustenta que o processo de execução visa preparar o ato material final satisfativo de direito, ao passo que o processo de conhecimento volta-se para a obtenção de um ato final de acerto (sentença). Adverte que o conceito de execução não se confunde com o de processo executivo, visto que

⁹ *L'esecuzione forzata ingiusta*, p. 9-11.

¹⁰ Mauro Bove, *L'esecuzione...*, cit., p. 48.

¹¹ *Processo de execução*, v. 1, p. 11.

¹² *Processo de execução*, n. 5, p. 8.

o juiz não realiza somente atos executivos no processo de execução, mas também atividade cognitiva¹³.

Com efeito, ainda que a defesa do devedor seja diferida para os embargos, reconhece-se que pode haver atividade cognitiva incidental ao processo de execução, pautada pela superficialidade, limitada à simples verificação dos pressupostos de admissibilidade da própria execução e até mesmo, para alguns doutrinadores, questões de direito material como o pagamento¹⁴.

Característica marcante do processo executivo é a natureza satisfativa da transferência do valor do patrimônio do devedor para o do credor. Este ato executivo, como observa OVÍDIO BAPTISTA¹⁵, difere-se do ato de cumprimento de medidas cautelares como o arresto e o seqüestro, pois nestes, em que pese o deslocamento físico do objeto, não há satisfatividade no ato jurisdicional nem transferência de valor de um patrimônio para o outro.

Com a execução civil realiza-se a regra sancionadora que decorre do inadimplemento do devedor, que deixa de cumprir a regra jurídica concreta estabelecida na sentença proferida em processo de conhecimento de natureza condenatória ou em algum título a que a lei atribuiu eficácia executiva¹⁶.

Ocorre que, em não cumprindo o devedor a obrigação assumida, em que pesem os atos essencialmente coativos do processo de execução, muitas vezes

¹³ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 114-5.

¹⁴ Cf. Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, v. 1, p. 167 e Alberto Caminã Moreira, *Defesa sem embargos do executado (exceção de pré-executividade)*, p. 159-167.

¹⁵ *Curso de processo civil*, v. 2, p. 25.

¹⁶ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 4-7

não logra o Estado desenvolver atividade substitutiva que produza para o credor exatamente o resultado prático devido. Assim, abre-se para o credor duas possibilidades: a reparação das perdas e danos, ou seja, substitui-se a obrigação originária por uma derivada equivalente economicamente; ou a execução na forma específica, em que o Estado exerce meios de coação pessoal ou patrimonial sobre o devedor (execução indireta) compelindo-o a satisfazer o direito do credor tal qual representado no título executivo¹⁷, tratando-se de obrigação “não pecuniária”, como adverte MARCELO LIMA GUERRA¹⁸.

LIEBMAN critica a posição de processualistas que vêem na execução indireta uma forma de execução. Assim, somente se poderia falar em execução forçada propriamente dita quando a satisfação do direito do credor fosse obtida por meio de atividade estatal coativa substitutiva da participação, ou colaboração do devedor¹⁹.

MARCELO LIMA GUERRA combate o entendimento de que a execução indireta não constitui modalidade da execução forçada, advertindo que a aplicação de medidas de coerção (multa diária, prisão, etc) tendentes a forçar o cumprimento da obrigação assumida pelo próprio devedor não se identifica com o cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor, que se verifica antes e fora do processo de execução. Prossegue afirmando que *“a aplicação de tais medidas coercitivas, por ocorrerem no processo de execução, pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, isto é, caracterizam-se como atos executivos em sentido lato. Sendo*

¹⁷ Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, v. 1, p. 163.

¹⁸ *“De fato, não há sentido algum em se estabelecer essa distinção quanto aos direitos relativos a obrigações de pagar quantia, pois esses só podem ser satisfeitos de uma forma, o pagamento” (Execução indireta, p.40).*

*elas, portanto, medidas jurisdicionais, que integram o processo de execução, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução (processual) forçada*²⁰.

Constitui pressuposto fático da execução o inadimplemento da obrigação pelo devedor²¹.

Tal posição é, contudo, combatida por DINAMARCO²² para quem o inadimplemento é elemento integrante da causa de pedir, sob pena de incongruência da petição inicial, e não condição da ação que integre o conceito de interesse de agir *in executivis*, tendo o Código de Processo Civil cometido uma impropriedade ao incluí-lo entre os “requisitos para realizar qualquer execução” (arts. 580 ss.).

Para JOSÉ MARIA TESHEINER, a alegação de inadimplemento sem dúvida integra a causa de pedir porquanto o credor tem o ônus de alegar que o devedor não pagou para pedir a execução, competindo ao devedor, por sua vez, o ônus de provar o adimplemento²³.

No mesmo sentido é o posicionamento de LEONARDO GRECO que, todavia, ressalva que a afirmação do inadimplemento da obrigação preenche a condição

¹⁹ Eis o que a doutrina chama execução direta em oposição à execução indireta.

²⁰ *Execução indireta*, p. 33.

²¹ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Processo...*, cit., n. 4, p. 6.

²² *Execução...*, cit., p. 414-5.

²³ “Execução civil...”, *RePro* 102:36.

da ação do interesse processual²⁴, com o que discorda JOSÉ MARIA TESHEINER por entender que se a alegação de pagamento é de mérito, não se pode considerar a alegação de inadimplemento como condição da ação²⁵.

ARAKEN DE ASSIS²⁶ é incisivo ao posicionar o inadimplemento no mérito da demanda por integrar o objeto litigioso.

Por fim, importante anotar que a festejada posição de igualdade e de equilíbrio entre as partes no processo cognitivo não se faz presente no processo de execução. O credor é portador de um título certo, líquido e exigível, o que o coloca em uma situação de supremacia face ao devedor. Neste sentido é a lição de LIEBMAN:

“(...) na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão; a outra, tendo conseguido o reconhecimento de seu direito, exige que se proceda de acordo com o que a sentença declarou e o condenado não o pode impedir e deve suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento desta atividade. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos)”²⁷.

Daí se falar em contraditório diferido na execução.

²⁴ O Processo de Execução, v. 1, p. 326.

²⁵ “Execução...”, cit., p. 36.

²⁶ Manual do processo de execução, n. 22, p. 190.

²⁷ Processo...cit., p. 44. No mesmo sentido é a lição de Salvatore Satta, que adverte: “Essendo il processo esecutivo un processo senza contraddittorio sorge la necessità di assicurare il controllo

Todavia, o direito processual moderno é informado por princípios constitucionais que servem como base fundamental e constituem verdadeiras garantias para os litigantes. Dentre estes princípios-garantia está “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º., inc. LV), que se aplica aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral.

Assim, a garantia em comento se aplica a todos os tipos de processos adotados em nosso ordenamento pátrio. NELSON NERY JUNIOR assevera que “o contraditório também se manifesta no processo de execução, embora de forma menos abrangente e incisiva do que nos processos de conhecimento e cautelar, pelas próprias peculiaridades do processo executivo”²⁸.

LA CHINA ensina que o contraditório em sua manifestação técnica apresenta dois aspectos essenciais: informação e reação. Enquanto a informação é sempre necessária, a reação é eventual, bastando que seja possível²⁹.

Em razão disso, garante-se às partes plena ciência dos atos praticados, bem como o direito de “reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”³⁰, como se vê na “exceção de pré-executividade”³¹ ou “objeção de pré-executividade”, incidente processual defensivo provocado pelo devedor no bojo do processo de execução, garantindo-se ao credor o direito de ser ouvido.

sul fondamento sostanziale dell'esecuzione, sia sulla legalità formale dell'azione e la regolarità degli atti esecutivi” (Diritto processuale civile, 2ª.ed, p. 381-2).

²⁸ Nelson Nery Jr, *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 138.

²⁹ Sergio La China, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, p. 394.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO conclui:

“Hoje, pode-se até considerar superada a questão fundamental da incidência in executivis da garantia do contraditório, mercê dos termos amplos da disposição contida no inc. LV do art. 5o. da Constituição Federal. O processo executivo inclui-se, como é óbvio, na categoria processo judicial que o texto constitucional enuncia sem qualquer ressalva ou restrição”³².

1.2 – AÇÃO EXECUTIVA LATO SENSU

A doutrina tradicional classifica as ações em ações de conhecimento, ação cautelar e ação de execução; as primeiras se subdividem em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Somente as ações condenatórias seriam aptas a incoar processo de execução *ex intervallo*, amparado em título executivo judicial, sem falar dos títulos executivos aos quais a lei processual pátria, por critérios de política legislativa, atribuiu eficácia executiva.

A doutrina reconhece que foi PONTES DE MIRANDA o primeiro doutrinador a empregar o termo ação executiva *lato sensu*, para referir-se às ações que, como a ação de despejo e possessória, têm eficácia executiva imediata, dispensando a propositura de outra ação.

³⁰ Nelson Nery Jr., *Princípios...*cit.d, p. 131-2.

³¹ Neste sentido é o posicionamento de Alberto Camiña Moreira (*Defesa...*, cit., p. 9-12).

³² *Execução civil*, p. 175.

Atualmente, grande é o número de doutrinadores que admitem a classificação quinária das ações de PONTES DE MIRANDA, sustentando a existência das ações executivas *lato sensu* e mandamentais.

A classificação quinária das ações leva em consideração sua eficácia preponderante, a qual lhe dá lugar numa das cinco classes (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), sendo certo que toda sentença de procedência vincula sempre todas as eficácias.

Assim, agrega-se à clássica classificação triconômica das ações de conhecimento, uma prestação de natureza mandamental e executiva *lato sensu*.

Diz-se que a ação é executiva *lato sensu*, sempre que se consegue a prestação, sem ser por sentença de mandamento ou de constituição. Sua eficácia executiva pode ser antecedente à sentença ou contemporânea ao ato sentencial, como ocorre na ação de despejo por inadimplemento.

Pode ser pessoal ou real. É pessoal quando a posição do demandado é a de quem sofre a execução, por sair de seu patrimônio o bem com que se satisfaz a prestação oriunda do título executivo extrajudicial ou judicial, como na ação de despejo por inadimplemento. Por outro lado, é real quando a posição do demandado é a de pessoa imediatamente interessada, passivamente, na execução: de algum modo a tem de tolerar, como nas ações possessórias.

Em ambas, há atuação dos meios sub-rogatórios emergentes da decisão no mesmo processo em que surgiram, não dando ensejo a uma execução *ex intervallo*. A relação jurídica processual é a mesma.

Nessa classe de ações, a sentença é apta a conduzir à efetiva satisfação do titular da posição jurídica de vantagem, pois seria um provimento jurisdicional portador de eficácia condenatória com uma força executiva a mais, como afirma LUCON³³.

As ações executivas *lato sensu* se diferenciariam das ações condenatórias, na medida em que nelas se aprecia e se decide sobre a relação jurídica entre o réu e os bens que serão objeto da atividade executória, rompendo a base de legitimidade, antes da sentença existente, entre o réu e o objeto material da demanda³⁴.

OVÍDIO BAPTISTA fala em ação fundada em pretensão real. As ações fundadas em pretensões reais – ações executivas – em oposição às ações pessoais fundadas no direito das obrigações, seriam, dessa forma, as ações por meio das quais se busca obter a coisa (*res*), e não o cumprimento de uma obrigação a que esteja sujeito o demandado.

Nos dizeres do mestre gaúcho:

“Quando nos referimos, então, a ações executivas lato sensu (ações reais) queremos figurar hipóteses de demandas que tenham em si mesmas, como virtualidades essenciais à sua res deducta, tanto elementos do “processo de conhecimento” quanto eficácia executiva com tal relevância que a atividade executória pertença à estrutura interna da própria demanda, vale dizer, a atividade executória não é diferida para outro processo, como ocorre nas “ações” denominadas condenatórias. Nas ações executivas lato sensu, o ato final executório

³³ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 161.

³⁴ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 197.

*continua a ser ato do processo, sem distender-se até transformar-se numa nova ação subsequente à sentença, como ocorre com as sentenças condenatórias em nossos sistemas*³⁵.

São exemplos de ações executivas no direito brasileiro: ação de reintegração de posse, ação reivindicatória, ação de nunciação de obra nova, ação de depósito, ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, ação de despejo, ação de petição de herança, ação de divisão, dentre outras.

Há de se ressaltar que com o Projeto de Lei n. 3.253-B/2004, em tramitação no Congresso Nacional, a ação executiva fundada em título judicial passa a ser ação executiva *lato sensu*, tornando despicienda a incoação de processo de execução dado que a relação jurídica processual será a mesma. Dessa forma, integram-se as atividades cognitivas e executivas, pondo-se fim à dualidade entre processo de conhecimento e processo de execução.

Tal fato já se verifica nos juizados especiais de causa de menor complexidade, em que somente existem sentenças executivas, dispensando-se execução *ex intervallo*, já que os atos executivos efetivar-se-ão no bojo da mesma relação jurídica processual.

1.2.1 – Direito de defesa nas ações executivas *lato sensu*

As ações executivas *lato sensu* apresentam um misto de atividade cognitiva e executiva. Inicia-se com uma fase em que prepondera atividade

35 Ovídio A. Baptista da Silva, *Ação de imissão de posse*, p. 71.

cognitiva, citando-se o demandado que poderá ofertar contestação ao pedido inicial, inclusive, culminando com um provimento jurisdicional em que se determina a expedição de mandado, encerrando atividade tipicamente executiva.

Após a fase de conhecimento segue-se, necessariamente, uma atividade de natureza material, satisfativa, que se desenvolve no mundo empírico, tendente ao cumprimento da decisão.

Doutrina³⁶ e jurisprudência majoritárias negam a via dos embargos de devedor ao vencido nas ações executivas *lato sensu*, por ter a sentença força executiva, executando-se por simples mandado nos próprios autos.

Dessa forma, toda a matéria de defesa, como a existência de benfeitorias indenizáveis e conseqüente direito de retenção, deveria ser argüida em contestação. De igual forma, segundo PONTES DE MIRANDA, a argüição de falta ou nulidade da citação inicial, pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, concordata judicial, transação e prescrição³⁷.

À luz do direito positivo vigente, não sendo possíveis os embargos, a sentença que venha a declarar inexistente a obrigação que deu origem ao título

³⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, t. VII, p. 337; Vicente Greco Filho, *Curso de processo civil*, v. 3, p. 225; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, p. 253; Ovídio A. Baptista da Silva, *Ação...*, cit., p. 70; Paulo Tadeu Haendchen, *Ação de reintegração e manutenção de posse*, p. 47

³⁷ *Tratado das ações*, t. VII, p. 337-338.

judicial, nos termos do art. 574 do CPC, deverá ser proferida em ação autônoma ou ação rescisória, como veremos³⁸.

1.3 – COGNIÇÃO E EXECUÇÃO FORÇADA: O CONFLITO EXECUTIVO.

Para ITALO ANDOLINA³⁹ a cognição, em se tratando de execução por título judicial, está intimamente relacionada com a execução forçada, sobretudo se considerarmos que a sentença de natureza condenatória constitui apenas um momento do *iter* da atuação da tutela jurisdicional.

Com efeito, a sentença condenatória não exaure a tutela jurisdicional dos direitos de crédito face a sua inaptidão para satisfazer a pretensão de direito material do credor, já que não se mostra suficiente para vencer a resistência do devedor. Ela limita-se a tornar certa a obrigação do credor, encerrando a fase cognitiva e dando ensejo à sucessiva fase processual da execução, na qual meios de coerção serão postos a serviço do credor pelo Estado, visando à realização do comando da sentença no mundo empírico.

Conclui ANDOLINA que a sentença condenatória apresenta um aspecto bifronte por guardar ao mesmo tempo o passado (torna certo o inadimplemento) e

³⁸ O Projeto de Lei 3.253-B/2004, ao disciplinar acerca do “cumprimento da sentença”, rezou que do auto de penhora e avaliação será intimado o executado, podendo oferecer impugnação, sem efeito suspensivo, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, versando matéria semelhante a do atual art. 741 do CPC.

³⁹ Italo Andolina, *‘Cognizione’ ed ‘esecuzione forzata’ nel sistema della tutela giurisdizionale*, p. 4.

o futuro (aponta os meios de se conseguir pela via forçada a realização do direito lesado)⁴⁰.

O processo civil desenvolve-se no tempo como todas as atividades humanas, iniciando-se com o ajuizamento da ação e encontrando seu término com o evento conclusivo da coisa julgada.

Analisando o problema da duração excessiva do processo na Itália, sob a ótica funcional e estrutural, VIGORITI alerta para a existência de causas externas, tais como o aumento da litigiosidade, a não autoridade do juiz-burocrata, e a crise da advocacia, apontando como solução a multiplicação de pessoal, implementação das estruturas e adaptação dos ritos, propondo desestímulos e sanções a cargo do sucumbente e melhoramento das normas processuais e substanciais. Por fim, traz à colação o relatório de HAZARD para quem o problema da demora é sobretudo um problema político e social, aderindo à idéia de que a demora dos processos é uma característica não eliminável da Justiça estatal⁴¹.

Não se pode olvidar que a garantia constitucional do devido processo legal com os meios de defesa a ele inerentes visa assegurar o “justo processo”, que

⁴⁰ Ibid., p. 9.

⁴¹ Vincenzo Vigoriti, “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, *Repro* 43:145-7. Vigoriti ainda afirma que “a excessiva duração do processo aparece como uma constante da experiência da Justiça moderna. Talvez porque falte uma vontade política de eliminar essa demora, ou talvez, ainda, porque o Estado, na verdade, não consegue fazê-lo: resta que excessiva duração não seja acidental e não se configure em desvio de modelos, mais ou menos míticos, de rápida solução das controvérsias, e que tenha precisamente uma função de limitar o acesso à justiça”. Por fim, alerta para que se repensem os próprios fundamentos do método de distribuição de Justiça.

para ser alcançado deve se desenvolver num prazo razoável⁴². É usual em nosso país o brocado de que “justiça tardia não é justiça”.

Enquanto o autor da demanda busca a satisfação de uma pretensão de direito material, modificando a realidade empírica, o réu, em face de quem a demanda é deduzida, postula a manutenção de seu *status quo*⁴³. Os interesses dos atores principais do processo são antagônicos, introduzindo no processo civil uma dimensão interna de conflito.

ANDOLINA toma como exemplo o credor que, face ao inadimplemento do devedor, propõe uma demanda judicial visando obter uma sentença condenatória. Enquanto a permanência do bem da vida na esfera jurídico-patrimonial do devedor é fonte de um dano relevante para o credor, para o devedor é condição indispensável para a realização de seu interesse, tanto que pretende sua manutenção. Assim, a marcha do processo aumenta o dano do autor e, ao contrário, aumenta as vantagens do devedor⁴⁴.

Diz-se dano marginal *stricto sensu* ou dano marginal de indução processual⁴⁵ o que decorre da simples mora do procedimento e não de fatores externos ao processo. A ele soma-se o dano experimentado pelo autor anterior ao ajuizamento da ação.

⁴² Luigi Paolo Comoglio, “Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica”, *RePro* 108:133-6.

⁴³ Italo Andolina, *Cognizione*..., cit., p. 15.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁵ Italo Andolina chama a atenção de que este dano é o responsável pela introdução no processo civil da dimensão interna de conflito (*Cognizione*..., cit., p. 20-21).

Discorrendo acerca da delimitação do espaço operativo do título executivo, ANDOLINA identifica diversos tipos de dano marginal de indução processual, como o dano que deriva do depauperamento do devedor e da correlativa erosão progressiva da garantia patrimonial, e o dano ocasionado pelo fenômeno inflacionário, no confronto dos quais o título executivo é obrigado a operar⁴⁶, dentre outros.

O dano marginal decorre, assim, da lentidão do processo e se caracteriza pelo fato de ser uma consequência direta e imediata da simples permanência do estado de insatisfação do direito durante o desenvolvimento do processo.

Compete ao Estado a busca de remédio eficaz para combater este mal gerado pelo sistema processual, garantindo, destarte, a efetividade da tutela jurisdicional.

ANDOLINA assevera que o único instrumento capaz de cessar a produção do dano marginal é atribuir prontamente ao autor o objeto litigioso, por meio do título executivo, não obstante a incerteza acerca da existência do seu direito⁴⁷.

Também para MARCELO LIMA GUERRA o título executivo é solução processual para o enfrentamento deste dano, sendo um *“genuíno ponto de interpenetração entre direito processual e material”*⁴⁸.

⁴⁶ Italo Andolina, *‘Cognizione’...*, cit., p. 17-19.

⁴⁷ Ibid., p. 21.

⁴⁸ *Execução indireta*, p. 19.

Para neutralizar o dano marginal, PROTO PISANI aponta a técnica da tutela sumária, dentre elas a tutela cautelar, quanto ao processo de conhecimento e, quanto ao processo de execução, o título executivo extrajudicial e algumas hipóteses de execução imediata. Esclarece que, ao contrário do processo de cognição plena, posto para garantir o contraditório do devedor, o processo de execução forçada visa a melhor ou mais célere execução do interesse do credor, advertindo que a disfunção da tutela executiva equivale à falência do direito e à renúncia explícita do Estado em fornecer ao credor a contrapartida ao veto da autotutela⁴⁹.

Daí a escolha dos legisladores pelas tutelas diferenciadas⁵⁰, que se refletiu no direito pátrio pela positivação da antecipação da tutela (CPC, arts. 273 e 461), e pela execução provisória, que antecipa a eficácia executiva.

Ocorre que tais institutos visam favorecer o pólo ativo da relação jurídica, privilegiando a celeridade da tutela executiva, em detrimento da estabilidade alcançada pela coisa julgada, criando para o réu o risco de uma execução forçada que pode vir a se revelar injustificada.

Dessa forma, a solução idônea para garantir a estabilidade se coloca, ao mesmo tempo, como a mais prejudicial à celeridade da tutela executiva e vice-

⁴⁹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 632-3.

⁵⁰ Donaldo Armelin explica a *mens legis* das tutelas diferenciadas: “A adoção dessas técnicas diferenciadas objetiva atender ao reclamo de uma efetiva prestação jurisdicional, considerando, de um lado, que, para alguns direitos torna-se conveniente sacrificar a certeza e a segurança resultantes de uma tutela lastreada em cognição plena e exauriente e, pois qualificada pela imutabilidade, às exigências de sua rápida e concreta satisfação. De outro lado, leva-se em conta a inexistência ou insubsistência manifesta, efetivas ou virtuais, da defesa do réu, inibindo o abuso do direito de defesa e eliminando, pelo menos em parte, o dano marginal decorrente da excessiva demora na prestação jurisdicional” (“Tutela jurisdicional diferenciada”, *RePro* 65:49-50).

versa. Sob o aspecto da estabilidade, a melhor solução é autorizar a execução somente quando fundada em provimento jurisdicional definitivo, acobertado pela coisa julgada, obtido após cognição plena e exauriente. Por outro lado, solução oposta, que consinta na execução fundada em base frágil, se de um lado responde de modo perfeitamente adequado à necessidade de celeridade, permanece, de outro, exposta ao risco da sucessiva reforma.

Conclui ANDOLINA que o ponto de imbricamento entre a cognição e a execução no processo civil é objeto de um conflito que se pode identificar como “conflito executivo endoprocessual” (em oposição ao “conflito executivo exoprocessual” referente aos títulos executivos extrajudiciais), evidenciando-se um jogo dialético entre a instância da estabilidade e a instância da celeridade⁵¹.

Enquanto de um lado há o interesse do autor de antecipar a execução forçada quanto ao evento conclusivo da coisa julgada, de outro lado há o interesse do réu na cognição plena e exauriente.

Convém ressaltar que a coisa julgada, em que pese garantir a estabilidade da execução, pode ser modificada por meio de uma ação rescisória, o que demonstra que toda execução conserva uma margem de provisoriedade.

⁵¹ ‘Cognizione’..., cit., p. 23-24.

1.4 – O TÍTULO EXECUTIVO

O processo de execução se funda sobre o título executivo judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583⁵²), do qual se irradiam todas as conseqüências jurídicas. O título executivo constitui, assim, um requisito necessário para a realização de toda e qualquer execução, à luz do princípio *nulla executio sine titulo* (CPC, art. 618, I) e deve existir no momento da propositura da ação.

É a lei quem atribui a alguns atos a eficácia de título executivo e estabelece a forma de tutela executiva que cada título está apto a promover.

Noticia MAURO BOVE que historicamente o título executivo surgiu da busca de um ponto de equilíbrio entre a exigência de certeza e a exigência de celeridade, na medida em que o título executivo foi o instrumento que possibilitou a passagem para um sistema que contemplasse a possibilidade de proceder à execução forçada sem incidentes (“*appesantimenti*”) cognitivos, mas também sem renunciar ao presumido crédito insatisfeito. No entanto, em que pese a origem histórica, não se pode ainda hoje ver o título executivo como fonte de suficiente certeza do crédito⁵³, a despeito de ser o único elemento do suporte fático da ação executiva já que o crédito não o integra.

O título executivo insere-se, para a maioria da doutrina⁵⁴, na categoria das condições da ação, mais precisamente no interesse processual (ou interesse de

⁵² Art. 583. Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial. Referido artigo será revogado, caso seja convertido em lei o PL 4.497/2004, porque a autonomia do processo de execução será mantida tão somente em relação aos títulos executivos extrajudiciais.

⁵³ *L'esecuzione forzata ingiusta*, p. 30.

⁵⁴ Cf. Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 418-21, Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 23 e 51; José Maria Tesheiner, “Execução civil...”, *RePro* 102:40.

agir), na modalidade adequação do processo executivo e do provimento que ali tem lugar, conduzindo sua falta à uma situação de carência de ação e não de nulidade como adverte DINAMARCO⁵⁵.

O festejado processualista defende a aplicação da categoria das condições da ação ao processo executivo, advertindo que *“ou se aceita a aplicação dos conceitos e estruturas do direito processual aos fenômenos executivos, ou se renuncia a uma teoria geral do direito processual civil, sendo então necessário edificar uma nova estrutura sob pena de continuar no atávico trato empírico da execução forçada”*⁵⁶.

Todavia, ARAKEN DE ASSIS não admite a categoria das condições da ação, que intitula de tirânica⁵⁷, quanto à ação executiva. É incisivo ao afirmar que *“sejam quais forem as ‘condições’ artificiosas impostas à ação executória, o acesso à tutela jurisdicional pelo cidadão ignora limites e rejeita restrições apriorísticas”*⁵⁸, sendo a ação executória abstrata e incondicionada, não encontrando limites já que se considera proposta tanto que despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída (CPC, art. 263).

Assim, para o mestre gaúcho, a ausência de título executivo, a inadequação do documento apresentado à luz do arts. 584 e 585 ou a descaracterização do inadimplemento, que para a doutrina majoritária retratariam hipóteses de “carência”, geram tão-somente a possibilidade de emenda da inicial

⁵⁵ *“Inadequadamente, fala o Código em nulidade da execução nos casos em que lhe faltar título executivo (art. 618, inc. I). Confunde carência de ação com nulidade” (Execução..., cit. p. 422).*

⁵⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 381, nota 75.

⁵⁷ *Manual do processo de execução*, p. 105.

(art. 616) ou de seu indeferimento com a conseqüente extinção do processo mediante sentença (art. 795), caso o vício se mostre insanável ou quede-se inerte o credor nas corrigendas.

JOSÉ MARIA TESHEINER, após criticar ARAKEN DE ASSIS, conclui que a apresentação do documento a que a lei atribui força executiva não constitui nem pressuposto processual nem integra o mérito, mas sim, a condição da ação. “O que integra a causa de pedir, constituindo, pois, questão de mérito, é a alegação do autor de que é titular de crédito a que a lei atribui força executiva”⁵⁹, conclui o autor.

Atual ainda se mostra o princípio “*nulla executio sine titulo*”, o qual apresenta uma justificação política, no sentido de proteger a esfera jurídica do indivíduo de uma sanção executiva, senão quando da existência de título executivo. Para DINAMARCO⁶⁰, não se admite qualquer execução que não fundada em título executivo, o qual dá a medida da execução.

MAURO BOVE é incisivo ao afirmar que ainda hoje é válido o citado princípio que significa que não pode haver uma agressão executiva, ou seja, um processo executivo, sem que haja título. Adverte: “(...) *ma non che non vi possa essere azione esecutiva senza titolo. Quello che conta è che l'esecutado subisca l'intromissione nel suo patrimonio solo in virtù e nella misura del titolo*”⁶¹.

⁵⁸ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 106.

⁵⁹ “Execução...”, cit., p. 40

⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 458.

⁶¹ Mauro Bove, *L'esecuzione...*, cit., p. 49.

Todavia, a busca incessante pela festejada efetividade do processo, que trouxe à baila as ditas tutelas diferenciadas, impõe a necessidade de redimensionar este princípio. Como ponderou LUCON:

“Título deve designar todo o ato jurídico adequado para determinar a realização de direitos, seja mediante a execução por quantia certa, de entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou não fazer. A presença de título é indispensável para a efetivação de uma situação substancial a favor do titular de uma posição jurídica de vantagem”⁶².

Em razão dessas novas exigências da tutela jurisdicional, com a adoção de técnicas de sumarização, MARINONI defende que o princípio da *“nulla executio sine titulo”* foi transformado em mito, não podendo a coisa julgada material ou a certeza jurídica continuar a constituir o pressuposto para a instauração da execução. Conclui dizendo:

“Não há qualquer razão digna de consideração, que impeça que um provimento sumário constitua título executivo. Abrir a via executiva a um direito não é uma consequência da sua existência, mas uma simples opção pela sua realização prática. Assim, é certo, a tutela jurisdicional passa a ser muito mais execução do que declaração e coisa julgada material”⁶³.

Neste contexto, insere-se o título provisório como a decisão que antecipa a tutela no bojo do processo de conhecimento, o qual autoriza a realização de atos executivos em sentido amplo, em que pese não ser dotado de certeza quanto à

⁶² Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 228.

⁶³ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 24-5.

existência do crédito⁶⁴, que depende de confirmação por sentença de procedência proferida após cognição exauriente.

OVÍDIO BAPTISTA, lembrando que a prestação principal do Juiz pode satisfazer-se em vários momentos, fala em “*sentenças liminares*”, como técnicas de sumarização da demanda, com inversão de fases procedimentais e produzidas sob um juízo de verossimilhança. A sentença liminar é definitiva, como ato que se “*pronuncia*” sobre o Direito, regulando provisoriamente o *meritum causae*, na medida em que antecipa determinados efeitos da sentença final de mérito, e, ao mesmo tempo, é uma decisão liminar⁶⁵.

Por fim, GIOVANNI VERDE adverte quanto à dificuldade de se aceitar que se possa obter via atuação de um provimento provisório mais do que se possa obter em sede de execução forçada. Conclui:

*“Anche questo tentativo de riforma, mirando a rendere il giudice della cognizione responsabile dell’attuazione dei suoi provvedimenti conferma che il principio nulla executio sine titulo, che può conservare il suo valore quando si tratta di porre rimedio a violazioni del diritto i cui effetti siano tutti predeterminati si presenta nelle altre ipotesi ora esaminate più che inattuale, come un preconetto che, addirittura, è di ostacolo all’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti”*⁶⁶.

⁶⁴ Lucon lembra, ainda, a execução fundada em título provisório, esclarecendo que nos títulos provisórios estão presentes ‘condições negativas’ ao atributo certeza jurídica e inerentes à relação jurídica controvertida, as quais não tem a possibilidade de evitar a execução e que se efetivar-se-ão somente no caso de modificação do ato jurisdicional que autoriza a consecução de uma tutela (*Eficácia...*, cit., p. 229).

⁶⁵ “Decisões interlocutórias e sentenças liminares”, *Ajuris* 51:142-9.

⁶⁶ “Attualità del principio ‘*nulla executio sine titulo*’”, *Rev. dir. proc. civ.*, v. LIV, p. 987-8.

1.4.1 – Natureza jurídica

O título executivo, enquanto expressão de um crédito a que a lei atribui força executiva, constitui requisito necessário para a realização de qualquer execução. Diverge a doutrina quanto à natureza do título executivo, destacando-se a teoria documental, a teoria do ato e a teoria eclética.

CARNELUTTI e LIEBMAN travaram conhecida polêmica acerca deste tema.

Para CARNELUTTI, o título seria a prova legal do crédito que se pretende executar, ou seja, do direito material do exeqüente, destacando sua função probatória. Desde que apresentado um título executivo pelo exeqüente, o órgão executivo não pode pôr em dúvida a existência do crédito, o que compromete a autonomia do direito de ação.

LIEBMAN, por sua vez, dando maior relevo ao ato ou negócio jurídico a que a lei confere eficácia executiva, conceitua título executivo como a *“fonte imediata, direta e autônoma da regra sancionadora e dos efeitos jurídicos dela decorrentes”*⁶⁷. O título teria, assim, uma eficácia constitutiva, fazendo nascer a ação executiva. Por isso o título não seria prova do crédito, porque desta prova não haveria necessidade, dado que o crédito é o motivo indireto e remoto da execução, sendo o título seu fundamento direto, sua base imediata.

Todavia, não se pode olvidar que sua teoria, ao expor que o título é um ato “portador de sanção”, na medida em que exprime a vontade sancionadora do Estado, em que pese se aplicar aos títulos executivos judiciais, fracassa quanto

aos títulos executivos extrajudiciais⁶⁸, uma vez que não se pode reconhecer às partes o poder de determinar a possibilidade da execução forçada, poder este privativo do Estado⁶⁹.

É de rigor a existência de um ato jurídico, quer do juiz, quer negocial entre as partes. Todavia, como adverte SHIMURA, sem documento que certifique o ato, “o ato existe, mas ainda não se pode cogitar de título executivo”⁷⁰. O documento é, pois, essencial para a constituição do título executivo.

Não há que se confundir prova e forma, como salienta DINAMARCO. Há atos jurídicos a que a lei exige a forma escrita, como o negócio jurídico da compra e venda, sendo da própria essência do ato. A eficácia, assim, origina-se do próprio ato e não do documento em que o ato se consubstancia⁷¹.

Sendo o credor portador de um título a que a lei processual civil atribuiu eficácia executiva, mediante critérios de política legislativa, surge para o credor pretensão à ação executiva.

Assim, para que a ação seja intentada é condição suficiente a exibição de um título que reúna as condições legais para ter força executiva, não cabendo ao

⁶⁷ Enrico Tullio Liebman, *Processo...*, cit., p. 22.

⁶⁸ Cf. Ovídio Baptista da Silva apontando crítica formulada por Carnelutti, *Curso...*, cit., v. 2, p. 40-1; Araken de Assis, *Manual...*, cit. p. 144; Sérgio Shimura é incisivo ao afirmar que a “teoria do ato é mais adequada ao título executivo judicial (sentença), sendo incompatível com título executivo extrajudicial” (*Título...*, cit., p. 103). Também Teori Albino Zavascki é incisivo: “Liebman, ao considerar o título como o ato pelo qual foi constituída a vontade sancionatória do Estado, não dá resposta adequada à executividade dos títulos extrajudiciais, os quais, criados que são sem a participação estatal, certamente não têm aptidão para fazer nascer a referida ‘vontade sancionatória’” (*Título executivo e liquidação*, p. 56).

⁶⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 476.

⁷⁰ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 105.

⁷¹ *Execução...*, cit., p. 473-4.

órgão executivo verificar *prima facie* a existência do crédito⁷². Isto porque a ação executiva é autônoma na medida em que se desprende do crédito, direito substancial. Neste ponto, falha a teoria carneluttiana para a qual o órgão executivo não poderia pôr em dúvida a existência do crédito face a sua força de prova legal, que é regulada por normas imperativas.

Esta independência entre a ação executiva e a relação jurídica substancial não é absoluta, como adverte JOSÉ ALBERTO DOS REIS, já que a ação executiva existe para assegurar a realização coativa do direito do credor que se supõe exista em razão do título, mas que pode se mostrar inexistente. Dessa forma, a ação executiva está em correspondência com uma certa relação jurídica substancial, quer pela causa que a faz nascer, quer pelo fim a que tende, sendo certo que a relação jurídica substancial exerce influência decisiva sobre a vida da relação executiva.

Ainda, segundo o jurista português, a lei opera aqui de modo semelhante àquele por que procede no domínio dos negócios jurídicos abstratos (títulos de crédito), pois, assim como nestes, o título adquire eficácia autônoma e independente da relação jurídica que lhe deu origem, abstraindo a lei da causa de formação do título, para ver neste a expressão e incorporação do próprio crédito. Também no campo das execuções, a lei isola a sanção expressa no título executivo da causa que o determinou⁷³.

⁷² Neste sentido é o magistério de José Alberto dos Reis: “O órgão da execução não cuida de saber se o exequente tem ou não o direito de crédito; só quer saber se possui ou não um título executivo”. Mais adiante completa: “nem tem liberdade de avaliação dos factos, nem tem o poder de apreciação e aplicação do direito” (*Processo de execução*, v. 1, p. 106-7)

⁷³ José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, v. 1, p. 100-1.

Todavia, por meio dos embargos do devedor versando matéria de mérito ou da ação declaratória, o direito substancial que ficou imerso face ao fenômeno da abstração vence naturalmente o título executivo porque a abstração cessa, uma vez que a causa é posta novamente em discussão. Assim, apurada a inexistência do direito, os efeitos que emergiram da execução têm de desaparecer⁷⁴.

Somente assim poder-se-ia justificar a existência da execução injusta, na qual a ação executiva foi intentada pelo credor mediante a apresentação de um título que preenchia os requisitos legais, fazendo presumir a existência do direito substancial do seu portador que, contudo, não existia.

OVÍDIO BAPTISTA, invocando LIEBMAN, defende que a autonomia do título não é absoluta visto que a lei, por meio dos embargos, permite a destruição do título executivo quando o direito de crédito não exista, o que acaba condicionando o ato final executivo à existência efetiva do direito e confirma o entendimento de que “o título executivo permite apenas que o credor *inicie e desenvolva* a atividade executória (que é a ‘ação’ processual executiva), mas não possa atingir o *resultado executivo*, se o executado lograr demonstrar, nos embargos, a inexistência do crédito, configurado no título”⁷⁵.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS, com a habitual acuidade, anotou que “*desde que, mercê do título, a ação executiva é autônoma e independente do direito de crédito, compreende-se perfeitamente a possibilidade lógica e jurídica de se mover execução em casos em que o direito de crédito ou nunca existiu ou já não*

⁷⁴ Ibid., p. 111.

⁷⁵ Curso.....,cit., v. 2, p. 33.

existe⁷⁶, possibilidade esta que não teria explicação satisfatória na doutrina de CARNELUTTI.

PUGLIATTI reconhece no título o fundamento da execução por ser o elemento necessário e suficiente para que nasça e se desenvolva até o fim a execução. Adverte, todavia, que não pode ser eficaz ao ponto de produzir no credor as condições para o gozo legítimo e definitivo da mesma execução⁷⁷.

MAURO BOVE também critica o posicionamento doutrinário que reputa o título executivo como a garantia “suficiente” da existência do crédito, apresentando-se como uma prova ou um acerto da existência do crédito⁷⁸. Tal doutrina, que teve em CARNELUTTI seu primeiro sustentador, considera explicitamente que o verdadeiro pressuposto da execução forçada seja o crédito.

Ensina o mestre italiano que:

“(...) il processo esecutivo, per esigenze de celerità, non si preoccupa de accertare l’esistenza del credito, ma si accontenta de quella ‘certezza’ che può fornire il titolo esecutivo; quindi il titolo esecutivo è ciò che consente l’astrazione del processo esecutivo, nell’ambito del quale non si può rimettere in discussione il suo fondamento di merito: a tal fine è

⁷⁶ *Processo de execução*, v. 1, p. 100.

⁷⁷ Salvatore Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 137.

⁷⁸ Mauro Bove também anota que Allorio em sua obra “Esecuzione forzata in genere”, defende que o título executivo seja um documento, mas ao mesmo tempo rejeita a idéia de que ele seja a prova do crédito. Reporta-se às suas palavras: “(...) il titolo esecutivo, o meglio il suo possesso, è non tanto prova, quanto fatto costitutivo dell’azione esecutiva: così come l’esibizione del titolo è esercizio di tale azione. Il titolo esecutivo esibito prova, dunque...se stesso; o meglio, prova il possesso d’esso titolo da parte di chi l’esibisce, e quindi un elemento della fattispecie dell’azione esecutiva”. Conclui que, em última análise, segundo Allorio, o título executivo é certamente um documento, mas “non bisogna intendere documento come prova, ma documento come cosa” (*L’esecuzione forzata ingiusta*, p. 27, nota 38).

*necessario uscire dal processo esecutivo e spostarsi su un piano cognitivo*⁷⁹.

MAURO BOVE alerta, ainda, que a função essencial do título executivo não é justificar a atuação do crédito, mas sim justificar a agressão executiva do Estado, que, por sua vez, deve determinar com suficiente precisão o limite do poder executivo, impedindo que o órgão executivo tenha espaço para arbítrio. Em outras palavras, o título executivo impõe ao órgão executivo desenvolver um programa de agressão com limites suficientemente precisos, dando ensejo a uma atividade que não é influenciada pela existência do crédito, nem como pressuposto nem como seu escopo⁸⁰.

Não se nega, assim, o fato de que o título executivo seja também o suporte fático (*fattispecie*) constitutivo da ação executiva, apenas se sustenta que esta não seja sua função essencial, deslocando-se, assim, o centro do fenômeno executivo da ação executiva para o poder executivo.

ANDOLINA, para quem o título legitima o exercício da ação executiva, é incisivo ao afirmar que não se duvida da natureza documental do título executivo, cabendo perquirir se se trata somente de um documento e se a eficácia própria do título se relaciona ao ato, ao documento, ou ao mesmo tempo a um e a outro⁸¹.

Adepto da teoria eclética, discorrendo acerca do papel em concreto que o título executivo-documento desenvolve na execução forçada, ensina que o título executivo é um documento no exato sentido que ele consiste em uma

⁷⁹ Mauro Bove, *L'esecuzione....*, cit., p. 27.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 32.

representação documental de um direito subjetivo que se pretende realizar na forma executiva. Com esta representação se estabelece o parâmetro pelo qual se compara o conteúdo e a posição processual do credor e do poder jurisdicional do órgão de execução: *“né il creditore può chiedere né l'organo dell'esecuzione può dare più de quel che è indicato nel titolo esecutivo”*⁸².

Conclui que o título executivo-documento importa para a execução naquilo que é e não quanto ao que representa. É um fragmento do processo executivo, o suporte fático.

Posição um pouco diversa da de CARNELUTTI é a de FURNO, que constrói de forma diversa a função técnica do título executivo. Para ele o título é um instrumento-ato que dá certeza à existência do crédito, mas insere tal instrumento não no suporte fático constitutivo da ação executiva, mas sim no âmbito dos pressupostos do processo executivo⁸³.

LEONARDO GRECO, por sua vez, conclui ser circunstancial a identificação do título com um documento, mas não da própria natureza, ressaltando que a essência do título é a de uma prova revestida de todos os requisitos substanciais e formais expressamente estabelecidos em lei⁸⁴.

Com acerto, SÉRGIO SHIMURA, em detida obra sobre o tema, leciona que nada impede sejam conciliadas as correntes de LIEBMAN e CARNELUTTI. Dessa forma, o título que se reclama como pressuposto da execução forçada seria tanto *título-documento* quanto *título-direito*, considerando-se os requisitos formais e

⁸¹ Italo Andolina, *'Cognizione'...*, cit., p. 58.

⁸² Ibid., mesma página.

⁸³ Citado por Mauro Bove, *L'Esecuzione....*, cit., p. 28.

substanciais. Esclarece: “o título há de satisfazer a uma certa forma e ter um certo conteúdo. Não é só prova, nem documento, mas sim um *fato complexo*”⁸⁵.

Posição inovadora é a de TEORI ZAVASCKI, ao sustentar que o título não constitui simples ato ou documento, mas sim, sob o aspecto substancial, uma norma jurídica individualizada, que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva, e, sob o aspecto formal, o conjunto de documentos que a representam⁸⁶.

Por fim, temos de ter em mente que a noção de título-documento decorre de uma opção legislativa. Por isso nada impede que a lei atribua força executiva a um crédito não comprovado documentalmente, como os títulos escriturais e títulos eletrônicos.

1.4.2 – Requisitos do título executivo

Para que a execução seja válida faz-se mister que o título executivo reúna todos os seus atributos: certeza, liquidez e exigibilidade (CPC, art. 586).

Tais atributos são do título e não do direito que nele se pressupõe existente. Neste sentido é o posicionamento de SÉRGIO SHIMURA:

“Deveras, não é o direito – como previsto, por exemplo, para a ação de mandado de segurança – que deve ser líquido, certo e exigível, mas sim

⁸⁴ *O processo de execução*, v. 2, p. 120.

⁸⁵ *Título executivo*, p. 389.

⁸⁶ *Título...*, cit., p. 55.

*o título, cuja função é documentar um direito. Sobremais, mesmo que não haja direito, só com o título já é cabível o processo executivo*⁸⁷.

Somente assim, poder-se-ia explicar a existência da execução injusta. Ademais, o direito de crédito, exteriorizado em um título de crédito como o cheque, pode ser cobrado mediante ação de cobrança ou mesmo ação monitória, uma vez cessada sua eficácia executiva, sem que haja o perecimento do direito subjetivo substancial do credor.

DINAMARCO⁸⁸, LEONARDO GRECO⁸⁹, ALBERTO CAMIÑA⁹⁰ E MARCELO GUERRA⁹¹, por sua vez, sustentam que os mencionados atributos referem-se ao conteúdo do título, ou seja, ao direito subjetivo material atestado, e não ao título em seu sentido formal.

Sendo atributos do título executivo, equivocou-se o legislador pátrio ao estipular que, ausente um daqueles requisitos, a execução é nula (CPC, 618, I). Com efeito, ausente a certeza, liquidez ou exigibilidade o título é incompleto.

1.4.2.1 – Certeza do título

Relaciona-se à presunção de existência do crédito contemplado no título no momento de sua formação, porquanto a existência do crédito no momento da

⁸⁷ *Título...*, cit., p. 136.

⁸⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 487.

⁸⁹ *O processo de execução*, v. 2, p. 122.

⁹⁰ Alberto Camiña Moreira, *Defesa sem embargos do executado*, p. 146

⁹¹ *Execução forçada*, p. 166.

execução nunca se revela absoluta, como adverte ARAKEN DE ASSIS⁹², porquanto passível de oposição vitoriosa.

Para SÉRGIO SHIMURA, “*trata-se de mero ‘juízo de eficácia processual’. A certeza da obrigação, enquanto inerente ao título, retrata apenas a consideração legal de um ‘elevado grau de probabilidade da existência do crédito ou da obrigação’. Se existe ou não, mostra-lo-á o curso do processo*”⁹³.

TEORI ZAVASCKI ensina que a certeza não é sinônimo de incontestabilidade e o título atenderá ao requisito da certeza quando for apto, por si mesmo, a representar, documentalmente, uma norma jurídica individualizada, que permita ao juiz, ao receber a inicial, conhecer quem deve, o que deve e quando deve cumprir a obrigação⁹⁴.

A cognição do juiz acerca da certeza do título limita-se a perquirir se existe um título executivo que preencha os requisitos legais, não descendo à substância do ato. Por exemplo, o juiz verificará se o instrumento do negócio jurídico foi assinado pelo devedor e por duas testemunhas (CPC, art. 585, II); se a duplicata não aceita está acompanhada do instrumento de protesto e comprovante de entrega da mercadoria, e se o sacado não recusou, de forma fundamentada, o aceite no prazo (art. 15, II, a, b e c, da Lei n. 5.474/68); se a letra de câmbio protestada possui aceite, dentre outras.

⁹² *Manual...*, cit., p. 150.

⁹³ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 137

⁹⁴ *Título...*, cit., p. 144-145.

Por fim, o título inculca a individualidade da obrigação e de seu objeto, ou seja, traz os limites objetivos e subjetivos do direito, conquanto nada diga quanto à sua existência em realidade⁹⁵.

1.4.2.2 – *Liquidez do título*

O atributo da liquidez refere-se tão-somente aos direitos e obrigações que tenham por objeto coisas fungíveis e é a valoração em dinheiro do título.

Nas execuções para cobrança de crédito, faz-se mister que o título contenha os elementos necessários para que se possa determinar, por simples cálculo aritmético (CPC, art. 604), o *quantum debeatur*, sem necessidade de investigações de fato *aliunde*. Já nas obrigações para entrega de coisa torna-se imprescindível a identificação do objeto pelo gênero e quantidade (CPC, art. 629).

Assim, a dívida será reputada líquida quando a importância se achar determinada em todos os seus elementos de quantidade (dinheiro) e qualidade (coisas diversas de dinheiro), natureza e espécie (prestação de fato)⁹⁶.

O atributo da certeza deve, pois, preexistir à liquidez, uma vez que, por primeiro, temos de nos certificar da existência da dívida para depois individualizar sua importância numérica.

Quanto aos títulos extrajudiciais, inexistem em relação a eles qualquer meio judicial de liquidação⁹⁷, como ocorre com os títulos judiciais, motivo pelo qual

⁹⁵ Antônio César Peluso, “Condomínio e execução”, *RePro* 11:82.

⁹⁶ Cf. Sérgio Shimura valendo-se da lição de Willard de Castro Villar, *Título...*, cit., p. 138-9.

devem necessariamente se referir à importância líquida, sob pena de não obterem eficácia executiva.

Por fim, cumpre anotar que, ainda que ausente o cômputo dos juros ou correção monetária ou conversão a fazer, o título não perde sua liquidez, já que a quantia é determinável, podendo se chegar ao valor correspondente mediante simples cálculo aritmético.

1.4.2.3 – Exigibilidade do título

Diversamente da certeza e liquidez que constituem elementos intrínsecos do título executivo, a exigibilidade se relaciona à necessidade concreta da jurisdição, sendo estranha, pois, ao conceito e configuração do título executivo⁹⁸.

Nascerá para o credor o direito à tutela jurisdicional (ação) somente quando a dívida se tornar exigível, quer seja postulada por meio do processo de execução, quer por meio do processo de conhecimento (ação de cobrança), quando não for portador de um título ao qual a lei atribuiu eficácia executiva.

⁹⁷ “A liquidação de sentença (instituto cujas origens estão nas Ordenações Afonsinas – 1521) consiste num procedimento por meio do qual se objetiva viabilizar a tutela executiva, e que se torna necessário sempre que se estiver diante de sentença genérica” (Tereza Arruda Alvim Wambier, *Atualidades sobre liquidação de sentença*, p. 7). É atividade jurisdicional de natureza cognitiva. Acrescenta Dinamarco, na mesma obra, que a liquidação torna admissível (adequada) a tutela jurisdicional executiva, mediante outorga do predicado de liquidez à obrigação, que a sentença condenatória genérica não é capaz de outorgar (“As três figuras da liquidação de sentença”, p. 13-14). É processo autônomo, tanto que há exigência legal da citação (CPC, art. 611), complementar em relação ao processo de conhecimento e que tem caráter preparatório em relação ao processo de execução. Há de se ressaltar que o PL 3.253-B/2004 insere o Capítulo IX ao Título VIII do Livro I do CPC, intitulado “Da Liquidação de Sentença”, revogando os arts. 603 a 611.

⁹⁸ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 143.

A exigibilidade configuraria a ausência de óbices à realização do crédito retratado no título, como já assentou DONALDO ARMELIN. Refere-se, assim, ao interesse de agir na modalidade necessidade, ao passo que a certeza e a liquidez, requisitos intrínsecos ao título executivo, referem-se à modalidade adequação da via procedimental.

Vencida a dívida, ela será exigível. Por isso dispõe o art. 572 do Código de Processo Civil que o credor deverá provar o implemento da condição ou ocorrência do termo, quando a eficácia do negócio jurídico contido no título executivo estiver condicionada a um ou a outro. Nesta hipótese de obrigação condicionada o vencimento se dá com o cumprimento da condição, e não pelo decurso do tempo.

A exigibilidade deve ser demonstrada na petição inicial quando da propositura da ação, quer se trate de obrigação condicionada, quer não (CPC, art. 572 c.c art. 614, III), sendo certo que a juntada posterior de documentos que venham a atestar a exigibilidade não há de ser admitida, pois intempestiva, visto que se trata de documento indispensável à propositura da ação.

1.4.3 – Espécies de títulos executivos

Por primeiro impõe-se consignar que a classificação dos títulos quanto à *natureza e providência do ato jurídico*⁹⁹ em títulos executivos judiciais e extrajudiciais é questão de política legislativa, podendo determinado título ser reputado executivo no Brasil e não o ser em outro país e vice-versa.

Há sistemas processuais alienígenas que reservam a execução forçada apenas para os títulos judiciais, constituindo os chamados títulos extrajudiciais fundamento de ações de conhecimento de cognição sumária, ou de ações mistas de conhecimento e de execução, em que os atos coativos de invasão da esfera patrimonial do devedor, normalmente, efetivam-se apenas após a defesa do devedor e o acertamento de procedência do crédito¹⁰⁰.

Outrossim, compete ao legislador estabelecer o grau de certeza que julgue suficiente para fundamentar a execução forçada, quando define os atos ou fatos geradores de um título executivo.

Ao se alargar o rol dos títulos executivos extrajudiciais, o legislador opta por priorizar a celeridade da prestação jurisdicional, franqueando o acesso direto do credor à via executiva, sem a prévia necessidade do processo de conhecimento¹⁰¹, pautado pela cognição plena e exauriente, minimizando, destarte, o dano marginal.

Importante anotar que não há diferença entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais quanto à sua eficácia executiva, já que ambos autorizam o credor a promover a ação de execução.

Aponta LEONARDO GRECO que nos países em que os procedimentos executórios quanto aos títulos executivos judiciais e extrajudiciais são unificados,

⁹⁹ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 147.

¹⁰⁰ Cf. Leonardo Greco, *O processo...*, cit. v. 2, p. 125-6. Aponta o autor como exemplo o processo documental ou cambiário na Alemanha; as injunções de pagar, de fazer, de entregar e de restituir na França; e o processo executivo de estrutura monitória no Uruguai.

¹⁰¹ Donaldo Armelin, "O processo de execução e a reforma do código de processo civil", *Reforma do código de processo civil*, p. 694.

o rol destes últimos deve se restringir aos atos negociais dos quais resulte expressa confissão de dívida pelo executado. Todavia, no Brasil, há títulos executivos extrajudiciais que não estampam créditos reconhecidos pelo executado, tais como a duplicata sem aceite e os créditos dos serventuários, fato que para ele é remediado pela rigidez do efeito suspensivo dos embargos¹⁰².

1.4.3.1 – Títulos executivos judiciais

Os títulos executivos judiciais, como diz o próprio nome, são aqueles originados de um provimento judicial e não de ato do próprio devedor. São, pois, dotados de um grau elevado de probabilidade de que haja a relação jurídica de direito material nele espelhada. Para LEONARDO GRECO geram uma presunção normalmente absoluta de nascimento do crédito¹⁰³.

Em razão disso, a matéria a ser argüida em embargos do devedor é restrita, como se depreende da leitura do art. 741 do Código de Processo Civil¹⁰⁴, devendo os embargos versarem sobre falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; inexigibilidade do título; ilegitimidade das partes; cumulação indevida de execuções; excesso de execução, ou nulidade desta até a penhora; qualquer causa impeditiva ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; e

¹⁰² O processo...cit., v. 2, p. 126.

¹⁰³ Ibid., p. 132.

¹⁰⁴ O PL 3.253-B/2004 contempla norma semelhante no art. 475L, ao disciplinar a impugnação ao “cumprimento da sentença”.

incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

O rol dos títulos judiciais está disciplinado no art. 584 do Código de Processo Civil¹⁰⁵ e é taxativo, não permitindo interpretação extensiva ou recurso à analogia para a maioria da doutrina¹⁰⁶. Todavia, como bem assentou ARAKEN DE ASSIS, há de se redimensionar o conceito de “sentença” expresso no inciso I do citado artigo, já que decisões interlocutórias, principalmente sob a forma de liminares, franqueiam acesso à execução forçada. Por isso, conclui que a nota fundamental do art. 584, I, reside, concretamente, na eficácia condenatória do ato decisório, e não na sua tipificação legal¹⁰⁷.

TEORI ZAVASCKI, por sua vez, defende a não taxatividade do rol dos títulos judiciais elencado no art. 584 do CPC, visto que outros provimentos de natureza jurisdicional possuem força executiva, a qual lhes é atribuída por disposição normativa explícita ou pelo próprio sistema, tais como a decisão que julga a denúncia da lide, a de que trata o art. 918, dentre outras, advertindo, ainda, que há casos em que o título executivo é uma decisão interlocutória¹⁰⁸.

¹⁰⁵ No PL 3.253-B/2004 o rol dos títulos executivos judiciais está previsto no art. 475N.

¹⁰⁶ Neste sentido: Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 147; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 499; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao CPC (arts. 566-585)*, p. 313.

¹⁰⁷ Araken de Assis, *Manual....*, cit., p. 156-159. Leciona o jurista gaúcho que também os acórdãos (art. 163) se alcançam a condição de título executivo. “E o art. 733, caput, prevê execução de decisão (art. 162, §2º.), ou seja, da liminar de carga condenatória prolatada em ação de alimentos provisionais, originando crédito pecuniário. De modo igualmente liminar, mediante decisão interlocutória, obrigação de fazer comporta execução específica (art. 461, §3º), e, outrossim, prestação para entrega de coisa (art. 287 c/c art. 461, §5º. na redação da Lei 10.446/2001). Na própria execução de outras decisões, porque condenatórias, assumem eficácia de título executivo (artigos 695, §3º., e 701, §2º)”(Manual..., cit., p. 158).

¹⁰⁸ Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*, p. 101-110.

O título judicial por excelência é a **sentença civil condenatória** na qual o juiz declara a existência do crédito e a obrigação do réu de satisfazê-la. À sentença civil a lei equipara outros provimentos judiciais análogos, tais como a sentença penal condenatória transitada em julgado; a sentença homologatória de conciliação ou de transação; a sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal; o formal de partilha e a sentença arbitral.

Dessa forma, quanto ao processo de conhecimento, somente as sentenças de natureza condenatória seriam aptas a incoar a execução *ex intervallo*, afastando-se as sentenças meramente declaratórias e constitutivas. Contudo, impõe ressaltar que a condenação em custas e despesas processuais e honorários de advogado enseja processo de execução autônomo, ainda que tenha sido proferida em sentença cuja carga preponderante seja declaratória, mandamental ou constitutiva¹⁰⁹.

Outrossim, as sentenças executivas *lato sensu*¹¹⁰ não ensejam processo de execução autônomo, pois têm eficácia executiva imediata, conduzindo à efetiva satisfação do titular da posição jurídica de vantagem, como ocorre na ação de despejo, ação de reintegração de posse, ação de divisão, ação de demarcação

¹⁰⁹ Pontes de Miranda instituiu a classificação quinária das ações levando em consideração sua eficácia preponderante, a qual lhe dá lugar numa das cinco classes (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), sendo certo que toda sentença de procedência vincula sempre todas as eficácias. Não haveria, assim, sentença pura. O que peculiariza a categoria de ações e, em conseqüência, sentenças é, pois, o elemento eficaz que sobressai, prevalecendo sobre os outros (*Tratado das ações*, t. I).

¹¹⁰ Nos dizeres de Ovídio Baptista da Silva: “Quando nos referimos, então, a ações executivas *lato sensu* (ações reais) queremos figurar hipóteses de demandas que tenham em si mesmas, como virtualidades essenciais à sua *res deducta*, tanto elementos do “processo de conhecimento” quanto eficácia executiva com tal relevância que a atividade executória pertença à estrutura interna da própria demanda, vale dizer, a atividade executória não é diferida para outro processo, como ocorre nas “ações” denominadas condenatórias. Nas ações executivas *lato sensu*, o ato final executório continua a ser ato do processo, sem distender-se

etc. Executam-se, pois, nos próprios autos, sendo incabível a oposição de embargos à execução.

Incluem-se na categoria de “sentença condenatória proferida no processo civil” (CPC, art. 584, I) não apenas as sentenças que fazem ou não coisa julgada no processo de conhecimento, no cautelar, no de execução e no de jurisdição voluntária, bem como as “sentenças liminares”¹¹¹, nas quais há a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida, como ocorre com a liminar de alimentos provisórios (art. 4º. da Lei n. 5.478/68), a decisão concessiva da tutela antecipada (CPC, art. 273, §3º.)¹¹², e as sentenças exequíveis provisoriamente (CPC, art. 587).

Também SÉRGIO SHIMURA sustenta a viabilidade da existência de título executivo judicial derivado de simples decisão interlocutória¹¹³.

até transformar-se numa nova ação subsequente à sentença, como ocorre com as sentenças condenatórias em nossos sistemas” (*Ação de imissão de posse*, p. 71).

¹¹¹ Expressão empregada por Ovídio Baptista cujo conceito foi dado no item 1.4.

¹¹² Donaldo Armelin anota que a teor do §3º. do art. 273 ao dispor que a execução da tutela antecipada deverá observar, no que for cabível, o disposto nos incisos II e III do art. 588 (a Lei 10444/2002 alterou o parágrafo em estudo para dispor que a tutela antecipada deverá observar o disposto, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º. e 5º., e 461-A), é de inferir a permissão para a prática de atos executivos a fim de se concretizar tal antecipação, notadamente nas ações condenatórias. Afirma o preclaro jurista que do sistema implantado pelo art. 273 conclui-se que mister não se fará, para tanto, a incoação de um processo novo, implicando a aceitação da decisão interlocutória, que autorizar a antecipação, com efeitos de título executivo judicial, encartando-se ela no rol daquelas decisões nominadas por Ovídio Baptista, como sentenças liminares (“O processo de execução e a reforma do código de processo civil”, *Reforma do código de processo civil*, p. 685).

¹¹³ *Título...*, cit., p. 209. Exemplifica o jurista: “o autor move ação indenizatória contra dois réus. O juiz, por decisão interlocutória, afasta um deles, ao fundamento de que é parte ilegítima, e condena, nesse particular, o autor em custas e honorários advocatícios. Ora, nessa parte, o suposto réu, que fora afastado do processo, tem título executivo contra o autor em face do princípio da causalidade... Outra hipótese em que uma simples decisão interlocutória pode vir a configurar título executivo é aquela em que o fiador judicial (art. 568, IV, CPC) passa a ser o reponsável pelos riscos do processo”.

Outro título executivo judicial é a **sentença penal condenatória transitada em julgado** que possibilita à vítima a reparação civil dos danos ocasionados pelo crime, o que seria um efeito anexo daquela sentença, que decorre, automaticamente, da própria lei, sendo, destarte, irrelevante o fato do juiz indicá-lo ou não no provimento¹¹⁴. Não há regra semelhante no direito estrangeiro¹¹⁵.

Note-se que “matar alguém”, além de constituir um ilícito penal (CP, art. 121), pode acomodar-se à cláusula genérica do art. 186 do Código Civil (ilícito civil absoluto), ou seja, o mesmo fato da vida integra o suporte fático de mais de uma regra jurídica, de forma que ao incidirem as regras jurídicas fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. Trata-se do fenômeno intitulado múltipla incidência por PONTES DE MIRANDA¹¹⁶.

À vítima, ou ao seu representante legal, ou aos seus herdeiros, resta propor a ação de natureza condenatória na jurisdição civil (*actio civilis ex delicto*) que terá procedimento paralelo, mas autônomo em relação ao processo-crime ou, se preferir, aguardar o resultado da ação penal, promovendo a execução da sentença penal condenatória, que torna líquida a obrigação do condenado em reparar o dano resultante de sua conduta delitativa face à incontrovertibilidade quanto à existência do fato ou da autoria (CC, art. 935).

Ocorre que a sentença penal condenatória será um título incompleto, posto que ilíquido quanto à determinação do *quantum debeatur*, bem como incerto, enquanto não apurada em regular cognição a efetiva existência do dano, o que

¹¹⁴ Araken de Assis, *Manual....*, cit., p. 162.

¹¹⁵ Cf. Sérgio Shimura, *Título....*, cit., p. 214.

será feito na subsequente liquidação¹¹⁷. “Esta liquidação é, portanto, mais do que uma simples determinação do *quantum debeatur*, também uma definição do *an debeatur*, que poderá concluir por um juízo de improcedência, ou, se alguém preferir, por uma quantificação de valor zero.”¹¹⁸

Sobrevindo sentença penal condenatória no curso da ação civil, impõe-se a extinção do processo civil sem apreciação do mérito, por carência superveniente (perda do objeto), desde que a ação civil não tenha sido intentada também em face do patrão ou outro responsável, já que a vítima, se vitoriosa na ação civil, apenas produziria título executivo equivalente ao já obtido,¹¹⁹.

O inciso III do art. 584 contempla a **sentença homologatória de transação ou de conciliação**.

No sistema brasileiro, a sentença homologatória de transação e conciliação é sentença de mérito e definitiva (CPC, art. 269, III). Trata-se de *título judicial impróprio*¹²⁰, posto que o juiz não adentra o mérito da causa; de rigor, nada julga, limitando-se a homologar negócio jurídico havido entre as partes (CC, art. 840). Somente ensejará a execução quando alguma das partes houver de prestar algum bem, ou seja, se tiver algum conteúdo condenatório¹²¹.

¹¹⁶ *Tratado de direito privado*, t. 1, p. 27, § 10.

¹¹⁷ Leonardo Greco, *O processo...*, cit., v. 2, p. 141.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 141-2.

¹¹⁹ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 220-1; Araken de Assis, *Manual...cit.*, p. 162.

¹²⁰ Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 230.

¹²¹ Araken de Assis, *Manual....*, cit., p. 165; Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 231.

Interessante anotar que há possibilidade de haver homologação judicial, ainda que a questão não tenha sido posta em juízo, nos exatos e precisos termos do citado inciso, com a redação determinada pela Lei n. 10.358/01.

Por fim, estabeleceu o §1º. do art. 59 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, que a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* do Código de Processo Civil.

A *sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal* também constitui título executivo judicial.

No Brasil, a sentença estrangeira somente ganha eficácia após o exame extrínseco pelo Supremo Tribunal Federal de sua harmonia com o ordenamento jurídico pátrio (juízo de delibação), nos termos dos arts. 215 a 224 do seu Regimento Interno. A execução da sentença, se contiver condenação, far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação perante a Justiça Federal de primeira instância.

Também o ***formal e a certidão de partilha*** constituem título executivo judicial (CPC, art. 584, V), ressalvando a lei que têm força executiva exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título universal ou singular (parágrafo único)¹²².

¹²² Ovídio Baptista observa que a condição de título executivo conferida ao formal de partilha contraria o princípio básico segundo o qual a condenação tem origem, sempre, numa *relação*

Apenas haverá execução fundada neste título quando ficar consignada no título a obrigação de prestar de algum herdeiro, como na hipótese de um herdeiro ter de repor a outro, importância em dinheiro para equalizar os quinhões. No mais, a execução será meramente administrativa limitando-se a determinadas providências, como a transcrição no registro de imóvel.

Por fim, há a **sentença arbitral** que foi reconhecida como título judicial pela Lei n. 9307/96 e que será apta a incoar processo de execução sempre que ela reconhecer uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Trata-se do ato que põe fim à arbitragem e constitui título que se forma sem a atuação judicial, sendo vedado ao judiciário, inclusive, apreciar a pretensão de direito material que tenha sido objeto de seu pronunciamento. Por isso, TEORI ALBINO ZAVASCKI¹²³ considera inapropriada a inclusão da sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais.

1.4.3.2 – Títulos executivos extrajudiciais

A criação dos títulos executivos extrajudiciais veio atender aos reclamos das relações mercantis fundadas em certos títulos de crédito, possibilitando a circulação de riquezas. Os ordenamentos jurídicos assim procederam, assumindo riscos em nome da probabilidade da existência do crédito estampado naqueles títulos, de forma a possibilitar ao credor a satisfação mais célere de seu direito,

obrigacional. Segundo o jurista gaúcho a opção do legislador justifica-se em razão da natureza peculiar da ação de inventário e partilha que, embora sendo demanda contenciosa, contém traços muito visíveis de ação de procedimento voluntário, circunstância essa que aconselha a que se exclua dela uma fase terminal executória (*Curso de processo civil*, v. 2, p. 38).

¹²³ *Título....*, cit., p. 90.

sem a necessidade de se valer previamente do processo de conhecimento, comprometido com a idéia de ordinariedade.

Por isso, o âmbito de discussão nos embargos de devedor é mais amplo, uma vez que o devedor ainda não foi ouvido e não teve condições de se defender contra a pretensão do credor, admitindo-se, destarte, a alegação pelo devedor de todas as matérias de defesa admissíveis num processo de conhecimento (CPC, art. 745).

Os títulos executivos extrajudiciais são aqueles oriundos de negócio jurídico havido entre as partes, no exercício de seu poder de auto-regramento da vontade, nos quais há quase sempre a confissão de dívida por parte do devedor¹²⁴ e aos quais a lei confere força executiva. Estão arrolados no art. 585 do CPC, em rol exemplificativo, face a ressalva expressa no inciso VII.

Sua nota característica é a sujeição dos seus atos constitutivos ao controle de validade pelo poder jurisdicional do Estado, como alerta TEORI ZAVASCKI¹²⁵.

Diferentemente dos títulos executivos judiciais, os extrajudiciais prescindem de prévio processo de conhecimento, dando ao seu titular acesso direto à via executiva.

Faz-se mister consignar que, no direito pátrio, as partes não podem conferir eficácia executiva aos seus atos, tal qual se verifica no direito alienígena com a

¹²⁴ Sérgio Shimura anota que nas dívidas fiscais ou no crédito de serventuário da justiça essa confissão inexistente, bem como na *duplicata não aceita*, em que para a ação executiva é suficiente que o título tenha sido protestado e que se efetue a juntada do documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria (*Título...*, cit., p. 259-260). O aceite é, pois, presumido.

“cláusula executiva”, de influência germânica, sendo certo que se o título não estiver previsto no catálogo legal será imprestável para incoar a demanda executória¹²⁶.

O inciso I do art. 585 aponta a **letra de câmbio, nota promissória, debênture, duplicata e cheque** como títulos extrajudiciais. São títulos de crédito¹²⁷ cambiais ou cambiariformes freqüentes na atividade mercantil. Também o direito pátrio outorgou carga executiva aos títulos da dívida agrária, denominados cédulas de crédito rural¹²⁸, criadas pelo Decreto-lei n. 167, de 14 de fevereiro de 1967.

Cada título se sujeita a uma disciplina própria em razão de corresponderem a naturezas substanciais diversas. A letra de câmbio, a nota promissória e o cheque são títulos de crédito regidos pelos princípios da literalidade, autonomia e abstração, sendo defesa a discussão acerca da *causa debendi*. Todavia, admitem-se as exceções pessoais fundadas nos vícios do negócio jurídico subjacente, tais como fraude, erro, simulação etc., oponíveis entre as partes originárias do negócio jurídico fundamental e algumas vezes entre o contratante e o portador de boa-fé nas hipóteses em que a origem do título é espúria (ex. dívida de jogo)¹²⁹.

¹²⁵ *Título...*, cit., p. 112.

¹²⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 459; Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 169.

¹²⁷ Na definição clássica de Cesare Vivante, título de crédito é um documento necessário para transmitir ou exigir o direito literal e autônomo nele mencionado (*Instituições de direito comercial*, p. 111).

¹²⁸ São cédulas de crédito rural a cédula rural hipotecária; a cédula rural pignoratícia e hipotecária; e a nota de crédito rural.

¹²⁹ Entre as partes originárias e imediatas do negócio jurídico fundamental podem ser opostos direitos próprios decorrentes daquela relação fundamental que deu causa à emissão do título.

A duplicata é título causal, estando vinculada ao negócio jurídico mercantil de compra e venda.

A debênture, segundo EUNÁPIO BORGES, designa cada uma das partes, de igual valor, em que se divide o débito coletivo assumido, sob determinadas formas e condições, pelas sociedades por ações¹³⁰.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) regula a sua emissão e requisitos.

As debêntures são representadas por certificados nominativos que ensejam a cobrança pelo seu titular contra a sociedade anônima. São títulos de crédito causais, vinculados ao contrato de sua emissão, cujos termos e cláusulas completam, tornando-se parte integrante do título.

O inciso II do art. 585 regula instrumentos de confissão de dívida, reputando títulos extrajudiciais **a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; e o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.**

Neles, há o reconhecimento expresso da dívida representada por qualquer tipo de prestação pelo próprio devedor, ou por mandatário com poderes especiais.

Assim, como explica João Eunápio Borges, o direito autônomo emergente do título pode ser paralisado por uma exceção oposta pelo devedor com base no negócio que eu origem ao título. Todavia, nas relações entre o devedor e terceiros afirma-se com toda nitidez e plenitude a autonomia do direito cartular, ou seja, a independência dos diversos e sucessivos possuidores do título em relação a cada um dos outros. É o princípio da inoponibilidade das exceções que constitui um dos fundamentos dos títulos de crédito, possibilitando a mobilização da riqueza e da circulação do crédito (*Títulos de crédito*, p. 14-15).

¹³⁰ *Títulos...*, cit., p. 281.

Também foram considerados títulos extrajudiciais **o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.**

Adverte SÉRGIO SHIMURA que é imprescindível a assinatura do devedor nos mencionados instrumentos a teor do disposto no art. 568, I, sendo insuficiente o referendo. Prossegue o mestre: “Embora a lei qualifique tal título de *extrajudicial*, nada obsta a que as partes o convertam em judicial. Isto é, o instrumento de transação, mesmo referendado, pode ser levado à *homologação judicial*. Nesse caso, o título executivo passará a ser *judicial* (art. 55, LJEPC)”¹³¹.

Por outro lado, dispensável para a assistência das partes que estejam os advogados legitimados a transigir, já que não serão eles os transatores, mas sim as partes em litígio. Outrossim, não se faz necessário que o instrumento de transação se faça acompanhar de instrumento de mandato, eventualmente, outorgado pelas partes aos advogados por se tratar de assistência e não de representação, como adverte DONALDO ARMELIN¹³².

O mestre lembra, ainda, a hipótese de atuação parcial do defensor público, o que pode comprometer a paridade da assistência técnica. Sendo profissional vinculado ao serviço público, há de se esperar sua posição de equidistância e imparcialidade do conflito posto à sua apreciação, restando ao transator não assistido, que tenha experimentado algum vício de vontade, a via dos embargos de devedor.

¹³¹ *Título...*, cit., p. 290.

¹³² “O processo....”, cit., p. 692-3.

Anota TEORI ZAVASCKI que, ao contrário dos demais títulos executivos extrajudiciais relacionados no Código, que se referem somente à obrigação de pagar quantia, os do inciso II do art. 585 podem ter como prestação também a entrega de coisa, ou as obrigações de fazer e de não fazer¹³³.

Outrossim, os **contratos de garantia (hipoteca, penhor, anticrese e caução), bem como os de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulta morte ou incapacidade**, foram reputados títulos extrajudiciais.

Contratos de garantia são contratos que visam assegurar ao credor o pagamento da dívida. São geralmente acessórios aos contratos que garantem.

A garantia pode ser real ou pessoal (fidejussória). São garantias reais os contratos de hipoteca, penhor e anticrese enquanto a fiança e a adesão à dívida, que o Código alude a “caução”¹³⁴, são garantias pessoais.

SÉRGIO SHIMURA defende que não se pode entrever pretensão executiva contra o fiador se o credor não a dispõe contra o afiançado, devendo a força executiva da fiança defluir de uma relação principal, também de eficácia executiva¹³⁵, com o que concorda TEORI ZAVASCKI¹³⁶.

¹³³ *Título...*, cit., p. 119.

¹³⁴ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 181; Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, cit., v. 2, p. 44; Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 207; Sergio Shimura, *Título...*, cit., p. 323.

¹³⁵ Sérgio Shimura, *Título...cit.*, p. 324.

¹³⁶ Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*, p. 125.

OVÍDIO BAPTISTA, todavia, é firme ao assegurar que o contrato de fiança, caução fidejussória por excelência, é dotado de força executiva, não tendo o legislador o condicionado à existência de outro título executivo¹³⁷.

O contrato de seguro foi definido pelo art. 757 do Código Civil como sendo o contrato por meio do qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Assim, assume o segurador a obrigação de pagar uma indenização caso se verifique o risco predeterminado sobre pessoas ou coisas sobre as quais repouse um interesse legítimo. Com razão, adverte RUBÉN STIGLITZ¹³⁸ que a definição do citado art. 757 deveria ter feito referência que a obrigação do segurador em pagar a indenização se dá nos limites que resultam do estipulado convencionalmente, como o fez o art. 1432 do Código Civil de 1916.

O instrumento do contrato de seguro é a apólice.

Importante anotar que a Súmula 26 do 1º. TACivSP reza que “a apólice de seguro acompanhada de documento médico indicando o grau de incapacidade da vítima é título executivo extrajudicial”.

¹³⁷ *Curso...*, cit., v. 2, p. 45.

¹³⁸ Ensino ministrado no “Curso de formação em direito do seguro – Novo Código Civil Brasileiro”, ministrado pelo Professor Rubén Stiglitz, realizado pelo IBDS durante os meses de agosto a novembro de 2002.

O Código restringe a força executiva ao contrato de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade, sendo certo que os demais contratos de seguro deverão ser cobrados pela via cognitiva normal¹³⁹.

O crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito são títulos extrajudiciais (art. 585, IV).

As dívidas provenientes de foros e laudêmios têm sua origem na enfiteuse, *“um direito real limitado que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual”*¹⁴⁰. O instituto era regulado pelos arts. 678 a 694 do Código Civil de 1916, sem correspondência no Código Civil em vigor.

Verifica-se, pois, que houve a extinção do instituto da enfiteuse que já estava em completo desuso no direito brasileiro.

O aluguel é uma renda de imóvel. Contudo, o legislador empregou os dois brocados (“aluguel” e “renda”), devendo o termo “renda” ser reservado para a contraprestação devida nos contratos de arrendamento, particularmente de imóveis rurais¹⁴¹.

O crédito, decorrente de aluguel ou de renda de imóvel, constitui título executivo desde que acompanhado de contrato escrito, ainda que vencido e

¹³⁹ Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 209.

¹⁴⁰ Orlando Gomes, *Direitos reais*, p. 263.

¹⁴¹ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, cit, v. 2, p. 45.

prorrogado por prazo indeterminado, como anota SÉRGIO SHIMURA¹⁴² e engloba aqueles pertinentes aos acessórios como luz, água, gás e multa contratual.

O contrato de locação dispensa a assinatura de duas testemunhas para que seja reputado título executivo, desde que sejam autênticas as assinaturas dos contratantes¹⁴³.

Para ARAKEN DE ASSIS, o objeto da locação pode ser imóvel urbano ou rural¹⁴⁴, negando-se tutela executiva à renda derivada de locação de bens móveis. Diverge desse entendimento SÉRGIO SHIMURA para quem, em se tratando de arrendamento rural, o rito a ser observado é o comum sumário, a teor do art. 275, II, alínea a¹⁴⁵.

O legitimado ativo para propor a execução do aluguel e acessórios da locação é o locador, devendo figurar como sujeito passivo o inquilino¹⁴⁶.

Por encargos de condomínio compreendem-se as despesas realizadas em um imóvel comum, pertencente a diversos proprietários. Nas locações, usualmente, esta despesa é carreada ao inquilino.

A força executiva foi reconhecida ao **crédito de serventário da justiça perito, intérprete ou tradutor** (art. 585, V).

¹⁴² *Título...*, cit., p. 330. No mesmo sentido é Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 213.

¹⁴³ Neste sentido, Sérgio Shimura, *Título...*, cit., p. 329 e Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 183. Em contrário, Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 213.

¹⁴⁴ *Manual...*, cit., p. 183.

¹⁴⁵ *Título...*, cit., p. 330.

¹⁴⁶ Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 214.

Faz-se mister que o cálculo exato dos emolumentos ou honorários dos mencionados auxiliares do juízo tenham sido homologados por decisão judicial.

Ressalva LEONARDO GRECO que “quando incluídas na sucumbência a cargo do vencido para ressarcimento ao vencedor, todas as despesas processuais integram a sentença condenatória proferida no processo civil, como título executivo judicial”¹⁴⁷.

Por fim, elencou o Código de 1973 a **certidão da dívida ativa da Fazenda Pública** como título extrajudicial.

A dívida ativa é qualquer crédito, tributário ou não tributário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou de suas autarquias a teor do disposto no art. 2º. da Lei n. 6.830/80 que também elenca seus requisitos legais.

Trata-se de título que dá ensejo a uma execução especial, regida pela citada lei, na qual o devedor recebe um tratamento muito mais rigoroso do que o devedor recebe no processo de execução do Código. À Fazenda Pública é dada a possibilidade de emendar ou substituir a certidão de dívida ativa até que seja proferida a sentença final, sempre que o devedor, impugnando o débito nos embargos, demonstrar a incorreção da respectiva certidão¹⁴⁸.

O título executivo em comento é formado unilateralmente pelo credor, em geral sem que o contribuinte possa discuti-lo na fase administrativa prévia e é dotado de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

¹⁴⁷ O Processo..., cit., v. 2, p. 217.

¹⁴⁸ Ovídio A. Baptista da Silva, Curso..., cit., v. 2, p. 48.

Outros títulos. Como já mencionamos, o rol de títulos executivos extrajudiciais não é taxativo, já que inúmeras leis extravagantes atribuem força executiva a diversos documentos, disciplinando, em certos casos, procedimentos executórios especiais. Enumeração completa desses títulos é encontrada nas obras de ARAKEN DE ASSIS e LEONARDO GRECO às quais se reporta¹⁴⁹.

Merece atenção o **título executivo estrangeiro**, ou seja, o documento lavrado no exterior, para o qual dispensa o legislador pátrio o juízo de delibação exercido pelo STF (CPC, art. 585, §2º). Quanto aos seus requisitos de formação, a lei a ser observada é a do país em que se constituiu, nos termos do art. 9º. da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagrou o princípio do *locus regit actum*. Outro requisito da lei processual é que seja indicado o Brasil como lugar de cumprimento da obrigação.

Diverge a doutrina com relação à força executiva do título. LEONARDO GRECO defende que há de ser reconhecida pela *lex fori*, no caso, a lei brasileira, para que aqui seja exeqüível, por ser a executoriedade matéria processual e sujeitar-se à lei do país onde a jurisdição deva ser exercida¹⁵⁰. Já ARAKEN DE ASSIS, PONTES DE MIRANDA e TEORI ZAVASCKI sustentam que o título há de apresentar eficácia executiva no país de origem¹⁵¹.

¹⁴⁹ Araken de Assis, *Manual...*, cit. p. 186-188 e Leonardo Greco, *O Processo...*, cit., v. 2, p. 220-2.

¹⁵⁰ *O Processo...*, cit., v. 2, p. 223.

¹⁵¹ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 188; Teori Albino Zavascki, *Título...*, cit., p. 132; Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., t. IX, p. 281.

Cumpridas as exigências, a propositura da ação executiva, no foro competente, condiciona-se à tradução do título para o vernáculo se estiver em língua estrangeira (CPC, art. 157) e a conversão da moeda para moeda nacional.

1.5 – EXECUÇÃO PROVISÓRIA E DEFINITIVA

1.5.1 – Execução provisória

Reza o art. 587, segunda parte, do CPC, que a execução é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo¹⁵².

Decorre desta norma que a execução provisória é privativa do título judicial. Tem lugar quando a decisão for atacada por recurso sem efeito suspensivo, ou, ainda, com tal efeito, mas afastado por decisão objeto de agravo de instrumento, carente, pois, de eficácia suspensiva¹⁵³, sendo certo que a execução do título extrajudicial é sempre definitiva.

A regra do direito brasileiro é que os recursos sejam recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo. Assim, a execução provisória só terá lugar se o recurso não tiver o condão de suspender a eficácia da sentença contra a qual foi interposto.

¹⁵² A nova redação do artigo ditada pelo PL 4.497/2004, que trata da execução de títulos extrajudiciais, reza que a execução é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 729). Outrossim, o art. 475I a ser criado pelo PL 3.253-B/2004, dispõe que a execução é provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

¹⁵³ Cf. Donaldo Armelin, “Responsabilidade objetiva no código de processo civil”, *Processo civil: evolução, 20 anos de vigência* (Coord. José Rogério Cruz e Tucci), p. 100.

No sistema pátrio a execução provisória decorre de lei que a permite (*ope legis*), podendo os atos executivos ser realizados desde logo, divergindo de alguns sistemas europeus contemporâneos, em que ao juiz também é dado, independentemente de previsão legal, autorizar a execução provisória, por meio de cláusula executiva à própria sentença (*ope iudicis*)¹⁵⁴.

Conforme LUCON, nos sistemas *ope iudicis*, a execução provisória ou a sua suspensão fazem parte do mesmo *critério diretivo de discricionariedade do magistrado*, que deve levar em conta interesses contrapostos: do vencedor, na imediata atuação da sentença, e do sucumbente, na manutenção de seu *status* existente e o ulterior provimento de seu recurso. O magistrado deve sopesar os benefícios e malefícios advindos da execução provisória ou da sua suspensão, valendo-se de um juízo de proporcionalidade ¹⁵⁵.

Nos sistemas *ope legis* é usual a instituição de mecanismos de controle a órgão jurisdicional hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão executada provisoriamente, que poderá obstar a realização de atos executivos definitivos, após juízo acerca da proporcionalidade da providência.

Dessa forma, verifica-se que a opção do sistema de execução provisória é uma questão de política legislativa e que o sistema *ope iudicis* prestigia a liberdade do magistrado que, tendo estado na presidência do processo, possui condições de melhor sopesar os bens jurídicos em conflito em cada caso concreto, garantindo a imediata atuação de sua sentença, se o caso,

¹⁵⁴ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, cit., v. 2, p. 51-2.

¹⁵⁵ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 383-386.

assegurando, destarte, a fruição do bem da vida ao titular de uma posição jurídica de vantagem.

O sistema brasileiro, ao instituir o efeito suspensivo como regra, desprestigiou a justiça de primeiro grau.

Segundo o art. 520 do CPC a apelação só será recebida no efeito devolutivo quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou demarcação; II – condenar à prestação de alimentos; III – julgar a liquidação de sentença; IV – decidir o processo cautelar; V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Questão que se coloca é saber a natureza da execução permitida pelo inciso V (rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes), quando a execução por quantia certa se fundar em título executivo extrajudicial. Divergem a doutrina e jurisprudência.

Ovídio BAPTISTA, com acerto, defende a tese de que se trata de execução definitiva. Ora, não é lógico que uma execução que se inicia definitiva (a execução fundada em título executivo extrajudicial é sempre definitiva à luz do art. 587), retome seu curso como provisória em razão da rejeição ou improcedência dos embargos¹⁵⁶.

¹⁵⁶ *Curso...*, cit., v. 2, p. 54. No mesmo sentido, Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 362; Pontes de Miranda, Barbosa Moreira, Edson Ribas Malachini e Clito Fornaciari Jr (*apud* Ovídio A. Baptista de Araújo, *Curso...*, cit., v. 2, p. 54). Igualmente, a jurisprudência: “*Confirmada a rejeição dos embargos de devedor, a execução toma-se definitiva. Não importa a pendência de recurso*”

LUCON aponta outros exemplos, ainda no sistema do Código de Processo Civil, em que a apelação é recebida apenas no seu efeito devolutivo: I – hipoteca judicial; II – embargos de retenção por benfeitorias; III – embargos ao mandado no processo monitório; IV – insolvência civil; V – possessórias e VI – interdição¹⁵⁷. Podemos apontar, ainda, as ações condenatórias sujeitas a recurso especial ou extraordinário.

Não podemos deixar de apontar as medidas liminares de cunho antecipatório e satisfativo, como nos interditos possessórios e no mandado de segurança, muitas medidas provisionais (arts. 798 e 799), bem como as medidas antecipatórias interinais previstas nos arts. 273 e 461, em que se evidencia verdadeira execução provisória¹⁵⁸.

Merece ser ressaltado que a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, deu nova redação ao parágrafo 3º. do art. 273 do CPC, *in verbis*:

especial. Em tal situação, nada impede a alienação do bem penhorado, ficando o exequente livre de prestar caução”(STJ - Resp nº 273.392/SP - 1ª T - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 09.04.01 - v.u). Discordam, Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 308; Humberto Theodoro Jr. e Frederico Marques (*apud* Ovídio A. Baptista de Araújo, op. cit., p. 54). Igualmente na jurisprudência: “*Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução fundada em título extrajudicial será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar*” (STJ, REsp nº 243.245/SP - Rel. Min. José Delgado - DJU 02.05.2000). Este posicionamento foi adotado pela nova redação dada ao art. 587 pelo PL 4.497/2004, que, por sua vez, alterou o esboço inicial do anteprojeto elaborado pelo Min. Athos Gusmão Carneiro que dispunha “é definitiva a execução fundada em título extrajudicial, ainda que pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado” (grifos nossos).

¹⁵⁷ *Eficácia...*, cit., p. 313-6.

¹⁵⁸ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, cit., p. 52-3. No mesmo sentido é o posicionamento de Donald Armelin ao afirmar que a execução da tutela antecipatória constitui espécie de execução provisória (“O processo...”, cit., p. 685).

§3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º. e 5º., e 461-A.

Dessa forma, reconheceu o legislador a possibilidade de prática de atos executivos com fins à efetivação do comando judicial concessivo da antecipação, de natureza provisória, impondo ao requerente da tutela antecipada o dever de indenizar o requerido pelos danos a ele causado pela efetivação da tutela antecipada, na hipótese de sua revogação e improcedência do pedido inicial.

A definitividade dessa tutela dependerá de sentença final de mérito que a confirme, constituindo-se incidente no processo, semelhante ao que ocorre na antecipação nas ações executivas *lato sensu*¹⁵⁹.

Note-se que teremos uma execução antecipada em razão da urgência, ou seja, “execução-para-segurança”, nos dizeres de PONTES DE MIRANDA, sendo despidendo o ajuizamento de ação autônoma de execução, posto que a decisão interlocutória que concedeu a tutela antecipada tem efeitos de título judicial, revestindo-se de nítida eficácia executiva, devendo ser incluída no rol dos títulos executivos judiciais, como sentença liminar¹⁶⁰.

Na legislação extravagante destacam-se a ação civil pública; ações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor; mandado de segurança;

¹⁵⁹ Cf. Donaldo Armelin, “O processo...”, cit., p. 685.

¹⁶⁰ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery que asseveram: “*Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 584 mas que pode dar ensejo à execução provisória. É a denominada sentença liminar, extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais*” (Código de processo civil comentado, p. 816). No mesmo sentido é Ovídio Baptista, vide item 1.4.

habeas data; alimentos; Estatuto da Criança e do Adolescente; processo falimentar (verificação de crédito); processos para pagamento de renda e indenização, pelo titular de autorização de pesquisa, ao proprietário do solo; ações de cobrança de cédula de crédito industrial; ações sobre parceria e arrendamento rurais; ações discriminatórias de terras devolutas; ações de busca e apreensão (Decreto-lei n. 911/69); juizados especiais cíveis; assistência judiciária; desapropriação e Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro, de 1967¹⁶¹.

Na execução provisória há uma verdadeira antecipação dos efeitos práticos e materiais da sentença de mérito, ainda não transitada materialmente em julgado, buscando a concretização do provimento jurisdicional no mundo empírico em favor do credor¹⁶².

Assim, a execução provisória é uma forma de garantir a efetividade do direito reclamado pelo credor, acelerando a prestação jurisdicional, bem como o resultado útil do processo, distribuindo-se o ônus do tempo do processo isonomicamente entre as partes.

Diz-se que a execução é provisória face ao perigo de ser a sentença reformada em grau de recurso e não porque irá ser substituída pela execução definitiva ou mesmo por ser instrumental à definitiva. Adverte LUCON que a provisoriedade refere-se a um atributo do título ou da situação substancial

¹⁶¹ Hipóteses estudadas por Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 316-331.

¹⁶² Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 207-8. Critica o autor a expressão "execução provisória" por não refletir com exatidão, o fenômeno da antecipação dos efeitos dos provimentos jurisdicionais de acordo com o momento e o grau de maturidade que o ordenamento jurídico entende por normal.

declarada, e não propriamente aos resultados conseguidos em virtude de eventual antecipação autorizada por lei¹⁶³.

Sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, torna-se ineficaz a execução provisória, restituindo-se as partes ao estado anterior, gerando para o credor a obrigação de indenizar o executado pelos danos decorrentes, independentemente da existência de dolo ou culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva (CPC, art. 588, I). Note-se que se a sentença for anulada ou modificada somente em parte, apenas nessa parte ficará sem efeito a execução (art. 588, III c/c §1º.).

Trata-se do princípio *qui sentit commoda, et incommoda sentire debet*, como afirmou ARAKEN DE ASSIS, visto que à vantagem auferida pelo credor com a execução provisória corresponde, simetricamente, o dever de ressarcir os danos por ela criados na esfera jurídica do executado¹⁶⁴.

Até o advento da Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, a execução provisória no direito pátrio era incompleta, pois não permitia a satisfação do credor, já que impedia a plena e integral realização dos atos executivos, ao obstar a alienação de bens. A legislação brasileira era, assim, única em termos de legislação comparada, como destacou LUCON¹⁶⁵.

Com a nova redação dada pela mencionada lei, passou-se a admitir a prática de atos que importem alienação de domínio, ou dos quais possa resultar

¹⁶³ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 210.

¹⁶⁴ *Manual...*, cit., p. 366.

¹⁶⁵ *Eficácia...*, cit., p. 342.

grave dano ao executado, desde que requerida e prestada caução idônea nos próprios autos da execução pelo credor. A exigência de caução justifica-se para fazer frente aos danos por ventura causados ao executado na hipótese de provimento do recurso. Todavia, a lei dispensa a caução nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade (§2º. do art. 588).

Inegável o avanço alcançado com a novel lei que buscou equilibrar a efetividade da tutela oferecida ao credor, mediante a execução provisória, e a segurança do devedor ameaçado ou mesmo prejudicado pela execução¹⁶⁶.

Contudo, *de lege ferenda*, deveria haver a possibilidade de dispensa de caução em situações excepcionais, a cargo do livre convencimento motivado do magistrado, levando em consideração as razões recursais; o índice de probabilidade de provimento do recurso; a possibilidade de dano irreparável ao exeqüente face aos riscos que poderiam advir; sopesando-os, à luz do *princípio da proporcionalidade*¹⁶⁷, e não atrelado ao valor do crédito exeqüendo. Afinal, o

¹⁶⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da reforma*, p. 255.

¹⁶⁷ O princípio da proporcionalidade está relacionado, para alguns, com o princípio da razoabilidade, o qual remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta de 1215, antecedente histórico da cláusula do *due process of law*, modernamente positivada na Constituição norte-americana, por intermédio da emendas 5ª. e 14ª. Ambas, originariamente, designavam garantias processuais e em razão da construção jurisprudencial anglo-americana, se converteram numa verdadeira limitação constitucional aos poderes estatais. Ensina Luís Roberto Barroso que a razoabilidade é a adequação de sentido que se deve haver entre os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios, sendo certo que deve ser aferida, primeiramente, dentro da lei (*razoabilidade interna*). Por outro lado, havendo a razoabilidade interna da norma, impõe-se a verificação de sua razoabilidade externa, ou seja, “*sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional*” (*Interpretação e aplicação da constituição*, p. 217). Para o citado constitucionalista, o princípio da razoabilidade confunde-se com o princípio da proporcionalidade e pode ser definido como “*um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça*.” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação...cit.*, p. 215). Willis Santiago Guerra Filho, por sua vez, o conceitua “*como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de*

crédito pode ser elevado e o exequente ser pessoa de poucos recursos financeiros, não tendo condições de solvabilidade suficientes para prestá-la¹⁶⁸.

Com efeito, a inaptidão econômico-financeira do autor não pode ser obstáculo à execução provisória, sob pena de se frustrar o seu escopo maior. Adverte LUCON que *“chega a ser inconstitucional a exigência de caução quando impedir ou dificultar extremamente o exercício de um direito (CF, art. 5º. XXXV)”*¹⁶⁹.

Uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos, havendo conflito entre eles, estes deverão ser solucionados pelos princípios e normas positivadas, bem como pelos princípios implícitos, dentre eles, pelo princípio maior em estudo

*conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível” (Processo constitucional e direitos fundamentais. p. 70), conferindo-lhe um caráter finalístico, uma vez que busca preservar os direitos fundamentais. Para o professor cearense o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três princípios parciais: “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade”. O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça o fim a ser alcançado por uma norma e o meio empregado, que seja *juridicamente* o melhor possível, ou seja, de forma a não ferir o “conteúdo essencial” de direito fundamental, com o desrespeito à dignidade humana, princípio fundamental positivado na Constituição Federal (artigo 1º., inciso III). Neste ponto, assemelha-se ao princípio da razoabilidade tal qual formulado por Luiz Roberto Barroso. Já os subprincípios da adequação e da exigibilidade, situados num grau maior de concreção, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se mostre adequado para atingir o fim estabelecido e que não haja outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais. Neste sentido é a decisão emanada do Tribunal Constitucional alemão: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é o adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.” (Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, 1971, p. 316, apud Willis Santiago Guerra Filho, *Processo...*, cit., p. 71).*

¹⁶⁸ O PL 3.253-B autorizou a dispensa da caução não apenas ao crédito de natureza alimentar mas também ao decorrente de ato ilícito, mantendo, contudo, a limitação de 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo. Acrescentou também a dispensa da caução nos casos de execução provisória na pendência de agravo de instrumento ao STF ou ao STJ, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (novo art. 475O, incs. IV e V).

¹⁶⁹ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 415.

e seus subprincípios (“princípio da necessidade” e “princípio da menor restrição possível”).

Impõe-se o “sopesamento” dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos direitos e interesses conflitantes em um caso concreto, permitindo ao magistrado proceder à escolha com o respeito máximo às garantias constitucionais de todos os envolvidos, respeitando-se, destarte, o limite mínimo necessário à harmonização pretendida.

GIUSEPPE TARZIA ressaltou que a necessidade de caução para a execução provisória não existe, como regra, no direito italiano, sendo ressalvado ao juiz da apelação suspender total ou parcialmente a eficácia executiva, ou a execução da sentença recorrida “por graves motivos” (CPC, art. 283), anotando que a apelação tem efeito meramente devolutivo¹⁷⁰.

De lege ferenda, o recebimento do recurso somente em seu efeito devolutivo, como regra, podendo o magistrado conceder efeito suspensivo na hipótese de haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, prestigiaria a justiça de primeira instância e o próprio credor, na medida em que o livraria dos males da demora do nosso sistema recursal.

1.5.2 – Execução definitiva

A execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial (CPC, art. 587, primeira parte).

Não há, pois, diferença quanto à extensão dos atos executivos, entre execução provisória e definitiva. Repousa a diferença entre ambas no título: “*enquanto a primeira é fundada em título provisório, a segunda baseia-se em título considerado ‘definitivo’ (arts. 584 e 585)*”¹⁷¹.

A execução definitiva também se diferencia da execução provisória por esta última exigir a prestação de caução, como vimos. Somente após o oferecimento de caução idônea, fica autorizada a prática de atos executivos, com a transferência de bens, inclusive.

Impõe observar, como apontou DONALDO ARMELIN, que em se tratando de tutela antecipatória, nos moldes do art. 273, “se tornando necessária a convalidação da execução provisória em definitiva, com a complementação dos atos já praticados, os atos antecipatórios excluirão, em regra, a sua reiteração na continuidade do processo em perseguição da efetiva satisfação do direito do autor vitorioso”¹⁷².

1.6 – ESPÉCIES DE EXECUÇÃO QUANTO À NATUREZA DA PRESTAÇÃO DEVIDA

Os meios executivos guardam relação com a natureza do direito substancial em que se funda o processo de execução e deve ser indicado pelo credor, quando a execução pode ser efetuada por mais de um modo (CPC, art. 615, I).

¹⁷⁰ “Problemas atuais da execução forçada”, *Repro* 23:71.

¹⁷¹ Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia...*, cit., p. 342.

¹⁷² “O processo...”, cit., p. 685.

1.6.1 – Execução por quantia certa

Na execução por quantia certa, o credor busca receber uma soma de dinheiro. É a execução forçada por excelência.

Ajuizada a ação de execução pelo credor, instruída com o título executivo e demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, após o juízo de admissibilidade, o devedor será citado para que, no prazo de 24 horas, pague o débito ou nomeie bens à penhora. A citação produz, no que for cabível, os efeitos a que se refere o art. 219 do CPC.

Na execução por quantia certa se identificam três fases essenciais. A primeira é a da apreensão de bens que comporta desdobramento em dois momentos capitais: a apreensão, propriamente dita, e o depósito. A segunda é a da expropriação dos bens apreendidos, culminando com a arrematação. A terceira é a do pagamento do credor, com o produto da alienação dos bens apreendidos e expropriados¹⁷³.

Em linhas gerais, na primeira fase ocorrerá a penhora dos bens nomeados pelo devedor e aceitos pelo credor, ou indicados por este na hipótese de o devedor perder o direito de nomear bens, os quais devem ser suficientes para cobrir o débito. À apreensão segue-se o depósito dos bens nas mãos do devedor, se o exeqüente concordar, ou do depositário judicial, na hipótese de recusa. Feita a penhora, garantindo o juízo da execução, intima-se o devedor para oferecer

¹⁷³ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 223.

embargos no prazo de dez dias, a contar da data da juntada aos autos da prova da intimação.

Os bens apreendidos no patrimônio do devedor e, excepcionalmente de terceiro sujeito à responsabilidade executiva, ficam afetados à execução, visando a satisfação do credor. Na segunda fase, o Estado, através do órgão jurisdicional, após a avaliação dos bens, desde que se esgote *in albis* o prazo para oferecimento de embargos, ou se rejeitem os que hajam sido oferecidos, procede à expropriação propriamente dita, alienando os bens a terceiros, por meio de licitação pública. A arrematação somente se consuma com a lavratura do auto, 24 horas depois de encerrada a licitação (CPC, art. 693).

Convertidos os bens em dinheiro, o processo de execução atinge seu fim com o pagamento do credor¹⁷⁴.

Não possuindo o devedor bens suficientes para cobrir sua dívida, aplica-se o procedimento da insolvência civil.

¹⁷⁴ O PL 4.497/2004, que cuida da execução por título extrajudicial, altera profundamente a execução por quantia certa, sendo certo que suas normas aplicar-se-ão ao procedimento de “cumprimento da sentença”. Dentre as novidades, teremos após a citação para o pagamento em três dias – e não sendo tal pagamento efetuado – a realização (pelo oficial de justiça) da penhora e avaliação em uma mesma oportunidade. Também propõe-se como meio expropriatório preferencial, a adjudicação pelo próprio credor, por preço não inferior à avaliação e, caso assim não pretenda o credor, poderá solicitar sua alienação por iniciativa particular ou através de agentes credenciados, sob a supervisão do juiz, realizando-se a hasta pública apenas em último caso, simplificando-se, todavia, seus trâmites e permitindo ao arrematante o pagamento parcelado do preço do bem imóvel, mediante garantia hipotecária. Outrossim, as regras relativas à penhorabilidade e impenhorabilidade de bens são atualizadas, além de outras alterações tendentes a impingir maior efetividade à execução.

1.6.2 – Execução específica

A sistemática processual atual dá relevo à tutela jurisdicional específica da obrigação, visando dar ao credor exatamente aquilo a que ele faria jus, se a obrigação tivesse sido cumprida espontaneamente pelo devedor. Dessa forma, a execução indireta, por coerção, deixa de ser excepcional, para assumir papel importante entre as atividades destinadas à satisfação dos direitos e efetividade da tutela jurisdicional¹⁷⁵.

Os efeitos do adimplemento podem ser alcançados por conduta do próprio devedor ou por mecanismos que possam substituir sua conduta, garantindo *resultado prático equivalente*.

Assim, a solução pecuniária por meio das perdas e danos, usual no sistema anterior à Lei n. 8.952/94, passou a ter lugar somente se o autor a requerer, ou se impossível a tutela específica ou resultado prático equivalente.

1.6.2.1 – Execução para entrega de coisa

O objeto da prestação constante do título é a entrega ao credor de algum bem diverso de dinheiro que se encontre indevidamente na posse do devedor.

A lei distingue a execução para a entrega de coisa certa da execução para a entrega de coisa incerta, sendo que o procedimento estabelecido para a primeira é também aplicável, no essencial, à segunda (CPC, art. 631). Todavia,

¹⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma....*, cit., p. 224.

no tocante à coisa incerta, pode sobrevir a impugnação, por qualquer das partes, da escolha feita pela outra, no prazo de 48 horas, devendo o juiz decidir de plano, ouvindo perito de sua confiança, se necessário (CPC, art. 630). Caso não haja o incidente, ou desde que decidido, segue a execução o procedimento traçado para a entrega de coisa certa.

A Lei n. 10.444/2002 instituiu mudanças no regime previsto para a execução para a entrega de coisa, que passou a ser regida por dois sistemas, conforme a natureza do título executivo. Quando se cuida de *título executivo extrajudicial* aplicar-se-á o regime previsto nos arts. 621 e seguintes, por expressa determinação legal, reservando-se o regime disciplinado no novel art. 461-A para a execução fundada em *título executivo judicial*.

Haverá processo executivo autônomo se a execução se fundar em título extrajudicial, iniciando-se com o ajuizamento da petição inicial, na qual se requer a citação do devedor para entregar a coisa no prazo de dez dias. Depositando a coisa e lavrado o termo competente, poderá o devedor embargar, no prazo de dez dias, os quais podem ser rejeitados *in limine*, ou recebidos, para processamento, suspendendo a execução. Uma vez julgados improcedentes, poderá o credor proceder ao levantamento do bem.

Faz-se mister ressaltar que, naquilo que for possível, aplicam-se as inovações trazidas pelo art. 461-A do CPC, sobretudo quanto às medidas de apoio. *“Final, não faria sentido oferecer uma tutela menos efetiva a quem está*

*em uma situação mais privilegiada, amparada pelo grau de certeza de que é portador um título executivo*¹⁷⁶.

Por outro lado, na ação de conhecimento que tenha por objeto a entrega de coisa, ao julgar procedente o pedido, concedendo ao autor a tutela específica, fixa o juiz o prazo para o cumprimento da obrigação e, se o réu não cumprir nesse prazo, faz expedir em favor do autor o mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel, respectivamente (CPC, art. 461-A, *caput* e §2º.). Dispensa-se a instauração de um processo executivo autônomo, constituindo a ação para entrega de coisa uma ação executiva *lato sensu*¹⁷⁷.

Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, ainda, caso necessário, na busca de resultado prático equivalente, valer-se das medidas de apoio contempladas no § 5º. do art. 461 (CPC, art. 461-A, §3º). Na hipótese de recalcitrância do devedor aplicar-se-á multa (*astreintes*), a qual incidirá após o prazo judicial concedido para a entrega da coisa, visando a persuadir o devedor.

A tutela específica das obrigações de entregar coisa agora poderá ser antecipada, tal qual ocorria com as obrigações de fazer e não fazer, desde que satisfeitos os requisitos da probabilidade das alegações do autor, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (CPC, art. 461-A, §3º. c.c. art. 461, §3º.).

¹⁷⁶ Luiz Guilherme Aida Bondioli, "Tutela específica: inovações legislativas e questões polêmicas", *A nova etapa da reforma do código de processo civil*, p. 180.

¹⁷⁷ Luiz Rodrigues Wambier e outra, *Breves comentários à 2ª. fase da reforma do código de processo civil*, p.116.

Verifica-se que a distinção essencial entre os dois sistemas, como apontou BARBOSA MOREIRA, consiste em que, é despicando um processo de execução diferenciado na hipótese de título judicial, devendo o próprio órgão judicial, de ofício, efetivar a decisão. Na execução pautada em título extrajudicial, o prazo para o cumprimento da obrigação (dez dias) é fixado em lei (CPC, art. 621, *caput*), ao passo que nas hipóteses de procedência do pedido em ação cognitiva, compete ao juiz fixá-lo na sentença¹⁷⁸.

Assim, eliminou-se a ação autônoma de execução de tais obrigações quando o título for judicial, permanecendo a ação de execução quanto aos títulos extrajudiciais.

Importante anotar que nos dois sistemas há sempre um prazo para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, após o qual, subsistindo a omissão, passa-se à satisfação coativa do credor, por meio da expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, em seu favor¹⁷⁹.

Para LEONARDO GRECO, a execução para entrega de coisa fundada em título extrajudicial é um procedimento excessivamente favorável ao devedor porque além do prazo fixado para o cumprimento da obrigação, lapso de tempo em que não se realiza atividade coativa, o devedor, depositando a coisa nesse prazo, faz jus a mais dez dias para embargar a execução com efeito suspensivo,

¹⁷⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo....*, cit., p. 198.

¹⁷⁹ *Ibid.*, mesma página.

devendo o credor esperar a rejeição dos embargos para se investir na posse da coisa¹⁸⁰.

Nas hipóteses em que a tutela específica se tornar inviável (CPC, art. 627), o credor somente poderá ser satisfeito com a entrega do equivalente em dinheiro, sem prejuízo das perdas e danos e da multa, convertendo-se a execução específica em execução por quantia certa.

1.6.2.2 – Execução das obrigações de fazer e de não fazer

A execução das obrigações de fazer e de não fazer, que consistem num comportamento comissivo ou omissivo do obrigado, também se sujeita a dois regimes, à luz da Lei n. 10.444/2002.

Tratando-se de *título executivo extrajudicial* aplicar-se-á o regime previsto nos arts. 632 e seguintes, reservando-se o regime disciplinado no art. 461 para a execução fundada em *título executivo judicial* (CPC, art. 644).

Quanto à execução de obrigação de fazer ou de não fazer, fundada em título extrajudicial, haverá processo autônomo, citando-se o devedor para praticar o ato no prazo fixado no título executivo, ou, sendo este silente, pelo juiz (CPC, art. 632, 2^a. parte), ou para não praticar o ato de que há de se abster (obrigação de não fazer). Cumprindo a obrigação, a execução se extingue, ressalvando-se o seu prosseguimento quanto a alguma prestação devida, como o pagamento das verbas da sucumbência. Poderá o devedor, ainda, optar por embargar a execução, no decêndio subsequente à juntada do mandado aos autos, ficando a

¹⁸⁰ O processo..., cit., v. 2, p. 461.

execução suspensa na hipótese de recebimento. Julgados improcedentes, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo.

Podendo a obrigação ser cumprida por terceira pessoa, a recalcitrância do devedor em cumpri-la, autoriza o credor a requerer que o ato seja praticado por terceiro, à custa daquele. O executor será escolhido por licitação.

Por outro lado, sendo a obrigação infungível, cujo cumprimento deve se dar por pessoa determinada, o seu descumprimento por parte do devedor, torna inviável a execução específica.

“Vale-se então o ordenamento jurídico de outros expedientes. Um deles consiste em colocar à disposição do credor meios de exercer pressão sobre a vontade do devedor, a fim de que este se resolva a adimplir”¹⁸¹. Recorre-se o nosso sistema processual à ameaça de multas periódicas (*astreintes*) que se aplicam à execução fundada no art. 645, à exemplo da execução para entrega de coisa certa em se tratado de título extrajudicial.

A tutela das obrigações de fazer e de não fazer, disciplinada no art. 461 do CPC, dispensa a formal instauração de um processo executivo para a execução de sentenças condenando a um fazer ou a uma abstenção¹⁸².

Sempre que for possível exigir a prestação *in natura*, são cabíveis as *astreintes*, a contar do prazo assinalado pelo juiz, como meio de pressão psicológica para forçar o devedor a adimplir a obrigação. Verificando que o valor

¹⁸¹ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo...*, cit., p. 218.

¹⁸² Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma...*, cit., p. 221.

da multa se tornou excessivo ou insuficiente, poderá o juiz alterá-lo (CPC, art. 461, §6º). A multa é devida ainda que a obrigação se converta em perdas e danos.

Visando à efetivação da tutela específica ou à obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas de apoio exemplificadas no §5º. do art. 460 (medidas executivas *lato sensu*), as quais são direcionadas a produzir esses resultados independentemente da colaboração do obrigado. Tais medidas se aplicam para a efetivação da tutela concedida em caráter definitivo ou em antecipação (CPC, art. 461, §3º).

Conclui ADA PELLEGRINI, amparada em lição de KAZUO WATANABE, que a sentença do art. 461, quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu §5º. podem dar ensejo a provimento mandamental e executivo *lato sensu*¹⁸³.

Qualquer que seja a obrigação de fazer ou de não fazer, tem cabimento a multa (meio de pressão psicológica), bem como as medidas de apoio. Todavia, sendo personalíssima a obrigação, na hipótese de recalcitrância do devedor, tem-se um caso de impossibilidade, o que desencadeia a conversão¹⁸⁴.

¹⁸³ Ada Pellegrini Grinover, "Aspectos da reforma do código de processo civil", *Repro* 79:65-76.

¹⁸⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma...*, cit., p. 233.

1.7 – PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO

A ordem jurídica é um sistema de regras e princípios. Ambos são espécies de normas jurídicas.

Na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.¹⁸⁵

Os princípios, além de informarem as regras jurídicas, situam-se em um patamar superior de abstração e existem, quer explicitamente, quer implicitamente, no sistema normativo, tido como um *sistema aberto*, possuindo uma dimensão de peso e importância em relação às regras¹⁸⁶, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma “pirâmide normativa”.

Os princípios costumam ser classificados em princípios fundamentais e informativos; os primeiros seriam aqueles carregados ideologicamente, comportando balanceamento em cada ordenamento concreto, em oposição aos informativos, de ordem técnica e universal, não se sujeitando a variações econômicas.

O legislador constituinte, ao assegurar no art. 5º., inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, outorgou ao Estado o monopólio da jurisdição e aos jurisdicionados assegurou, em contrapartida, o direito fundamental à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Sendo um direito fundamental, sua eficácia vinculante é imediata (art. 5º., §1º.).

Desse princípio, que encerra todas as garantias processuais constitucionalmente asseguradas, exsurge o *postulado da máxima coincidência no processo de execução*, formulado por BARBOSA MOREIRA, que deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito¹⁸⁷.

Aponta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁸⁸ os seguintes *princípios fundamentais e informativos do processo de execução*:

a) **Toda execução é real**: incide sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor;

¹⁸⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p. 629-630.

¹⁸⁶ Cf. Eros Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 93.

¹⁸⁷ “Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais”, RePro 41:152-161. O autor aborda todos os limites à atuação deste postulado, como a inexistência ou ocultação de bens pelo executado; manobra do devedor em alienar bens a terceiro, mau funcionamento do mecanismo da alienação forçada de bens etc, bem como as reações tendentes à superação dos limites.

¹⁸⁸ *Processo de execução*, p. 54-56.

- b) **Toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do exeqüente:** deve ser parcial, não atingindo todo o patrimônio do devedor, mas apenas a porção indispensável para a realização do direito do credor;
- c) **A execução deve ser útil ao credor:** é inadmissível a execução que apenas cause prejuízo ao devedor, sem nenhuma vantagem para o credor (CPC, art. 612);
- d) **Toda execução deve ser econômica:** deve ser o menos prejudicial possível para o devedor;
- e) **A execução deve ser específica:** deve propiciar ao credor precisamente aquilo que ele obteria no cumprimento voluntário da obrigação;
- f) **A execução corre a expensas do executado;**
- g) **A execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana:** daí decorre a impenhorabilidade de certos bens, como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho etc.
- h) **O credor tem a livre disponibilidade do processo de execução,** o que lhe confere a possibilidade de desistir da execução por ato de vontade exclusivo seu, independentemente da concordância do executado (CPC, art. 569). Convém anotar que a desistência da execução não implica extinção dos embargos, salvo se versarem sobre matéria exclusivamente processual (CPC, art. 569, §único).

ARAKEN DE ASSIS¹⁸⁹, por sua vez, contempla em sua obra seis princípios, alguns dos quais já apontados por HUMBERTO THEODORO:

- a) **Princípio da autonomia:** a execução não é fase, mas sim ente à parte dos processos de cognição e cautelar, inaugurada por demanda da parte;
- b) **Princípio do título:** *nulla executio sine titulo*;
- c) **Princípio da patrimonialidade:** refere-se ao exclusivo caráter real da execução, que visaria apenas o patrimônio do executado;
- d) **Princípio do resultado:** meios executórios visam satisfazer o credor;
- e) **Princípio da disponibilidade:** amplo poder de disposição do credor sobre o processo;
- f) **Princípio da adequação:** o meio executório deverá se mostrar idôneo a atuar compulsoriamente o direito reclamado.

Quanto ao princípio da patrimonialidade apontado por ARAKEN DE ASSIS, adverte LEONARDO GRECO que não pode mais ser considerado um princípio geral da execução, uma vez que hodiernamente se busca a execução específica, sendo certo que nem todo inadimplemento de obrigação, sobretudo das obrigações de fazer e de não fazer, se resolve em perdas e danos, recaindo sobre o patrimônio do devedor, a exemplo da execução indireta¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Manual...*, cit., p. 111-122.

¹⁹⁰ *O Processo...*, cit., v. 2, p. 2-3.

Dos princípios retro apontados decorre que a execução deve se fazer do modo menos gravoso para o devedor. Por isso o magistrado deve sempre optar por medida coativa menos onerosa para o devedor na busca da realização do direito do credor. Note-se que há um inegável conflito de interesses, uma vez que o credor visa a satisfação de seu crédito de forma célere, enquanto o devedor deseja a manutenção do status atual, sendo-lhe assegurado o direito a sofrer o menor prejuízo possível em sua liberdade e patrimônio.

1.8 – A EXECUÇÃO INDIVIDUAL OU COLETIVA – SINGULAR OU UNIVERSAL

Ao lado da execução individual por quantia certa que visa à satisfação de apenas um credor ou credores individualizados, em litisconsórcio, contempla nosso ordenamento jurídico a execução coletiva, em que a coletividade dos credores é convocada.

Por outro lado, diz-se execução singular quando a expropriação é afeta apenas aos bens suficientes para a satisfação do crédito, em oposição à execução universal, que abrange todos os bens do patrimônio do devedor.

1.8.1 – Insolvência civil

Levando-se em conta o estado patrimonial do devedor, tem-se a execução pecuniária contra devedor solvente e insolvente.

Insolvência é um estado de fato que se caracteriza pelo desequilíbrio financeiro do devedor que não possui bens suficientes para garantir o pagamento de todos os seus credores. Seu passivo é, pois, superior ao seu ativo.

A insolvência apenas ganha contorno jurídico quando declarada judicialmente.

A execução por quantia certa contra devedor insolvente tem caráter universal (todos os bens suscetíveis de penhora são arrecadados – CPC, art. 751, I) e coletivo, já que todos os credores serão convocados (CPC, art. 761, II).

Para LEONARDO GRECO¹⁹¹, a execução coletiva apresenta dupla finalidade: possibilitar o recebimento mais completo possível dos créditos pelos seus titulares, em igualdade de condições (finalidade de caráter privado) e diluir os reflexos da insolvência do devedor, para que possam ser suportados pelo mercado, distribuindo-se os prejuízos, se possível, entre os diversos credores (finalidade de caráter público).

ARAKEN DE ASSIS¹⁹², por sua vez, aponta duas características fundamentais do processo executivo coletivo que visam a equacioná-lo. Em primeiro lugar, a universalização objetiva da penhora, sujeitando-se à penhora todos os bens do executado; em segundo, a universalização subjetiva, consumada no chamamento de todos os credores para harmonizar seus créditos ao déficit patrimonial.

Essas duas características devem estar presentes para que fique caracterizado o concurso universal de credores, pois em que pese a execução individual ser ordinariamente singular, adverte DINAMARCO¹⁹³ que pode ser penhorada e expropriada uma pluralidade de bens, sendo, ademais, lícito em uma

¹⁹¹ *O processo....*, cit, v. 2, p. 550.

¹⁹² *Manual....*, cit., p. 993-4.

¹⁹³ *Execução Civil*, p. 339.

execução singular formar-se uma pluralidade de credores na disputa do produto da alienação do bem penhorado (CPC, arts. 711 a 713).

O devedor, a sociedade simples, seja qual for a sua forma, e o espólio, na hipótese de falecimento do devedor, sujeitam-se à insolvência civil, a qual é regida pelos arts. 748 e seguintes do CPC, além das disposições gerais do processo de execução, dentre elas a norma do art. 574 do CPC.

A existência de bens reputados impenhoráveis pelo ordenamento jurídico e, em consequência, não passíveis de arrecadação, constitui exceção ao concurso universal, sendo certo, ademais, que a Fazenda Pública não se sujeita ao concurso de credores, exceto entre pessoas jurídicas de direito público, à luz do art. 187 do Código Tributário Nacional.

O *iter* processual da execução por quantia certa contra devedor insolvente desenvolve-se em duas fases, sendo a primeira, de natureza cognitiva, destinada à verificação prévia da situação de desequilíbrio econômico do devedor, encerrando-se com a eventual declaração de sua insolvência (CPC, arts. 758 e 761), e a segunda, executiva propriamente dita, em que se praticam atos materiais visando à satisfação dos credores, na medida do possível¹⁹⁴.

ARAKEN DE ASSIS e LEONARDO GRECO¹⁹⁵ falam em três fases, aduzindo que a primeira, dita inicial, vai desde o requerimento inicial até a decisão que inaugura o concurso, analisando os efeitos que dela emanam; a segunda, instrutória, que

¹⁹⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *Novo...*, cit., p. 266; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução...*, cit., p. 342.

¹⁹⁵ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 1007 e Leonardo Greco, *O processo...*, cit., v. 2, 561-2.

corre da assunção do administrador à verificação e à classificação dos créditos; por fim, a terceira fase que abrange a realização do ativo, a solução do passivo e a extinção do processo.

Se ao final do procedimento subsistirem saldos, por eles respondem bens penhoráveis que venham a ingressar no patrimônio do devedor até que se lhe declare a extinção das obrigações a pedido do devedor (CPC, arts. 774 e 775). O prazo extintivo é de cinco anos, contados a partir da data do encerramento do processo de insolvência, ou, como aponta BARBOSA MOREIRA, *“do trânsito em julgado da sentença que o encerrou; se porventura ele foi reaberto (art. 776) uma ou mais vezes, a sentença que se tem em vista é a do último encerramento”*¹⁹⁶.

Extintas as obrigações, cessam as restrições decorrentes da declaração de insolvência (CPC, art. 752).

Como já assentado, sendo a insolvência civil uma execução concursal, a norma inculpada no art. 574 do CPC incide na insolvência civil sempre que a obrigação que deu azo ao pedido de insolvência for declarada inexistente no todo ou em parte pela sentença que deixar de acolher o pedido de insolvência, bem como por sentença proferida em ação declaratória autônoma ou rescisória.

Nessa última hipótese, declarada a insolvência e habilitados os credores, estes não responderão pela indenização a que alude o art. 574 do CPC, que ficará adstrita ao credor que requereu a insolvência, já que não deram causa ao pedido de insolvência, limitando-se a habilitar seus créditos por força de lei.

¹⁹⁶ O novo..., cit., p. 278.

1.8.2 – Falência

Diz-se falência a execução coletiva de quem exerce a mercancia, pois apenas o empresário ou a sociedade empresária pode falir¹⁹⁷.

Ao requerer a falência, o sujeito ativo deve demonstrar o estado de falência do comerciante, que se caracteriza pela impontualidade ou pela prática de atos suspeitos.

É impontual o devedor que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido de falência (art. 94, inc. I da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)¹⁹⁸.

Também será decretada a falência do devedor que, executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal (art. 94, inc II).

Todavia, ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar (art. 94, §2º.).

¹⁹⁷ A nova Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que entrará em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, regula não apenas a falência do empresário e da sociedade empresária, mas principalmente a sua recuperação judicial e extrajudicial. Dando ênfase à recuperação judicial, busca-se viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47).

¹⁹⁸ A nova lei passou, assim, a impor um limite de valor para a decretação da falência que não existia.

Os atos suspeitos estão elencados no inciso III do art. 94, ressalvando expressamente a lei que a falência não será decretada se o devedor que os praticar fizer parte de plano de recuperação judicial¹⁹⁹.

Com a sentença, o estado de falência se constitui em estado de direito, sobrevivendo para o falido uma nova situação jurídica, com a imputação de deveres. Daí ser constitutiva a natureza jurídica da sentença falencial²⁰⁰.

Interessa-nos a impontualidade, cujo ônus da prova recai sobre o requerente da falência que, para tanto, deverá instruir a inicial com os títulos executivos, exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntados em outro processo, acompanhados dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica (art. 94, §3º.)²⁰¹.

¹⁹⁹ Os atos suspeitos são:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona o estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

²⁰⁰ Miranda Valverde leciona que: *“Se o juiz entende que foram cabalmente provadas as condições legais do estado de falência, declara-a por sentença, iniciando-se imediatamente, a execução provisória, alíás, no caso de ter sido interposto o competente recurso. Tal sentença, enquanto reconhece a preexistência de uma situação de fato, é declaratória; constitutiva, porém, no dizer dos processualistas, porque, e na verdade, instaura um novo estado jurídico, o de falência, previsto e regulado na lei, valendo erga omnes”* (Comentários à lei de falência, v. 1, p. 146).

²⁰¹ Sob a égide da legislação anterior já era imprescindível o protesto para fins falimentares até mesmo dos títulos não sujeitos a protesto necessário, como, por exemplo, a setença judicial, ou a obrigação de um avalista ou endossante. Neste sentido: TJSP - Ap. Cív. nº 84.991-4 - Campinas - 1ª Câmara de Direito Privado - Rel. Guimarães e Souza - J. 23.06.98 - v.u.

O título executivo pode ser tanto judicial quanto extrajudicial (arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil).

1.8.2.1 – A responsabilidade do credor requerente da falência

Reza o art. 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, *in verbis*:

Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

§1º. Havendo mais de 1 (um) autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no *caput* deste artigo.

§2º. Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar a indenização dos responsáveis²⁰².

Trata-se de uma responsabilidade subjetiva, impondo a demonstração do dolo propriamente dito ou culpa *stricto sensu* do requerente. Para MIRANDA VALVERDE o termo “dolo” está no dispositivo no sentido genérico, como sinônimo de má-fé²⁰³.

Provado de forma inequívoca o dolo do requerente da falência, a sentença que denegar a falência condena-lo-á em perdas e danos, independente de pedido do devedor, por ser pena imposta por lei. Já em se tratando de terceiro

²⁰² A disposição é semelhante a que existia no art. 20 do Decreto-lei n. 7.661/45.

²⁰³ *Comentários à lei de falência*, v. 1, p. 172.

prejudicado, a indenização deve ser por ele exigida em ação própria contra os responsáveis.

SILVA PACHECO é incisivo ao afirmar que “*se não tiver a intenção de prejudicar, nem tiver assumido o risco de produzir esse prejuízo, não há como condenar o requerente*”²⁰⁴, defendendo que o dolo há que resultar provado, ainda que por indícios e presunções.

Assim, para que exsurja a responsabilidade do requerente é necessária a denegação da falência e o dolo manifesto do requerente. Havendo culpa simples, cabe ao requerido ajuizar ação de indenização.

São reputadas condutas dolosas, a ensejar a indenização preconizada no artigo em comento, o requerimento de falência lastreado: em letra de câmbio sem aceite, não comprovando o negócio subjacente e sem entrega de mercadoria (TJSP - Ap. 53.939-1 – 1ª. C. – j. 27.12.84 – rel. Des. Álvaro Lazzarini, *in* RT 585/85); em nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito (TJSP - Ap. 272.174-4/8-00 – 3ª. C. – j. 11.03.03 – rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves); em título pago (TJSP - Ap. 290.877-4/8 – 3ª. C. – j. 05.08.03 – rel. Des. Waldemar Nogueira Filho e Ap. 154.211-4 – 2ª. C. – j. 26.09.00 – rel. Des. Osvaldo Caron, *in* LEX 236/65). Ademais, já se admitiu a incidência do art. 20 quando os requerentes pretenderam estender a falência a terceiros, pelo simples fato de terem sido prepostos e parentes do titular da firma causadora do dano que sofreram (TJSP - Ap. 119.405-1 – 4ª. C. – j. 28.12.89 – rel. Des. Freitas Camargo, *in* RT 652/76)²⁰⁵.

²⁰⁴ *Processo de falência e concordata*, p. 304.

²⁰⁵ Julgados sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/45, mas ainda aplicáveis, já que o atual art. 101 contempla norma semelhante à do art. 20 daquele decreto.

Por outro lado, a extinção do processo falimentar, por vício de citação ou depósito elisivo, não faz incidir o art. 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, uma vez que não houve denegação da falência por ausência de seus requisitos (STJ – Resp 457283- 1º. T. – j. 01.03.04 – Min. Humberto Gomes de Barros).

Importante ressaltar que a jurisprudência majoritária mostra-se contra a aplicação do art. 940 do Código Civil à falência, em razão da norma especial ora em estudo determinar se indenize o requerido pelas perdas e danos, advertindo o Des. OSWALDO CARON, em arresto do Tribunal de Justiça deste Estado, não haver como confundir o pedido de falência com ação de cobrança ou execução de título extrajudicial (JTJ 236/65)²⁰⁶.

Tendo agido o requerente com má-fé, não se pode olvidar que incide também a verba devida pelo ônus da sucumbência que é de direito comum²⁰⁷.

A indenização preconizada ao requerido deve englobar todos os danos padecidos com o doloso requerimento da sua falência e as naturais conseqüências daí advindas para o seu nome no meio social, bem como os desfalques sofridos com a paralisação de seus negócios, e será suportada pelo requerente da quebra.

²⁰⁶ No mesmo sentido: TJSP – Ap. 28.723-4 – 2ª. C. – j. 27.05.97 – rel. Des. Vasconcellos Pereira e Ap. 83.022-4 – 3ª. C. – j. 26.05.98 – rel. Des. Alfredo Migliore.

²⁰⁷ Neste sentido: “HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Falência - Pedido indeferido - Sucumbência cabível e devida, eis que o Código de Processo Civil é lei subsidiária do diploma falimentar - Condenação ainda mais justificada pela conduta da parte vencida, que raiou a esfera do dolo - Decisão mantida - Aplicação do artigo 20 do Dec-lei n. 7.661/45. São devidos honorários advocatícios nos pedidos de falência frustrados, pois o Código de Processo Civil é lei subsidiária do diploma falitário. Tal verba é devida, especialmente, quando a conduta dos requerentes raia a esfera do dolo (artigo 20 da Lei de Falências)”(TJSP - Ap. Cív. nº 119.405-1 - SP - 4ª Câmara - J. 28.12.89 - Rel. Des. Freitas Camargo - v.u., in RT 652/073). Ver também Rubens Requião, *Curso....*, cit.. p. 118.

O montante da indenização deve ser apurado em liquidação a ser feita por artigos, segundo o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, nos próprios autos do pedido de falência, sem a necessidade de nova ação. Advertiu, ainda, que o conceito de "prejudicado" contido atualmente no §2º do art. 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, é mais amplo do que o de falido ou devedor²⁰⁸.

²⁰⁸ STJ - REsp. nº 214.295 - BA - 4ª T. - j. 23.05.2000 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Neste arresto ficou assentado que “pelas peculiaridades do caso, tais como a figura do causador do dano confundir-se com a do representante legal da empresa lesada, o sócio contestante, devido à existência de prejuízo pessoal, pode exercer o direito de ser indenizado nos próprios autos do pedido de falência, sem a necessidade de nova ação”.

CAPÍTULO 2

2 – RESPONSABILIDADE DO CREDOR NO PROCESSO EXECUTIVO

2.1 – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

À luz dos princípios que regem o processo de execução, não se pode olvidar que, tendo a execução a finalidade exclusiva de satisfazer o direito do exeqüente, em princípio, compete ao executado suportar a responsabilidade pelo custo da demanda executória.

Afinal, ao deixar de adimplir a obrigação estampada no título executivo, o devedor não deixa outra opção ao credor, face ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, senão a execução forçada que deve correr às expensas do devedor para não onerar ainda mais o credor contra quem militará, ainda, o dano marginal.

Assim, o ônus da sucumbência gerado pelo próprio processo, composto pelas despesas e custas processuais e honorários de advogado, compete ao devedor.

Importante anotar que o direito público subjetivo, de que é titular o portador do título executivo (ação executiva), dá ensejo a uma relação jurídica processual que instrumentalmente prescinde da qualidade de sujeito da relação jurídica de direito material, já que não há contato direto da ação executiva com o direito substancial.

Contudo, a existência e a função da ação executiva se legitima com referência à existência e à necessidade de realização de um direito de

responsabilidade de natureza substancial, dado que o direito material vincula, além da prestação, um vínculo subsidiário de garantia, havendo um vínculo teleológico entre a ação executiva e o direito subjetivo substancial²⁰⁹.

Face ao poder do credor se coloca um estado de sujeição do devedor executado que se traduz na responsabilidade executiva. Disto é possível deduzir, segundo PUGLIATTI: a) que a responsabilidade executiva é como a ação, ou seja, uma posição de direito processual; b) que enquanto a ação exprime um poder contra o órgão jurisdicional, a responsabilidade consiste em uma sujeição ao poder deste. É, pois, uma posição processual autônoma do devedor executado, como a ação executiva constitui uma posição autônoma para o credor. Todavia, adverte o mestre de Messina que a responsabilidade executiva deve ser necessariamente coligada a uma situação de responsabilidade atinente ao direito substancial²¹⁰.

Como ensina SATTA:

“Esiste un diritto soggettivo di credito, che ha per correlativo la prestazione; esiste un mezzo de tutela, di questo diritto, ed é l’esecuzione forzata sul patrimonio del devedore. Questa esecuzione forzata, come tutti i mezzi de tutela appartine allo Stato: il patrimonio del debitore è l’oggetto sul quale lo Stato esplica la tutela. Esso si trova pertanto in uno stato de soggezione verso lo Stato, e verso questo soltanto”²¹¹.

²⁰⁹ Salvatore Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 143-4.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 142.

²¹¹ Citado por Salvatore Pugliatti, *Esecuzione....cit.*, p. 144.

A responsabilidade patrimonial do devedor se exprime pela sujeição de seus bens à execução e constitui o fundamento e o pressuposto substancial da pretensão do credor de que o Estado proceda aos atos expropriatórios.

Iniciada a marcha do processo executivo, mediante o exercício do direito de ação pelo credor insatisfeito, portador de um título executivo, essa somente poderá ser obstada definitivamente, se restar demonstrada a inexistência do direito material espelhado no título executivo que implicará, destarte, a inexistência da responsabilidade patrimonial do executado.

Não se pode olvidar que há o risco de não correspondência entre a representação e realidade do crédito executivamente realizável, já que o título executivo não garante a efetiva existência do crédito nele representado. Se o título fosse capaz de fornecer tal garantia, tornar-se-ia desnecessário predispor mecanismos processuais destinados à explicação do controle cognitivo sucessivo à formação do título; ou seja, o controle cognitivo sobre o fundamento material da ação executiva, como adverte ANDOLINA²¹².

Esclarece, ainda, que a formação do título executivo não coloca *in vitro* a relação jurídica de direito obrigacional, a qual continua existindo normalmente, estando exposta à possível incidência de eventos modificativos ou extintivos (prescrição, pagamento, remissão, cessão, benefício de retenção etc), os quais, em razão de se verificarem sucessivamente à criação do documento, acabam por introduzir um *hiatus* entre a representação e a realidade do crédito²¹³.

²¹² Italo Andolina, '*Cognizione*'..., cit., p. 101.

²¹³ *Ibid.*, p. 101-2.

Questão importante, suscitada por ANDOLINA, é saber se há uma perfeita simetria entre a obrigação e o conteúdo representativo do documento no momento da constituição do título. Se a resposta for positiva, a área de risco ficará restrita aos fatos modificativos e extintivos verificados posteriormente à criação do documento, enquanto, sendo negativa a resposta, a área de risco se dilata para englobar também os fatos impeditivos existentes no momento de aperfeiçoamento do ato jurídico produtivo do crédito²¹⁴.

A área de risco se apresenta em sua extensão mínima quanto aos títulos judiciais, em que as matérias argüidas pelo devedor são limitadas e se estende quando se trata de títulos extrajudiciais, não formados pelo processo. Neles, o título nasce simultaneamente ao direito de crédito, no momento em que se aperfeiçoa o ato constitutivo da obrigação, não sendo precedido de um processo de conhecimento, tanto que a matéria discutida nos embargos é muito mais ampla.

Assim, conclui ANDOLINA que o parâmetro segundo o qual se dimensiona a área de risco de não correspondência entre a representação e realidade do crédito executivamente realizável, *“è costituito non già dal titolo esecutivo, ma dal sottostante atto giuridico; più in particolare, l'ampiezza del rischio è inversamente proporzionale alla efficacia certificante dell'atto che sottende il titolo”*²¹⁵.

O legislador pátrio, considerando o risco de não correspondência entre a representação e realidade do crédito executivamente realizável, mencionado por ANDOLINA, reconheceu expressamente a possibilidade de ser declarada

²¹⁴ Ibid., p. 104-5.

²¹⁵ Ibid., p. 106-7.

inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução. É o que reza o art. 574 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução.

Estamos diante da chamada **execução injusta**.

Note-se que a responsabilidade do credor pelos danos causados ao devedor pela execução injusta, diferencia-se da situação do exeqüente, para quem o sistema não contempla, em princípio, indenização pela demora do processo (o dano marginal, como vimos no item 1.3), quando vitorioso.

Afinal, na execução injusta não se vislumbra o próprio direito do credor reclamado na via executiva, enquanto que o dano marginal é um dano processual, experimentado pelo credor em razão da demora na satisfação de sua pretensão, ou seja, na demora da entrega efetiva da prestação jurisdicional. É um dano gerado no patrimônio do demandante, estranho à relação jurídica de direito material havida entre as partes, o qual se soma àquele já causado desde a propositura da demanda, na época em que surgiu o conflito. Muitas vezes é ocasionado pela própria ineficácia da máquina judiciária, consistindo num problema político e social.

Dessa forma, se a demora na entrega da prestação jurisdicional é atribuída à máquina judiciária, ou seja, ao Estado, contra ele caberá, em tese, uma ação de responsabilidade objetiva pelos danos advindos de sua inoperância. Ocorre que

essa idéia da responsabilidade do Estado – originalmente defendida pelo Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO (STJ)²¹⁶ – não encontrou ainda apoio nos tribunais superiores, inclusive no STF. Obteve apenas a simpatia da doutrina mais moderna.

VINCENZO VIGORITI, discorrendo acerca do custo e da duração do processo civil na Itália, vai além e formula a seguinte consideração propedêutica: “a expressão ‘duração do processo’ indica o intervalo de tempo entre a propositura da ação e sua decisão: não compreende o tempo necessário para execução forçada da própria decisão”²¹⁷.

Ademais, o executado que sofreu a execução injusta tem direito a reclamar os danos sofridos diretamente do credor. Como o exeqüente poderia ser indenizado pelo dano marginal que não foi ocasionado diretamente pelo devedor?

A par da execução injusta, há disposição legal expressa acerca da responsabilidade do credor pela execução provisória (CPC, art. 588, I), sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto de execução, impondo-lhe a obrigação de indenizar ao devedor pelos prejuízos que venha a sofrer, restituindo-se as partes ao estado anterior (CPC, art. 588, III). Trata-se de hipótese diversa da contemplada no art. 574 do CPC, possuindo campo de aplicação distinto.

²¹⁶ “Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional”, *RePro*, 40:147-156. O autor defende que o Estado tem a responsabilidade potencializada de assegurar aos indivíduos as condições necessárias para a consecução do bem comum. Assim, deve a prestação jurisdicional ser entregue dentro dos prazos e limites que o sistema jurídico positivo instituiu. A sua demora constitui prestação jurisdicional imperfeita. Assim, ao administrado cabe voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano.

²¹⁷ “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, *Repro* 43:145.

2.2 – A EXECUÇÃO INJUSTA: ART. 574 DO CPC

A sanção expressa no art. 574 do CPC não encontra similar na legislação anterior. A *mens legis* da citada disposição legal é coibir o exercício do direito à tutela jurídica executiva pelo credor, para veicular pretensão fundada em direito inexistente.

No direito pátrio, a expressão “execução injusta” é empregada por DONALDO ARMELIN, LEONARDO GRECO e WILLARD DE CASTRO²¹⁸ para referir-se ao instituto em comento. ORLANDO SOARES²¹⁹ afirma que o art. 574 trata da execução “ilegal”, ou “injusta”, advertindo que a noção de injusto nem sempre equivale a de ilegal, sem, contudo, diferenciá-las. No mesmo sentido é o posicionamento de HUMBERTO THEODORO, para quem “trata-se de execução *ilegal* e não apenas injusta”²²⁰. A expressão “ilegal” também é aceita por MENDONÇA LIMA.

O mestre gaúcho é incisivo:

“O dispositivo analisado não procura regular a execução injusta no seu verdadeiro sentido técnico, que pode ter esta mácula e ser legal. O ressarcimento preconizado é em torno da execução ilegal, motivado por uma execução que não tinha base para ser ajuizada. É claro que, em acepção ampla, a execução ilegal é uma execução injusta; mas a recíproca não é verdadeira: a injusta nem sempre é ilegal, podendo ser,

²¹⁸ Donaldo Armelin, “O processo...”, cit, p. 684; Leonardo Greco, *O processo...*, cit, v. 2, p. 49-50; Willard de Castro Villar, *Processo de execução*, p. 17.

²¹⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 476 a 889)*, v. II, p. 161.

²²⁰ Humerto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, p. 111.

*até, legal (execução provisória tornada sem efeito pela reforma da sentença exequenda)*²²¹.

Ademais, AMÍLCAR DE CASTRO²²² se refere à “*execução infundada*” e TEORI ZAVASCKI²²³, por sua vez, fala em “*execução ilegítima e indevida*”.

Optamos por referir ao fenômeno em estudo como “*execução injusta*” e não “*execução ilegal ou ilegítima*” como apontam alguns doutrinadores, por entender que *in casu* a ação executiva foi aparelhada com um título que formalmente atendia aos reclamos da lei processual civil, sendo a execução legítima e admissível. Todavia, após o ajuizamento da ação de execução, veio a se provar, por meio de decisão transitada em julgado, proferida em um processo de natureza cognitiva (ação autônoma, embargos etc), que o título não espelhava uma obrigação (questão de mérito), sendo para o devedor uma execução infundada, injusta, pois.

Como já ressaltado inúmeras vezes ao longo deste trabalho, ao órgão executivo compete tão-somente a análise da regularidade formal do título quando do juízo de admissibilidade da demanda, a permitir o desenvolvimento da atividade executória, o que difere do juízo de conhecimento ao qual é dado conhecer da existência de crédito contido no ato.

²²¹ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 585)*, v. VI, t. I, p.214.

²²² *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 747)*, v. VIII, p. 28.

²²³ Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)*, p. 118.

A execução injusta é conhecida do direito português e italiano, em que pese naqueles países receber tratamento diferenciado dos respectivos legisladores, como veremos oportunamente.

2.3 – EXECUÇÃO INJUSTA X EXECUÇÃO ILEGÍTIMA

No direito italiano, MAURO BOVE²²⁴, analisando a relação entre a atividade executiva ilegítima e execução forçada injusta, ensina que a execução forçada é uma atividade de agressão, cujo sujeito é o Estado e que se centra no poder executivo. As condições de existência e de exercício deste poder são reguladas pelo direito processual, restando irrelevante a relação jurídica de direito material. Disto decorrem importantes conseqüências.

Em primeiro lugar, a legitimidade e ilegitimidade da atividade executiva dependem exclusivamente da aplicação de normas processuais. Afinal, se as situações jurídicas substanciais não são relevantes para o nascimento e exercício do poder executivo, é evidente que os atos realizados no exercício daquele poder não podem ser juridicamente valorizados segundo normas de direito substancial. *“L’attività esecutiva illegittima è dunque quella compiuta senza che ne sussistano i presupposti: tutti aspetti che sono disciplinati unicamente dal diritto processuale”*²²⁵.

Em segundo lugar, verifica-se que não existe propriamente uma atividade executiva injusta, ou seja, não se pode qualificar os atos do processo executivo

²²⁴ Mauro Bove, *L’esecuzione...*, cit., p. 50-52.

²²⁵ *Ibid.*, p. 51-2.

em termos de injustiça, por ser uma qualificação negativa de um ato em virtude de norma jurídica de direito material que não tem relevância para a ação executiva. O que se quer dizer com execução injusta é qualificar negativamente os efeitos substanciais que ocorrem eventualmente em um determinado processo executivo. Por isso a expressão “execução forçada injusta” refere-se à possibilidade que uma atividade executiva, ainda que legítima, possa determinar, *“al di fuori del processo esecutivo, assetti sostanziali ingiustificati, rapporti giuridici cioè non conformi all’applicazione delle norme ad essi proprie, ovvero le norme sostanziali”*.²²⁶

A execução forçada injusta é, pois, um fenômeno que acontece quando o processo executivo se põe em contraste com o direito substancial. Nas palavras do jurista italiano:

*“(...) è ingiusta l’esecuzione forzata compiuta senza credito o realizzata con mezzi, ossia coinvolgendo beni, che non rientrano nella sfera giuridica del debitore o comunque in una sfera giuridica legittimamente aggredibile a causa di quel certo credito”*²²⁷.

Como alerta MAURO BOVE²²⁸ a execução forçada é um fenômeno complexo, de dupla face, e que pode assumir conotações diversas, segundo se analisa a execução do ponto de vista da relação entre o credor, o devedor e o Estado, ou do ponto de vista da relação entre o credor e o devedor e a relação entre o credor e o devedor de um lado e, eventualmente, um terceiro interessado por ser o proprietário do bem objeto da constrição, de outro lado.

²²⁶ Ibid., mesmas páginas.

²²⁷ Mauro Bove, *L’esecuzione...cit.*, p. 1.

²²⁸ Ibid., p. 281-2.

Estudando o fenômeno executivo do primeiro ponto de vista, tem-se que ao credor não é dado invadir o patrimônio do devedor, objetivando realizar seu crédito, uma vez que nosso ordenamento jurídico obsta o desforço pessoal e a justiça privada, ao outorgar ao Estado o monopólio da jurisdição. Dessa forma, o credor tem apenas um direito público subjetivo (ação executiva) de exigir a intervenção da força do Estado, o qual tem o poder-dever de agredir a esfera jurídica patrimonial do devedor, desde que presentes os requisitos ditados por normas processuais. Sendo um fenômeno processual, não há que se falar em execução injusta, mas somente inválida. Contudo, não se pode olvidar que no plano substancial responde o credor pelas conseqüências desta atividade estatal²²⁹.

Somente podemos falar de execução injusta no ordenamento jurídico pátrio quanto ao segundo ponto de vista (relação jurídica entre o credor e o devedor), uma vez que a execução forçada injusta é um fato produtor de conseqüências contrárias ao direito substancial, ou seja, um fenômeno que nas relações entre os sujeitos privados é um fato ilícito.

WILLARD DE CASTRO é incisivo:

“(...) há execução injusta porque contra direito substancial, não execução contrária ao direito processual. Processualmente falando a execução é regular, correta, porque baseia-se num título executivo”²³⁰.

²²⁹ Por isso conclui Mauro Bove que “*sul piano sostanziale il fenomeno esecutivo è una fattispecie di cui risponde il creditore, una fattispecie quindi che, se qualificabile in termini di illiceità, è imputabile al creditore. Di conseguenza possiamo dire che, se sul piano processuale soggetto dell’attività esecutiva è l’organo dello Stato, sul piano sostanziale soggetto dell’esecuzione forzata è il creditore*” (L’esecuzione..., cit., p. 286).

²³⁰ Willard de Castro Villar, *Processo de execução*, p.17.

Conclui-se que a execução ilegítima é fenômeno que tem incidência no plano processual e engloba os requisitos de admissibilidade da ação executiva, ou seja, pressupostos processuais e condições da ação, em oposição à execução injusta que se relaciona ao próprio direito substancial em que se funda o título executivo, com implicações para os sujeitos privados interessados.

Assim, os vícios processuais que fulminem a execução, tais como ausência de título dotado de eficácia executiva, não autorizam a incidência da norma do art. 574 do CPC²³¹, uma vez que deixam incólume a obrigação do devedor, ainda que advenha prejuízo ao devedor que, *in casu*, deverá se contentar com as penas impostas pela litigância de má-fé, se o caso, ou ajuizar ação própria de indenização, pautada na responsabilidade subjetiva.

Tal conclusão se justifica, uma vez que as hipóteses de responsabilidade objetiva não podem ser ampliadas pela via exegética, por serem de direito estrito.

DONALDO ARMELIN esclarece que o legislador pátrio desaparificou a execução infundada daquela inadmissível. Por isso, a sentença que inadmite a ação executiva não se subsume à hipótese do art. 574 do CPC, quer porque sua eficácia declaratória cinge-se aos requisitos de admissibilidade desta, ou seja, aos pressupostos processuais e condições da ação, quer porque, como sentença de natureza meramente terminativa, não concerne à obrigação exigida na tela executiva e não gera trânsito em julgado de natureza material a seu respeito, o que se harmoniza com o sistema disciplinado pelo CPC quanto à execução, “o

²³¹ No mesmo sentido é o posicionamento de Donald Armelin ao afirmar que “a pretensão executiva inadmitida por motivos de ordem processual, embora de idêntico potencial lesivo,

qual autoriza a desistência desta ou de qualquer de seus atos pelo credor, sem gerar a responsabilidade objetiva deste (art. 569)²³².

Cumprir observar que é injusta a execução aforada contra quem venha a demonstrar não ser titular do direito de crédito, pois em relação a ele a obrigação exigida inexistente, sendo a ilegitimidade passiva matéria de mérito.

não se constitui em fundamento para a concretização dessa responsabilidade” (in “Responsabilidade...”, cit., p. 123).

²³² “Responsabilidade....”, cit., p. 105.

CAPÍTULO 3

3 – INCIDÊNCIA DO ART. 574 DO CPC NO SISTEMA

Neste capítulo buscaremos identificar o campo de atuação do art. 574, delimitando-o e diferenciando-o do campo de atuação dos arts. 588 e 17, I, do Código de Processo Civil, 940 do Código Civil, 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (nova Lei de Falências), e 18 da Lei n. 7.347/85, bem como frente ao microssistema dos juizados especiais e à execução fiscal, para uma melhor compreensão do tema.

3.1 – CAMPO DE INCIDÊNCIA

O campo de atuação por excelência da execução injusta é a execução definitiva. Isto porque há no ordenamento processual pátrio disposição expressa que regula a responsabilidade do credor nas execuções provisórias, prevendo duas conseqüências distintas: a responsabilidade do exeqüente pelos danos causados ao executado, caso a sentença seja reformada ou anulada (art. 588, I) e a restituição das partes ao estado anterior (art. 588, III). Neste sentido é o posicionamento da doutrina majoritária²³³.

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA é incisivo ao afirmar que o preceito ora em comento não se confunde com o art. 588, I, que rege a responsabilidade de quem

²³³ Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 101-2; Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, cit., p. 118; Orlando Soares, *Comentários...*, cit., p. 161; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 211; J. J. Calmon de Passos, “Responsabilidade do exeqüente no novo código de processo civil”, *RF* 246:168; Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 465; Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 116.

promoveu a execução provisória, e que, pela reforma da sentença exequenda, se tornou sem efeito, cumprindo ao credor 'reparar danos causados ao devedor'. São palavras do jurista de Pelotas:

“No artigo 588, I, é necessário que, na pendência de recurso com efeito meramente devolutivo, o credor-exeqüente-recorrido promova a execução provisória da sentença. No art. 574, porém, é o próprio julgamento definitivo da execução que pode originar o ressarcimento ao devedor dos danos que sofreu. Pode ocorrer que a responsabilidade do credor surja de duas fontes diferentes: a) baseada no art. 574; b) e baseada no art. 588, I, se bem que essa, normalmente, possa ser absorvida por aquela, ou seja, decorrência da mesma”²³⁴.

Contudo, MONIZ DE ARAGÃO e BARBOSA MOREIRA divergem da posição dominante²³⁵.

O eminente processualista CALMON DE PASSOS anotou que MONIZ DE ARAGÃO foi o primeiro a discorrer sobre o art. 574 do CPC, ainda em 1973, no Seminário de Estudos Jurídicos realizado em Salvador sob os auspícios da Associação dos Magistrados da Bahia. Naquela oportunidade, MONIZ DE ARAGÃO se manifestou pela aplicação do art. 574 apenas nas hipóteses de execução provisória, entendendo descabida sua incidência na execução definitiva, ressaltando, contudo, a provisoriedade de seu entendimento, sujeito a reexame após maior reflexão. Naquela oportunidade recebeu o apoio de BARBOSA MOREIRA.

²³⁴ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários....*, cit., p. 211.

²³⁵ A posição adotada por ambos os juristas é citada por J. J. Calmon de Passos, que a critica (“Responsabilidade....”, cit., p. 167).

A aplicação restritiva do dispositivo legal às hipóteses de execução provisória, por ambos os processualistas citados, ainda, segundo CALMON DE PASSOS, justificar-se-ia nos exatos e precisos termos utilizados pelo legislador pátrio, pois:

“Se uma sentença declara uma obrigação inexistente, isto significa que a execução se iniciará antes da sentença, o que somente cabe quando se trata de execução provisória esta, como tradicionalmente entendido, se faz à custa e risco do exeqüente. Já no particular da execução definitiva, o risco da reforma da sentença desaparece. A hipótese de ainda vir a surgir uma outra que declare, no todo ou em parte, inexistente a obrigação está afastada, porquanto somente através de uma ação rescisória se poderia discutir a sentença passada em julgado”²³⁶.

Em que pesem as alegações expendidas, razão não assiste aos nobres processualistas. Afinal, a obrigação em que se fundou a execução pode ser declarada inexistente no bojo de uma ação rescisória e até mesmo nos próprios embargos de devedor, como se verá adiante. Ademais, se o art. 574 do CPC não tivesse sua aplicação restrita à execução definitiva, *“seu âmbito de incidência estaria desnecessariamente imbricado com o do art. 588, I a III, do CPC”²³⁷.*

Posicionamento divergente é também o de PONTES DE MIRANDA, para quem o art. 574 do CPC concerne a qualquer execução desde que, depois da execução, tenha havido sentença, trânsita em julgado, que declarou não ter existido, no todo ou em parte, a obrigação e não a dívida, que se alegou para o exercício da ação executiva.

²³⁶ J. J. Calmon de Passos, “Responsabilidade...”, cit. 167.

²³⁷ Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 102.

Sustenta o jurista que, na execução provisória de sentença, julgado o remédio jurídico recursal contra o credor, pode dar-se o que se prevê no art. 574 do CPC, desde que o tribunal tenha conhecido e julgado procedente o recurso para declarar a inexistência da obrigação. Contudo, se a procedência do recurso não foi até aí (declaração de inexistência da obrigação), regem o art. 588, I e III, e o art. 588, §1º.). “Se foi, o art. 574 pode ser aplicado, posto que o devedor possa preferir a medida do art. 588, I”²³⁸.

No mesmo sentido é o posicionamento de ALEXANDRE DE PAULA²³⁹ ao defender que o art. 574 do CPC encontra aplicação na execução provisória se reformada a sentença exequenda, embora traga à colação parecer da Comissão Especial do Senado no sentido de que a regra consubstanciada neste artigo “é genérica, abrangendo o provimento dos recursos em cuja pendência a execução é definitiva...”, em oposição à regra do art. 588, I que é específica da execução provisória, de modo que “uma não exclui a outra”.

Por fim, convém ressaltar que, como a lei não restringiu a execução injusta à execução por quantia certa, forçoso é convir que também a obrigação de fazer ou não fazer, bem como a obrigação de entregar coisa certa podem ser declaradas inexistentes e, havendo dano ao executado, faz ele jus à indenização preconizada no art. 574.

²³⁸ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, p. 111.

²³⁹ Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado (arts. 566 a 889)*, p. 2365. No mesmo sentido é o posicionamento de José da Silva Pacheco, *Tratado das execuções (processo de execução)*, v. 2, p. 357.

3.2 – APLICAÇÃO QUANTO AOS TÍTULOS EXECUTIVOS

O dispositivo em estudo alberga qualquer título lastreador da via executiva, seja judicial ou extrajudicial, dado que o art. 574 do CPC não faz qualquer restrição quanto à natureza do título executivo²⁴⁰.

Divergente é a lição de AMILCAR DE CASTRO ao sustentar que o art. 574 do CPC somente se aplica à execução fundada em título extrajudicial, restringindo o alcance da norma jurídica²⁴¹.

3.3 – CONFRONTO COM A NORMA DO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL

Dispõe o art. 940 do Código Civil que aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição²⁴².

A citada disposição, que se encontra no capítulo relativo à obrigação de indenizar, trata da responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida. Pune-se o ato ilícito da cobrança indevida, impondo-lhe uma indenização previamente fixada pela lei (devolução em dobro da quantia indevidamente

²⁴⁰ Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 101-2; Sergio Fahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado (arts. 444 a 889)*, p. 305; Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., t. IX, p. 107; Humberto Theodoro Júnior, *Processo...*, cit., p. 111; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 215; J.J. Calmon de Passos, “Responsabilidade...”, cit., p. 170; Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 465.

²⁴¹ *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 747)*, p. 21.

exigida). Decorre de infração de norma de direito privado voltada ao interesse particular, constituindo uma sanção civil de direito material e não processual.

MARIA HELENA DINIZ defende, com acerto, a sua natureza compensatória, identificando dupla função na norma jurídica: “garantir o direito do lesado à segurança, protegendo-o contra exigências descabidas, e servir de meio de reparar o dano, exonerando o lesado do ônus de provar a ocorrência da lesão”²⁴³. Adverte, ainda, que não há que se falar em absorção do art. 940 do Código Civil pelos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, que aludem à responsabilidade das partes litigantes por dolo processual, por haver uma relação de complementação entre eles.

Faz-se mister que a obrigação cobrada seja de pagar dívida certa e, para a maioria da jurisprudência, que o demandante obre com malícia (má-fé)²⁴⁴. Neste sentido é a Súmula nº. 159 do STF, *in verbis*: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil.”

AGUIAR DIAS critica esse posicionamento, defendendo que até mesmo a culpa leve (simples imprudência ou negligência) ensejaria a sanção do art. 940 do Código Civil. São palavras do jurista:

²⁴² O artigo 940 do Código Civil encontra correspondência com o artigo 1531 do Código Civil de 1916.

²⁴³ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 3, p. 762.

²⁴⁴ “A regra instituída no art. 1.531 do CC diz respeito àquele que, incorrendo em malícia, propõe ação para haver dívida já paga no todo ou em parte” (R. 90.707, 1º TARJ, ADCOAS, 1983); “A penalidade do art. 1.531 do CC, que deve ser pleiteada em reconvenção ou ação própria, só tem aplicação quando demonstrada a malícia por parte do credor” (R. 70.054, TJSC, ADCOAS, 1980); “Sem prova de má-fé de parte do credor que faz cobrança excessiva, não se comina a pena do art. 1.531 do CC” (TJSP, RT 481/78).

"(...) não se compreendendo que um Código que reconhece a responsabilidade em face de culpa leve abrisse, para a cobrança indébita, uma exceção estranha, que forra ao dever de reparação essa mesma culpa, ou até, a culpa grave, pois só se comove em face da malícia ou dolo do autor"²⁴⁵.

Para DONALDO ARMELIN, apenas em caso de culpa *lato sensu* do credor afoito, ou já integral ou parcialmente satisfeito, é de se aplicar a sanção do art. 940, de natureza civil, que pode compreender a de natureza processual (art. 18), pois há presunção de que o credor tenha conhecimento da satisfação total ou parcial de seu crédito, o que denota a má-fé de sua conduta²⁴⁶.

Verifica-se que a disposição em estudo não se confunde com o art. 574 do CPC, quer porque despicienda a prova da existência de dano, quer porque demanda um elemento subjetivo, inserindo-se o dispositivo na doutrina da culpa, eximindo-se, todavia, o credor de boa-fé à luz da Súmula 159 do STF, o que não ocorre na execução injusta.

Ademais, nos termos do art. 940 do Código Civil, a indenização a ser paga pelo demandante é fixa e deve corresponder ao dobro do que foi cobrado indevidamente, enquanto a indenização preconizada pelo art. 574 do CPC não encontra patamar fixado pelo legislador.

Razão assiste a ARAKEN DE ASSIS ao sustentar que o art. 940 do Código Civil se encontra derogado em parte, haja vista o disposto no art. 574 do CPC,

²⁴⁵ *Da Responsabilidade Civil*, v. II, p. 524.

²⁴⁶ "Responsabilidade....", cit., p. 97.

motivo pelo qual seu campo de atuação se restringe ao processo de conhecimento²⁴⁷.

3.4 – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E A EXECUÇÃO INJUSTA

Por força do art. 598 do CPC, incidem no processo de execução todas as regras jurídicas processuais que regulamentam a litigância de má-fé e a indenização dela resultante (CPC, art. 18).

Sendo o processo o instrumento legítimo que o Estado colocou à disposição das partes para a solução dos conflitos visando à pacificação social, deve ser usado com parcimônia e lealdade pelos contendores, respeitando-se os deveres a eles impostos por razões ético-jurídicas (CPC, art. 14). Assim, busca-se impedir que as partes ajam com deslealdade, empregando artifícios fraudulentos por serem incompatíveis com a dignidade da justiça.

Caracterizada a litigância de má-fé à luz do art. 17 do CPC, o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa, e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (CPC, art. 18).

A sanção imposta ao litigante de má-fé não se confunde com a execução injusta, uma vez que pode ser imposta tanto ao exeqüente como ao executado, e até mesmo a terceiro interveniente, não se relacionando ao ter vencido ou perdido

²⁴⁷ *Manual....*, cit., p. 465.

a causa, mas sim ao ter praticado atitude ilícita, imprudente, imprecavida ou emulativa, geradora de um dano processual.

Na execução injusta a sanção é imposta ao credor, titular do pólo ativo da ação executiva, face ao princípio da causalidade, em razão dos danos ocasionados ao executado pela realização de atos executivos, quando um provimento jurisdicional definitivo, após o ajuizamento da ação executiva, declare inexistente o crédito executivo, no todo ou em parte²⁴⁸.

Ademais, para que se imponha a sanção por litigância de má-fé é necessário que a parte tenha obrado com dolo ou culpa, o que não ocorre na execução injusta.

Para LIEBMAN, em se tratando de processo de execução, o juiz deverá se certificar se houve por parte do exeqüente abuso de direito ou culpa grave ao promover execução que deveria revelar-se injusta ou nula. Cita como exemplo a anulação da execução por extinção do crédito anterior ao início da execução que demonstraria a evidente má fé do exeqüente, a ensejar sua responsabilidade pelo dano processual²⁴⁹.

Conclui-se que, ao lado da sanção específica à execução definitiva (CPC, art. 574) e da sanção própria à execução provisória (CPC, art. 588), há também a aplicação subsidiária das regras que regem o “princípio da probidade” (CPC, art. 16 e seguintes).

²⁴⁸ Araken de Assis, *Manual....*, cit., p. 464-5.

²⁴⁹ *Processo....*, cit., p. 116.

Neste sentido acentua CALMON DE PASSOS que no art. 17, I, do CPC vincula-se a responsabilidade à dedução de pretensão sem fundamento (o que é mais amplo que pretensão inexistente), reclamando ainda a presença do elemento subjetivo, ao passo que, no art. 574 do CPC, atrela-se a responsabilidade exclusiva e restritamente à inexistência de obrigação do executado, sendo, portanto, diferente do art. 17, I e do art. 588, ambos do CPC²⁵⁰.

Esclarece o jurista baiano que o art. 574 coloca-se ao lado do art. 17, I e do art. 588, representando os três:

“(...) um sistema harmônico para disciplina da responsabilidade do exeqüente: a) na execução provisória, responsabilidade objetiva, derivada do fato de haver sobrevivido sentença que modificou ou anulou a que foi objeto da execução; b) na execução definitiva, apóie-se ela em título judicial ou extrajudicial: 1. responsabilidade com culpa, pelo fato de haver o exeqüente deduzido pretensão cuja falta de fundamento não podia razoavelmente desconhecer; 2. ou responsabilidade objetiva, quando a execução frustrar-se por ter sido declarada inexistente a obrigação que lhe deu lugar”²⁵¹.

Ainda, segundo CALMON DE PASSOS, o art. 574 seria necessário para equiparar o título extrajudicial ao judicial para fins de execução, funcionando *“como freio à posição privilegiada que deferiu a quem executa com fundamento em título não sentencial”²⁵².*

Com razão, DONALDO ARMELIN chama a atenção para o fato de que a *“inexistência da obrigação”* somente corporifica a hipótese prevista no art. 574 do

²⁵⁰ “Responsabilidade...”, cit., p. 169.

²⁵¹ Ibid., p. 170.

²⁵² Ibid., mesma página.

CPC desde que tenha sido declarada por sentença transitada em julgado, não havendo que se falar em inexistência pré-processual antecedente à incoação do processo de execução como ensejadora da responsabilidade objetiva do credor, como sustenta CALMON DE PASSOS. Adverte o mestre:

“Em verdade, se a inexistência houvesse de ser pré-processual, o seu conhecimento pelo credor faria incidir o art. 16 do CPC. Também, se o credor, após o trânsito em julgado de decisão declarando inexistente a obrigação, vier exigí-la na via executiva, incidirá o art. 17, I, do CPC, tornando despicienda a aplicação de qualquer outra sanção, especialmente a do art. 574 do mesmo Código”²⁵³.

3.5 – A RESPONSABILIDADE DO ART. 101 DA LEI N. 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005, EM CONFRONTO COM O ART. 574 DO CPC

A responsabilidade imposta ao requerente da falência, por força do art. 101, não se confunde com a responsabilidade esculpida no art. 574 do CPC, visto que tem lugar somente na hipótese de denegação da falência e requer a presença do dolo, sendo despicienda a declaração de inexistência da obrigação em que se fundou o título, tendo um âmbito de aplicação muito mais amplo, englobando até mesmo a falência pautada em atos suspeitos.

Tendo o processo falimentar a natureza de um processo de execução coletiva, não se pode olvidar que a ele se aplica a responsabilidade objetiva do credor disciplinada no art. 574 do CPC, na hipótese da falência ter sido decretada com fulcro em título executivo que contemplava obrigação declarada inexistente

²⁵³ Cf. Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 104.

em ação declaratória autônoma ou ação rescisória. Responderá pela indenização tão-somente o credor que requereu a falência e não os demais credores que habilitaram seus créditos, por força do juízo universal da falência, por não terem dado causa ao prejuízo sofrido pelo requerido.

Outrossim, incidirá a norma do art. 574 do CPC se a sentença que julgou improcedente o pedido de falência declarar a inexistência da obrigação em que ela se fundou, sendo nesta hipótese, despiciendos o dolo ou culpa do credor.

3.6 – A RESPONSABILIDADE DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 EM CONFRONTO COM O ART. 574 DO CPC

Reza o art. 18 da Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, *in verbis*:

Art. 18. Nas ações de que trata esta Lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Conforme jurisprudência majoritária o disposto no art. 18 deve ser estendido a todos os legitimados ativos, o Ministério Público, inclusive (v.g. RSTJ, 81:168).

Esse artigo cuida da responsabilidade pelas despesas do processo, segundo o princípio geral da causalidade. Arcará com as despesas aquele que perder a demanda. O legislador, no entanto, para evitar inibições e democratizar o

exercício da ação civil pública, resolveu isentar os legitimados ativos, salvo se agirem com dolo.

Verifica-se que o citado artigo sanciona tão somente a litigância de má-fé, ou seja, o uso da ação civil pública de forma temerária, muitas vezes com objetivos políticos. Não se confunde com a responsabilidade pela execução injusta.

Note-se que o art. 18 é aplicável tão somente ao processo de conhecimento, para efeito de sucumbência, ou seja, relacionado com as despesas ordinárias do processo. Assim, iniciada a execução pode o executado lograr demonstrar a inexistência da obrigação em que ela se funda por meio de embargos, ação autônoma e rescisória, dando ensejo à responsabilização objetiva do legitimado ativo da ação civil pública nos termos do art. 574 do CPC. A execução injusta possui outro fundamento, que está no plano do direito material.

Justifica-se esse posicionamento porque a Lei n. 7.347/85 é silente quanto à fase executiva e, em conseqüência, quanto à responsabilidade do legitimado ativo pela execução, devendo ser aplicadas subsidiariamente as normas do processo executivo disciplinadas no CPC, dentre elas o art. 574.

3.7 – O ART. 574 DO CPC FRENTE AO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E À EXECUÇÃO FISCAL

Os processos de conhecimento e execução, no Juizado Especial, se imbricam em um processo único, dispensando a propositura de ação executória.

Assim, não ocorrendo o cumprimento voluntário da sentença transitada em julgado, terá início a execução forçada, bastando que o credor a solicite.

O procedimento e os requisitos são, basicamente, os mesmos do processo de execução disciplinado pelo Código de Processo Civil, aplicando-o subsidiariamente (arts. 52 e 53 da Lei n. 9.099/95).

Ora, se a Lei n. 9.099/95 é silente quanto à responsabilidade do credor na execução e, sendo o Código de Processo Civil aplicado subsidiariamente no microssistema dos Juizados Especiais, não se pode olvidar que nele ocorre a incidência do art. 574. Todavia, a declaração da inexistência da obrigação somente se dará em sede de embargos do devedor e ação autônoma, já que o manejo da ação rescisória foi expressamente vedado pelo art. 59.

Também nas execuções especiais, notadamente aquela da Lei n. 6.830/80 – Execução da Dívida Ativa da Fazenda, incide o art. 574, já que, a exemplo do microssistema dos Juizados Especiais, não há norma expressa acerca da responsabilidade do credor e as normas do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente à Execução Fiscal (art. 1º). Ademais, não há nenhum óbice legal a que a Fazenda Pública, na qualidade de exeqüente, seja obrigada a indenizar o executado pelos danos causados pela execução fiscal injusta. A declaração da inexistência da obrigação, por sua vez, dar-se-á nas hipóteses contempladas no capítulo 6.

CAPÍTULO 4

4 – NATUREZA DA RESPONSABILIDADE

A Responsabilidade origina-se direta ou indiretamente de uma conduta humana comissiva ou omissiva. Conforme o sistema normativo a que se subsume a conduta humana haverá responsabilidade de natureza religiosa, moral e jurídica e, não raras as vezes, uma conduta humana pode repercutir em todas essas esferas. Interessa-nos a responsabilidade jurídica ainda que o ordenamento jurídico seja o reflexo dos valores da sociedade para a qual é posto, dentre eles valores morais e religiosos.

O conceito geral de responsabilidade impõe a obrigação de reparar o prejuízo resultante de um ato ou fato de que alguém é o autor direto ou indireto.

Centra-se a questão em um sentimento social e humano já que a sociedade não tolera o fato de que alguém possa causar mal a outra pessoa e reste incólume em face do prejuízo individual. Assim, para que a conduta humana repercuta na esfera jurídica faz-se mister que esteja previamente disciplinada em um ordenamento jurídico e que identifique o autor do dano, impondo-lhe uma sanção pelos prejuízos causados. Daí, DONALDO ARMELIN sustentar que a responsabilidade jurídica está vinculada, em regra, à violação de uma norma, embora possa emergir sem esse resultado eventualmente²⁵⁴.

A responsabilidade jurídica pode ser penal, administrativa ou civil conforme o ramo do direito a que a norma violada diga respeito, sendo certo que um único

ato pode ser hábil a vulnerar concomitantemente diversos sistemas normativos. *In casu*, tratando-se de responsabilidade no processo de execução, sua natureza é civil.

4.1 – RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÃO

CAIO MÁRIO leciona que a responsabilidade civil é composta pelo binômio reparação e sujeito passivo, pois consiste na “*efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que ela forma*”²⁵⁵.

Neste sentido a concepção carnелutiana de responsabilidade jurídica, que corresponde a um aspecto de sujeição, considerada esta como uma relação jurídica passiva, na qual se manifesta com maior clareza a figura do devedor, com impotência para determinar, por si mesmo, a própria conduta, já que não pode se subtrair à sanção²⁵⁶.

Na execução injusta, a responsabilidade exsurge para o sujeito ativo da relação jurídica pelos danos decorrentes do processo de execução.

Como resulta de um dever jurídico geral de não prejudicar, é uma responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em oposição à responsabilidade contratual que provém da falta de cumprimento ou da mora no cumprimento de

²⁵⁴ “Responsabilidade...”, cit., p. 79.

²⁵⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 11.

²⁵⁶ Citado por Donaldo Armelin, “Responsabilidade....”, p. 78.

uma obrigação resultante de um contrato, negócio jurídico unilateral ou da própria lei²⁵⁷.

4.2 – FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE

Duas são as doutrinas existentes, de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa e, de outro lado, a doutrina objetiva que se concentra na teoria do risco, abstraindo-se da culpa.

Para a teoria da culpa não basta que objetivamente se tenha violado um direito subjetivo ou uma norma tuteladora de bens alheios. Exige-se, ainda, que subjetivamente o autor tenha agido com culpa.

Duas são as modalidades fundamentais da culpa, nexos de imputação do fato ao agente, segundo sua maior ou menor gravidade: o dolo e a culpa.

Hodiernamente, a doutrina reuniu na figura genérica do dolo dois núcleos de situações que, embora distintas sob o aspecto psicológico, suscitam o mesmo grau de reprovação perante o Direito: o dolo direto e o dolo eventual²⁵⁸. Fala-se

²⁵⁷ Antunes Varela leciona que durante séculos as duas variantes da responsabilidade civil foram tidas como figuras inteiramente distintas e reguladas nas leis em lugares diferentes. Todavia, a doutrina moderna tende a aproximar as duas matérias, destacando todos os aspectos comuns a uma e outra, sem apagar por completo as diferenças que as separam. Aponta que as diferenças referem-se à maior abertura da responsabilidade contratual para a inclusão de cláusulas convencionais, destinadas a eliminar ou atenuar certos efeitos gerais do não cumprimento das obrigações, à diferente regulamentação do ônus da prova numa e noutra, e à ressarcibilidade dos danos morais no capítulo da responsabilidade extracontratual. Os pontos comuns, por sua vez, estendem-se desde a ilicitude e suas variantes, a culpa e suas modalidades, até aos problemas da causalidade, da extensão do dano a indenizar e as formas da indenização (*Direito das obrigações*, p. 207-8).

²⁵⁸ Antunes Varela fala, ainda, do dolo indireto em que a pessoa, “*não tendo a intenção de produzir um certo resultado ilícito, sabe todavia que ele é uma consequência necessária do efeito que diretamente pretende atingir*” (*Direito...*, cit., p. 223).

em dolo direto quando o agente prevê o resultado ilícito de sua conduta e age com a intenção de alcançar o efeito previsto; e em dolo eventual quando o agente prevê o resultado ilícito como uma das conseqüências de sua conduta e assume o risco de produzi-lo.

A culpa do lesante consiste na reprovabilidade ou censurabilidade da sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas do caso, se entende que ele podia e devia ter agido de outro modo²⁵⁹.

CAIO MÁRIO acrescenta que a culpa é *“um erro de conduta cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”*²⁶⁰.

O parâmetro de comparação da culpa em abstrato, aplicável no domínio da responsabilidade extracontratual, sendo o agente imputável, é a diligência do *bonus pater familias*²⁶¹, como diziam os romanos, que pode ser entendido como o homem médio, pessoa normal, sem grandes defeitos e que razoavelmente cuida de sua pessoa e de sua família, bem como de suas coisas, respeitando os direitos dos seus semelhantes.

A idéia de responsabilidade assente na culpa perdurou durante largos séculos e foi albergada pela maioria das legislações ocidentais. Ocorre que, com o progresso e o desenvolvimento tecnológico da sociedade, revelou-se incapaz

²⁵⁹ Cf. Antunes Varela, *Direito...*, cit., p. 219.

²⁶⁰ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade...*, cit., p. 69.

²⁶¹ Cf. Antunes Varela, *Direito...*, cit., p. 226. Ao lado da culpa em abstrato há a culpa em concreto em que se leva em consideração a diligência que o agente costuma aplicar nos atos de sua vida e não como um tipo abstrato como o *bonus pater familias*.

de socorrer exigências específicas de determinados setores da vida social, como nas relações de trabalho, especialmente no tocante a acidentes de trabalho e nas relações de consumo. Surge, assim, a teoria do risco, como o primeiro fundamento da responsabilidade objetiva, que depois se estendeu para outros setores que envolvem a utilização de coisas perigosas, criadoras de riscos especiais, como os transportes, instalações de energia elétrica e nuclear etc.

Dessa forma, o agente que desenvolve atividade lícita que potencialmente exponha as pessoas a risco ou perigo, torna-se responsável pelos danos causados à vítima em razão da sua atuação, ainda que não tenha concorrido com culpa. A responsabilidade decorre, pois, do risco assumido pelo agente, que obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona²⁶².

A responsabilidade assente no risco foi consagrada expressamente pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil, que impôs a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Houve, assim, um alargamento da responsabilidade objetiva pelo atual Código Civil, ao admitir a responsabilidade pelo exercício de atividade que represente risco para os direitos de outrem, possibilitando ao Judiciário uma

²⁶² Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: Responsabilidade civil*, p. 13.

ampliação dos casos de dano indenizável, como ressalta CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁶³.

A responsabilidade objetiva é reputada de direito estrito por exigir previsão legal, embora possa ser inferida sem a necessidade de expresse texto de lei, qualificando-a como tal, como observou DONALDO ARMELIN²⁶⁴.

4.3 – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CREDOR

A responsabilidade objetiva também foi transportada para o direito processual civil, notadamente para o processo de execução, por ser o mais apto a produzir efeitos danosos em razão das modificações que opera no mundo empírico para a satisfação do credor, bem como para o processo cautelar onde se alojam tutelas de urgência também aptas a gerarem dano (CPC, art. 811).

Segundo CHIOVENDA a tutela cautelar se exerce, em regra, a risco e perigo do autor, que fica responsável pelos danos causados pela medida em caso de revogação ou desistência, tenha ou não culpa (teoria objetiva). Afinal, deve suportar o dano a parte que provocou, em sua própria vantagem, o provimento que se mostrou ao final sem justificação, já que a outra parte nada fez para sofrer o dano e nada poderia fazer para evitá-lo²⁶⁵.

Em estudo acerca do dano sofrido indevidamente pelo seqüestrado, CONIGLIO defendeu a tese preconizadora da responsabilidade objetiva, afirmando

²⁶³ *Responsabilidade civil*, p. 25.

²⁶⁴ “Responsabilidade...”, cit, p. 80.

que o conceito de ressarcimento de dano se emancipou daquele de violação de um dever jurídico e do nexó de causalidade culposa. É incisivo ao aduzir que o princípio da culpa não serve para solucionar o problema do dano produzido pelo processo quando ele se mantém na esfera do lícito jurídico, devendo o dano produzido no exercício de atividade lícita (como no processo cautelar e de execução) ser imputado com nexó de causalidade objetiva. Por fim, aduz que um mesmo processo pode dar ensejo a duas fontes de reparação de dano: uma como fato juridicamente lícito e outra como ilícito jurídico, fundado na culpa ou dolo, a exemplo dos arts. 16 a 18 do nosso CPC²⁶⁶.

No mesmo sentido é o magistério de GALENO LACERDA:

“O erro maior da teoria subjetiva consiste em não compreender que o princípio da culpa não serve para solucionar o problema do dano produzido pelo processo, quando movido dentro do lícito jurídico”²⁶⁷.

Como é cediço duas são as hipóteses contempladas no CPC como geradoras da responsabilidade do credor no processo de execução: arts. 588, I e 574. A primeira volta-se para a execução provisória, como já tivemos a oportunidade de assinalar no item 3.1, e a última cuida da execução injusta. Em ambas as disposições legais recai sobre o credor o dever de indenizar o devedor.

Há também a responsabilidade objetiva pelo custo do processo (CPC, art. 20), impondo à parte que deu causa ao processo o dever de pagar as custas e

²⁶⁵ Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, p. 226-227.

²⁶⁶ “In tema di responsabilità per danni nel sequestro”, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, p. 368 e 372.

²⁶⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 796 a 812), v. VIII, p. 313.

despesas, bem como os honorários de advogado. É a consagração do princípio da causalidade.

Em que pese a doutrina pátria inclinar-se majoritariamente para identificar a responsabilidade do credor pela execução injusta como uma responsabilidade objetiva, prescindindo do elemento subjetivo²⁶⁸, ALEXANDRE DE PAULA e LEONARDO GRECO sustentam posição contrária.

Para ALEXANDRE DE PAULA, o art. 574 é aplicação da regra do art. 159 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 186 do atual Código Civil)²⁶⁹.

LEONARDO GRECO leciona que a doutrina européia, alemã e italiana, que difundiu a tese da responsabilidade objetiva do credor na execução e no processo cautelar, fundou-se na premissa de que essas modalidades de tutela jurisdicional seriam excepcionais e complementares ao processo de conhecimento, recorrendo à teoria do risco judiciário, face à situação anormal em que o credor colocava o devedor por força da execução. Para o autor tal premissa não merece ser acolhida hoje, pois o que essa doutrina chama de risco judiciário não tem correlação com o risco ensejador da responsabilidade civil objetiva, porquanto o credor não auferir nenhum benefício com o aforamento da execução, que não representa para ele nenhuma atividade proveitosa ou lucrativa. Ao contrário, exerce o credor direito constitucionalmente assegurado, fundado em título

²⁶⁸ Donaldo Armelin, "Responsabilidade...", cit. p. 101; Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, cit. p. 121; José Antônio de Castro, *Execução no código de processo civil*, p. 16; Humberto Theodoro Júnior, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 266; Sérgio Sahione Fadel, *Código...*, cit. p. 306; Amílcar de Castro, *Comentários...*, cit. p. 28; J. J. Calmon de Passos, "Responsabilidade do exequente...", cit. p. 170; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit. p. 215; Araken de Assis, *Manual...*, cit. p. 464.

²⁶⁹ Alexandre de Paula, *Código...*, cit. p. 2364-5

executivo, não podendo a ele ser imposto risco mais elevado do que ao devedor, criando obstáculo imensurável ao seu exercício do direito de ação²⁷⁰.

Em razão disso, retificando expressamente entendimento anterior, defende o jurista que a única maneira de conciliar o disposto nos arts. 574 e 588, I, com a Constituição é interpretá-los em consonância com as regras gerais sobre a litigância de má-fé do processo de conhecimento, motivo pelo qual para que haja o reconhecimento da execução injusta é necessário que o credor tenha agido com dolo ou culpa grave na instauração da execução²⁷¹.

OVIDIO BAPTISTA também critica a opção do legislador brasileiro pelo sistema da responsabilidade objetiva, no tocante aos arts. 588 e 811 do CPC, por entender que decorre da mera sucumbência e onera com o dever de indenizar quem tenha se valido de uma faculdade perfeitamente legítima, sendo de duvidosa constitucionalidade tais artigos. Critica a opção do legislador por estender a responsabilidade objetiva à antecipação da tutela, inclusive²⁷².

Ora, não se pode olvidar que o credor, ao incoar o processo de execução, impõe ao Estado a prática de atos expropriatórios contra o patrimônio do devedor com o intuito de satisfazer sua pretensão. Sobrevindo sentença que declare a inexistência da obrigação em que se fundou a execução, deve o credor indenizar ao devedor, já que houve um comportamento abusivo do credor ao violar um

²⁷⁰ *O processo...*, cit., v. 2, p. 53-55.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 56.

²⁷² "Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva", *Repro* 90:159-174.

*dever de abstenção*²⁷³. O ilícito, *in casu*, consiste na intromissão sem justa causa na esfera jurídica alheia²⁷⁴.

O mesmo ocorre nas cautelares de tónus constritivo como o seqüestro, quando a medida cautelar é revogada, visto que o requerido teve bens subtraídos (ato de feição nitidamente executiva) sem justa causa, afetando o plano material em razão dos danos decorrentes da medida, que devem ser ressarcidos.

Embora não haja disposição expressa de responsabilidade do requerente quanto às ações executivas *lato sensu* e às de eficácia mandamental, não se pode olvidar que nelas também há a realização de atos de natureza executiva por ocasião da efetivação da ordem, passíveis de ocasionar efeitos deletérios.

Note-se que nessas ações, caso não tenha havido a prática de nenhum ato judicial de natureza executiva ou assemelhado, no curso do processo em primeira instância, eventual sentença de improcedência não gera efeito concreto algum.

Todavia, pode ocorrer que em grau de recurso seja obtida a declaração de improcedência, reformando-se a decisão que havia julgado procedente o pedido de eficácia mandamental ou da executiva *lato sensu* (v. g. improcedência do pedido de despejo por inexistência de obrigação), tudo isso após a prática de atos mandamentais ou executivos concretos, em prejuízo do réu.

²⁷³ O dever de abstenção, segundo Mauro Bove, é um dever genérico de não causar dano à esfera jurídica alheia (*L'Execuzione...*, cit., p. 101).

²⁷⁴ Mauro Bove, *L'Esecuzione.....*, cit., p. 97.

Lembre-se que as tutelas de urgência, de caráter mandamental, responsabilizam objetivamente o requerente do pedido que, ao final, foi julgado improcedente.

Por outro lado, quanto à ação declaratória *lato sensu*, há de se ressaltar que nenhum ato executivo tem lugar a exigir a responsabilidade do demandante, já que ela opera somente no mundo jurídico, não ocasionando modificações no mundo fático.

Verifica-se que quanto às modalidades de ação, em função da eficácia de cada uma, a questão fundamental está muito mais em examinar os efeitos detrimenais da decisão do que propriamente condicionar o cabimento da responsabilidade ao modelo de execução – se tradicional ou diferenciado – que deriva do pronunciamento.

Dessa forma, a questão está diretamente relacionada com a ocorrência do dano e o nexo de causalidade, independentemente da espécie de execução que se fez operar no patrimônio do executado.

Na execução injusta, houve a violação de uma obrigação jurídica que não tem natureza processual. Afinal, o exercício de um direito não pode ser causa de um ilícito. Neste sentido é a lição de CAIO MÁRIO:

“Ao desenvolver o tema do abuso do direito já me referi ao assunto, para assentar que o indivíduo, no exercício de seu direito, deve conter-se no âmbito da razoabilidade. Se o excede e, embora exercendo-o causa um mal desnecessário ou injusto, equipara o seu comportamento

*ao ilícito e, ao invés de excludente de responsabilidade, incide o dever ressarcitório*²⁷⁵

Para JOSÉ ALBERTO DOS REIS, o que ocorre na execução injusta é que o exeqüente faz uso ilegítimo de um poder legalmente inerente à posse do título executivo, desvia esse poder do fim para que foi conferido. Prossegue, incisivo:

*“(...) a eficácia executiva é concedida no intuito de ser posta ao serviço do título de crédito. Se o exeqüente, em vez de pôr ao serviço do direito de crédito, a puser ao serviço de uma pretensão infundada, de um direito suposto, é claro que comete um abuso, que o induz em responsabilidade*²⁷⁶.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou ilícita a conduta do banco credor que, em vez de aguardar a definição do valor do seu crédito, utilizou-se de título que ensejava tecnicamente a execução, mas cujo valor sabia que não se adequava à decisão transitada em julgado entre as partes, condenando-o a ressarcir os danos causados ao devedor, nos termos do art. 574 do CPC²⁷⁷. À luz da lição de DONALDO ARMELIN, tal fato ensejaria tão-somente a incidência do art. 17, I, do CPC, posto que a execução foi ajuizada após a decisão transitada em julgado.

MAURO BOVE assim afirma:

“Se l’agressione è stata provocata dalla domanda, evidentemente colui che è esecutato ingiustamente, ossia senza credito, ha diritto ad un atto

²⁷⁵ *Responsabilidade civil*, p. 294.

²⁷⁶ *Processo de execução*, v. 1, p. 110.

²⁷⁷ Apelação cível 70003652633, rel. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 9ª. Câ. Cível, julgado em 08.05.02.

*perfettamente contrario alla domanda, un atto che potremmo definire di revoca di quella domanda*²⁷⁸.

Não há que se falar em inconstitucionalidade da imposição da responsabilidade objetiva ao credor, pois o acesso ao Judiciário lhe foi franqueado, sendo certo que o dever de indenizar somente lhe será imposto nos exatos e precisos termos do art. 574. Afinal, se não há obrigação não pode haver atividade executória.

Sobremais, não se pode exigir a presença do elemento subjetivo quando o legislador não o fez expressamente, equivocando-se ALEXANDRE DE PAULA, ao defender que o art. 574 é a aplicação da regra da responsabilidade aquiliana ao processo de execução.

Sendo objetiva a responsabilidade do credor pela execução injusta, basta, para obter o ressarcimento, a prova da existência do dano e da sua relação de causa e efeito com o processo de execução.

4.3.1 – O Dano e sua extensão

Só há que se falar em obrigação de indenizar se há dano, requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil. Assim, ainda que tenha sido reconhecida a inexistência, no todo ou em parte, da obrigação em que se funda a execução, se não houver dano, não há problema de responsabilidade.

²⁷⁸ *L'esecuzione...*, cit., p. 108.

Em matéria de responsabilidade civil fala-se em dano patrimonial e não em dano real que diz respeito somente ao prejuízo *in natura* causado pelo fato.

Calcula-se o dano patrimonial pela diferença entre a situação real atual do patrimônio do lesado e a situação (hipotética) em que esse patrimônio se encontraria, no mesmo momento, se não fosse a lesão, como ensina ANTUNES VARELA²⁷⁹.

Como se depreende do disposto no art. 402 do Código Civil, o dano patrimonial abrange não só o dano emergente (prejuízo imediato sofrido pelo lesado), mas também o lucro cessante (o que razoavelmente o lesado deixou de lucrar, ou seja, vantagens que deixaram de entrar em seu patrimônio em razão da lesão).

O dano emergente consiste na diminuição efetiva do patrimônio do lesado, ou seja, no prejuízo causado em bens já existentes na sua esfera jurídica patrimonial. O lucro cessante, por sua vez, refere-se ao aumento que o patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do fato lesante. Diz respeito a bens e direitos que ainda não pertenciam à esfera patrimonial do lesado, à época do fato.

Não se pode olvidar que os atos executivos constroem o devedor e podem lhe causar prejuízos, privando-o do uso e gozo de seus bens e até mesmo da propriedade.

Na execução injusta a indenização a ser paga pelo credor deve ser a mais ampla possível. Assim, os danos indenizáveis pelo credor, em razão da

declaração de inexistência da obrigação, devem englobar os danos emergentes (v.g., imobilização do bem penhorado, perda de negócios rendosos etc.²⁸⁰) e os lucros cessantes²⁸¹ (v.g., irrealização de negócio por causa da execução em curso).

Para TEORI ZAVASCKI, os danos de que trata o art. 574 são os objetivamente decorrentes da existência do processo de execução e não se limitam ao pagamento das custas e honorários de advogado, que têm disciplina própria e são devidos em qualquer execução²⁸².

PONTES DE MIRANDA é incisivo ao afirmar que *“se não há mais possibilidade de se restituir o todo, ou a parte, que a nova sentença desfez, tem-se de considerar integral o dever de ressarcimento. Qualquer dano que da execução da sentença anterior proveio é indenizável”*²⁸³.

Ainda que a *restitutio in integrum* seja possível, não afasta o dever e a obrigação de ressarcimento dos danos, pois, como adverte TEORI ZAVASCKI, não se pode confundir o direito à indenização que decorre do art. 574 do CPC com o direito à reposição das coisas ao estado anterior, presente não só quando ficar atestada a inexistência da obrigação, mas em todas as demais situações em que

²⁷⁹ *Direito das obrigações*, p. 242.

²⁸⁰ Exemplos dados por Humberto Theodoro Jr., *Processo....*, cit., p. 111.

²⁸¹ Neste sentido é Teori Albino Zavascki, *Comentários....*, cit, p. 120.

²⁸² *Comentários....*, cit., p. 111.

²⁸³ *Comentários....*, cit., p. 111.

ficar reconhecida, até mesmo por razões processuais, a insubsistência dos atos executivos levados a cabo²⁸⁴, como na execução ilegítima.

DONALDO ARMELIN, por sua vez, já advertiu, discorrendo acerca da restrição à executoriedade dos documentos particulares, que “o inconveniente de eventual impossibilidade de *restitutio in integrum* encontra sua contrapartida na responsabilidade objetiva do exeqüente estatuída no art. 574 do Código”²⁸⁵.

Posição diversa é a de SÉRGIO SAHIONE FADEL, quando trata do art. 574, ao defender que anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, devendo ser indenizadas com o equivalente na hipótese de se frustrar a restituição²⁸⁶.

Ao lado do dano patrimonial, dotado de expressão econômica por repercutir no patrimônio da vítima, há o dano moral.

Por dano moral entende-se o prejuízo que recai sobre a esfera jurídica nuclear²⁸⁷ da vítima, ou seja, em bens estranhos ao seu patrimônio, sendo portanto insuscetível de avaliação pecuniária por atingir valores morais como a honra, o prestígio, o bom nome, a dignidade humana, as inibições ou os complexos de ordem psicológica, os vexames (sem falar nas dores provocadas pela morte de parente próximo), os complexos decorrentes de deformações

²⁸⁴ Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, cit, 120.

²⁸⁵ “O processo...”, cit., p. 691, n. 29.

²⁸⁶ *Código...*, cit, p. 306.

²⁸⁷ A esfera jurídica nuclear em que se inserem os direitos de personalidade é “um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa” (Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, p. 87). Segundo o jurista português são direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros. Assenta-se no princípio de que todo

estéticas, as dores físicas, os desgostos e as angústias causados pela difamação etc.

Com a execução injusta, não raras as vezes, o devedor experimentará danos morais, notadamente quanto ao seu bom nome, consideração social e prestígio na sociedade, em virtude da inscrição de seu nome junto a órgãos de restrição de crédito e das medidas executivas, tais como a penhora e arresto de bens, além das dores e angústias íntimas. Neste sentido:

“DANO MORAL. Além do cadastramento como executado, que perdurou por mais de dois anos, espaço que mediou entre o ajuizamento da execução e a sentença extintiva da mesma, sobressai o sentimento de injustiça, de quem tem um direito, pelo qual lutou e viu ser reconhecido pelo Poder Judiciário, sendo relegado pela outra parte²⁸⁸.

A ressarcibilidade dos danos morais é inconteste face ao disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, *in verbis*:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifamos)

Pode ser vítima de danos morais não apenas a pessoa física, mas também a pessoa jurídica, dotada de honra objetiva, que tenha sido sujeito passivo da execução reputada injusta.

ser humano é uma pessoa, porque é “fim em si mesmo”, nos dizeres de Kant, portador de um valor absoluto: a dignidade.

²⁸⁸ TJRS, Apelação cível 70003652633, rel. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 9ª. Câ. Cível, julgado em 08.05.02.

Como os danos morais não são passíveis de valoração econômica, não podem ser indenizados ou reparados, mas somente compensados. Dessa forma, procura o ordenamento jurídico atenuar as dores que a vítima sofreu ao ser atingida em seus valores mais íntimos, proporcionando-lhe *uma satisfação*²⁸⁹, já que irreparável a lesão sofrida.

Há doutrinadores que identificam na compensação pecuniária pelos danos morais uma função sancionadora, por constituir um sacrifício ao causador do dano²⁹⁰.

CLAYTON REIS defende a natureza dúplice da indenização pelo dano extrapatrimonial, porque *“à medida que a verba compensatória satisfaz integralmente o sentido de recompensa almejado pela vítima, em face da lesão sofrida, penaliza igualmente o transgressor”*²⁹¹.

Ainda, o magistrado paranaense chama a atenção para a relevante função social da compensação dos danos extrapatrimoniais, na medida em que desmotiva o lesionador, inibindo-o a praticar novos ilícitos, produzindo reflexo imediato no contexto social.

Ao arbitrar o valor da indenização pelos danos morais, o juiz deve levar em consideração não apenas as circunstâncias do caso concreto, como a extensão da lesão e tempo de duração, mas também a situação pessoal do ofendido e,

²⁸⁹ Mota Pinto chama a atenção para a aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, a qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal (*Teoria geral do direito civil*, p. 115).

²⁹⁰ Por todos, Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, p. 246;

²⁹¹ *Avaliação do dano moral*, p. 87.

para aqueles que vislumbram uma função sancionadora, a situação econômica do causador do dano.

Dessa forma, a indenização deve fazer frente aos danos sofridos de forma que não seja tão pequena a se tornar inexpressiva e nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento indevido do lesado.

A indenização a ser paga pelo credor em razão da execução injusta, sendo a mais ampla e completa possível, compreenderá também os danos morais efetivamente comprovados²⁹².

Para TEORI ZAVASCKI, são ressarcíveis *“todos os danos, devidamente comprovados, que tenham relação de causalidade com o processo de execução intentado para haver o cumprimento de obrigação declarada, posteriormente, inexistente”*²⁹³.

Também para SÉRGIO SAHIONE FADEL o credor deverá ressarcir ao devedor todos os danos que este sofreu, abrangendo prejuízos de qualquer espécie, inclusive lucros cessantes e danos emergentes, desde que tenham advindo necessariamente dos prejuízos que a execução, por si, ocasionou ao devedor, ou ser consequência direta e imediata dela. Justifica: *“É que os atos próprios da execução constroem o devedor e lhe causam prejuízos palpáveis e visíveis,*

²⁹² Neste sentido: Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, p. 120 .

²⁹³ *Ibid.*, p. 121.

*podendo privá-lo do uso e gozo de seus bens, e até mesmo de sua propriedade*²⁹⁴.

Dessa forma, não havendo danos a serem ressarcidos ao devedor, tudo se resumirá nos ônus da sucumbência²⁹⁵.

Por fim, importante ressaltar que a indenização, em que pese ser ampla, não abrange as multas impostas ao executado vitorioso (v. g. por ato atentatório da dignidade da justiça – art. 600 do CPC).

Com efeito, as multas foram impostas ao executado em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, ou seja, ato que caracteriza injustificada resistência do executado à atuação da Justiça ou excesso na utilização dos meios legais. As condutas do devedor que atentam contra a dignidade da justiça são aquelas arrolados no art. 600, do Código de Processo Civil: I – fraude de execução; II – oposição maliciosa à execução, com o emprego de ardis e meios artificiosos; III – resistência injustificada às ordens judiciais; IV – não indicação ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

São condutas típicas ocorrentes apenas no processo de execução. Como leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Trata-se de hipóteses típicas, descritas em numerus clausus pela lei e sem possibilidade de ampliação em via interpretativa justamente por causa de sua natureza sancionatória. Todos esses casos são de deslealdade perpetrada pelo executado, nunca pelo exequente (v.

²⁹⁴ Sérgio Sahione Fadel, *Código...*, cit., p. 306.

²⁹⁵ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 215.

caput); e isso corresponde à deliberada intenção do legislador, no sentido de agilizar a execução forçada, combatendo a lentidão da Justiça e reprimindo atos que lhe impeçam o curso normal, em seu desprestígio²⁹⁶.

O que se busca é restabelecer ordem judicial descumprida. Sendo assim, a indenização a que faz jus o executado em decorrência da execução injusta não autoriza o ressarcimento pelas multas pagas em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça dado que, ao praticá-lo, o executado lesou a própria Justiça e não o exeqüente, sobretudo porque quando da sua prática a atividade executiva era legítima. Como já foi ressaltado, o fenômeno da execução injusta se dá no plano substancial e não diz respeito à atividade executiva sob o prisma processual.

Neste sentido é a lição de GALENO LACERDA, ao discorrer acerca da responsabilidade objetiva do requerente de medida cautelar:

“Mesmo que vitorioso na ação principal, o responsável por atentado condenado a perdas e danos, nos termos do art. 881, parágrafo único, deverá satisfazê-los, sem recuperação, porque as sanções punitivas resultantes das cautelas repressivas decorrem de ofensa direta ao primado da justiça, e desrespeito a ordem ou status judicial”²⁹⁷.

Ademais, não se vislumbra nexos de causalidade direto entre a declaração de inexistência da obrigação e os atos atentatórios à dignidade da justiça praticados pelo executado na pendência do processo executivo, não havendo que se falar em indenização, pois.

²⁹⁶ *Execução Civil*, p. 178.

²⁹⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 796 a 812)*, v. VIII, p. 316.

CAPÍTULO 5

5 – DIREITO ESTRANGEIRO

MENDONÇA LIMA adverte que a matéria não tem sido tratada de modo uniforme no direito comparado²⁹⁸.

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, assevera que não há regra jurídica igual no direito alienígena²⁹⁹.

O direito alemão, português, italiano e francês, conquanto não tenha regra jurídica idêntica, prevê a responsabilidade do credor pela execução.

5.1 – ALEMANHA

Na Z.P.O. alemã a responsabilidade do credor acha-se distribuída, principalmente, nos §§ 302, 600 e 945³⁰⁰ e visa atender às várias hipóteses de

²⁹⁸ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 212.

²⁹⁹ Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., t. IX, p. 108.

³⁰⁰ §302. Si el demandado opusiere en compensación un crédito sin conexión jurídica con el hecho valer en la demanda y sólo se hubiere discutido suficientemente sobre éste, se podrá resolver este punto con reserva del fallo sobre la compensación.

Si la sentencia no contuviere reserva alguna, se podrá pedir la adición de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el §321.

Las sentencias que se dicten con reserva de resolver sobre la compensación se condierarán como definitivas para los efectos de los recursos y de la ejecución forzosa.

La causa se considerará pendiente con respecto a la compensación cuyo fallo haya quedado reservado. Si en el curso del procedimiento que subsiga se reconoce que la acción del demandante non era fundada, la sentencia recaída sobre la misma se anulará, se desestimarà aquélla y se fallará sobre las costas como haya lugar. En tal caso, el demandante queda obligado al resarcimiento de los daños que se hayan causado al demandado por la ejecución de la sentencia o por haber tenido que prestar caución para impedirla. El demandado podrá ejercitar ja acción de resarcimiento en la misma causa pendiente; y si hace uso de esta facultad, se coniderará pendiente la causa sobre la misma desde el tiempo del pago o de la caución.

prejuízos que o devedor possa ter, provenientes de atos de natureza executiva *lato sensu*³⁰¹.

O § 302, como anota DONALDO ARMELIN, explicita que, em caso de compensação alegada pelo réu, ocorrendo sentença com reserva, se reconhecida infundada a pretensão do autor, este restará obrigado ao ressarcimento dos danos que tenham advindo ao réu em virtude da execução da sentença, no caso definitiva, ou da caução por este prestada para a impedir. A citada norma, por força do disposto no § 600, incide no processo documental e cambiário, quando infundada a ação. Por fim, por força do § 945, o mesmo ressarcimento impõe-se, em condições semelhantes, em se tratando de perdas e danos resultantes de processo de natureza cautelar³⁰².

Como se vê, as regras jurídicas mencionadas referem-se à responsabilidade que exsurge para o credor por atos executivos ou assemelhados, *“patenteando o princípio geral atinente ao ressarcimento dos danos decorrentes do processo, sem que se exija, pelo menos nos respectivos*

§600.Cuando se haga al demandado reserva de sus derechos, el procedimiento quedará pendiente como ordinario.

Cuando en neste procedimiento se determine que la pretensión del actor es infundada, regirán las disposiciones del §302, ap. 4, puntos 2-4.

Se en este procedimiento no compareciere alguna de las partes, regirán los preceptos sobre el procedimiento contumacial.

§ 945. Si el decreto de embargo preventivo o de medida cautelar resultaren ser injustificados radicalmente, o fueren revocados los actos ordenados por efecto de ellos, según el § 926, ap. 2 o el 942, ap. 3, la parte solicitante de uno u otra está obligada a resarcir al adversario los daños que se le hayan causado por la ejecución de los actos decretados o por la necesidad de prestar caución para evitarlos u obtener su revocación.

³⁰¹ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 212.

³⁰² “Responsabilidade....”, cit., p. 102.

*textos, o elemento subjetivo como essencial à existência dessa responsabilidade*³⁰³.

À semelhança do art. 574 do CPC, o § 945 da ZPO alemã contempla hipótese de responsabilidade objetiva, mas do autor da medida cautelar.

5.2 – PORTUGAL

O Código de Processo Civil português não dispõe de regra específica para regular a matéria. O art. 456 disciplina a responsabilidade no caso de má-fé³⁰⁴, já que as partes devem se subordinar ao dever geral de boa-fé.

Quanto à má-fé nele disciplinada, a doutrina tem considerado a *má-fé material*, que abrange os casos de dedução de pedido ou de oposição, cuja falta de fundamento se conhece, e a alteração consciente da verdade dos fatos ou a omissão de fatos essenciais, e a *má-fé instrumental*, que respeita ao uso reprovável do processo ou dos meios processuais para conseguir um fim ilegal, para entorpecer a ação da justiça ou para impedir a descoberta da verdade³⁰⁵.

Trata-se de responsabilidade subjetiva, impondo-se a presença do dolo, tanto na sua forma substancial como instrumental, *“pois só a lide essencialmente*

³⁰³ Cf. Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 102.

³⁰⁴ Artigo 456º. 1. Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2. Diz-se litigante de má-fé não só o que tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não ignorava, como também o que tiver conscientemente alterado a verdade dos factos ou omitido factos essenciais e o que tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou de entorpecer a acção da justiça ou de impedir a descoberta da verdade. 3. A parte vencedora pode ser condenada como litigante de má-fé, mesmo na causa principal, quando tenha procedido com dolo instrumental.

*dolosa, e não a meramente temerária ou ousada, justifica a condenação como litigante de má-fé*³⁰⁶. Compete ao tribunal a fixação do *quantum* indenizatório, a pedido da parte, que deverá levar em consideração a maior ou menor intensidade dolosa do litigante; o valor e a natureza da causa; a maior ou menor gravidade dos riscos econômicos corridos pelo litigante de má-fé e pelos interesses funcionais do Estado, e a situação econômica do litigante de má-fé³⁰⁷.

Verifica-se que o direito português reputa litigante de má-fé o que tiver deduzido pretensão ou oposição, cuja falta de fundamento não ignorava. Ocorre que não podemos confundir a litigância de má-fé com a responsabilidade do credor pela execução nos termos do art. 574 do CPC, como já foi abordado retro.

Todavia, LEONARDO GRECO, defensor da responsabilidade subjetiva do credor, leciona que *“no direito português igualmente a responsabilidade do exeqüente pela execução nula ou injusta é subjetiva e depende de dolo, não sendo suficiente a culpa*³⁰⁸.

5.3 – ITÁLIA

Reza o art. 96 do Código de Processo Civil italiano, *in verbis*: *“Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.*

³⁰⁵ Fernando Luso Soares, Duarte Romeira Mesquita e Wanda Ferraz de Brito, *Código de processo civil anotado*, p. 284.

³⁰⁶ *Ibid.*, mesma página.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare [669-bis ss.], o trascritta domanda giudiziale [c.c. 2652 ss., 2690 ss.], o iscritta ipoteca giudiziale [c.c. 2818], oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.”

Cuida o citado artigo da chamada responsabilidade agravada.

É uma norma especial em relação ao preceito geral do art. 2043 do Código Civil³⁰⁹ e contempla diversas hipóteses que integram o suporte fático (*fattispecie*) de um ilícito, cujo elemento material consiste no desenvolvimento de uma atividade processual por quem é parte no processo³¹⁰.

Centra-se na idéia de que o exercício de um direito (ação) não pode ser causa de um dano injusto.

EDUARDO GRASSO aponta os pressupostos da responsabilidade agravada:

a) uma atividade desenvolvida por quem é parte no processo por ocasião e na pendência dele; b) desvio daquela atividade da norma que confere a ação e

³⁰⁷ Ibid., p. 285.

³⁰⁸ O Processo..., cit., v. 2, p. 50.

³⁰⁹ Norma semelhante a dos artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

³¹⁰ Eduardo Grasso, “Dalla responsabilità delle parti”, *Commentario del codice di procedura civile*, livro primo, t. 2., p.1030; Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civili*, p. 168.

regula seu exercício; c) lesão à esfera patrimonial da parte adversa; d) sucumbência total do agente; e) culpa (em geral, grave) ou dolo do agente³¹¹.

O art. 96 disciplina duas normas jurídicas. A primeira é uma norma de caráter geral e se aplica a todas as hipóteses de ilícito processual relativas aos danos causados pelo desenvolvimento de um processo executivo ou cautelar, iniciados sem os pressupostos requeridos pela lei, ou aos danos derivados de um ato de instrução preventiva, as quais não estão previstas expressamente na disciplina da segunda norma constante do segundo parágrafo que prevê, dentre outros, a ressarcibilidade dos danos ocasionados pela ação executiva³¹².

Para SALVATORE SATTA, a norma indicada no segundo parágrafo do art. 96 é uma forma de responsabilidade particular que *“riguarda gli atti che incidono sul potere di disporre della parte compiuti in forza di un titolo relativo a un diritto di cui si accerti successivamente l’inesistenza”*³¹³.

Ademais, a lei fala de responsabilidade gerada pela declaração da inexistência do direito pelo qual o Estado fez valer o título, restando excluída a responsabilidade no caso do título ser desconstituído por motivo diverso, como a nulidade formal ou defeito de um outro pressuposto³¹⁴.

³¹¹ *“Dalla responsabilità...”*, cit., p. 1032-3.

³¹² Eduardo Grasso, *“Dalla responsabilità...”*, cit., p. 1035.

³¹³ *Diritto processuale civile*, p. 111.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 112.

Fala-se em responsabilidade agravada no caso de inexistência do direito em que se fundou a ação, na hipótese do crédito ser inferior ao valor pelo qual houve o seqüestro, bem como no caso do credor ter excutido bens de terceiro³¹⁵.

Diferentemente do art. 574 do CPC brasileiro, o art. 96 não é norma aplicável somente à execução definitiva, mas também ao processo cautelar, apesar de albergar a hipótese de declaração de inexistência da obrigação durante o curso, ou após finda a ação executiva. Ademais, reclama o elemento subjetivo (má-fé ou culpa³¹⁶), em oposição ao sistema pátrio que se contenta com o nexo de causalidade objetivo.

Em obra sobre a execução injusta, MAURO BOVE leciona que, em que pese ser a atividade executiva uma atividade juspublicística do Estado, pois o credor não tem nenhum poder de realizar uma atividade agressiva no confronto com seu devedor, responde o credor pelas conseqüências de tal atividade sob o plano substancial. Assim, surgindo da atividade executiva conseqüências contrárias ao direito substancial, como a execução fundada em obrigação inexistente, exsurge a responsabilidade subjetiva do credor.

Ensina, ainda, que o ordenamento jurídico italiano, a exemplo do brasileiro, explicitamente prevê instrumentos repressivo-preventivos (oposições de mérito) a serem utilizados na pendência do processo executivo, visando, de um lado,

³¹⁵ Federico Carpi e outros, *Commentario...*, cit., p. 169.

³¹⁶ Eduardo Grasso define má-fé como *“la coscienza di operare slealmente o (diversa ipotesi) di aver torto o (altra ipotesi) di procedere contro le regole della forma e del tempo degli atti”* e culpa como *“mancanza di diligenza della parte (e del suo procuratore) nel valutare se il mezzo usato sia conforme al principio di onestà o se esista il diritto fatto valere, o infine se l’atto sia rituale”* (“Dalla responsabilità...”, cit., p. 1034-5).

eliminar a agressão executiva em curso e, por outro lado, evitar uma situação substancial injusta³¹⁷.

Para MAURO BOVE, a execução forçada é reputada injusta não apenas por carência do crédito, mas também por ter sido constrito bem que não pertence ao devedor, podendo o terceiro, que não tem responsabilidade patrimonial, valer-se dos embargos de terceiro para a liberação da agressão³¹⁸.

Ensina que as oposições de mérito se apresentam como instrumentos de natureza inibitória, com os quais o sujeito lesado, seja o devedor, seja o terceiro a quem pertence o bem penhorado, volta-se contra o credor por uma invasão ilícita em sua esfera jurídica, objetivando por um lado, obter a liberação da constrição e, por outro lado, evitar um dano futuro, impedindo que a progressão agressiva em curso chegue, se não obstada, ao seu inevitável resultado injustificado.

Uma vez findo o processo executivo em que se verifica um resultado contrário ao direito substancial, restará ao sujeito lesado a ação por enriquecimento injusto, visto ter experimentado um depauperamento injustificado em razão do processo executivo. A ação poderá ser ajuizada contra o credor e até mesmo contra o devedor, por ter permitido que seu crédito fosse extinto por meio de bem de terceiro³¹⁹, diferenciando do sistema pátrio.

A execução injusta é um fenômeno complexo que não se subsume à norma em comento.

³¹⁷ Mauro Bove, *L'esecuzione...*cit., p. 4.

³¹⁸ Ibid., p. 5.

³¹⁹ Ibid., p. 284-5.

Para a condenação do credor faz-se mister requerimento da parte, perante o juiz que apreciou o mérito, a qual deverá trazer aos autos prova do elemento subjetivo e que o dano decorreu da conduta do adversário, pois não pode ser pronunciada de ofício³²⁰. Ademais, a condenação deve ser certa. Assim, se a parte limita-se a pedir o pronunciamento do *an debeatur*, o juiz deve providenciar a liquidação ainda que de ofício, visando apurar o *quantum debeatur*³²¹.

SATTA chama a atenção para a hipótese de ter havido culpa grave ou dolo na execução do seqüestro, em que subsiste um título autônomo de ressarcimento, independente da decisão de mérito³²².

5.4 – FRANÇA

Dispõe o art. 31 du Procédures d'Execution (L. 9 juill. 1991), *in verbis*:

“Art. 31. – Sous réserve des dispositions de l'article 2215 du Code Civil³²³, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire.

L'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra resituer le débiteur dans ses droit en nature ou par équivalent”.

³²⁰ Federico Carpi e outros, *Commentario...*, cit., p. 169-170.

³²¹ Eduardo Grasso, *“Dalla...”*, cit., p. 1039; Salvatore Satta, *Diritto...*, cit., p. 112.

³²² *Diritto...*, cit., p. 112.

³²³ *“L'article 2215 c. civ., écrit à propos de la saisie immobilière, a toujours décidé que 'la poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire', mais non l'adjudication qui ne peut être prononcée que sur le fondement d'un 'titre définitif en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée'”* (Roger Perrot e outro, *Procédures civiles d'exécution*, p.323).

A Corte de Cassação de Lyon, em julgado datado de 15 de junho de 1993, decidiu: *“Ce texte ne fait aucune distinction selon que le titre exécutoire est une décision de référé ou un jugement sur le fond, sa seule exigence étant que le titre soit exécutoire, ce qu'est une ordonnance de référé”*³²⁴.

Verifica-se, pois, que a norma em estudo aplica-se à execução dos títulos provisórios sem a autoridade de coisa julgada, os quais podem ser modificados, bem como aos provimentos de urgência (*référé*), desde que constituam títulos executivos.

ROGER PERROT e PHILIPPE THÉRY lecionam que o caráter provisório do título *“n’interdit donc pas au créancier de faire prospérer la saisie jusqu’à la vente des biens du débiteur ou de se faire attribuer les sommes saisies sur le fondement d’une ordonnance de référé ou d’un juge de la mise en état”*³²⁵. Assim, a norma do art. 31 comporta uma derrogação e um chamamento em relação ao art. 2215 do Código Civil.

Ensinam que a derrogação concerne à penhora imobiliária, já que o novo texto entendeu manter a regra antiga, segundo a qual, um julgamento provisório permite iniciar medidas executivas e tornar os imóveis indisponíveis, mas não a ponto de vendê-los, pois a venda de bens imóveis deve obedecer ao estatuto dos imóveis, exigindo-se título definitivo transitado em julgado. Em razão disso, o domínio de aplicação do art. 31 se limita aos procedimentos de execução mobiliária.

³²⁴ Bull. Inf. C. cass. 1994, n. 744 in *Code de procédure civile*, Édition Litec, 2002, p. 1868.

³²⁵ *Procédures civiles d’exécution*, p.323.

O chamamento, por sua vez, destina-se a atrair a atenção dos credores sobre sua eventual responsabilidade porquanto a execução corre por sua conta e risco. Dessa forma, nos termos do art. 31, al. 2, o credor deverá restituir ao devedor seus direitos quer *in natura*, quer por equivalente se a restituição *in natura* se mostrar impossível, na hipótese da decisão provisória ser anulada, modificada ou retratada.

Ainda assim, o credor poderá ser condenado pelas perdas e danos independentemente da prova de sua falta³²⁶, ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva.

O dispositivo em comento se assemelha ao art. 588, I, do CPC que disciplina a responsabilidade do credor pela execução provisória, que corre por sua conta e responsabilidade.

No direito francês é o credor quem escolhe o meio de execução que pretende utilizar e que ele estima ser o mais apto a satisfazer seu direito.

Assim, para ROGER PERROT e PHILIPPE THÉRY este artigo convida os credores a uma certa prudência na escolha dos bens a serem penhorados, evitando, por exemplo, promover a venda de bens cuja restituição seja impossível³²⁷.

A *mens legis* é a imperativa proteção do devedor dentro de um contexto de humanização dos procedimentos de execução, já que executar o devedor não é matá-lo, mas sim obrigá-lo, pela força, a pagar aquilo que deve.

³²⁶ Roger Perrot e outro, *Procédures...* cit., p. 324.

³²⁷ *Ibid.*, mesma página.

CAPÍTULO 6

6 – REQUISITOS PARA ATUAÇÃO DO ART. 574 DO CPC

6.1 – “DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO”

O credor somente deverá ressarcir o devedor pelos danos que sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução, nos termos do art. 574 do CPC.

Por isso, PONTES DE MIRANDA afirma que a declaração de inexistência da relação jurídica, de que resultaria obrigação do devedor e, pois, pretensão e ação do credor, supõe que a sentença tenha declarado que não existia a relação jurídica, ou que, por invalidade, dela não podia irradiar-se obrigação. Defende a incidência do art. 574 também se a sentença, trânsita em julgado, diz que *ainda* não existia a obrigação ou que *deixara* de existir, já que a referência é à obrigação e não à dívida. Afinal, dívida pode existir sem que exista (ou ainda exista) a obrigação³²⁸.

Também para MENDONÇA LIMA faz-se mister que haja “declaração de inexistência da obrigação” para a incidência da norma do art. 574. Assim, nem sempre o credor será responsabilizado pelos danos que o devedor sofreu pela execução infundada quando a tiver embargado³²⁹.

³²⁸ *Comentários...*, cit., t. IX, p. 107-9.

³²⁹ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 211.

DONALDO ARMELIN, como PONTES DE MIRANDA, sustenta que o texto do art. 574, ao se referir à existência da obrigação, reportou-se ao direito do credor. Ausente este em virtude da inexistência daquela, seja porque inexistente o objeto, seja porque a obrigação se reporta a outro credor em que pese a existência do objeto, configura-se a hipótese de incidência desse dispositivo legal, desde que tal tenha sido declarado por sentença trânsita em julgado³³⁰.

CALMON DE PASSOS, por sua vez, defende que a “inexistência da obrigação” tanto pode se referir à inexistência da relação obrigacional como de algum direito de crédito que dela se origine, devendo ser entendida com vistas à pretensão deduzida como fundamento da ação de execução. Por isso afirma que a inexistência que envolve a responsabilidade objetiva do exeqüente é somente aquela que se refere à obrigação inexistente no momento da propositura da ação, não incidindo o art. 574 se ela se fez inexistente (indevida) por pronunciamento ocorrido no processo de execução (nele inseridos os embargos do executado)³³¹. Tal posicionamento foi criticado, com acerto, por DONALDO ARMELIN como consignado no item 3.4.

Ainda, segundo CALMON DE PASSOS, a obrigação tanto pode ser objetivamente indevida (não existia quanto ao seu objeto), como na hipótese da execução promovida com apoio em título já pago, ou falso, ou absolutamente nulo; ou quando a respeito do ato jurídico a que ele certifica ocorreu transação ou novação; ou quando o direito que a ele se vincula foi objeto de decadência etc., como subjetivamente indevida (exista objetivamente e não seja o executado o

³³⁰ “Responsabilidade...”, cit., p. 103.

³³¹ “Responsabilidade...”, cit., p. 170.

devedor), citando como exemplo a hipótese de se reclamar determinada prestação de A e como consequência, submeter-se bens de seu patrimônio a constrição judicial, vindo a final a definir-se B como sendo o devedor³³².

Por sua vez, HUMBERTO THEODORO leciona que a obrigação que deu lugar à execução deve ser declarada inexistente, como nas hipóteses de dívida já resgatada ou de falsidade, sendo silente quanto à obrigação subjetivamente indevida³³³.

Assiste razão a DONALDO ARMELIN e CALMON DE PASSOS. Com efeito, não se pode olvidar que restando demonstrado que a obrigação diz respeito a outro devedor, impõe-se o reconhecimento da execução injusta, já que quanto àquele sujeito da relação jurídica a obrigação que deu ensejo à execução não existe, sendo a execução indevida.

JOSÉ MARIA TESHEINER sustenta que, de regra, a legitimidade não é condição da ação, mas sim questão de mérito, sendo de mérito a decisão do juiz que afirma que o autor não tem o direito de executar aquele réu, embora possa ter o direito de executar um terceiro³³⁴.

Importante ressaltar que, estando prescrita a obrigação, não é invocável o art. 574. Com efeito, ensina PONTES DE MIRANDA:

“(...) obrigação prescrita não é obrigação que não exista: existia e existe, apenas havia a possibilidade de opor-se a exceção o que

³³² J.J. Calmon de Passos, “Responsabilidade...”, cit., p. 170-1.

³³³ *Processo...*, cit., p. 110.

³³⁴ “Execução...”, cit., p. 42.

cobriria a sua eficácia. Pode haver mesmo exceção a direito, ou a pretensão. Mas não se diz, com o exercício da exceção, que o direito, ou a pretensão, ou a exceção não existiu, ou não existe.... A exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exatamente, o fim da exceção é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade, ou irrevocabilidade, ou irresolubilidade ou irremediabilidade do ato jurídico.... A exceção não nega, sequer, a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do excetuado, - só a encobre.³³⁵

JOSÉ ANTÔNIO DE CASTRO concorda com a não aplicação do art. 574, na hipótese em que for julgada prescrita a obrigação, porque neste caso existe a obrigação, porém, sem ação que lhe assegure³³⁶.

No mesmo sentido é o posicionamento de CALMON DE PASSOS:

“Quem reclama o pagamento de dívida prescrita não pede o cumprimento de obrigação inexistente (indevida), mas de obrigação a que se pode furtar o devedor, fazendo valer o seu contra-direito representado pela prescrição, o qual, se não exercitado, torna a dívida existente e exigível, não se podendo falar na espécie, em repetição do indébito”³³⁷.

Com acerto, CALMON DE PASSOS leciona que também não incide o art. 574 do CPC se a dívida for considerada inexistente, no todo ou em parte, por ter o executado oposto exceção de compensação. Neste caso, a pretensão do exequente se apoiou em obrigação exigível, extinta somente no processo e por força de ter sido acolhida a exceção de compensação³³⁸.

³³⁵ *Comentários....*, cit., t. IX, p. 109-110.

³³⁶ *Execução....*, cit., p. 16.

³³⁷ “Responsabilidade....”, cit., p. 171.

³³⁸ *Ibid.*, mesma página.

Em contrário, SÉRGIO SAHIONE FADEL sustenta que a inexistência da obrigação é idéia ampla que engloba também a nulidade do título, a prescrição, mesmo a intercorrente, ou, em geral, qualquer causa extintiva da obrigação³³⁹.

Como bem esclarece DONALDO ARMELIN, todas as decisões que deixarem incólume a obrigação do devedor para com o credor não provocarão a incidência deste preceito. Daí, a nulidade do título executivo que não afete a obrigação a ele subjacente não gera a responsabilidade do credor, bem como a prescrição, ainda que reconhecida, não torna inexistente a obrigação, motivo pelo qual essa responsabilidade não emerge. Também a compensação, por extinguir apenas no processo a obrigação preexistente, não enseja tal resultado³⁴⁰.

Ao dispor expressamente a necessidade de que a sentença, passada em julgado, declare inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução, quis o legislador que o sucesso da demanda intentada pelo devedor tivesse por fundamento razões de mérito relacionadas especificamente com a existência da obrigação, não incidindo o art. 574 do CPC quando o processo se extingue em virtude de razões nitidamente formais ou processuais, tais como incompetência do juízo, nulidade da citação, ausência de pressuposto processual, ilegitimidade de parte como condição da ação, e assim por diante como defende TEORI ZAVASCKI³⁴¹.

Cumprе assinalar, ainda, que a declaração de inexistência pode se referir a uma das obrigações que foram alegadas para a execução ou a algumas, ou a

³³⁹ *Código....*, cit., p. 305.

³⁴⁰ "Responsabilidade...", cit, p. 105-6.

todas, impondo-se verificar qual o dano, ou quais os danos que resultaram de cada obrigação que dera fundamento à execução, como chama à atenção PONTES DE MIRANDA³⁴².

Por fim, a obrigação a ser declarada inexistente tanto pode ser obrigação pecuniária referente a uma execução singular ou coletiva, bem como obrigação de fazer, não fazer e para entrega de coisa.

6.2 – OS EMBARGOS DO DEVEDOR

Dadas as peculiaridades do processo de execução, ele não comporta a ampla defesa do devedor dirigida à desconstituição da pretensão executiva do credor. Esta deverá ser deduzida em ação própria, autônoma.

Assim, o meio processual colocado expressamente à disposição do executado pelo legislador, para reagir à execução, retirando do título a sua força ao demonstrar a inexistência do direito do credor, são os embargos do devedor, que poderão ser promovidos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exeqüente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida (CPC, art. 737)³⁴³.

³⁴¹ Teori Albino Zavascki, *Comentários....*, cit., p. 119.

³⁴² *Comentários....*, cit., t. IX, p. 111.

³⁴³ O PL 4.497/2004 revoga o art. 737 e altera o art. 736 que passa a dispor que “o executado, independentemente de penhora depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”. Outra novidade é que os embargos não mais terão efeito suspensivo (art. 739-A) e são privativos da execução por título extrajudicial já que quanto ao ‘cumprimento’ da sentença, o executado deverá oferecer impugnação, à luz do PL 3.253-B/2004.

Esse poder de reação conferido ao executado se contrapõe à eficácia abstrata e independente do título, no plano da execução. Assinala LIEBMAN que:

“(...) desse modo, a causa justificativa da execução e do título – a relação jurídica substancial – posta provisoriamente de lado, readquire agora sua importância e impõe afinal suas exigências sobre a criação formal do título: extinta a causa, também o título deve perder sua eficácia”³⁴⁴.

Os embargos do executado, segundo lição de LIEBMAN, são ação em que o executado é autor e o exeqüente é réu. Trata-se de ação incidente do executado buscando anular ou reduzir a execução, ou tirar do título sua eficácia executória³⁴⁵.

Diverge a doutrina quanto à natureza jurídica desta ação.

Leciona ROSALINA P. C. RODRIGUES PEREIRA que *“o provimento jurisdicional dos embargos poderá ter eficácia constitutiva negativa ou meramente declaratória, conforme visem atingir o título ou a própria ação executiva, e, ainda assim, dependerá da matéria a ser neles argüida”³⁴⁶.*

PONTES DE MIRANDA e OVÍDIO BAPTISTA sustentam, por outro lado, que os embargos têm eficácia mandamental, por serem típica ação para livramento de bens, já que sua função primordial é a obtenção de um “contramandado”, quer

³⁴⁴ Cf. Enrico Tullio Liebman, *Processo.....*, cit., p. 215.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 216.

³⁴⁶ *Ações prejudiciais à execução*, p. 148.

dizer, o que se busca com a demanda incidental será invariavelmente a obtenção de um mandado “contra o mandado executivo”³⁴⁷.

Considerando os reflexos provocados pela ação de embargos sobre o processo executivo, os embargos se dividem entre oposição de mérito e oposição de forma³⁴⁸. Os embargos de mérito são os que formulam questões de direito material. Os embargos de forma, por sua vez, são os que versam exclusivamente matéria processual.

A causa de pedir remota, sendo a oposição de mérito, seria a inexistência do crédito, e, a próxima, o motivo concreto desta inexistência: o pagamento, a ilegitimidade de parte, etc.

O pedido imediato é a desconstituição da relação jurídica em face de um vício formal no processo executivo (embargos de forma), ou a declaração de inexistência do crédito (embargos de mérito) e o mediato é a preservação do patrimônio do devedor.

Considerando-se tais elementos é possível falar-se em litispendência ou coisa julgada relativamente a uma ação anulatória do título executivo, que verse a mesma causa de pedir dos embargos. Neste sentido é a lição de ARAKEN DE ASSIS:

*“Os embargos induzem litispendência perante outra ação idêntica (...)
Por isso, a ação anulatória da dívida, sob o mesmo fundamento,*

³⁴⁷ Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., t. XI, p. 50, e Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, cit., v. 2, p. 160.

³⁴⁸ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 1188.

*esbarra no impedimento de duplicidade de processos, considerando a anterioridade dos embargos*³⁴⁹.

O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas (CPC, art. 569). Nos termos do parágrafo único desse artigo, restritos os embargos apenas a questões processuais, a desistência da ação executiva implicará a dos embargos, arcando o credor com as custas e honorários advocatícios. Todavia, versando os embargos outras matérias, a eficácia da desistência fica condicionada à anuência do embargante.

Com razão, adverte DONALDO ARMELIN:

*“(...) evitar-se-á com isso que o credor, vendo-se ameaçado de derrota processual nestes, utilize-se do poder de desistir da ação executiva para tentar provocar a sua extinção. Em suma: impedir-se-á possa o credor forrar-se das conseqüências de uma sentença que, nos embargos, declare inexistente a obrigação do devedor, gerando coisa julgada material e eventualmente a responsabilidade prevista no art. 574 do Código*³⁵⁰.

O rito dos embargos à execução é aquele previsto no art. 740 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil, guardando similitude com o procedimento ordinário. A cognição sob o prisma horizontal é parcial, em se tratando de embargos contra título judicial, eliminando-se do objeto de conhecimento do juiz, várias questões, ao contrário dos embargos contra título extrajudicial em que os fundamentos da oposição se mostram amplos e ilimitados.

³⁴⁹ *Manual...*, cit, p. 1017.

³⁵⁰ “O processo...”, cit., p. 698.

Sob o prisma vertical, a cognição é plena e exauriente, apta a gerar a imutabilidade da coisa julgada sendo os embargos de mérito³⁵¹.

Estão legitimados à propositura dos embargos aqueles sujeitos que figuram no pólo passivo do processo de execução, bem como o responsável executivo secundário (CPC, art. 592), pois é parte legítima todo aquele em situação jurídica de sujeição análoga à do executado.

Para PONTES DE MIRANDA, supõe o art. 574 ter havido processo de execução e, com o julgamento dos embargos de devedor, incluindo os embargos à execução de título extrajudicial, ter sido julgada como inexistente o direito ou a pretensão de que resultaria a obrigação, a *fortiori* ser inexistente a obrigação³⁵².

Sustenta que para a incidência do art. 574 do CPC, na execução de títulos executivos judiciais, os embargos de devedor podem ter fundamento no art. 741, II (inexigibilidade do título) ou VI (qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente a sentença), ou mesmo no art. 741, III (ilegitimidade de parte), quando se diz que há obrigação, mas não obrigação do devedor perante o credor. Se o título executivo é

³⁵¹ Kazuo Watanabe sistematiza a cognição em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite elementos objetivos do processo, tais como questões processuais, condições da ação e mérito. Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida. No plano vertical, por sua vez, a cognição pode ser classificada quanto ao grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta). Esclarece o jurista paulista: "(...) segundo nossa visão se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto a profundidade. Porém, se a cognição é eliminada 'de uma área toda de questões', seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto a profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade" (*Da cognição no processo civil*, p. 83-4).

extrajudicial (art. 745), dá-se o mesmo se a sentença declara inexistente a obrigação³⁵³.

MENDONÇA LIMA é incisivo ao afirmar que o art. 574 do CPC refere-se à sentença declarando inexistente a 'obrigação que deu lugar à execução' que somente pode ser proferida, dentro do processo de execução, nos embargos do devedor e somente terá incidência, ao contrário do sustentado por PONTES DE MIRANDA, nos casos dos incisos II ou VI do art. 741, como leciona também ARAKEN DE ASSIS³⁵⁴, os quais afetam a obrigação em si mesma, extinguindo a obrigação cujo cumprimento foi exigido, pois os outros dispositivos (I, III, IV e V) têm caráter processual, sem influírem no direito material questionado, na obrigação que ensejou a execução, deixando incólume a obrigação debatida, que persistirá³⁵⁵.

Assinala, ainda, que não basta que se julgue a execução improcedente, pelo acolhimento dos embargos do devedor-executado, sendo necessário que a obrigação seja declarada inexistente (v.g. o título seja anulado ou revogado; ou considerado falso; ou que tenha havido pagamento etc.)³⁵⁶.

Quanto ao inciso II do art. 741, ao contrário do sustentado pelos nobres processualistas, não nos parece que os embargos que versem sobre a

³⁵² *Comentários....*, cit., t. IX, p. 108.

³⁵³ Pontes de Miranda, *Comentários....*, cit., t. IX, p. 110.

³⁵⁴ Araken de Assis afirma que a origem do pronunciamento declaratório em questão, de ordinário, resultará da oposição do executado à execução injusta através de embargos, baseados nos incs. II e VI do art. 741, pois os demais incisos não respeitam à obrigação que ensejou a pretensão a executar (*Manual....*, cit. p. 466).

³⁵⁵ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários....*, cit., p. 216.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 217.

inexigibilidade do título ensejarão, em regra, uma declaração de inexistência da obrigação, fulminando o próprio direito material do credor. Afinal, a exigibilidade, como vimos no item 1.4.2.3, se relaciona à necessidade concreta de jurisdição e diz com a ausência de óbices à realização do crédito. Dessa forma, se a inexigibilidade do título se der porque ainda não vencida a dívida, não há que se falar que a obrigação inexistente.

Para JOSÉ DA SILVA PACHECO³⁵⁷, contudo, a sentença superveniente mencionada no art. 574 do CPC deve ter sido proferida, incidentalmente, nos embargos do executado que tenham por fundamento tão-somente o art. 741, VI, em se tratando de execução fundada em título judicial, com o que concorda JOSÉ ANTÔNIO DE CASTRO³⁵⁸, e art. 745 para a execução fundada em título extrajudicial.

ALEXANDRE DE PAULA leciona que a regra encontra aplicação nas hipóteses de execução por título extrajudicial, se acolhidos os embargos do devedor³⁵⁹.

SÉRGIO SAHIONE FADEL admite, como hipóteses de aplicação do art. 574 do CPC, a sentença final que acolheu os embargos quando a execução se fundou em título extrajudicial, declarando inexistente a obrigação (exige-se o trânsito em julgado e não apenas a exeqüibilidade)³⁶⁰.

³⁵⁷ *Tratado...*, cit., p. 357.

³⁵⁸ *Execução...*, cit., p. 16.

³⁵⁹ *Código...*, cit., p. 2365.

³⁶⁰ *Código...*, cit., p. 305.

Sem razão, CALMON DE PASSOS defende que se a obrigação se fez inexistente unicamente por força do pronunciamento judicial nos embargos do devedor, não incide o art. 574³⁶¹.

6.3 – A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em se tratando de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício pelo juiz, a doutrina e jurisprudência admitem, com razão, a chamada “exceção de pré-executividade”. Trata-se de um incidente defensivo do executado³⁶², que não suspende o curso da execução, formulado por simples petição, antes e até mesmo independentemente do oferecimento de embargos do devedor.

Neste incidente, deduzido sem necessidade de garantia do juízo, busca o executado alertar o juiz quanto à inadmissibilidade da execução, ou seja, *“que o que foi apresentado e qualificado como título executivo, na verdade, não é título executivo, por qualquer razão”*³⁶³.

Há divergência na doutrina acerca da sua nomenclatura. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁶⁴ criticou duramente a expressão “exceção de pré-

³⁶¹ “Responsabilidade...”, cit., p. 170.

³⁶² A expressão “incidente defensivo” é de Alberto Camiña Moreira que em sua obra escreve: *“Exceção de pré-executividade, criação doutrinária, admitida pela jurisprudência, é incidente defensivo. Não goza de contemplação normativa, nem precisa, pois é latente no sistema processual”*. Invocando a lição de Antonio Scarance Fernandes, assinala, que *“o incidente constitui momento novo no processo, formado por um ou mais atos inseridos na cadeia procedimental prevista pela lei”*, recaindo a exceção de pré-executividade sobre o processo de execução (*Defesa sem Embargos do Executado – Exceção de Pré-Executividade*, p. 42).

³⁶³ Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, “Sobre a objeção de pré-executividade”, *Processo de execução e assuntos afins*, p. 406.

³⁶⁴ “Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz”, *RF* 351:585-6.

executividade”, tendo NELSON NERY JR. denominado este expediente de “objeção de pré-executividade”³⁶⁵ e EDSON RIBAS MALACHINI, “defesa intraprocessual”³⁶⁶.

Em que pese a maioria da doutrina admitir que apenas as matérias de ordem pública (objeções), ligadas à admissibilidade da execução e que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo, possam ser alegadas na exceção de pré-executividade³⁶⁷, há doutrinadores que ampliam as hipóteses de cabimento deste incidente defensivo, admitindo a arguição da existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação (o pagamento³⁶⁸, a novação, a compensação e a transação) e da prescrição, cuja alegação é ônus da parte.

Neste sentido há precedente do STJ³⁶⁹.

Não se pode olvidar que a matéria a ser alegada na exceção de pré-executividade deve ser delimitada pelo grau de intensidade da produção probatória, sendo certo que a petição deverá vir acompanhada dos documentos

³⁶⁵ Nelson Nery Jr. aponta a impropriedade da expressão “exceção de pré-executividade”, “...porque ‘exceção’ traz ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão por que não oposta a exceção ocorre a preclusão. O correto seria denominar esse expediente de objeção de preexecutividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 139).

³⁶⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, p. 188.

³⁶⁷ Por todos Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, que admitem apenas as matérias de ordem pública na exceção de pré-executividade (“Sobre...”, cit., p. 404-412).

³⁶⁸ Alberto Caminã Moreira entende que o pagamento é objeção de direito material e, por isso, pode ser conhecida de ofício pelo juiz (*Defesa...*, cit., p. 159).

³⁶⁹ “**TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CABIMENTO. SEDE DE EMBARGOS.** 1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Precedentes. 2. Não obstante possa ser admitida a arguição de prescrição em exceção de pré-executividade, esta Corte ressalva os casos em que para a comprovação desse fato demande ampla investigação probatória constante dos autos, o que ocorre na hipótese vertente. Súmula nº 7, STJ. 3.

necessários a possibilitar ao juiz o julgamento de plano do incidente³⁷⁰, após a manifestação da parte contrária, sendo incompatível com o seu escopo a dilação probatória.

Sendo a exceção de pré-executividade um incidente na execução, como tal, o provimento jurisdicional que o encerra desafia recurso de agravo.

A decisão sobre a exceção de pré-executividade restrita à matéria de ordem pública, via de regra, não gera coisa julgada material. Todavia, para aqueles que, como Alberto Camiña Moreira, admitem a argüição de pagamento, prescrição, decadência e compensação, haverá a produção da coisa julgada material na sentença que declarar sua ocorrência.

O art. 574 é expresso ao dizer que a inexistência da obrigação deve ser declarada em sentença com trânsito em julgado. Dessa forma, se o juiz acolher a argüição de pagamento (questão própria dos embargos) em sede de exceção de pré-executividade, o que implica o reconhecimento da inexistência do crédito, haverá a formação de coisa julgada material, pois houve análise de mérito em cognição exauriente quanto à profundidade, incidindo o art. 574³⁷¹.

Recurso especial não conhecido (2ª T., RESP 662.641/MG, Min. CASTRO MEIRA, ac. de 21/09/2004, DJ de 16.11.2004).

³⁷⁰ Neste sentido é a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier: “A necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra, inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução, sob pena de que esse se desnature.... Essa perceptibilidade *prima facie* é verificável toda vez que for possível ao juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material constante do processo, com o qual o credor, aliás, instrui a execução” (“Sobre...”, cit. p. 410-1).

³⁷¹ Neste sentido é o magistério de Alberto Camiña Moreira ao defender que ao comando da sentença proferida no processo de execução, declarando a ocorrência do pagamento, bem como da prescrição, decadência e compensação, agrega-se a força de imutabilidade da coisa julgada (*Defesa....*, cit., p. 209-15)

6.4 – A AÇÃO AUTÔNOMA

É facultado ao devedor ajuizar ação autônoma de conhecimento, visando à declaração de inexistência da relação jurídica de direito material havida entre as partes, que embasa a execução.

Por outro lado, reza o art. 585, §1º do CPC que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Todavia, o disposto no referido parágrafo não inibe a eficácia de ações autônomas do devedor versando, direta ou indiretamente, o título executivo embasador de execução pendente. Visa apenas ratificar o direito de ação do credor que não pode ficar impedido de ajuizar demanda executória por ação anterior ou posterior do devedor discutindo a mesma relação de crédito.

Consoante assevera DONALDO ARMELIN, com essa norma buscou-se impedir o questionamento a respeito de possíveis repercussões dos processos incoados com o ajuizamento de ações autônomas sobre a execução a se iniciar, seja por implicar dúvidas quanto às qualidades essenciais do título, como a certeza e liquidez, seja em virtude de eventual eficácia de depósito efetuado a repercutir na sua exigibilidade, o que cercearia o acesso do credor à via executiva. Tal impedimento já ocorre, inclusive, com a ação rescisória, nos termos do art. 489 do CPC³⁷².

³⁷² “O processo....”, cit., p. 697.

Não existe prejudicialidade entre o processo de execução e aquele de conhecimento em que se discute a validade do título executivo embasador do primeiro, por isso a ação autônoma não se suspende. Contudo, há de se reconhecer a prejudicialidade heterotópica que ocorre fora daqueles casos expressamente previstos em lei. Nela a decisão da causa subordinante pode acarretar a extinção da causa subordinada. *In casu*, uma vez desconstituído o título na ação autônoma, requisito essencial para o aforamento da demanda executiva, esvaziada está a execução.

Razão assiste a ARAKEN DE ASSIS³⁷³ ao lecionar que, à luz do disposto no art. 574 do CPC, não se pode negar que o legislador ao prever “sentença” se referia a quaisquer pronunciamentos dotados de força declaratória para proclamar inexistente a obrigação do título em que se fundou a execução, exigindo, contudo, que o ato decisório tenha transitado em julgado. Afinal, não há que se interpretar restritivamente o dispositivo em comento, pois o legislador não reduziu a hipótese de declaração da inexistência aos embargos do devedor.

Assim, neles há de se inserir a procedência de ação autônoma, ajuizada até mesmo depois de extinto o processo de execução. Isso porque os reflexos da procedência da ação declaratória de inexistência da obrigação ou ação anulatória de título extrajudicial na ação executiva são inegáveis.

Também TEORI ZAVASCKI defende que a insubsistência da execução definitiva pode decorrer da procedência de ação declaratória de nulidade do título

³⁷³ *Manual...*, cit., p. 466.

que deu base à execução proposta antes ou, inexistindo embargos, até mesmo no curso ou após a execução³⁷⁴.

Em contrário, CALMON DE PASSOS sustenta que “o art. 574 diz respeito ao processo de execução, e nele é que a sentença transitada em julgado deve ter declarado inexistente a obrigação”³⁷⁵, com o que concordam JOSÉ ANTÔNIO DE CASTRO³⁷⁶ e MENDONÇA LIMA. Este último é categórico ao afirmar que se o devedor não embargou a execução, via própria para discutir a existência ou inexistência da obrigação objeto da execução, resta-lhe somente a ação rescisória, mas nunca a ação autônoma, tendo por alvo diretamente a obrigação exigida e cuja existência fora reconhecida na ação executiva por sentença transitada em julgado proferida nos embargos³⁷⁷.

Não assiste razão a MENDONÇA LIMA, pois a ausência de embargos não implica preclusão de toda e qualquer matéria de defesa, já que configura fenômeno unicamente endoprocessual, como assinala LUCON³⁷⁸. O executado teria, ainda, outros meios de obter a tutela de seus direitos, como a exceção de pré-executividade e ação autônoma.

PONTES DE MIRANDA adverte que o demandado somente não pode propor a ação declaratória da inexistência da obrigação se já transitou em julgado a

³⁷⁴ Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, cit., p. 118-122.

³⁷⁵ “Responsabilidade...”, cit., p. 171.

³⁷⁶ “A sentença só poderá ser a proferida nos embargos do devedor. É o que diz o art. 574 do CPC” (*Execução...*, cit., p. 17).

³⁷⁷ Alcides de Mendonça Lima, *Comentários...*, cit., p. 216-7.

³⁷⁸ Paulo Henrique dos Santos Lucon é firme ao defender que em razão da execução injusta e não embargada, ao executado está facultada a possibilidade de propor demanda cognitiva autônoma, visando à obtenção de provimento jurisdicional declaratório ou desconstitutivo do título executivo (*Embargos à execução*, p. 290).

sentença que nos embargos a julgou existente, pois haveria ofensa à coisa julgada. Se pendentes os embargos, há a alegabilidade da conexão em contestação da ação declaratória negativa (arts. 301, VII, e §4º., 103 e 106)³⁷⁹. Se o demandado não embargou a execução, tudo há de resolver conforme o julgamento da ação declaratória³⁸⁰.

DONALDO ARMELIN explica que a procedência da ação declaratória de inexistência da obrigação ajuizada paralelamente à execução, tal qual a procedência dos embargos, provocando a declaração de inexistência da obrigação, gerará efeitos declaratórios de retroeficácia *ex tunc*, apanhando a obrigação antes mesmo do ajuizamento da ação de execução. A obrigação declarada inexistente haverá de preexistir, pelo menos no plano da aparência, à incoação do processo, pois deverá estar albergada em título executivo indispensável à admissibilidade da tutela executiva³⁸¹.

Dessa forma, optando o devedor por ajuizar ação anulatória do título em que se funda a execução, como forma de defesa, sua procedência acarretará reflexos totais ou parciais na demanda executória. Se a execução ainda não tiver sido proposta, ficará o credor impedido de ajuizá-la; se finda a execução e arrematados os bens do devedor executado, a vitória deste faz coisa julgada na ação de repetição do indébito, aforada pelo devedor em face do credor, sendo

³⁷⁹ Divergem a doutrina e a jurisprudência acerca da relação que existe entre a ação autônoma de conhecimento e os embargos do devedor. Alguns dizem haver litispendência, outros, conexão ou continência. Para os que sustentam a prejudicialidade, os embargos devem ser suspensos, evitando-se decisões contraditórias. Neste sentido: “EXECUÇÃO FISCAL - Embargos - Suspensão - Admissibilidade - Existência de conexão com ação anulatória de débito fiscal - Execução garantida por penhora - Possibilidade de decisões contraditórias - Recurso não provido”. (TJSP - Relator: Paulo Franco - Agravo de Instrumento n.º 251.517-2 - Piracicaba - 01.12.94).

³⁸⁰ *Comentários...*, cit., t. IX..., p. 110-1.

certo que o executado faz jus à indenização por todos os danos ocasionados pela execução injusta, além de custas e honorários, à luz do art. 574 do CPC.

Verifica-se que a ação anulatória do título apta a gerar a responsabilidade do credor nos termos do art. 574 deve ter afetado a obrigação a ele subjacente, pois se assim não for será uma sentença de natureza processual já que o título executivo é fenômeno processual.

6.5 – A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória visa a desconstituir a decisão rescindenda, instaurando-se, em regra, o *iudicium rescissorium*, ou seja, nova cognição do mérito.

Pela abrangência da norma contida no art. 574 do CPC não se pode olvidar que é possível a sua aplicação aos casos de ação rescisória julgada procedente, com trânsito em julgado, após a incoação do processo de execução.

Neste sentido é, também, o parecer da Comissão Especial do Senado, trazido à colação por ALEXANDRE DE PAULA, que demonstrou que a regra consubstanciada neste artigo abrange a ação rescisória³⁸².

Também SÉRGIO SAHIONE FADEL, ORLANDO SOARES e JOSÉ DA SILVA PACHECO³⁸³ apontam como hipótese de aplicação do art. 574 a sentença ser desfeita por ação rescisória. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, menciona

³⁸¹ “Responsabilidade...”, cit., p. 104.

³⁸² Código..., cit., p. 2365.

expressamente que a ação rescisória pode ser da sentença exeqüenda ou já executada³⁸⁴.

Outrossim, ARAKEN DE ASSIS³⁸⁵ admite que a procedência de rescisória contra a sentença condenatória que lastreou a execução deriva a responsabilidade do art. 574 do CPC por entender que o dispositivo não se restringe a operar nos limites do processo executivo, como sustenta CALMON DE PASSOS.

Com razão, TEORI ZAVASCKI sustenta que a insubsistência da execução definitiva pode decorrer não apenas da procedência da ação rescisória da sentença executada, como também da que julgou improcedentes os embargos à execução³⁸⁶.

Quanto à obrigação declarada inexistente no juízo *rescisorium* inerente à ação rescisória, DONALDO ARMELIN acrescenta, ainda, com acerto, além das hipóteses supra mencionadas, que a rescisão da sentença prolatada em ação declaratória versando a existência de tal obrigação, rejulgando a causa em favor do autor da rescisória, implicando a declaração trânsita em julgado dessa inexistência, ensejará a responsabilidade objetiva do credor exeqüente pelos

³⁸³ Sérgio Sahione Fadel, *Código....*, cit., p. 305; Orlando Soares, *Comentários....*, cit., p. 161; José da Silva Pacheco, *Tratado....*, cit., p. 357.

³⁸⁴ *Comentários....*, cit., t. IX, p. 111.

³⁸⁵ *Manual....*, cit., p. 466.

³⁸⁶ *Comentários....*, cit., p. 574.

danos resultantes de uma execução sem lastro no direito material (CPC, art. 574)³⁸⁷.

Posição contrária é defendida por CALMON DE PASSOS, para quem o credor se apoiou em decisão transitada em julgado (execução por título judicial), ou seja, em direito tornado certo e exigível, motivo pelo qual se de responsabilidade se pudesse falar, seria ela do Estado por ter certificado direito inexistente³⁸⁸. Também MENDONÇA LIMA, ao asseverar que a “sentença” a que se refere o art. 574 somente pode ter sido proferida nos embargos de devedor, afasta a hipótese de responsabilidade pela procedência da ação rescisória³⁸⁹.

Assim, conclui-se que pela abrangência da norma contida no art. 574 do CPC é possível a sua aplicação aos casos em que, após a incoação do processo de execução, for julgada procedente, com trânsito em julgado, a ação rescisória da sentença executada e da sentença prolatada em ação declaratória versando a existência da obrigação, bem como da que julgou improcedente os embargos.

6.6 – EMBARGOS DE TERCEIRO

Segundo DONALDO ARMELIN³⁹⁰, os embargos de terceiro são o meio processual adequado para que terceiro ou parte a esse assemelhada obste a eficácia ultraprocessual indesejável, decorrente de atos seriais de processo do qual não foi parte ou de ato culminante deste. Visam, pois, desconstituir o ato

³⁸⁷ “Responsabilidade....”, cit., p. 104.

³⁸⁸ “Responsabilidade...”, cit., p. 171.

³⁸⁹ *Comentários....*, cit. p. 216.

³⁹⁰ Cf. Donaldo Armelin, “Dos embargos de terceiro”, *RePro* 62:41.

jurisdicional que determinou a constrição indevida sobre bens ou direitos, eliminando seus efeitos detrimenais, com a sua restituição ao embargante ou a manutenção deste no *status quo ante*. Se preventivos os embargos, a pretensão do embargante restringir-se-á à declaração da inapreensibilidade do bem objeto dos embargos, com a declaração da existência de direito do embargante obstativo dessa apreensão.

A admissibilidade da sentença proferida nos embargos de terceiro como fato gerador da execução injusta centra-se na questão da extensão da responsabilidade objetiva disciplinada no art. 574 perante terceiros.

Já ficou assentado que, restando demonstrada a ilegitimidade de parte do executado (CPC, art. 741, III) nos embargos do devedor, exsurgir a responsabilidade do credor, uma vez que houve uma declaração de inexistência da obrigação objeto da execução perante aquele executado.

PONTES DE MIRANDA é incisivo:

“Não se pode interpretar o art. 574 como se não protegesse o terceiro que, sem ter qualquer obrigação, sofreu a execução. No art. 574 fala-se em ‘devedor’, mas devemos de entender ‘demandado na ação executiva de título judicial ou extrajudicial’³⁹¹.

Ocorre que PONTES DE MIRANDA refere-se ao terceiro em relação à obrigação em que se fundou a execução, o qual, contudo, figurou como executado, tendo sido reconhecida a ilegitimidade de parte por ocasião do

³⁹¹ *Comentários...*, cit., t. IX, p. 110.

juízo dos embargos, com fulcro no ar. 741, III, CPC, e não ao terceiro que teve seus bens constrictos.

Entretanto, PONTES DE MIRANDA sustenta que a sentença a que se refere o art. 574 do CPC é também a sentença que julga os embargos de terceiro³⁹².

Em contrário, e com razão, ARAKEN DE ASSIS sustenta que o art. 574 é inequívoco ao regular a responsabilidade perante o “devedor”, reclamando o dispositivo interpretação restrita, por ser regra de responsabilidade objetiva, motivo pelo qual terceiro que sofrer execução ilegítima nele não encontrará tutela³⁹³.

Ainda que se dê ao dispositivo interpretação extensiva quanto ao vocábulo “devedor”, como fez PONTES DE MIRANDA, não há que se falar que o terceiro pode ser reputado “demandado na ação executiva de título judicial ou extrajudicial”.

Pelo contrário, terceiro para fins dos embargos de terceiro, na lição de DONALDO ARMELIN, é aquele que não é parte. Trata-se de qualidade jurídica que se extrai negativamente. Disto decorre que os terceiros intervenientes que se convertem em parte (litisdenunciado, nomeado à autoria, que aceitou a nomeação e assumiu o pólo passivo, chamado ao processo, oponente e assistente litisconsorcial) não são terceiros, mas podem vir a se utilizar dos embargos quando presentes os requisitos do §2º. Do art. 1.046 do CPC. Por outro lado, o Código de Processo Civil considera o cônjuge terceiro quando defende bens

³⁹² *Comentários...*, cit., t. IX, p. 110.

³⁹³ *Manual...*, cit., p. 467.

dotais, próprios, reservados ou de sua meação, desde que não configure responsabilidade executiva secundária³⁹⁴.

Porém, no conceito de devedor, à luz do art. 574 do CPC, pode ser incluído o responsável executivo secundário (art. 592 do CPC) que tenha suportado os danos decorrentes da execução objetivando o adimplemento de obrigação inexistente. Com efeito, ainda que haja divergência doutrinária acerca de sua qualidade processual³⁹⁵, a ele não se nega a legitimidade para embargar a execução. *“Impedir a postulação dessa indenização pelo responsável executivo importará reduzir o âmbito da atuação do art. 574 do CPC ao arrepio da sua finalidade”*³⁹⁶.

Para MAURO BOVE, terceiro não é o devedor ou sujeito assemelhado ao devedor, e, em que pese não ser sujeito passivo da execução, é interessado na agressão em curso ou já finda. Isto se justifica porque, eventualmente, o crédito efetivamente existente pode se realizar utilizando-se de bens de um terceiro, ou seja, bens substancialmente não responsáveis, o que caracteriza um fenômeno ilícito³⁹⁷.

³⁹⁴ Donaldo Armelin, “Dos embargos de terceiro”, *Repro* 62:39.

³⁹⁵ Araken de Assis critica a qualificação dos responsáveis como “terceiros” relativamente ao processo executivo. Para ele é parte não apenas aqueles que figuraram *nominatim* no título, mas também os que, por efeito de situação legitimadora, incorrem na órbita da responsabilidade executiva (*Manual...*, cit., p. 403).

³⁹⁶ Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 120-1.

³⁹⁷ *L’esecuzione...*cit, p. 202-3 e 215. Ensina que um bem é substancialmente responsável pela execução se for de propriedade do devedor, mas o processo executivo não se preocupa de verificar tal propriedade, sendo certo que a atividade executiva se desenvolve legitimamente sob a condição necessária e suficiente de respeitar as normas processuais que a presidem, ou seja, a condição de que o bem agredido seja responsável segundo as regras de direito processual.

Assim, o terceiro, que teve sua esfera patrimonial ilicitamente invadida, vale-se dos embargos de terceiro (*opposizione del terzo*), ação autônoma de conhecimento, visando à liberação do bem injustamente constrito, cuja sentença final, à luz da doutrina majoritária apontada por BOVE, “*si compie un accertamento costitutivo dell’illegittimità degli atti esecutivi*”³⁹⁸.

No direito italiano, MAURO BOVE defende, quanto ao terceiro que teve seus bens constritos, o reconhecimento da execução injusta, podendo a ação por enriquecimento ilícito ser proposta não somente em face do credor, mas também do devedor, por ter permitido que seu débito fosse extinto por meio de bens de terceiro. A ele compete tão-somente a prova da posse do bem, sendo ônus do credor, provar a justiça da execução³⁹⁹.

À luz do direito pátrio, todavia, o terceiro que teve seus bens constritos e sofreu danos em razão disso, deverá ajuizar ação de indenização, devendo, contudo, comprovar o elemento subjetivo, uma vez que não se subsume ao conceito legal de devedor à luz do art. 574 do CPC, que se restringe às partes no processo de execução⁴⁰⁰.

DONALDO ARMELIN considera ser melhor restar essa matéria adstrita à responsabilidade por culpa, no que concerne ao credor, já que os atos lesivos podem ter sido determinados exclusivamente pelo juiz, como sucede comumente nas constrições combatidas pelos embargos de terceiro, os quais apenas

³⁹⁸ Mauro Bove, *L’esecuzione...*, cit., p. 219, n. 33.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 250.

⁴⁰⁰ Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 467; Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 106.

objetivam desfazer tais constringões e não declarar a inexistência parcial ou total da obrigação cujo adimplemento é exigido na execução⁴⁰¹.

6.7 – REVISÃO CRIMINAL

Como vimos, é a sentença penal condenatória título executivo judicial.

Ocorre que eventual modificação da sentença penal condenatória, em razão da procedência da revisão criminal *pro reo*, pode fazer desaparecer o efeito anexo daquela sentença de tornar certa a reparação do dano (art. 91, I, do CPB). Dessa forma, se o processo executivo já tiver se exaurido com a satisfação do credor (art. 794, I), defende ARAKEN DE ASSIS, com acerto, que poderá o executado postular a repetição de indébito com fulcro no art. 574 do CPC⁴⁰².

No entanto, acredita o mestre gaúcho, com amparo em lição de FREDERICO MARQUES e JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, que o exeqüente poderá se defender, vitoriosamente, mediante reconvenção, provando que, nada obstante a eliminação do título penal, a indenização era devida, porque caracterizado o ilícito civil, sendo certo que a inexistência do delito penal não importa a do ilícito civil⁴⁰³.

Preconiza SÉRGIO SHIMURA que se deve levar em consideração o fundamento da revisão, exemplificando:

“(...) se a revisão se der em razão de contrariedade da sentença condenatória com o texto legal ou com a evidência dos autos (inciso I

⁴⁰¹ “Responsabilidade...”, cit., p. 106-7.

⁴⁰² *Manual...*, cit., p. 163 e 466.

do art. 621, CPP), não vemos razão para que o autor se veja na contingência de devolver o que recebeu do réu. De outro lado, ilustrativamente, se a revisão vingar com fundamento em inexistência do fato delituoso ou negativa da autoria, considerando a falsidade da prova produzida (inciso II do art. 621, CPP), aí sim haveria causa para a repetição do indébito⁴⁰⁴.

PONTES DE MIRANDA, abordando a questão da sorte das decisões no processo de execução civil da sentença penal, na hipótese de ser revisto o processo e desconstituída a sentença penal, sustenta, com razão, que:

“(...) se, no julgamento da procedência da revisão, o tribunal alterou a classificação do delito, ou modificou a pena, sem que a sentença perdesse o peso da eficácia executiva e sem que se houvesse de rescindir, em conseqüência, embora em parte, as decisões no processo de execução cível da sentença penal, nenhuma eficácia desconstitutiva tem a sentença de revisão da sentença penal no tocante à execução civil que se lhe deu. Não assim se a decisão revisora absolve o réu, ou, desclassificando o delito, deixa de ser suscetível de executividade civil, no todo, ou em parte, a sentença penal⁴⁰⁵.

Adverte, ainda, que como a sentença penal condenatória tem feitos fora do processo penal, têm de ser levados à relação jurídica processual penal todos os interessados na ação executiva civil.

6.8 – PROVIMENTO DE AGRAVO

Defende ARAKEN DE ASSIS que o provimento de agravo interposto contra decisão executada liminarmente, as chamadas “sentenças liminares”, como na

⁴⁰³ Araken de Assis, *Manual...*, cit, p. 163.

⁴⁰⁴ *Título...*, cit., p. 228.

hipótese de demolição de prédio (CPC, art. 888, VIII), que reforme o ato, enseja a responsabilidade do exeqüente, inculpada no art. 574 do CPC.

Contudo, não nos parece acertada tal posição, pois o art. 574 do CPC somente se aplica às execuções definitivas, o que não alberga o art. 888, Inc. VIII, do CPC.

⁴⁰⁵ *Tratado da ação recisória das sentenças e de outras decisões*, p. 563

CAPÍTULO 7

7 – A AÇÃO INDENIZATÓRIA: PROCEDIMENTO

Reconhecido o direito à indenização pelos prejuízos sofridos pelo devedor em razão da execução injusta, resta analisar a forma como essa reparação tem lugar.

O art. 574 do CPC é silente quanto ao procedimento para a liquidação da indenização nele prevista, ao contrário do art. 811 do CPC, que disciplina a responsabilidade por danos decorrentes do processo cautelar, ao dispor em seu parágrafo único que “a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar”, bem como do inc. IV do art. 588 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, que trata da responsabilidade por danos decorrentes da execução provisória, ao instituir que “eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo”.

A norma do art. 811 tal qual as normas dos arts. 20 e seguintes, 574 e 588, inciso I, todas do CPC, contempla hipótese de responsabilidade objetiva. Ovídio BAPTISTA adverte que a liminar cautelar é uma forma de execução provisória da sentença cautelar e, como tal, poderia se submeter ao tratamento que o legislador ofereceu para as execuções provisórias (CPC, art. 588, I), ressaltando que o nosso Código equiparou o tratamento dado às execuções provisórias de sentença

e a denominada pelo legislador, “execução” da medida cautelar, quanto à responsabilidade por perdas e danos⁴⁰⁶.

Sendo assim, deve se aplicar ao art. 574, analogicamente, o parágrafo único do art. 811 e o inc. IV do art. 588, devendo ser as perdas e danos experimentados pelo devedor apurados nos próprios autos por meio do ajuizamento da ação liquidação, sendo competente, portanto, o mesmo juízo⁴⁰⁷.

Discorrendo sobre a responsabilidade do credor na execução provisória (CPC art. 588, I), LUCON já defendera que o processo de liquidação deveria se dar nos mesmos autos, não havendo necessidade de um processo de conhecimento autônomo destinado ao reconhecimento do *an debeatur*⁴⁰⁸.

O dever de indenizar é um *efeito anexo da sentença*⁴⁰⁹ que julgou procedentes os embargos de devedor, o que torna despicienda a ação condenatória, devendo ser provada na ação de liquidação, por meio de atividade cognitiva, a real existência de danos e o *quantum debeatur*.

DONALDO ARMELIN assinala que na hipótese da declaração de inexistência da obrigação resultar de ação declaratória autônoma, o processamento dessa

⁴⁰⁶ *Curso de processo civil*, v. 3, p. 209.

⁴⁰⁷ Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 106; Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 467; Teori Albino Zavascki, *Comentários...*, cit., p. 122; Sérgio Sahione Fadel, *Código...*, cit., p. 305.

⁴⁰⁸ *Eficácia...*, cit., p. 421.

⁴⁰⁹ Segundo Pontes de Miranda, o efeito anexo é efeito anexo da sentença e pressuposto do direito, pretensão, ação ou poder, que se crie com ele, que podem ser privatísticos ou publicísticos, inclusive de direito processual. São efeitos que não pertencem à coisa julgada material e por isso não podem ser considerados de ofício pelo juiz, nem a respeito deles, cabe exceção de coisa julgada. Como exemplo de efeito anexo privatístico aponta “a reparação do dano resultante da execução, sofrida pelo demandado na ação executiva, que é efeito anexo à sentença que reformou ou anulou aquela que provisoriamente executou” (*Tratado das ações*, t. I, p. 215-6).

liquidação deve ser no próprio juízo da ação, tendo em vista a competência funcional do juízo do processo de conhecimento⁴¹⁰. Tal solução pode ser aplicada se a declaração de inexistência resultar da procedência da ação rescisória, devendo a liquidação ser processada no juízo de primeira instância que julgou a causa.

OVÍDIO BAPTISTA, analisando o efeito anexo quanto ao dever de indenizar previsto no art. 811, que se aplica ao art. 574, ensina:

“A sentença que julgara o processo principal contra a parte que houvesse efetivado a medida cautelar nada decidiu sobre a existência do dano, de sorte que essa sentença não declara que o dano ocorrera; porém, proclamada sua existência na demanda de liquidação, a condenação do demandado por ressarcimento surge inexoravelmente como consequência do efeito anexo condenatório. Teremos, em tal caso, uma sentença que homologa a liquidação (da obrigação de indenizar) e que, embora gerando o título executivo para execução subsequente, diversamente da sentença condenatória, prescinde de condenação – que se transfere como efeito anexo –, reduzindo-se o componente propriamente cognitivo do ato sentencial apenas à declaração a respeito da existência do dano cujo valor se liquida”⁴¹¹.

PONTES DE MIRANDA, contudo, desconsiderando para tal fim o efeito anexo da sentença declaratória de inexistência, por ele mesmo detectado na execução provisória, como anotou DONALDO ARMELIN, entende que a liquidação só deve ocorrer se houve condenação a indenizar na sentença que declarou inexistente a

⁴¹⁰ “Responsabilidade...”, cit., p. 106.

⁴¹¹ *Curso.....*, cit., v. 3, p. 213.

obrigação. Não tendo havido a condenação, quem sofreu o dano deverá ajuizar ação condenatória, de que há de derivar a execução⁴¹².

MAURO AGUIAR MOURA, por sua vez, sustenta que a responsabilidade do art. 574 do CPC deve necessariamente constar como condenação na sentença que declarar inexistente a obrigação⁴¹³; e HUMBERTO THEODORO, em posição antagônica, defende que o devedor deverá demandar o credor em ação própria⁴¹⁴.

Este também é o entendimento de MENDONÇA LIMA ao defender que *“na ausência de norma similar à do art. 883, inciso II, do Código de 1939, os danos deverão ser liquidados e pleiteados em ação executiva própria e não nos autos da própria malograda execução”*⁴¹⁵.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, valendo-se da lição de MENDONÇA LIMA, decidiu que, em se tratando de execução definitiva, reformada pelo Excelso Pretório, a restituição de vencimentos pagos aos recorridos deveria ser reclamada por ação autônoma de ressarcimento, prevista no art. 574. Ainda: *“Confira-se: o texto legal emprega os termos ‘credor’ e ‘devedor’ e não ‘exequente’ e ‘executado’, querendo dizer que o ressarcimento dos danos não se reclama nos próprios autos em que foi proferida a sentença”*⁴¹⁶.

⁴¹² Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., t. IX, p. 112.

⁴¹³ O processo de execução, *apud* Teori Albino Zavascki, *Comentários...*cit., p. 123, n. 143.

⁴¹⁴ *Processo...*, cit., p. 111.

⁴¹⁵ *Comentários...*, cit., p. 218.

⁴¹⁶ Ap. 3.183-1, rel. Francisco Negrisollo, RJTJESP 68/207, *apud* Darcy Arruda Miranda e outros, *Código de processo civil (artigos 486 a 645)*, p. 2859.

Como se vê nesta liquidação, faz-se mister provar o *an debeat* ao contrário do que sucede nas liquidações comuns em que somente se prova o *quantum debeat*.

GALENO LACERDA, discorrendo acerca da liquidação dos prejuízos fundada no art. 811 do CPC, aduziu que a natureza fundamental da ação de liquidação “*consiste em cognição prévia à execução*”, devendo ser citado o autor, transformando-o em réu-executado⁴¹⁷, o que se aplica à espécie.

Com acerto, sustenta, ainda, que não há necessidade de ação própria nem de pedido reconvenicional para essa liquidação e, com amparo na lição de DINI, sustenta que o pedido de ressarcimento de danos não é baseado em título anterior ou estranho ao processo, mas de demanda que encontra seu título no próprio processo⁴¹⁸.

Como a relação jurídica não é a mesma, faz-se necessária a iniciativa do lesado para se proceder à liquidação. Deverá demonstrar a ocorrência dos danos, inclusive o moral, o seu valor e o nexó de causalidade com a execução da obrigação inexistente, estando dispensado de provar a culpa do exequente.

A liquidação para a apuração do prejuízo poderá ser em qualquer de suas modalidades, por artigo ou arbitramento, dependendo a escolha somente da natureza dos danos e complexidade dos fatos a serem investigados (p. ex. tratando-se de privação do uso de bem imóvel, a liquidação far-se-á por

⁴¹⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 796 a 812), v. VIII, p. 318.

⁴¹⁸ Galeno Lacerda, *Comentários...*, cit., p. 318.

arbitramento⁴¹⁹), sendo certo que, havendo necessidade de se provar fato novo, a liquidação far-se-á, normalmente, por artigos.

A *sentença de liquidação* será o título executivo que dará ensejo à subsequente execução por quantia certa contra o credor, constituindo mais uma exceção à regra geral quanto ao elenco dos títulos executivos albergado no art. 584 do CPC.

Neste sentido é o magistério de GALENO LACERDA em relação ao art. 811, parágrafo único do CPC, ao afirmar que *“o título exequendo será a sentença de liquidação, de natureza condenatória, resultante do pedido de liquidação formulado nos próprios autos do procedimento cautelar”*⁴²⁰.

Ovídio BAPTISTA, por sua vez, sustenta, em relação à responsabilidade pela efetivação de medidas cautelares, que *“(...) a sentença do processo principal mais a sentença homologatória da liquidação bastam à formação do título executivo, porque a condenação decorre de efeito anexo”*⁴²¹.

Legitimado ativo é não somente o devedor, obrigado e responsável primário pela execução, cujo patrimônio é o primeiro a ser exposto aos meios executivos, mas também o responsável executivo secundário a quem a lei atribuiu responsabilidade executiva, nos termos do art. 592 do CPC, que tenha suportado

⁴¹⁹ Exemplo dado por Araken de Assis, *Manual...*, cit., p. 467.

⁴²⁰ *Comentários...*, cit., p. 318.

⁴²¹ *Curso...*, cit., p. 214, v. 3.

a agressão patrimonial decorrente do processo de execução e por isso faz jus ao ressarcimento dos prejuízos sofridos⁴²².

Na responsabilidade secundária, o binômio responsabilidade e obrigação, existente na responsabilidade primária, é rompido, já que os bens de outros sujeitos ficam afetos à demanda executória.

ARAKEN DE ASSIS chama a atenção para o fato dos responsáveis elencados nos incisos I, II e IV do art. 592 do CPC serem sujeitos passivos da execução e não “terceiros”, tanto que não podem opor embargos de terceiro. É incisivo: *“Na verdade, o obrigado e o responsável são partes passivas na demanda executória porque executados, sem embargo do fato de que, à luz da relação obrigacional, o primeiro assuma a dívida (e, por isso, também é ‘responsável’) e o outro não”*⁴²³.

Ensina, ainda, que os incisos III (*bens de devedor na posse de terceiro*) e V (*bens do devedor alienados ou gravados em fraude contra a execução*) cuidam de situações peculiares que se inserem no âmbito da responsabilidade primária, não havendo que se falar em “responsáveis”.

Todos os credores, incluindo a Fazenda Pública, sujeitam-se à responsabilidade objetiva prevista no art. 574 do CPC. Note-se que o Ministério Público é isento tão-somente do custo do processo, devendo responder pelos prejuízos decorrentes da execução na hipótese em que atua como autor em ações civis públicas e firma compromisso de ajustamento.

⁴²² Neste sentido: Donaldo Armelin, “Responsabilidade...”, cit., p. 106.

⁴²³ *Manual...*, cit., p. 403.

Por sua vez, legitimado passivo é o credor que iniciou a execução ou sucedeu no pólo ativo da relação jurídica processual assim iniciada, dando causa aos prejuízos ressarcíveis⁴²⁴.

Não há que se falar em intervenção de terceiros no processo de execução, sendo admitida tão-somente a assistência, ainda que controvertidamente⁴²⁵.

O assistente é aquele que por interesse jurídico intervém no processo em auxílio de uma das partes contra a outra. Sendo assim, dificilmente poder-se-á conceber a responsabilidade do assistente *ex vi* do art. 574, pois, no pólo passivo não é ele atingido no seu patrimônio, a menos que se encarte em uma das hipóteses do art. 592 do CPC, sem se tornar parte. No pólo ativo, por seu turno, sua atuação no processo será restrita e caudatária do credor, não sendo titular de um direito ao qual corresponda uma obrigação a ser cumprida⁴²⁶.

Tendo em vista que a responsabilidade objetiva, regrada pelo art. 574 do CPC, não pode ter seu alcance ampliado pela via exegética, forçoso convir que terceiros que suportem prejuízos em razão do processo de execução devem procurar a reparação desses danos em ação própria, pautada na responsabilidade subjetiva⁴²⁷.

Merece atenção a questão da legitimidade extraordinária, a qual pode ocorrer no processo de execução, e centra-se no fenômeno da substituição

⁴²⁴ Donaldo Armelin, "Responsabilidade...", cit., p. 107.

⁴²⁵ Cf Araken de Assis, *Manual....*, cit., p. 233. O justista gaúcho explica que a doutrina pátria é divergente acerca do tema, apontando diversos doutrinadores que a admitem sem reservas.

⁴²⁶ Cf. Donaldo Armelin, "Responsabilidade...", cit., p. 107

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 106.

processual, em que o ocupante do pólo ativo da relação processual é pessoa diversa do titular da relação jurídica de direito material afirmada.

O substituto processual é, pois, aquele que atua no processo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio. A indagação que se coloca é saber se ele responde pelos danos decorrentes do processo de execução, à luz do art. 574 do CPC.

Considerando que o substituto age em proveito de outrem, imputar-lhe a responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes do processo poderia desestimular o seu ingresso em juízo, considerando-se o risco disto decorrente, como observa, com acerto, DONALDO ARMELIN⁴²⁸.

Outrossim, sendo a responsabilidade um vínculo de causa e efeito, o substituído não pode ser responsabilizado nos termos do art. 574 do Código de Processo Civil, pois não ajuizou a execução que deu causa ao prejuízo. Somente se sujeitará ao ressarcimento dos danos se ingressou no processo como litisconsorte ou assistente.

Por outro lado, tendo o substituído sido lesado em seu direito material, deve ser ressarcido dos danos sofridos.

Assim, limita-se a responsabilidade do substituto processual à responsabilidade advinda do custo do processo e a decorrente de sua eventual má conduta processual (responsabilidade subjetiva).

⁴²⁸ Ibid., p. 119.

CAPÍTULO 8

8 – A EXECUÇÃO INJUSTA FRENTE ÀS INÚMERAS REFORMAS A SEREM IMPOSTAS AO CPC

Exsurge do presente trabalho, notadamente pela escassa jurisprudência colacionada, que mesmo vitorioso na tela executiva o devedor não postula a indenização prevista no art. 574.

Inicialmente, tal fato se deve ao desconhecimento pelos operadores do direito da regra insculpida no art. 574, sobretudo em razão da pouca importância que os doutrinadores dão à referida norma, e ao pouco estudo a ela destinado nos cursos jurídicos.

Outrossim, não se pode esquecer da notória morosidade na satisfação da tutela jurisdicional em nosso país face aos inúmeros recursos; o volume crescente de processos; o efeito suspensivo automático do recurso de apelação à exceção das hipóteses do art. 520 do CPC; a existência, ainda, de meios executórios obsoletos; o exíguo quadro de juízes e servidores públicos; o mau aparelhamento do órgão judicial em virtude da falta de infraestrutura adequada dos juízos e tribunais; além de fatores estranhos à dogmática jurídica, como a própria realidade social, econômica e política.

Essa realidade desestimula o executado.

Todavia, uma vez que sejam convertidos em lei os PL 3.352-B/2004 e 4.497/2004, alterando drasticamente os procedimentos executivos, eliminando,

destarte, pontos de estrangulamento da tutela executiva e garantindo sua maior efetividade, o executado, certamente, será mais estimulado a se valer do instituto da execução injusta.

Como se não bastasse, há o aspecto psicológico, já que o devedor se sente vitorioso pelo insucesso da demanda executória e, muitas vezes, não almeja o contra-ataque por meio da demanda indenizatória.

Em razão disto, no jargão popular poder-se-ia dizer que o art. 574 “não pegou”.

Porém, busca-se com o presente trabalho alterar esta realidade, chamando a atenção da comunidade jurídica para a importância do instituto da execução injusta, como instrumento colocado à disposição dos devedores contra a pretensão executiva infundada, já que são notórias as conseqüências nefastas que o processo de execução pode ocasionar ao devedor.

Deve, pois, o art. 574 ser mantido no ordenamento jurídico, ainda que não tenha correspondência no direito estrangeiro, mesmo se considerando as inúmeras reformas a serem impostas ao CPC. Afinal, no direito estrangeiro, ao executado é necessário, muitas vezes, provar o elemento subjetivo, ou seja, culpa ou dolo do exeqüente, o que, por certo, dificulta ainda mais o seu sucesso em uma demanda indenizatória.

Ao optar o legislador pátrio pela responsabilidade objetiva, instituiu a contraprestação do credor ao colocar o órgão executivo a serviço de uma

pretensão infundada, o que apesar de constituir uma atividade lícita, configura um comportamento substancialmente ilegítimo, que deve ser repreendido.

Assim, restando demonstrado que a tutela executiva não tem lastro em uma obrigação deve o credor indenizar o executado por todos os danos experimentados.

O art. 574 completa o art. 588 que tem aplicação restrita às execuções provisórias. *De lege ferenda*, o que se poderia cogitar é a fusão desses dois artigos, criando-se um sistema único de responsabilidade objetiva do credor aplicável a qualquer modelo de execução, simplificando a sistemática e, destarte, o estudo do instituto, facilitando seu manejo por parte dos operadores do direito⁴²⁹.

Por fim, o processamento da ação indenizatória deveria ser disciplinado de forma a evitar entendimentos antagônicos por parte da doutrina e jurisprudência, acarretando demora na satisfação da tutela jurisdicional, o que, infelizmente, não vai acontecer com as reformas propostas para as alterações do CPC quanto ao processo de execução.

⁴²⁹ Os Projetos de Lei n. 3.352-B/2004 e 4.497/2004 mantiveram a disciplina separada desses artigos, alterando somente sua localização no CPC, já que a matéria hoje tratada no art. 588 passa a ser tratada no art. 475O, revogando-se o art. 588.

CONCLUSÕES

Relativamente ao tema desenvolvido ao longo deste estudo, formulam-se as seguintes conclusões:

1. A tutela executiva opera-se no mundo empírico e visa a satisfação do credor, na medida em que lhe confere exatamente aquilo que deveria receber do devedor ou utilidade equivalente sob o aspecto jurídico.
2. A ação executiva veicula uma pretensão do credor contra o Estado para que este, valendo-se do seu poder de agressão ao patrimônio do devedor, satisfaça o crédito, já que vedada a autotutela (CF, art. 5º, XXXV).
3. A ação executiva abre-se para o credor que é portador de um título executivo judicial (CPC, art. 584) ou extrajudicial (CPC, art. 585), constituindo o título um pressuposto legal da execução.
4. A exibição do título executivo é condição suficiente para que a ação executiva seja ajuizada, não cabendo ao órgão executivo a análise *prima facie* da existência do crédito, mas tão somente da regularidade formal do título.
5. O título executivo, em que pese ser requisito fundamental da execução, não constitui garantia suficiente da existência do crédito, pois a ação executiva é autônoma e independente do direito de crédito.
6. O processo de execução não autoriza a discussão sobre o mérito, ou seja, sobre a relação jurídica que deu ensejo ao título, que fica reservada para o plano cognitivo por meio dos embargos do devedor, de ação autônoma, da

ação rescisória e até da exceção de pré-executividade para parte da doutrina e jurisprudência.

7. Posta a causa novamente em discussão por meio de um processo de cognição, pode restar demonstrada a inexistência da relação jurídica obrigacional, em que se funda a execução por quantia certa, de obrigação de fazer e não fazer ou para entrega de coisa, já que a norma do art. 574 do CPC é genérica, caracterizando a execução injusta, sem discriminação quanto ao meio executório.
8. Os títulos executivos estão elencados nos arts. 584 e 585 do CPC, sendo certo que, quanto à sentença condenatória, título executivo judicial por excelência, reclama-se um redimensionamento de seu conceito sobretudo por ter o legislador pátrio conferido força executiva a outros provimentos de natureza jurisdicional, tais como medidas liminares de cunho antecipatório e satisfativo.
9. Dá-se execução provisória quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido somente no efeito devolutivo. Dessa forma, a execução provisória decorre de lei que a permite (*ope legis*) e se restringe aos títulos executivos judiciais.
10. Visando a execução a satisfazer o direito do credor, compete ao devedor suportar a responsabilidade pelo custo da demanda executória, que corre às suas expensas. Sua responsabilidade patrimonial deixará de existir, contudo, restando demonstrada a inexistência do direito material espelhado no título executivo.

11. Considerando o risco de não correspondência entre a representação e realidade do crédito executivamente realizável, o legislador pátrio reconheceu expressamente a possibilidade de ser declarada inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução (CPC, art. 574). Estamos diante da chamada execução injusta.
12. A sanção expressa no art. 574 do CPC não encontra correspondência no Código anterior e tem por escopo coibir o exercício da tutela executiva pelo credor para veicular pretensão fundada em direito inexistente.
13. Ao instituto em estudo os doutrinadores pátrios deram nomes diversos, tais como “execução ilegal”, “execução infundada” e “execução ilegítima”.
14. A expressão “execução injusta” é a que mais reflete o fenômeno em estudo já que nele a execução foi aparelhada com um título que formalmente atendia aos reclames da lei processual civil, portanto, legal e legítima, mas que veio a se provar que não espelhava uma obrigação, sendo uma “execução injusta”, pois.
15. A ilegitimidade de uma atividade executiva depende exclusivamente da aplicação de normas processuais, já que situações jurídicas de direito material são irrelevantes para o nascimento e exercício do poder de efetuar a execução. É ilegítima a atividade executiva que se realiza ao arrepio dos pressupostos legais ditados pelo direito processual.

16. Injusta não pode ser a atividade executiva, mas sim a execução no sentido dos efeitos substanciais injustificados que podem ocorrer em um determinado processo executivo, ainda que oriundo de uma atividade executiva legítima.
17. A execução forçada é injusta quando o processo executivo se põe em contraste com o direito substancial. Ocorre quando se analisa o fenômeno executivo sob o ponto de vista da relação jurídica entre o credor e o devedor, caracterizando um ato ilícito.
18. O fenômeno executivo sob o prisma da relação entre o credor, o devedor e o Estado (ação executiva), ou seja, da atividade juspublicística do Estado, não pode ensejar a execução injusta, porque se desenvolve exclusivamente no plano processual.
19. Note-se que a responsabilidade do credor pelos danos causados ao devedor pela execução injusta se diferencia da situação do exeqüente para quem o sistema não contempla, em princípio, indenização pela demora do processo, quando vitorioso; pois na execução injusta não se vislumbra o próprio direito do credor reclamado na via executiva, em contraposição à situação do exeqüente que ainda não se satisfaz efetivamente com o direito reconhecido na sentença (ou acórdão), configurando-se o dano marginal, de natureza processual, que se soma ao dano já causado desde a propositura da demanda, na época em que surgiu o conflito.
20. O campo de atuação por excelência da execução injusta é a execução definitiva, já que a responsabilidade do credor pela execução provisória é regrada expressamente pelo art. 588 do CPC.

21. A execução injusta alberga qualquer título lastreador da via executiva, seja judicial ou extrajudicial, já que o art. 574 do CPC não faz qualquer restrição quanto à natureza do título.
22. O art. 940 do CC constitui uma sanção civil de direito material àquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, o qual fica obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição. Para a maioria da jurisprudência impõe-se que o demandante obre com malícia (Súmula 159 do STF).
23. O art. 940 do CC não se confunde com o art. 574 do CPC quer porque despende a existência de dano, quer porque demanda a existência de elemento subjetivo, inserindo-se o dispositivo na doutrina da culpa, o que não ocorre na execução injusta.
24. Incidem no processo de execução todas as regras jurídicas processuais que regulamentam a litigância de má-fé e a indenização dela resultante (CPC, art. 598).
25. A sanção imposta ao litigante de má-fé não se confunde com a execução injusta, uma vez que pode ser imposta tanto ao exequente como ao executado e até mesmo a terceiro interveniente, pela prática de atitude ilícita, imprudente, causadora de um dano processual, exigindo-se a presença do elemento subjetivo.

26. A responsabilidade imposta ao requerente da falência por força do art. 101 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, não se confunde com a responsabilidade esculpida no art. 574 do CPC.
27. A regra do art. 18 da LAC não exclui a responsabilização objetiva do legitimado ativo da ação civil pública nos termos do art. 574 do CPC, pois só se aplica ao processo de conhecimento e não à fase executiva, não estabelecendo ressalva para o dano decorrente do processo.
28. Ocorre a incidência do art. 574 no microsistema dos Juizados Especiais, bem como nas execuções especiais, notadamente aquela da Lei n. 6.830/80 – Execução da Dívida Ativa da Fazenda, sendo certo que quanto ao primeiro a declaração de inexistência da obrigação não poderá se dar por ação rescisória, já que seu manejo foi expressamente vedado pelo art. 59.
29. A “inexistência da obrigação” mencionada no art. 574 do CPC é aquela declarada por sentença transitada em julgado, não havendo que se falar em inexistência pré-processual antecedente à incoação do processo de execução, vez que tal hipótese faria incidir o art. 16 do CPC.
30. A responsabilidade do credor disciplinada no art. 574 do CPC é objetiva e justifica-se porque o processo de execução é seguramente o mais apto a produzir efeitos danosos em razão das modificações que opera no mundo empírico, visando a satisfação do credor.
31. Ao incoar o processo de execução, o credor impõe ao Estado a prática de atos expropriatórios contra o patrimônio do devedor. Assim, sobrevindo

sentença que declare inexistente a obrigação em que se fundou a execução, deve o credor indenizar o devedor, já que houve um comportamento abusivo do credor ao colocar o órgão executivo a serviço de uma pretensão infundada, violando o seu dever de abstenção na prática de atos danosos a outrem.

32. No tocante à responsabilidade objetiva, verifica-se que seu cabimento pode se dar em qualquer modelo de execução – tradicional ou diferenciado – que deriva do pronunciamento, sendo certo que a questão fundamental centra-se em examinar os efeitos detrimenais da decisão, daí se englobarem as ações executivas *lato sensu* e as de eficácia mandamental.
33. Sendo objetiva a responsabilidade do credor pela execução injusta, basta ao executado, para obter o ressarcimento, a prova da existência do dano e da sua relação de causa e efeito com o processo de execução.
34. Na execução injusta a indenização a ser paga pelo credor deve ser a mais ampla possível, englobando os danos emergentes (v.g. imobilização do bem penhorado, perda de negócios rendosos etc.) e os lucros cessantes (v.g. irrealização de negócio por causa da execução em curso).
35. Ao lado do dano patrimonial, dotado de expressão econômica por repercutir no patrimônio da vítima, há o dano moral que, uma vez comprovado, deve ser compensado por meio da indenização.
36. A indenização, em que pese ser ampla, não abrange as multas impostas ao executado vitorioso (v. g. por ato atentatório da dignidade da justiça – art. 600

do CPC) porque referida sanção punitiva decorre de ofensa direta à dignidade da justiça.

37. Em que pese existir norma jurídica que preveja a responsabilidade do credor na execução, não se registra regra jurídica semelhante nos sistemas alienígenas.
38. O art. 574 do CPC somente se aplica quando houver a declaração de inexistência de uma ou de todas as obrigações em que se fundou a execução, seja porque inexistente o direito material do credor, seja porque a obrigação se reporta a outro credor ou devedor, já que em relação ao executado essa obrigação não existe.
39. Não incide o art. 574 do CPC na hipótese de prescrição, bem como em todas as demais hipóteses em que a obrigação do devedor para com o credor permanece incólume.
39. O art. 574 do CPC somente tem aplicação quanto à execução injusta, ou seja, aquela em que ocorre a inexistência da obrigação, afastada sua incidência quando o processo se extingue em virtude de razões nitidamente formais ou processuais a caracterizar a execução inadmissível, que se cinge aos requisitos de admissibilidade da ação executiva e se encerra por sentença meramente terminativa.
41. O meio processual colocado expressamente à disposição do executado pelo legislador, para reagir à execução, retirando do título a sua força ao demonstrar a inexistência do direito do credor, são os embargos do devedor.

Todavia, o legislador pátrio não restringiu a eles a hipótese de declaração da inexistência da obrigação, cuja satisfação se reclama na execução.

42. Autorizam a incidência do art. 574 do CPC, tratando-se de execução por título judicial, os embargos de devedor em que tenha ocorrido a declaração de inexistência da obrigação que ensejou a execução, o que de regra se dará nas hipóteses em que tenham por fundamento o art. 741, incisos III (quando se declara que aquela obrigação inexistente perante aquele devedor) e VI (qualquer causa extintiva da obrigação). Se o título é extrajudicial, a incidência se faz nas hipóteses em que a sentença declara inexistente a obrigação.
43. Eventualmente aprovada a proposta de alteração do CPC, a execução fundada em título judicial será executiva *lato sensu*, o que, todavia, não inibirá a incidência do art. 574 do CPC no âmbito das ações autônomas de impugnação, de que é espécie a ação rescisória, bem como no seio da impugnação simples a ser introduzida no sistema processual.
44. Para aqueles que, além de matéria de ordem pública, admitem a arguição da existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, aceita a prova do pagamento (questão própria dos embargos) em sede de exceção de pré-executividade, o que implica o reconhecimento da inexistência do crédito, haverá a formação de coisa julgada material, pois houve análise de mérito em cognição exauriente quanto a profundidade, incidindo o art. 574 do CPC.

45. Também o ajuizamento de ação autônoma versando direta ou indiretamente o título executivo pelo devedor pode ensejar a incidência do art. 574 do CPC se nela for declarada inexistente a obrigação que deu origem à execução contra si aforada.
46. O devedor não pode ajuizar a ação declaratória da inexistência da obrigação se já transitou em julgado a sentença prolatada nos embargos que a julgou existente, porque haveria ofensa à coisa julgada.
47. Finda a execução e arrematados os bens do devedor executado, a vitória deste em ação anulatória do título em que se fundou a execução, que afete a obrigação a ele subjacente, ensejará a responsabilidade do credor por todos os danos ocasionados pela execução injusta, além de custas e honorários.
48. Pela abrangência da norma contida no art. 574 do CPC é possível a sua aplicação aos casos em que, após a incoação do processo de execução, for julgada procedente, com trânsito em julgado, a ação rescisória da sentença executada e da sentença prolatada em ação declaratória versando a existência da obrigação, bem como da que julgou improcedente os embargos.
49. Restando demonstrado nos embargos do devedor a ilegitimidade de parte do executado (CPC, art. 741, III) exsurgirá a responsabilidade do credor, uma vez que houve uma declaração de inexistência da obrigação objeto da execução perante aquele devedor executado. Note-se que não se está presente a um “terceiro”, ou seja, aquele que não é parte, mas sim ao “devedor”.

50. O art. 574 do CPC é inequívoco ao regular a responsabilidade do credor perante o devedor, incluindo-se nela o responsável executivo secundário (CPC, art. 592), que tenha suportado a agressão patrimonial decorrente do processo de execução.
51. O terceiro, que teve seus bens constrictos e sofreu danos em razão disso e teve que se valer dos embargos de terceiro, não faz jus a indenização do art. 574 do CPC, ao contrário do que se dá no direito italiano, devendo ajuizar ação de indenização na qual deverá demonstrar, além dos danos sofridos, o elemento subjetivo, ou seja, a culpa *lato sensu*.
52. Exsurge também a responsabilidade do credor, nos termos do art. 574 do CPC, nas hipóteses de execução fundada em sentença penal condenatória, quando for julgada procedente a revisão criminal para absolver o réu, deixando, nesta hipótese, em razão da eficácia desconstitutiva, de ser suscetível de executividade civil, fazendo desaparecer, em consequência, o efeito anexo daquela sentença de tornar certa a reparação do dano (art. 91, I, do CP).
53. As perdas e danos sofridas pelo devedor em razão da execução injusta devem ser apurados nos próprios autos da execução por meio do ajuizamento da ação liquidatória, sendo competente, portanto, o mesmo juízo.
54. A relação jurídica não é a mesma e se faz necessária a iniciativa do lesado para se proceder à liquidação. Deverá demonstrar a ocorrência dos danos, incluindo o moral, o seu valor e o nexo de causalidade com a execução da obrigação inexistente, estando dispensado de provar a culpa do exequente.

55. A *sentença de liquidação* será o título executivo que dará ensejo à subsequente execução por quantia certa contra o credor, constituindo mais uma exceção à regra geral quanto ao elenco dos títulos executivos albergado no art. 584 do CPC.
56. Legitimado passivo é o credor que iniciou a execução ou sucedeu no pólo ativo a relação jurídica processual assim iniciada, dando causa aos prejuízos ressarcíveis, incluindo-se nesse conceito a Fazenda Pública e o Ministério Público quando atua como autor e não como *custos legis*.
57. Em que pese a indenização prevista no art. 574 não ser postulada pelo devedor, sobretudo, em face do desconhecimento da referida regra, o instituto da execução injusta há de ser mantido no ordenamento jurídico, mesmo se considerando as inúmeras reformas a serem impostas ao CPC, por ser um importante instrumento para a tutela da esfera jurídica do devedor, que sofreu uma execução sem lastro em obrigação existente.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 8ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II.
- ANDOLINA, Italo. *“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. I.
- ARMELIN, Donald. “O processo de execução e a reforma do código de processo civil”. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 675-725.
- _____. “Responsabilidade objetiva no código de processo civil”. *Processo civil: evolução, 20 anos de vigência*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77-123.
- _____. “Tutela jurisdicional diferenciada”. *RePro* 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1992, p. 45-55.
- _____. “Dos embargos de terceiro”. *Revista de Processo*, vol. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1991, p. 40-60.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz". *RF* 351. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 2000, p. 585-586.
- _____. "Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais". *RePro* 41, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.-mar. 1986, p. 7-14.
- _____. *Novo processo civil brasileiro*. 22^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3^a. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONDIOLI, Luiz Guilherme. "Tutela específica: inovações legislativas e questões polêmicas". *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. Coord. Hélio Rubens Batista Ribeiro da Costa e outros. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BOVE, Mauro. *L'esecuzione forzata ingiusta*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Responsabilidade do exeqüente no novo código de processo civil". *RF* 246. Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1974, p. 167-171.
- _____. *A crise do processo de execução, in o Processo de Execução – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 185-203.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "Sugestões para uma nova sistemática da execução". *RePro* 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2001, p. 139-152.

CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile*. 2^a. ed. Padova: Cedam, 1988.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 747)*. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. VIII.

CASTRO, José Antônio de. *Execução no código de processo civil*. 3^a. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980.

CONIGLIO, Antonino. "In tema di responsabilità per danni nel sequestro". *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: C.E.D.A.M., 1927.

DELGADO, José Augusto. "Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional", *RePro*, 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1985, p. 147-156.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7^a.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. "As três figuras da liquidação de sentença". *Atualidades sobre liquidação de sentença*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-45.

_____. *A Reforma da reforma*. 2^a.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado (arts. 444 a 889)*.

4ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. II.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12ª. ed. Atualizada por Humberto Theodoro

Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª. ed. rev. São Paulo:

Saraiva, 2003.

GRASSO, Eduardo. "Dalla responsabilità delle parti", *Commentario del codice di*

procedura civile (art. 69 – 162). : Unione Tipografico – Editrice Torinese,

1973, libro primo, t. 2.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo:

Malheiros, 1997.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

_____. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva,

1994. v. 3.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1º. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1999.

_____. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*.

2ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HAENDCHEN, Paulo Tadeu. *Ação de reintegração e manutenção de posse*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 796 a 812)*. 8ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VIII, t. 1.

LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª. ed. Atualizada por Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Embargos à execução*. 2ª. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil (Do Processo de Execução)*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 10.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4ª. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 585)*. 2ª. ed. rev. atual. Rio – São Paulo: Forense, 1977, v. VI, t. I.

MIRANDA, Darcy Arruda; MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda; KUGELMAS, Alfredo Luiz. *Código de processo civil nos tribunais (artigos 486 a 645)*. 1ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

- MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Comentários à lei de falências* (arts. 1º. a 51). 2ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado (Exceção de pré-executividade)*. 2ª. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3ª. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1990.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª.ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado* (arts. 566 a 889). 7ª. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3.
- PELUZO, Antônio César. "Condomínio e execução". *RePro* 11-12, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 1978, p. 67-87.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. *Procédures civiles d'exécution*. Paris: Éditions Dalloz, 2000.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª.ed. Napoli: Casa Editrici Dott. Eugenio Jovene, 1999.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I.

_____. *Tratado das ações*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. VII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. ed. rev. aum. atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. IX.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XI.

_____. *Tratado da ação recisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 1.

PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: Giuffrè, 1935.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, L.^{da}, 1982, v. 1 e 2.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 9ª. ed. rev. ampl. Padova: CEDAM, 1981.

_____. *Diritto processuale civile*. 2ª. ed. rev. aum. Padova: CEDAM, 1950.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Decisões interlocutórias e sentenças liminares”. *Ajuris* 51/126, mar./91.

_____. “Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva”, *Repro* 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1998, p. 159-174.

_____. *Curso de processo civil*. 3ª. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2.

_____. *Curso de processo civil*. 3ª. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3.

_____. *Ação de imissão de posse*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA PACHECO, José da. *Tratado das execuções (processo de execução)*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 2.

_____. *Processo de falência e concordata*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira; BRITO, Wanda Ferraz de. *Código de processo civil anotado*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1981.

SOARES, Orlando. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 476 a 889)*.

Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II.

TARZIA, Giuseppe. “Problemas atuais da execução forçada”, *RePro* 90, São

Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1998, p. 68-84.

TESHEINER, José Maria. “Execução civil (Um estudo fundado nos *Comentários*

de Araken de Assis)”. *RePro* 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-

jun. 2001, p. 24-54.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21^a. ed. São Paulo:

Leud, 2002.

_____. *Código de Processo Civil anotado*. 7^a. ed. rev. amp. atual. Rio de

Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 3^a.ed. atual. São

Paulo: Atlas, 2003, v.3.

VERDE, Giovanni. “Attualità del principio ‘nulla executio sine titulo’”. *Rivista di*

Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1999, n. 4.

VIGORITI, Vincenzo. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”,

Repro 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1986, p. 142-148.

VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1975.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. 3^a. ed. Trad. J. Alves de Sá.

São Paulo: Livraria C. Teixeira & C.^a, 1928.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8.

_____. *Título executivo e liquidação*. 2ª. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª. fase da reforma do código de processo civil*. 2ª.ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. “Sobre a objeção de pré-executividade”. *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. “A sentença que extingue a execução”. *Processo de execução e assuntos afins*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.