

---

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

---

CURSO  
DE DIREITO  
PROCESSUAL  
CIVIL

PROCESSO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DA SENTENÇA  
PROCESSO CAUTELAR E TUTELA DE URGÊNCIA

Volume II

até a Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006



B0018260

40ª edição

EDITORA  
FORENSE



**CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

2ª edição eletrônica

**HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**

**Volume II - PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO  
CAUTELAR**

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.  
Professor na Faculdade de Direito da UFMG.

*EDITORA FORENSE*

Rio de Janeiro - RJ

---

Utilize as setas abaixo e o índice analítico para navegar pela obra.

**Parte IX - PROCESSO DE EXECUÇÃO**  
**Capítulo XXII - PRINCÍPIOS GERAIS**  
**§ 93. EXECUÇÃO FORÇADA**

**Sumário:** 624. *O processo judicial.* 625. *Processo de conhecimento e processo de execução.* 626. *Diferenças entre a execução forçada e o processo de conhecimento.* 627. *Visão unitária da jurisdição.* 628. *Realização da sanção: fim da execução forçada.* 629. *Espécies de sanções realizadas por via da execução forçada.* 630. *Execução forçada, cumprimento voluntário da obrigação e outras medidas de realização dos direitos subjetivos.* 631. *Meios de execução.* 632. *Autonomia do processo de execução.*

#### **624. O processo judicial**

Entre o processo de atuação do Poder Jurisdicional e o processo de conduta geral do homem há grande similitude.

O homem observa sempre a seqüência "saber-querer-agir". Também o órgão judicial, diante da lide a solucionar, primeiro *conhece* os fatos e o direito a eles pertinentes; depois *decide*, isto é, manifesta a vontade de que prevaleça determinada solução para o conflito; e, finalmente, se a parte vencida não se submete espontaneamente à vontade manifestada, *age*, de maneira prática, para realizar, mediante força, o comando do julgado. (1)

Há, pois, no processo judicial a atividade de conhecimento e a de execução, formando os dois grandes capítulos da sistemática jurídica de pacificação social, sob o império da ordem jurídica, cujo objetivo maior é a eliminação das lides ou litígios no relacionamento humano, para tornar possível a vida em sociedade.

Embora haja uma seqüência lógica entre o conhecer e o executar, nem sempre a atividade jurisdicional reclama a conjugação dos dois expedientes, de sorte que muitas vezes é bastante a declaração de certeza jurídica para eliminar um litígio. E outras tantas, a certeza em torno do direito da parte já está assegurada, por certos mecanismos, que dispensam o processo de conhecimento e permitem a utilização direta da execução forçada em juízo.

#### **625. Processo de conhecimento e processo de execução**

Na solução dos litígios, o Estado não age livre e discricionariamente; observa, muito pelo contrário, um método rígido, que reclama a formação de uma relação jurídica entre as partes e o órgão jurisdicional, de caráter dinâmico, e cujo resultado será a prestação jurisdicional, isto é, a imposição da solução jurídica para a lide, que passará a ser obrigatório para todos os sujeitos do processo (autor, réu e Estado).

Esse método, que é o processo, naturalmente, não pode ser o mesmo enquanto se procura conhecer a situação das partes e enquanto se busca realizar concretamente o direito de uma delas, alterando a esfera jurídica da outra.

A atuação do órgão judicial, por isso mesmo, no processo de conhecimento é bem distinta daquela observada no processo de execução, razão pela qual existem a regulamentação e a sistemática próprias de cada um deles.

Na ordem cronológica, a declaração de certeza há de preceder à realização forçada da prestação a que se refere a mesma relação jurídica tornada litigiosa. É que, enquanto a declaração se posta apenas no plano das idéias e palavras, a execução entra na área da coação, atingindo a parte devedora em sua esfera privada, no que diz respeito a seu patrimônio.

Assim, a gravidade da atuação executiva e de suas conseqüências práticas reclama, por si só, a preeminência da cognição sobre a existência do direito do credor, o que, de ordinário, se faz através do processo de conhecimento. Somente com a observância dessa prioridade é que se pode evitar o risco de se chegar à agressão patrimonial executiva sem controle da efetiva existência da relação que se há de fazer atuar.(2)

*Ad instar* do homem imprudente que toma decisões e age sem meditar e sem se certificar da verdade do fato determinante de sua conduta, o processo de execução que fosse desencadeado em juízo sem a precedência da competente declaração de certeza jurídica, redundaria em pura arbitrariedade.

Por outro lado, também como se critica o homem tibio que sabe da verdade de um fato e não age na conformidade dele, censurável seria, da mesma forma, privar o Estado do poder de realizar, concreta e forçadamente, a vontade da lei já declarada ao final do processo de conhecimento.

Eis por que observa Couture, com toda sabedoria e precisão, que “na ordem jurídica, execução sem conhecimento é arbitrariedade; conhecimento sem possibilidade de executar a decisão significa tornar ilusórios os fins da função jurisdicional”.(3)

A obrigatoriedade da conexão entre conhecer e executar, contudo, não exclui a possibilidade de admitir-se o conhecimento do direito subjetivo do credor operado em vias extraprocessuais. Assim é que existem procedimentos, fora do campo do processo judicial, que geram título executivo equivalente à sentença condenatória. De qualquer maneira, no entanto, as duas atividades, de conhecer e executar, estarão ainda conectadas, sendo, outrossim, de notar que o título executivo extrajudicial é exceção que só vigora mediante expressa permissão em texto específico de lei.

#### 626. Diferenças entre a execução forçada e o processo de conhecimento

Atua o Estado, na execução, como substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo. Daí a denominação de "execução forçada", adotada pelo Código de Processo Civil, no art. 566, à qual se contrapõe a idéia de "execução voluntária" ou "cumprimento" da prestação, que vem a ser o adimplemento.

Enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para "descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso", no processo de execução providencia "as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos".(4)

Embora tanto num como noutro a parte exerça perante o Estado o direito subjetivo público de ação, a grande diferença entre os dois processos reside no fato de tender o processo de cognição à pesquisa do direito dos litigantes, ao passo que o processo de execução parte justamente da certeza do direito do credor, atestada pelo "título executivo" de que é portador.

Não há, nessa ordem de idéias, decisão de mérito na ação de execução.(5) A atividade do juiz é prevalentemente prática e material,(6) visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento, o juiz julga (*decide*); no processo de execução o juiz realiza (*executa*).

Na exata lição de Frederico Marques, o processo de conhecimento é processo de *sentença*, enquanto o processo executivo é processo de *coação*.(7)

Ainda porque a declaração de certeza é pressuposto que antecede ao exercício da ação de execução, considera a doutrina que o processo de execução não é *contraditório*.(8) Com isto se quer dizer que não se trata de um processo dialético, ou seja, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção em que incorre por não ter realizado o direito já líquido e certo do credor. As questões, porém, que eventualmente surgem no curso do processo, a respeito dos atos executivos, são tratadas e solucionadas com observância do contraditório, tal como se passa no processo de conhecimento.

#### 627. Visão unitária da jurisdição

Do exposto, é fácil compreender que a declaração de certeza, própria do processo de conhecimento, e a realização material, que se produz na execução forçada, têm finalidades diferentes, mas complementares, de sorte que consideradas em seu conjunto proporcionam a visão unitária da função jurisdicional, que, em última análise, vem a ser a de fazer atuar o direito frente a qualquer conflito jurídico relevante.(9)

A soberania que se manifesta na atividade jurisdicional do Estado, que, em síntese, é a jurisdição, pressupõe indissociavelmente ligados o poder de julgar e o de fazer cumprir o julgado, como enfatizava Couture.(10)

#### 628. Realização da sanção: fim da execução forçada

As regras jurídicas são de incidência obrigatória ou coativa. Sob seu império nascem direitos subjetivos de determinadas pessoas a que correspondem obrigações ou deveres de outras. Esse vínculo entre pessoas que dá a umas o poder de exigir e a outras a sujeição a ter de realizar certas prestações, é o que se denomina *relação jurídica*.

A coatividade prevista no conteúdo abstrato e genérico da regra de direito transporta-se para o concreto da vida quando uma relação qualquer entre pessoas cai sob a área de incidência da norma.

A coatividade da ordem jurídica, outrossim, tem um sistema especial de manifestação que se denomina *sanção*. Desobedecido o preceito normativo e violado o direito subjetivo do credor, o Estado está sempre pronto a interferir, através de seus órgãos adequados, para restaurar a ordem jurídica violada, atribuindo a cada um o que é seu, com ou sem concordância da pessoa responsável pela situação concreta.

A *sanção*, no plano patrimonial, que é o que interessa à execução forçada, traduz-se em medidas práticas que o próprio ordenamento jurídico traça para que o Estado possa invadir a esfera de autonomia do indivíduo e fazer cumprir efetivamente a regra de direito.

Quando se trata do direito público, a sanção criminal consiste em penas que atingem a pessoa do delinquente, no intuito de intimidá-lo e reintegrá-lo na vida social e, ao mesmo tempo, de desestimular os demais a praticar infrações similares. Já as *sanções civis* apresentam um caráter apenas *reparatório* e visam a compensar ao titular do direito subjetivo o prejuízo injustamente causado por outrem.

Em direito processual, a execução forçada destina-se especificamente a realizar, no mundo fático, a sanção. Daí sua definição de "atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção".<sup>(11)</sup>

#### **629. Espécies de sanções realizáveis por via da execução forçada**

A sanção patrimonial nem sempre assume o mesmo conteúdo prático. Através dela procura-se realizar para o credor, na medida do possível, o mesmo resultado prático que se obteria com a normal observância da regra jurídica que se descumpriu.

Através de execução forçada, o Estado intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou até contra a vontade deste, o direito do credor.

Se o culpado pelo ato ilícito não indeniza a vítima, ou se o emitente da nota promissória não a resgata em seu vencimento, a atuação da sanção consistirá em extrair do patrimônio do devedor a quantia necessária e com ela realizar o pagamento do credor, seja da indenização seja do título de crédito. Da mesma forma, se o injusto possuidor não se dispõe a restituir a coisa ao legítimo dono, a sanção que se lhe aplicará consistirá na tomada dessa mesma coisa e na entrega dela, pelo órgão estatal, ao proprietário.

Muitas vezes, porém, a prestação devida, após o inadimplemento ou a violação do direito do credor, não se revela mais suscetível de realização na própria espécie em que foi convencionada ou estabelecida na fonte da obrigação descumprida. A sanção, por isso, terá de se voltar para uma outra prestação que possa compensar a originária, realizando um efeito que possa equivaler economicamente à que se omitiu.

A execução forçada, por isso, pode atuar de duas maneiras diversas:

a) como execução *específica*; ou

b) como execução da *obrigação subsidiária*.

Na execução *específica* realiza o órgão executivo a prestação devida, como, por exemplo, quando entrega ao credor a própria coisa devida ou a quantia que corresponde, precisamente, ao título de crédito.

Na execução da *obrigação subsidiária*, o Estado expropria bens do devedor inadimplente e com o produto deles propicia ao credor um valor equivalente ao desfalque patrimonial derivado do inadimplemento da obrigação originária.

Em qualquer caso, porém, o que fez o Estado, no processo executivo, é sempre a realização da sanção, seja entregando ao credor o bem devido, seja reparando-lhe o prejuízo decorrente da impossibilidade de realizar a prestação *in natura*.

#### **630. Execução forçada, cumprimento voluntário da obrigação e outras medidas de realização dos direitos subjetivos**

Só há execução forçada quando o devedor descumpre sua obrigação e deixa de satisfazer o crédito a que se acha sujeito, no tempo e forma devidos.

Por isso, o pagamento impede a execução por propor e elide a que já foi proposta (CPC, art. [651](#)).

Por outro lado, sendo excepcional a forma de execução compulsória em juízo, os atos de execução forçada propriamente ditos não são postos em prática senão depois de uma citação inicial em que se confere uma última oportunidade ao devedor para que ele mesmo cumpra sua obrigação perante o credor.

Somente após ultrapassado o prazo assinado na citação é que o órgão judicial agredirá o patrimônio privado do devedor, dando início aos atos concretos de realização da sanção a que se sujeitou o inadimplente (arts. [652](#) e [659](#)).

Pode-se distinguir entre *processo de execução* e *execução forçada*: o processo de execução apresenta-se como o conjunto de atos coordenados em juízo tendentes a atingir o fim da execução forçada, qual seja, a satisfação compulsória do direito do credor à custa de bens do devedor. Esse processo, tal como se dá com o de conhecimento, é, em si mesmo, uma relação jurídica continuativa de

direito público, que vincula devedor, credor e o Estado, na pessoa do juiz ou Tribunal. Trata-se, pois, do continente da atividade executiva em juízo.

Por *execução forçada*, outrossim, considera-se o *conteúdo* do processo de execução, que consiste na *realização*, material e efetiva, da vontade da lei através da função jurisdicional do Estado.

Assim, a *execução forçada*, como forma pública de atuação jurisdicional jurissatisfativa, não se confunde com outras medidas de satisfação ou tutela do crédito, como o adimplemento do devedor, a legítima defesa do credor, as *medidas cautelares*, ou as "execuções administrativas" ou "privadas" permitidas por algumas leis especiais, como a do Sistema Financeiro da Habitação e a da alienação fiduciária em garantia.

O *adimplemento* pelo próprio devedor é ato diverso da execução, porque traduz conduta espontânea. A *autodefesa*, hoje quase que totalmente eliminada da esfera patrimonial do direito, só subsiste, em caráter excepcional, em casos expressos como a do desforço imediato para repelir os atentados à posse (Código Civil, art. 502). É procedimento diverso da execução forçada porque representa emprego de força privada na tutela do direito subjetivo em vias de ser lesado. E, finalmente, as "execuções administrativas" ou "privadas", também excepcionais, não representam execução forçada porque estranhas à atividade jurisdicional e não isentas de posterior revisão em demandas judiciais.

### 631. Meios de execução

O Estado se serve de duas formas de sanção para manter o império da ordem jurídica: os meios de *coação* e os meios de *sub-rogação*.

Entre os meios de coação, citam-se a multa e a prisão, que se apresentam como instrumentos intimidativos, de força indireta no esforço de obter o respeito às normas jurídicas. Não são medidas próprias do processo de execução, a não ser em feito acessório ou secundário.

Já nos meios de *sub-rogação*, o Estado atua como substituto do devedor inadimplente, procurando, sem sua colaboração e até contra sua vontade, dar satisfação ao credor, proporcionando-lhe o mesmo benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação ou um benefício equivalente.<sup>(12)</sup>

Do ponto de vista estritamente técnico, entende-se por *execução forçada* a atuação da sanção por via dos *meios de sub-rogação*.

Destarte, há, realmente, execução forçada quando se dá a "intromissão coercitiva na esfera jurídica do devedor com o fim de obter um resultado real ou jurídico a cuja produção esteja ele obrigado ou pelo qual responda".<sup>(13)</sup>

Quer isto dizer que sem agressão direta sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer o direito do credor, não se pode falar tecnicamente em execução forçada.<sup>(14)</sup>

### 632. Autonomia do processo de execução

Cognição e execução, em seu conjunto, formam a estrutura global do processo civil, como instrumento de pacificação dos litígios. Ambas se manifestam como formas da jurisdição contenciosa, mas não se confundem numa *unidade*, já que os campos de atuação de uma e outra se diversificam profundamente: o processo de cognição busca a *solução*, enquanto o de execução vai em rumo à *realização* das pretensões. Daí afirmar-se que a execução forçada não pode ser tratada como parte integrante do processo em sentido estrito, nem sequer como uma consequência necessária dele.<sup>(15)</sup>

Importa a execução forçada a formação de uma relação processual própria e autônoma frente a do processo de conhecimento, ainda quando seu fim seja o cumprimento coativo de uma sentença condenatória.

A evidência da autonomia do processo de execução pode ser dada através dos seguintes fatos:

a) nem todo processo de conhecimento tem como consequência uma execução forçada: o cumprimento voluntário da condenação, por exemplo, torna impossível a execução forçada; e as sentenças declaratórias e constitutivas não comportam realização coativa em processo executivo;

b) nem toda execução forçada tem como pressuposto uma sentença condenatória obtida em anterior processo de conhecimento, haja vista a possibilidade de baseá-la em títulos extrajudiciais;

c) os processos de cognição e execução podem correr ao mesmo tempo, paralelamente, como se passa na hipótese de execução provisória.

## § 94. PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

**Sumário:** 633. *Princípios informativos do processo de execução.* 634. *Toda execução é real.* 635. *A execução tende apenas à satisfação do direito do credor.* 636. *Princípio da utilidade da execução.* 637. *Princípio da economia da execução.* 638. *Princípio da especificidade da execução.* 639. *Princípio dos ônus da execução.* 640. *Princípio do respeito à dignidade humana.* 641. *Princípio da disponibilidade da execução.* 641-a. *Disponibilidade parcial da execução: redução do pedido executivo.*

### 633. Princípios informativos do processo de execução

O ordenamento jurídico compõe-se de uma verdadeira coleção de regras dos mais variados matizes. Mas quando se encara um subconjunto dessas normas, destinado a regular um grupo orgânico de fatos conexos, descobrem-se certos pressupostos que inspiraram o legislador a seguir um rumo geral. Encontram-se, dessa maneira, certas idéias, ainda que não explícitas nos textos, mas inquestionavelmente presentes no conjunto harmônico das disposições. Esse norte visado pelo legislador representa os *princípios informativos*, cuja inteligência é de inquestionável importância para a compreensão do sistema e, principalmente, para interpretação do sentido particular de cada norma, que haverá de ser buscado sempre de forma a harmonizá-lo com os vetores correspondentes à inspiração maior e final do instituto jurídico-normativo.

Ao estudarmos o Processo de Conhecimento já abordamos os princípios que são específicos daquele tipo de atividade jurisdicional e os que se aplicam, também, à generalidade da função judicante.

Agora, passaremos a examinar princípios gerais específicos da prestação jurisdicional executiva.

A doutrina costuma apontar, para a execução forçada, os seguintes princípios informativos:

I – toda execução é real;

II - toda execução tende apenas à satisfação do direito do credor;

III – toda execução deve ser útil ao credor;

IV – toda execução deve ser econômica;

V – a execução deve ser específica;

VI – a execução deve ocorrer a expensas do devedor;

VII – a execução deve respeitar a dignidade humana do devedor;

VIII – o credor tem a livre disponibilidade da execução.

### 634. Toda execução é real

Quando se afirma que toda execução é *real*, quer-se com isso dizer que, no direito processual civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor.<sup>(16)</sup>

Nesse sentido, dispõe o art. 591 do novo Código de Processo Civil que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros". Salvo os casos excepcionais do devedor de alimentos e do depositário infiel (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXVII), não tolera o direito moderno a prisão civil por dívidas.

Em linha de princípio, portanto, frustra-se a execução e suspende-se o processo quando o devedor não disponha de bens patrimoniais exeqüíveis (art. 791, nº III).

### 635. A execução tende apenas à satisfação do direito do credor

A idéia de que toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do credor<sup>(17)</sup> corresponde à limitação que se impõe à atividade jurisdicional executiva, cuja incidência sobre o patrimônio do devedor há de se fazer, em princípio, *parcialmente*, isto é, não atingindo todos os seus bens, mas apenas a porção indispensável para a realização do direito do credor.

Dispõe, assim, o art. 659 que serão penhorados "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios". E, quando a penhora atingir vários bens, "será suspensa a arrematação, logo que o produto da alienação dos bens (*alguns deles*, naturalmente) bastar para o pagamento do credor" (art. 692, parágrafo único).

### 636. Princípio da utilidade da execução

Expressa-se esse princípio através da afirmação de que "a execução deve ser útil ao credor",<sup>(18)</sup> e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor.

Em consequência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor. Por isso, "não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução" (art. 659, § 2º). Por força do mesmo princípio, o Código de Processo Civil, com a inovação introduzida no texto de seu art. 692, pela Lei nº 6.851/80, proíbe a arrematação de bens penhorados, através de lance que importe *preço vil*, considerando-se como tal o que seja grandemente desproporcional ao estimado na avaliação ou o que, mesmo correspondendo à avaliação, tenha se defasado em relação ao mercado, pelo longo tempo passado entre a perícia e a hasta pública.

### 637. Princípio da economia da execução

*Toda execução deve ser econômica*, isto é, deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor.<sup>(19)</sup> Assim, "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor" (art. 620).

### 638. Princípio da especificidade da execução

*A execução deve ser específica*,<sup>(20)</sup> no sentido de propiciar ao credor, na medida do possível, precisamente aquilo que obteria, se a obrigação fosse cumprida pessoalmente pelo devedor. Permite-se, porém, a substituição da prestação pelo equivalente em dinheiro (perdas e danos) nos casos de impossibilidade de obter-se a entrega da coisa devida (art. 627), ou de recusa da prestação de fato (art. 633).

Em regra, o que prevalece é a inviabilidade, seja de o credor exigir, seja de o devedor impor prestação diversa daquela constante do título executivo, sempre que esta for realizável *in natura*.

### 639. Princípio dos ônus da execução

O fundamento básico da execução forçada, ao lado da existência do título executivo, é o *inadimplemento* do devedor, ou seja, o descumprimento de obrigação líquida e certa em seu termo.

Volta-se, destarte, a execução forçada sempre contra um devedor em *mora*; e a obrigação do devedor moroso é a de suportar todas as consequências do retardamento da prestação, de sorte que só se libertará do vínculo obrigacional se reparar, além da dívida principal, todos os prejuízos que a mora houver acarretado para o credor (Cód. Civil, arts. 956 e 959, nº I).

Por isso, assume o feitiço de princípio informativo do processo executivo a regra de que "a execução corre a expensas do executado".<sup>(21)</sup>

E, por consequência, todas as despesas da execução forçada são encargos do devedor, inclusive os honorários gastos pelo exequente com seu advogado (arts. 651 e 659).

Assim, mesmo nas execuções de títulos extrajudiciais não embargados, em que inexistente sentença condenatória, o juiz imporá ao devedor a obrigação de pagar os honorários em favor do credor.<sup>(22)</sup> Da mesma forma, nas execuções de sentença, o devedor se sujeitará à nova verba de sucumbência, pouco importando haja ou não oposição de embargos.<sup>(23)</sup>

### 640. Princípio do respeito à dignidade humana



É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que “a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana”.<sup>(24)</sup>

Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.<sup>(25)</sup> Nesse sentido, institui o código a impenhorabilidade certos bens como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida etc. (art. 649).

#### **641. Princípio da disponibilidade da execução**

Reconhece-se ao credor a livre disponibilidade do processo de execução, no sentido de que ele não se acha obrigado a executar seu título, nem se encontra jungido ao dever de prosseguir na execução forçada a que deu início, até as últimas consequências.

No processo de conhecimento, o autor pode desistir da ação e, assim o fazendo, extingue o processo (art. 267, nº VIII). No entanto, uma vez decorrido o prazo de resposta, a desistência só é possível mediante consentimento do réu (art. 267, § 4º). É que, diante da incerteza caracterizadora da lide de pretensão contestada, o direito à definição jurisdicional do conflito pertence, tanto ao autor como ao réu.

Outro é o sistema adotado pelo código no que toca ao processo de execução. Aqui não mais se questiona sobre a apuração do direito aplicável à controvérsia das partes. O crédito do autor é líquido e certo e a atuação do órgão judicial procura apenas torná-lo efetivo. A atividade jurisdicional é toda exercida em prol do atendimento de um direito já reconhecido anteriormente ao credor no título executivo. Daí dispor o art. 569 que "o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas", sem qualquer dependência do assentimento da parte contrária.

Fica, assim, ao alvedrio do credor desistir do processo ou de alguma medida como a penhora de determinado bem ou o praxeamento de outros.

Com a desistência, o credor assume, naturalmente, o ônus das custas. Se houver embargos do executado, além das custas terá de indenizar os honorários advocatícios do patrono do embargante (art. 26).

A desistência não se confunde com a renúncia. Aquela refere-se apenas ao processo e não impede a renovação da execução forçada sobre o mesmo título. Esta diz respeito ao mérito da causa, fazendo extinguir "o direito sobre que se funda a ação" (art. 269, nº V). Desaparecido o crédito, não será, portanto, possível a reabertura pelo renunciante de nova execução com base no mesmo título executivo (art. 794, nº II).

Por outro lado, sendo os embargos uma ação de conhecimento em que o autor é o executado, se lhe convier poderá o devedor prosseguir no feito, mesmo que o credor desista da execução, em casos como aquele em que se pretenda a anulação do título executivo ou a declaração de extinção do débito nele documentado. (Veja-se, adiante, o nº 912).

A omissão do Código sobre o destino dos embargos do devedor, após a desistência da execução, foi suprida pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, que acrescentou um parágrafo ao art. 569, no qual se dispôs que, na hipótese, se observará o seguinte: "a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios; b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante."

#### **641-a. Disponibilidade parcial da execução: redução do pedido executivo**

O fato de o art. 569 assegurar ao credor a "faculdade de desistir de **toda a execução**" sem prévia anuência do devedor (art. 569) não pode ser interpretado como empecilho à redução unilateral do pedido depois de citado o devedor. É certo que, no processo de conhecimento o autor não pode alterar o pedido, uma vez ultimado o ato citatório, sem o assentimento do réu (art. 264), e que as disposições que regem o processo de conhecimento se aplicam subsidiariamente à execução (art. 598). Naturalmente, isto se dá apenas quando se verifica lacuna na disciplina específica. Existindo, porém, norma própria no processo executivo, não se há de invocar regra diversa do processo cognitivo.<sup>(26)</sup> Como o problema da disponibilidade da execução encontra sede normativa especial no art. 569, é a partir desse dispositivo e não do art. 264 que se tem de analisar os limites do poder de desistência do exequente.

Ora, quem pode desistir, unilateralmente, de "toda a execução", é claro que pode, também, alterar o pedido, para excluir alguma verba a respeito da qual não mais deseja prosseguir na exigência executiva. Quem pode o mais, pode o menos, segundo elementar princípio jurídico. *In casu*, excluir parte do pedido de execução nada mais é do que desistir de **parte** da execução.

No processo de conhecimento, o autor não pode desistir de parte do pedido, depois da citação, porque isto equivale a alterar o objeto da causa. Sendo o processo destinado ao acerto de situação jurídica controvertida, o direito de obter dita composição por meio de coisa julgada cabe tanto ao autor como ao réu. Não pode, por isso, o autor, unilateralmente, alterar o pedido original, impedindo a composição da lide por inteiro, sem o consentimento do réu. Essa bilateralidade ação-exceção não existe na execução forçada, onde

as partes não se acham alinhadas no mesmo nível e, ao contrário, a prestação jurisdicional realiza-se, fundamentalmente, "no interesse do credor" (art. [612](#)).

Desse estado de **sujeição** a que se reduz o devedor dentro do processo executivo decorrem as seguintes consequências:

a) enquanto não embargada a execução, "é o exequente senhor de seu crédito, e dele pode desistir, parcial ou totalmente",[\(27\)](#) sem depender de consentimento do devedor;[\(28\)](#)

b) pode, igualmente, alterar o pedido, para variar de espécie de execução, sem o assentimento do executado, mesmo após a citação;[\(29\)](#)

c) se vários são os co-executados, cabe ao credor o poder de desistir, a qualquer tempo, em relação a um ou alguns deles, já que "tem a livre disponibilidade da execução";[\(30\)](#)

Quanto à responsabilidade pela verba advocatícia de sucumbência, não será devida pelo credor, se a desistência total ou parcial acontecer antes da citação, ou depois dela, mas antes dos embargos, em princípio.[\(31\)](#) Se o devedor citado já houver produzido seus embargos, a desistência da execução acarretará forçosamente o encargo para o credor de ressarcir os honorários sucumbenciais.[\(32\)](#) Mesmo antes do aforamento dos embargos, se, depois de citado, o devedor constituiu advogado que ingressou nos autos como, v.g., no caso de nomeação de bens à penhora, ou de pedido de extinção do processo, a desistência da execução a essa altura não isentará o credor de repor os honorários do representante do executado.[\(33\)](#)

## § 95. FORMAS DE EXECUÇÃO E ATOS DE EXECUÇÃO

**Sumário:** 642. *As várias formas de execução.* 643. *Execução singular e execução coletiva.* 644. *Atos de execução.* 645. *Relação processual executiva.*

### 642. As várias formas de execução

A execução realiza-se segundo diversos procedimentos variando de acordo com a natureza da prestação assegurada ao credor pelo título executivo.

Assim é que o Código prevê:

a) execução para *entrega de coisa*, com ritos especiais para a prestação de coisa certa (art. [621](#)) e de coisa incerta (art. [629](#));

b) execução das obrigações de fazer (arts. [632 a 641](#)) e não fazer (arts. [642](#) e [643](#));

c) execução por quantia certa (arts. [646](#) e segs.), com destaques especiais para a execução contra a Fazenda Pública (arts. [730](#) e [731](#)) e execução de prestações alimentícias (arts. [732 a 735](#)).

Seja, porém, qual for a modalidade de execução, haverá sempre a característica de visar o processo à efetivação da sanção a que se acha submetido o devedor. Em qualquer dos casos não se cuida de esclarecer situação litigiosa, mas apenas de realizar praticamente a prestação a que tem direito o credor e a que está

comprovadamente obrigado o devedor, seja por condenação em prévio processo de cognição, seja pela existência de um documento firmado por ele, a que a lei confira a força executiva.

### 643. Execução singular e execução coletiva

Ordinariamente a execução forçada se trava entre o credor e o devedor apenas, de sorte que aquele que toma a iniciativa da abertura do processo vê reverter em seu benefício todo o fruto da atividade executiva desenvolvida pelo órgão judicial.

Trata-se da execução *singular* em que o processo tende unicamente a atender o pagamento a que faz jus o credor promovedor. Nela o credor adquire, com a penhora, uma preferência oponível a todos os demais credores quirografários sobre o produto da expropriação judicial operada sobre os bens penhorados.

Existe, porém, uma outra modalidade de execução forçada, que é a *coletiva* ou *concursal*. Essa execução é sempre precedida de uma

sentença que declara a *insolvência* do devedor, ou seja, a impossibilidade de seu patrimônio satisfazer a integralidade das dívidas existentes. São, por isso, convocados para um juízo coletivo todos os credores do insolvente e são, também, arrecadados todos os seus bens penhoráveis, com submissão deles a uma administração judicial, até a efetiva liquidação de todo o patrimônio e pagamento, por rateio, entre todos os credores habilitados.

Enquanto o fôto da execução singular é o total pagamento do credor exeqüente, com a execução coletiva procura-se colocar todos os credores num plano de paridade, a fim de que, excluídos os privilégios legais, todos possam participar proporcionalmente no produto da expropriação executiva.

Sobre o tema, far-se-ão comentários mais detalhados, adiante, na parte relativa à execução por quantia certa.

#### 644. Atos de execução

Enquanto no processo de conhecimento a composição do litígio se faz pela apreciação ideal da norma jurídica e declaração do direito concreto das partes por meio da sentença, na execução a prestação jurisdicional consiste na atuação material dos órgãos da Justiça para a efetiva realização do direito do credor, cuja certeza, liquidez e exigibilidade são atestadas pelo título executivo.

Verifica-se, destarte, no processo de execução uma série de atos, da mais variada índole, desde atos meramente materiais até atos puramente de direito, praticados pelas partes, pelos órgãos judiciários e por terceiros, visando todos à finalidade de "realizar progressivamente a sanção".<sup>(34)</sup>

Encadeiam-se esses atos executivos numa sucessão que Liebman dividiu em três fases principais:

a) a *proposição* do processo, em que os interessados fornecem ao órgão judicial os elementos necessários ao estabelecimento da relação processual executiva;

b) a fase de *preparação* ou de *instrução*, que, na maioria dos casos, consiste na "apreensão e transformação" dos bens do executado para obtenção de meios de realização da prestação reclamada pelo credor (penhora e arrematação); e

c) a fase *final*, ou da entrega do produto da execução ao credor.<sup>(35)</sup>

Quanto aos atos do juiz, dada a natureza especial do processo de execução, não visam ao julgamento ou decisão de uma controvérsia, e podem ser assim classificados, segundo a lição do mesmo processualista:

a) *despachos de mero expediente*, os que dispõem sobre a marcha do processo e que são poucos, visto que, na execução forçada, o procedimento é célere e quase automático, conforme o sistema do Código;

b) *atos executórios em sentido estrito*, que são os mais importantes e característicos da execução, representando a específica atuação da sanção, como a realização da hasta pública, o deferimento da adjudicação, o pagamento ao credor etc.

Estes últimos atos afetam a condição jurídica dos bens sujeitos à execução, com eficácia constitutiva, muito embora não devam ser considerados como *sentenças constitutivas*. Produzem apenas "alguma modificação na condição jurídica dos bens do executado, com a finalidade de preparar ou realizar a satisfação do credor".<sup>(36)</sup>

Sirva de exemplo o que ocorre na arrematação de um bem penhorado, onde o executado sofre a desapropriação de parte de seu patrimônio, com transferência coativa da propriedade a terceiro (arrematante), como meio de obter o numerário indispensável ao pagamento do credor.

Há, em suma, nos atos tipicamente executivos do processo de execução uma verdadeira agressão ao patrimônio do devedor, para dele extrair-se, sem a sua participação ou consentimento, o bem ou valor necessário à satisfação do crédito do exeqüente.<sup>(37)</sup>

Naqueles casos, contudo, em que o juiz é invocado a proferir juízos valorativos e a dirimir questões surgidas no curso da execução, como quando, v.g., decide sobre a ampliação ou redução da penhora, sobre o pedido de remição ou adjudicação, sobre a disputa de preferência entre vários credores, a anulação ou retratação da arrematação, a imposição de multa ao arrematante e fiador remissos, e outras hipóteses análogas, em todas essas eventualidades, não se pode dizer que o juiz apenas profere despacho de expediente, nem tampouco que pratica atos executivos. Sua atividade, em tal circunstância, resulta em verdadeiras *decisões interlocutórias*, nos precisos termos do art. 162, § 2º.

O art. 795 fala, outrossim, que o processo de execução há de encerrar-se por sentença. Trata-se, porém, de sentença apenas em

sentido formal, ou seja, de ato que, a teor do art. 162, § 1º, põe fim à relação processual, mas sem nenhum provimento de mérito, já que a esse título nada há que se julgar no bojo da execução forçada. A sentença, na espécie, é apenas o reconhecimento judicial de que se exauriu a prestação jurisdicional devida ao credor e, por isso, deve findar-se a relação processual por ele provocada.

#### 645. Relação processual executiva

Como em qualquer processo, a pendência da execução forçada é causa de estabelecimento de uma relação jurídica entre as partes e o Estado (na pessoa do juiz).

A relação processual, também aqui, é progressiva: primeiro alcança apenas o autor e o juiz, por força do ajuizamento da causa (distribuição da inicial ou despacho do juiz); depois aperfeiçoa-se, pela inclusão do réu, por força da citação.

Cumpra, porém, distinguir entre *processo executivo* e *execução forçada*, propriamente dita.

Processo executivo, como relação jurídica trilateral, existe a partir da citação do devedor. Mas execução forçada, que pressupõe atos materiais de agressão ao patrimônio do executado, só existe mesmo a partir da penhora ou depósito dos bens do devedor.

O mandado executivo, malgrado seu nome, não é ainda ato de execução. O primeiro ato de execução é aquele que se segue à citação quando o devedor não cumpre a ordem de adimplir.

A diferença é importante, porque todas as faculdades processuais que pressuponham a existência de *execução* só poderão ser exercidas a partir do primeiro ato executivo e não da simples citação. Assim, os embargos do devedor, que se destinam a atacar a execução forçada, só são admissíveis após a penhora ou o depósito do bem exequendo. Por outro lado, sendo vários os executados, e havendo penhora de bens apenas de um deles, os demais não poderão oferecer embargos, já que não estão sofrendo, ainda, execução forçada.

Em síntese:

a) o início do *processo executivo* (relação processual completa) se dá com a *citação*; mas,

b) a *execução* forçada só se inicia, mesmo, com a agressão patrimonial ao devedor.<sup>(38)</sup>

### § 96. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E DEFINITIVA

**Sumário:** 646. Conceito. 647. Fundamentos da execução provisória. 648. Execução embargada de título extrajudicial. 649. Situação do tema no Código. 650. Princípios básicos da execução provisória.

#### 646. Conceito

Admite o código que a execução possa ser *definitiva* ou *provisória* (art. 587).

Execução definitiva "é aquela em que o credor tem sua situação reconhecida de modo imutável, decorrente da própria natureza do título em que se funda a execução".<sup>(39)</sup> Baseia-se ou em título extrajudicial ou em sentença transitada em julgado. É a regra geral da execução forçada.

Execução provisória, que só pode ocorrer em casos de títulos executivos judiciais e que tem caráter excepcional, é a que se passa, nas hipóteses previstas em lei, quando a situação do credor é passível de ulteriores modificações, pela razão de que a sentença que reconheceu seu crédito não se tornou ainda definitiva, dada a inexistência de *res judicata*:

A diferenciação entre as duas espécies de execução refere-se apenas aos títulos judiciais, pois com relação aos títulos extrajudiciais a execução forçada é sempre definitiva.

#### 647. Fundamentos da execução provisória

Em regra, a execução baseia-se na perfeição do título e no seu caráter *definitivo*. Se é certo que a sentença "tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 468), não é menos exato que é a *res judicata* que torna o decisório "imutável e indiscutível" (art. 467). Daí a afirmação geral de que a sentença para ser executada deve ter transitado em julgado, fato que ocorre

quando não seja mais admissível a interposição de recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

A lei, no entanto, abre certas exceções, porque leva em conta a distinção que se pode fazer entre *eficácia* e *imutabilidade da sentença*. Assim, em circunstâncias especiais, confere eficácia a determinadas decisões, mesmo antes de se tornarem imutáveis. É o que se passa quando o recurso interposto é recebido apenas no efeito devolutivo.<sup>(40)</sup>

São questões de ordem prática que levam o legislador a tal orientação, já que, em algumas ocasiões, seria mais prejudicial o retardamento da execução do que o risco de se alterar o conteúdo da sentença com o reflexo sobre a situação de fato decorrente dos atos executivos.

#### **648. Execução embargada de título extrajudicial**

A execução do título extrajudicial é definitiva porque o título que a fundamenta não está, de início, pendente de julgamento que o possa alterar ou cassar.

Mas, uma vez interpostos embargos do devedor, o título extrajudicial torna-se litigioso. Daí em diante, mesmo que o recurso não tenha efeito suspensivo, não se pode mais cogitar de execução definitiva, porque a sua base jurídica, que é o título do credor, passou à instabilidade própria das relações jurídicas na dependência de pronunciamento judicial.

Estando *sub iudice* o próprio direito do credor à realização executiva da obrigação do devedor, a execução assume feições de provisoriidade, o que impedirá, na pendência da apelação sem efeito suspensivo (art. 520, nº V), atos de execução definitiva como os da arrematação dos bens penhorados.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já decidiu que o credor de título extrajudicial pode prosseguir, na pendência do recurso de apelação sem efeito suspensivo, com a execução em caráter *definitivo*, e não apenas provisório (RE nº 95.583, ac. de 22.05.84, rel. Min. Décio Miranda, in *DJU* de 15.06.84, p. 9.794).<sup>(41)</sup>

É o caso, pois, de indagar-se: provida a apelação e reconhecida, pelo tribunal a ineficácia do título extrajudicial embargado, como ficará o direito de propriedade do devedor agredido por uma arrematação evidentemente indevida?

#### **649. Situação do tema no Código**

Para o Código, "a execução é *definitiva*, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial" (art. 587). É provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo (art. 587, 2ª parte).

No sistema de nosso Código, três são os recursos que, excepcionalmente, podem ter efeito apenas devolutivo e, por isso, ensejam execução provisória na sua pendência: a apelação, nos casos dos incisos do art. 520, o recurso especial e o recurso extraordinário, em todos os casos.<sup>(42)</sup>

O agravo de instrumento, limitado a questões incidentes solucionadas em decisões interlocutórias, é de natureza especial e "não obsta ao andamento do processo" (art. 497), nem suspende a execução da medida impugnada, salvo nos casos do art. 558 (prisão civil de depositário infiel e adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea e outros casos em que dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do recurso).

Mas interposto da decisão que denega processamento do recurso extraordinário impede execução definitiva do acórdão, que só pode basear-se em decisão passada em julgado, caráter de que não se reveste a decisão enquanto houver possibilidade de recurso ordinário ou extraordinário.

Todos os demais recursos suspendem a eficácia dos julgados, por eles atingidos, e impedem a execução, seja provisória, seja definitiva.

Os casos de apelação sem efeito suspensivo, que, por isso, permitem a execução provisória, acham-se enumerados no art. 520 e são os que se referem às seguintes sentenças:

I – de homologação da divisão ou da demarcação;

II – de condenação à prestação de alimentos;

III – de liquidação da sentença;

IV – de julgamento do processo cautelar;

V – de rejeição liminar ou improcedência dos embargos opostos à execução.

De conformidade com o art. [515](#), a apelação devolve ao tribunal apenas "o conhecimento da matéria impugnada", que, por isso mesmo, pode não abranger toda a extensão da condenação.

Lembra, a propósito, Amílcar de Castro, com muita propriedade, que sendo apenas parcial a impugnação do apelante, ainda que recebido o recurso em ambos os efeitos, "poderá a parte não-impugnada ser executada, uma vez seja possível separá-la da outra". É que, segundo a lição de Ramalho, "consideram-se no julgado tantas sentenças quanto são os artigos distintos". De modo que a parte não recorrida "não pode deixar de ser tida como sentença transitada em julgado".

Lembra, a propósito, Amílcar de Castro, com muita propriedade, que sendo apenas parcial a impugnação do apelante, ainda que recebido o recurso em ambos os efeitos, "poderá a parte não-impugnada ser executada, uma vez seja possível separá-la da outra".<sup>(43)</sup> É que, segundo a lição de Ramalho, "consideram-se no julgado tantas sentenças quanto são os artigos distintos". De modo que a parte não recorrida "não pode deixar de ser tida como sentença transitada em julgado".<sup>(44)</sup>

### 636. Princípio da utilidade da execução

Expressa-se esse princípio através da afirmação de que "a execução deve ser útil ao credor",<sup>(18)</sup> e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor.

Em consequência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor. Por isso, "não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução" (art. [659](#), § 2º). Por força do mesmo princípio, o Código de Processo Civil, com a inovação introduzida no texto de seu art. [692](#), pela Lei nº 6.851/80, proíbe a arrematação de bens penhorados, através de lance que importe *preço vil*, considerando-se como tal o que seja grandemente desproporcional ao estimado na avaliação ou o que, mesmo correspondendo à avaliação, tenha se defasado em relação ao mercado, pelo longo tempo passado entre a perícia e a hasta pública.

### 637. Princípio da economia da execução

*Toda execução deve ser econômica*, isto é, deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor.<sup>(19)</sup> Assim, "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor" (art. 620).

### 638. Princípio da especificidade da execução

*A execução deve ser específica*,<sup>(20)</sup> no sentido de propiciar ao credor, na medida do possível, precisamente aquilo que obteria, se a obrigação fosse cumprida pessoalmente pelo devedor. Permite-se, porém, a substituição da prestação pelo equivalente em dinheiro (perdas e danos) nos casos de impossibilidade de obter-se a entrega da coisa devida (art. [627](#)), ou de recusa da prestação de fato (art. [633](#)).

Em regra, o que prevalece é a inviabilidade, seja de o credor exigir, seja de o devedor impor prestação diversa daquela constante do título executivo, sempre que esta for realizável *in natura*.

### 639. Princípio dos ônus da execução

O fundamento básico da execução forçada, ao lado da existência do título executivo, é o *inadimplemento* do devedor, ou seja, o descumprimento de obrigação líquida e certa em seu termo.

Volta-se, destarte, a execução forçada sempre contra um devedor em *mora*; e a obrigação do devedor moroso é a de suportar todas as consequências do retardamento da prestação, de sorte que só se libertará do vínculo obrigacional se reparar, além da dívida principal, todos os prejuízos que a mora houver acarretado para o credor (Cód. Civil, arts. [956](#) e [959](#), nº I).

Por isso, assume o feito de princípio informativo do processo executivo a regra de que "a execução corre a expensas do executado".<sup>(21)</sup>

E, por consequência, todas as despesas da execução forçada são encargos do devedor, inclusive os honorários gastos pelo exequente com seu advogado (arts. [651 e 659](#)).

Assim, mesmo nas execuções de títulos extrajudiciais não embargados, em que inexistente sentença condenatória, o juiz imporá ao devedor a obrigação de pagar os honorários em favor do credor.<sup>(22)</sup> Da mesma forma, nas execuções de sentença, o devedor se sujeitará à nova verba de sucumbência, pouco importando haja ou não oposição de embargos.<sup>(23)</sup>

#### **640. Princípio do respeito à dignidade humana**

É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que “a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana”.<sup>(24)</sup>

Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.<sup>(25)</sup> Nesse sentido, institui o código a impenhorabilidade certos bens como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida etc. (art. [649](#)).

#### **641. Princípio da disponibilidade da execução**

Reconhece-se ao credor a livre disponibilidade do processo de execução, no sentido de que ele não se acha obrigado a executar seu título, nem se encontra jungido ao dever de prosseguir na execução forçada a que deu início, até as últimas consequências.

No processo de conhecimento, o autor pode desistir da ação e, assim o fazendo, extingue o processo (art. [267](#), nº VIII). No entanto, uma vez decorrido o prazo de resposta, a desistência só é possível mediante consentimento do réu (art. 267, § 4º). É que, diante da incerteza caracterizadora da lide de pretensão contestada, o direito à definição jurisdicional do conflito pertence, tanto ao autor como ao réu.

Outro é o sistema adotado pelo código no que toca ao processo de execução. Aqui não mais se questiona sobre a apuração do direito aplicável à controvérsia das partes. O crédito do autor é líquido e certo e a atuação do órgão judicial procura apenas torná-lo efetivo. A atividade jurisdicional é toda exercida em prol do atendimento de um direito já reconhecido anteriormente ao credor no título executivo. Daí dispor o art. [569](#) que “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”, sem qualquer dependência do assentimento da parte contrária.

Fica, assim, ao alvedrio do credor desistir do processo ou de alguma medida como a penhora de determinado bem ou o praxeamento de outros.

Com a desistência, o credor assume, naturalmente, o ônus das custas. Se houver embargos do executado, além das custas terá de indenizar os honorários advocatícios do patrono do embargante (art. [26](#)).

A desistência não se confunde com a renúncia. Aquela refere-se apenas ao processo e não impede a renovação da execução forçada sobre o mesmo título. Esta diz respeito ao mérito da causa, fazendo extinguir “o direito sobre que se funda a ação” (art. [269](#), nº V). Desaparecido o crédito, não será, portanto, possível a reabertura pelo renunciante de nova execução com base no mesmo título executivo (art. [794](#), nº II).

Por outro lado, sendo os embargos uma ação de conhecimento em que o autor é o executado, se lhe convier poderá o devedor prosseguir no feito, mesmo que o credor desista da execução, em casos como aquele em que se pretenda a anulação do título executivo ou a declaração de extinção do débito nele documentado. (Veja-se, adiante, o nº [912](#)).

A omissão do Código sobre o destino dos embargos do devedor, após a desistência da execução, foi suprida pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, que acrescentou um parágrafo ao art. 569, no qual se dispôs que, na hipótese, se observará o seguinte: “a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios; b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.”

#### **641-a. Disponibilidade parcial da execução: redução do pedido executivo**

O fato de o art. 569 assegurar ao credor a “faculdade de desistir de **toda a execução**” sem prévia anuência do devedor (art. 569) não pode ser interpretado como empecilho à redução unilateral do pedido depois de citado o devedor. É certo que, no processo de conhecimento o autor não pode alterar o pedido, uma vez ultimado o ato citatório, sem o assentimento do réu (art. [264](#)), e que as disposições que regem o processo de conhecimento se aplicam subsidiariamente à execução (art. [598](#)). Naturalmente, isto se dá apenas quando se verifica lacuna na disciplina específica. Existindo, porém, norma própria no processo executivo, não se há de invocar regra diversa do processo cognitivo.<sup>(26)</sup> Como o problema da disponibilidade da execução encontra sede normativa especial no art. 569, é a partir desse dispositivo e não do art. 264 que se tem de analisar os limites do poder de desistência do exequente.

Ora, quem pode desistir, unilateralmente, de "toda a execução", é claro que pode, também, alterar o pedido, para excluir alguma verba a respeito da qual não mais deseja prosseguir na exigência executiva. Quem pode o mais, pode o menos, segundo elementar princípio jurídico. *In casu*, excluir parte do pedido de execução nada mais é do que desistir de **parte** da execução.

No processo de conhecimento, o autor não pode desistir de parte do pedido, depois da citação, porque isto equivale a alterar o objeto da causa. Sendo o processo destinado ao accertamento de situação jurídica controvertida, o direito de obter dita composição por meio de coisa julgada cabe tanto ao autor como ao réu. Não pode, por isso, o autor, unilateralmente, alterar o pedido original, impedindo a composição da lide por inteiro, sem o consentimento do réu. Essa bilateralidade ação-exceção não existe na execução forçada, onde as partes não se acham alinhadas no mesmo nível e, ao contrário, a prestação jurisdicional realiza-se, fundamentalmente, "no interesse do credor" (art. 612).

Desse estado de **sujeição** a que se reduz o devedor dentro do processo executivo decorrem as seguintes consequências:

a) enquanto não embargada a execução, "é o exequente senhor de seu crédito, e dele pode desistir, parcial ou totalmente",<sup>(27)</sup> sem depender de consentimento do devedor;<sup>(28)</sup>

b) pode, igualmente, alterar o pedido, para variar de espécie de execução, sem o assentimento do executado, mesmo após a citação;<sup>(29)</sup>

c) se vários são os co-executados, cabe ao credor o poder de desistir, a qualquer tempo, em relação a um ou alguns deles, já que "tem a livre disponibilidade da execução";<sup>(30)</sup>

Quanto à responsabilidade pela verba advocatícia de sucumbência, não será devida pelo credor, se a desistência total ou parcial acontecer antes da citação, ou depois dela, mas antes dos embargos, em princípio.<sup>(31)</sup> Se o devedor citado já houver produzido seus embargos, a desistência da execução acarretará forçosamente o encargo para o credor de ressarcir os honorários sucumbenciais.<sup>(32)</sup> Mesmo antes do aforamento dos embargos, se, depois de citado, o devedor constituiu advogado que ingressou nos autos como, v.g., no caso de nomeação de bens à penhora, ou de pedido de extinção do processo, a desistência da execução a essa altura não isentará o credor de repor os honorários do representante do executado.<sup>(33)</sup>

## § 95. FORMAS DE EXECUÇÃO E ATOS DE EXECUÇÃO

**Sumário:** 642. *As várias formas de execução.* 643. *Execução singular e execução coletiva.* 644. *Atos de execução.* 645. *Relação processual executiva.*

### 642. As várias formas de execução

A execução realiza-se segundo diversos procedimentos variando de acordo com a natureza da prestação assegurada ao credor pelo título executivo.

Assim é que o Código prevê:

a) execução para *entrega de coisa*, com ritos especiais para a prestação de coisa certa (art. 621) e de coisa incerta (art. 629);

b) execução das obrigações de fazer (arts. 632 a 641) e não fazer (arts. 642 e 643);

c) execução por quantia certa (arts. 646 e segs.), com destaques especiais para a execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731) e execução de prestações alimentícias (arts. 732 a 735).

Seja, porém, qual for a modalidade de execução, haverá sempre a característica de visar o processo à efetivação da sanção a que se acha submetido o devedor. Em qualquer dos casos não se cuida de esclarecer situação litigiosa, mas apenas de realizar praticamente a prestação a que tem direito o credor e a que está

comprovadamente obrigado o devedor, seja por condenação em prévio processo de cognição, seja pela existência de um documento firmado por ele, a que a lei confira a força executiva.

### 643. Execução singular e execução coletiva



Ordinariamente a execução forçada se trava entre o credor e o devedor apenas, de sorte que aquele que toma a iniciativa da abertura do processo vê reverter em seu benefício todo o fruto da atividade executiva desenvolvida pelo órgão judicial.

Trata-se da execução *singular* em que o processo tende unicamente a atender o pagamento a que faz jus o credor promovente. Nela o credor adquire, com a penhora, uma preferência oponível a todos os demais credores quirografários sobre o produto da expropriação judicial operada sobre o bens penhorados.

Existe, porém, uma outra modalidade de execução forçada, que é a *coletiva* ou *concursal*. Essa execução é sempre precedida de uma sentença que declara a *insolvência* do devedor, ou seja, a impossibilidade de seu patrimônio satisfazer a integralidade das dívidas existentes. São, por isso, convocados para um juízo coletivo todos os credores do insolvente e são, também, arrecadados todos os seus bens penhoráveis, com submissão deles a uma administração judicial, até a efetiva liquidação de todo o patrimônio e pagamento, por rateio, entre todos os credores habilitados.

Enquanto o fim da execução singular é o total pagamento do credor exeqüente, com a execução coletiva procura-se colocar todos os credores num plano de paridade, a fim de que, excluídos os privilégios legais, todos possam participar proporcionalmente no produto da expropriação executiva.

Sobre o tema, far-se-ão comentários mais detalhados, adiante, na parte relativa à execução por quantia certa.

#### **644. Atos de execução**

Enquanto no processo de conhecimento a composição do litígio se faz pela apreciação ideal da norma jurídica e declaração do direito concreto das partes por meio da sentença, na execução a prestação jurisdicional consiste na atuação material dos órgãos da Justiça para a efetiva realização do direito do credor, cuja certeza, liquidez e exigibilidade são atestadas pelo título executivo.

Verifica-se, destarte, no processo de execução uma série de atos, da mais variada índole, desde atos meramente materiais até atos puramente de direito, praticados pelas partes, pelos órgãos judiciários e por terceiros, visando todos à finalidade de "realizar progressivamente a sanção".<sup>(34)</sup>

Encadeiam-se esses atos executivos numa sucessão que Liebman dividiu em três fases principais:

a) a *proposição* do processo, em que os interessados fornecem ao órgão judicial os elementos necessários ao estabelecimento da relação processual executiva;

b) a fase de *preparação* ou de *instrução*, que, na maioria dos casos, consiste na "apreensão e transformação" dos bens do executado para obtenção de meios de realização da prestação reclamada pelo credor (penhora e arrematação); e

c) a fase *final*, ou da entrega do produto da execução ao credor.<sup>(35)</sup>

Quanto aos atos do juiz, dada a natureza especial do processo de execução, não visam ao julgamento ou decisão de uma controvérsia, e podem ser assim classificados, segundo a lição do mesmo processualista:

a) *despachos de mero expediente*, os que dispõem sobre a marcha do processo e que são poucos, visto que, na execução forçada, o procedimento é célere e quase automático, conforme o sistema do Código;

b) *atos executórios em sentido estrito*, que são os mais importantes e característicos da execução, representando a específica atuação da sanção, como a realização da hasta pública, o deferimento da adjudicação, o pagamento ao credor etc.

Estes últimos atos afetam a condição jurídica dos bens sujeitos à execução, com eficácia constitutiva, muito embora não devam ser considerados como *sentenças constitutivas*. Produzem apenas "alguma modificação na condição jurídica dos bens do executado, com a finalidade de preparar ou realizar a satisfação do credor".<sup>(36)</sup>

Sirva de exemplo o que ocorre na arrematação de um bem penhorado, onde o executado sofre a desapropriação de parte de seu patrimônio, com transferência coativa da propriedade a terceiro (arrematante), como meio de obter o numerário indispensável ao pagamento do credor.

Há, em suma, nos atos tipicamente executivos do processo de execução uma verdadeira agressão ao patrimônio do devedor, para dele extrair-se, sem a sua participação ou consentimento, o bem ou valor necessário à satisfação do crédito do exeqüente.<sup>(37)</sup>

Naqueles casos, contudo, em que o juiz é invocado a proferir juízos valorativos e a dirimir questões surgidas no curso da execução, como quando, v.g., decide sobre a ampliação ou redução da penhora, sobre o pedido de remição ou adjudicação, sobre a disputa de preferência entre vários credores, a anulação ou retratação da arrematação, a imposição de multa ao arrematante e fiador remissos, e outras hipóteses análogas, em todas essas eventualidades, não se pode dizer que o juiz apenas profere despacho de expediente, nem tampouco que pratica atos executivos. Sua atividade, em tal circunstância, resulta em verdadeiras *decisões interlocutórias*, nos precisos termos do art. 162, § 2º.

O art. 795 fala, outrossim, que o processo de execução há de encerrar-se por sentença. Trata-se, porém, de sentença apenas em sentido formal, ou seja, de ato que, a teor do art. 162, § 1º, põe fim à relação processual, mas sem nenhum provimento de mérito, já que a esse título nada há que se julgar no bojo da execução forçada. A sentença, na espécie, é apenas o reconhecimento judicial de que se exauriu a prestação jurisdicional devida ao credor e, por isso, deve findar-se a relação processual por ele provocada.

#### 645. Relação processual executiva

Como em qualquer processo, a pendência da execução forçada é causa de estabelecimento de uma relação jurídica entre as partes e o Estado (na pessoa do juiz).

A relação processual, também aqui, é progressiva: primeiro alcança apenas o autor e o juiz, por força do ajuizamento da causa (distribuição da inicial ou despacho do juiz); depois aperfeiçoa-se, pela inclusão do réu, por força da citação.

Cumprе, porém, distinguir entre *processo executivo* e *execução forçada*, propriamente dita.

Processo executivo, como relação jurídica trilateral, existe a partir da citação do devedor. Mas execução forçada, que pressupõe atos materiais de agressão ao patrimônio do executado, só existe mesmo a partir da penhora ou depósito dos bens do devedor.

O mandado executivo, malgrado seu nome, não é ainda ato de execução. O primeiro ato de execução é aquele que se segue à citação quando o devedor não cumpre a ordem de adimplir.

A diferença é importante, porque todas as faculdades processuais que pressuponham a existência de *execução* só poderão ser exercidas a partir do primeiro ato executivo e não da simples citação. Assim, os embargos do devedor, que se destinam a atacar a execução forçada, só são admissíveis após a penhora ou o depósito do bem exequendo. Por outro lado, sendo vários os executados, e havendo penhora de bens apenas de um deles, os demais não poderão oferecer embargos, já que não estão sofrendo, ainda, execução forçada.

Em síntese:

a) o início do *processo executivo* (relação processual completa) se dá com a *citação*; mas,

b) a *execução* forçada só se inicia, mesmo, com a agressão patrimonial ao devedor.(38)

### § 96. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E DEFINITIVA

**Sumário:** 646. Conceito. 647. Fundamentos da execução provisória. 648. Execução embargada de título extrajudicial. 649. Situação do tema no Código. 650. Princípios básicos da execução provisória.

#### 646. Conceito

Admite o código que a execução possa ser *definitiva* ou *provisória* (art. 587).

Execução definitiva "é aquela em que o credor tem sua situação reconhecida de modo imutável, decorrente da própria natureza do título em que se funda a execução".(39) Baseia-se ou em título extrajudicial ou em sentença transitada em julgado. É a regra geral da execução forçada.

Execução provisória, que só pode ocorrer em casos de títulos executivos judiciais e que tem caráter excepcional, é a que se passa, nas hipóteses previstas em lei, quando a situação do credor é passível de ulteriores modificações, pela razão de que a sentença que reconheceu seu crédito não se tornou ainda definitiva, dada a inexistência de *res judicata*:

A diferenciação entre as duas espécies de execução refere-se apenas aos títulos judiciais, pois com relação aos títulos extrajudiciais a execução forçada é sempre definitiva.

#### 647. Fundamentos da execução provisória

Em regra, a execução baseia-se na perfeição do título e no seu caráter *definitivo*. Se é certo que a sentença "tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 468), não é menos exato que é a *res judicata* que torna o decisório "imutável e indiscutível" (art. 467). Daí a afirmação geral de que a sentença para ser executada deve ter transitado em julgado, fato que ocorre quando não seja mais admissível a interposição de recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

A lei, no entanto, abre certas exceções, porque leva em conta a distinção que se pode fazer entre *eficácia* e *imutabilidade da sentença*. Assim, em circunstâncias especiais, confere eficácia a determinadas decisões, mesmo antes de se tornarem imutáveis. É o que se passa quando o recurso interposto é recebido apenas no efeito devolutivo.<sup>(40)</sup>

São questões de ordem prática que levam o legislador a tal orientação, já que, em algumas ocasiões, seria mais prejudicial o retardamento da execução do que o risco de se alterar o conteúdo da sentença com o reflexo sobre a situação de fato decorrente dos atos executivos.

#### 648. Execução embargada de título extrajudicial

A execução do título extrajudicial é definitiva porque o título que a fundamenta não está, de início, pendente de julgamento que o possa alterar ou cassar.

Mas, uma vez interpostos embargos do devedor, o título extrajudicial torna-se litigioso. Daí em diante, mesmo que o recurso não tenha efeito suspensivo, não se pode mais cogitar de execução definitiva, porque a sua base jurídica, que é o título do credor, passou à instabilidade própria das relações jurídicas na dependência de pronunciamento judicial.

Estando *sub iudice* o próprio direito do credor à realização executiva da obrigação do devedor, a execução assume feições de provisoriiedade, o que impedirá, na pendência da apelação sem efeito suspensivo (art. 520, nº V), atos de execução definitiva como os da arrematação dos bens penhorados.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já decidiu que o credor de título extrajudicial pode prosseguir, na pendência do recurso de apelação sem efeito suspensivo, com a execução em caráter *definitivo*, e não apenas provisório (RE nº 95.583, ac. de 22.05.84, rel. Min. Décio Miranda, *in DJU* de 15.06.84, p. 9.794).<sup>(41)</sup>

É o caso, pois, de indagar-se: provida a apelação e reconhecida, pelo tribunal a ineficácia do título extrajudicial embargado, como ficará o direito de propriedade do devedor agredido por uma arrematação evidentemente indevida?

#### 649. Situação do tema no Código

Para o Código, "a execução é *definitiva*, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial" (art. 587). É provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo (art. 587, 2ª parte).

No sistema de nosso Código, três são os recursos que, excepcionalmente, podem ter efeito apenas devolutivo e, por isso, ensejam execução provisória na sua pendência: a apelação, nos casos dos incisos do art. 520, o recurso especial e o recurso extraordinário, em todos os casos.<sup>(42)</sup>

O agravo de instrumento, limitado a questões incidentes solucionadas em decisões interlocutórias, é de natureza especial e "não obsta ao andamento do processo" (art. 497), nem suspende a execução da medida impugnada, salvo nos casos do art. 558 (prisão civil de depositário infiel e adjudicação, remição de bens ou levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea e outros casos em que dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do recurso).

Mas interposto da decisão que denega processamento do recurso extraordinário impede execução definitiva do acórdão, que só pode basear-se em decisão passada em julgado, caráter de que não se reveste a decisão enquanto houver possibilidade de recurso ordinário ou extraordinário.

Todos os demais recursos suspendem a eficácia dos julgados, por eles atingidos, e impedem a execução, seja provisória, seja definitiva.

Os casos de apelação sem efeito suspensivo, que, por isso, permitem a execução provisória, acham-se enumerados no art. [520](#) e são os que se referem às seguintes sentenças:

I – de homologação da divisão ou da demarcação;

II – de condenação à prestação de alimentos;

III – de liquidação da sentença;

IV – de julgamento do processo cautelar;

V – de rejeição liminar ou improcedência dos embargos opostos à execução.

De conformidade com o art. [515](#), a apelação devolve ao tribunal apenas "o conhecimento da matéria impugnada", que, por isso mesmo, pode não abranger toda a extensão da condenação.

Lembra, a propósito, Amílcar de Castro, com muita propriedade, que sendo apenas parcial a impugnação do apelante, ainda que recebido o recurso em ambos os efeitos, "poderá a parte não-impugnada ser executada, uma vez seja possível separá-la da outra". É que, segundo a lição de Ramalho, "consideram-se no julgado tantas sentenças quanto são os artigos distintos". De modo que a parte não recorrida "não pode deixar de ser tida como sentença transitada em julgado".

Lembra, a propósito, Amílcar de Castro, com muita propriedade, que sendo apenas parcial a impugnação do apelante, ainda que recebido o recurso em ambos os efeitos, "poderá a parte não-impugnada ser executada, uma vez seja possível separá-la da outra".<sup>(43)</sup> É que, segundo a lição de Ramalho, "consideram-se no julgado tantas sentenças quanto são os artigos distintos". De modo que a parte não recorrida "não pode deixar de ser tida como sentença transitada em julgado".<sup>(44)</sup>

## **650. Princípios básicos da execução provisória**

O procedimento que, basicamente, orienta a execução provisória é o mesmo da definitiva (art. [588](#)).

Devem, no entanto, ser observados princípios peculiares ao caráter provisório da execução e que, conforme o art. 588, são os seguintes:

I – A execução provisória é realizada por conta e risco do exequente. Dessa forma e porque a sentença poderá vir a ser modificada no julgamento do recurso interposto, o exequente deverá "prestar caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor". Provido o recurso, ao executado deve ser restituído tudo aquilo de que foi privado pela execução provisória, além de lhe ficar assegurado direito à reparação dos correlativos prejuízos suportados (perdas e danos). Daí a exigência de caução que ponha o executado a salvo dos riscos de danos da execução provisória, garantia essa que é um direito do devedor e que o juiz não pode, a seu arbítrio, dispensar. A caução, *in casu*, tanto pode ser real como fidejussória, mas haverá sempre de ser idônea, isto é, suficiente para cobrir os danos previsíveis para o caso de reforma da sentença.<sup>(45)</sup>

II – A execução provisória não abrange atos que importem *alienação do domínio*, nem permite, sem caução idônea, o *levantamento de depósito em dinheiro*. Assim, na execução por quantia certa, nunca se atingirá a arrematação, nem mesmo em face de caução prestada pelo credor. Se, porém, a penhora versar sobre a quantia de dinheiro, o credor poderá levantá-la, desde que haja caução idônea.

Outra consequência do mesmo princípio encontra-se no art. [256](#) da Lei nº 6.015, de 1973, onde se dispõe que o cancelamento de transcrições e inscrições do Registro Imobiliário "não pode ser feito em virtude de sentença ainda sujeita a recurso".

III – A execução provisória fica *sem efeito*, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença que foi executada, "restituindo-se as coisas ao estado anterior".

Tudo há de ser reposto no *status quo ante*, a expensas do exequente. Mas, como notam os doutores, a responsabilidade do credor não é *aquiliana*, ou fundada em culpa; é *objetiva* e decorre da vontade da própria lei, que prescinde do elemento subjetivo dolo ou culpa *stricto sensu*.<sup>(46)</sup> Porque, na verdade, não se pode afirmar que o credor tenha praticado ato ilícito, desde que a execução provisória, nos casos admitidos em lei, é um direito seu, embora de consequências e efeitos aleatórios.<sup>(47)</sup>

Ocorrendo modificação ou anulação apenas parcial da sentença, a execução provisória ficará sem efeito tão-somente na parte afetada pelo acolhimento do recurso (art. 588, parágrafo único).

Confirmada a sentença no grau de recurso, a execução provisória transmuda-se, automaticamente, em definitiva. Se estiver paralisada na fase de praxeamento, terá prosseguimento normal, ultimando-se a arrematação.

## § 97. PROCEDIMENTO

**Sumário:** 651. *Procedimento da execução forçada.*

### 651. Procedimento da execução forçada

A execução é relação processual autônoma. Terá sempre de ser iniciada por provocação do credor em petição inicial, seguindo-se a citação do devedor.

A execução definitiva corre nos autos principais. Se se trata da execução de sentença, o processamento se dá, normalmente, no bojo dos autos da própria ação de cognição (art. 589). Se o caso for de título extrajudicial, o processamento se fará em autuação própria, como feito originário.

A execução provisória deve ser processada nos autos suplementares. Não os havendo, utilizar-se-á a carta de sentença (art. 589). Deve essa carta, que é assinada pelo juiz, ser composta de traslados extraídos do processo pelo escrivão, reproduzindo as seguintes peças:

I – autuação;

II – petição inicial e procuração das partes;

III – contestação;

IV – sentença exequiênda;

V – despacho do recebimento do recurso;

VI – sentença de habilitação, se for o caso.

Não há execução *ex officio* no processo civil, de maneira que, seja provisória, seja definitiva, a execução forçada dependerá sempre de provocação do credor através de petição inicial (art. 580), que há de observar os requisitos normais das postulações inaugurais de qualquer processo (art. 282), sendo obrigatoriamente instruída com o título executivo.

Os procedimentos são, outrossim, variáveis conforme a natureza da prestação a executar. Procederemos, adiante, ao exame de cada um desses ritos, separadamente.

## § 98. DISPOSIÇÕES GERAIS

**Sumário:** 652. *Aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento.* 653. *Coibição dos atos atentatórios à dignidade da Justiça.*

### 652. Aplicação subsidiária de normas do processo de conhecimento

Processo de conhecimento e processo de execução não são figuras antagônicas e inconciliáveis. Ao contrário, são instrumentos que se completam no exercício da função pública de jurisdição. Subordinam-se a princípios comuns e se destinam a um mesmo fim: manutenção efetiva da ordem jurídica.

O novo Código não adotou, porém, o critério tradicional de reunir numa parte geral as regras comuns a todos os processos e procedimentos. Coube, assim, ao "processo de conhecimento" (Livro I) a tarefa de funcionar como o repositório das "disposições gerais" de todo o processo civil.

Dai a determinação do art. 598, mandando aplicar subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

Dentre estas podem ser, exemplificativamente, mencionadas as que se relacionam com a exigência de representação das partes por advogado (art. 36), as relativas à substituição de partes e procuradores (arts. 41 a 45), ao litisconsórcio (art. 46), à assistência (art. 50), intervenção do Ministério Público (arts. 81 a 85), regras gerais sobre competência (arts. 86 e 124), sobre poderes, deveres e responsabilidade do juiz (arts. 125 a 138), atribuições dos auxiliares da Justiça (arts. 139 a 153), forma dos atos processuais (art. 154 a 170), sobre o tempo e lugar dos atos processuais (arts. 172 a 176), prazos (arts. 177 a 199), comunicação dos atos (arts. 200 a 242), nulidades (arts. 243 a 250), distribuição, registro e valor dos processos (arts. 251 a 261), formação e suspensão do processo (arts. 262 a 266), petição inicial e seus requisitos (arts. 282 a 296), exceções (arts. 304 a 314), provas, recursos e tudo mais que, não tendo sido objeto de regulamentação específica no processo de execução (Livro II), possa ser cogitado e aplicado no curso da execução forçada e seus incidentes.

### 653. Coibição dos atos atentatórios à dignidade da Justiça

É inegável que na execução forçada ocorre um desequilíbrio processual entre as partes, pois o autor é reconhecido *ab initio* como titular de direito líquido, certo e exigível contra o réu: "O exequente tem preeminência" enquanto o executado fica em "estado de sujeição", no dizer do Ministro Alfredo Buzaid.<sup>(48)</sup>

Sem embargo dessa notória posição de vantagem do exequente, "a execução se presta a manobras protelatórias, que arrastam os processos por anos, sem que o Poder Judiciário possa adimplir a prestação jurisdicional".<sup>(49)</sup>

Dai ter o novo Código armado o Juiz da execução de poderes especiais para, "em qualquer momento: I) ordenar o comparecimento das partes; II) advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da Justiça" (art. 599).

Essas providências tanto poderão ser tomadas a requerimento da parte como *ex officio*.

Visando a coibir abusos processuais, considerou o Código atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: I) frauda a execução; II) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III) resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV) não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 600).

Se, mesmo após a advertência, o executado persistir na prática dos atos questionados, ficará sujeito a multa que o juiz fixará em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor e será exigível na própria execução (art. 601, com a redação da Lei nº 8.953/94).

Além da pena do art. 601, sujeita-se também o devedor que se opõe maliciosamente à execução forçada à pena do art. 18, que impõe ao litigante de má-fé o dever de indenizar à parte contrária os prejuízos que esta tenha sofrido em decorrência da injustificada resistência ao andamento do processo (art. 17, nº IV), de procedimento temerário (nº V) ou de provocação de incidente manifestamente infundado (nº VI).

Nas execuções por quantia certa estes prejuízos são facilmente apuráveis, no regime inflacionário em que vive o País, através da verificação da desvalorização da moeda enquanto tenha durado o obstáculo maliciosamente oposto pelo devedor.

Assim, os tribunais nos julgamentos de recursos oriundos de embargos à execução, reveladores da qualidade de litigante de má-fé, vinham impondo ao devedor a pena de pagar correção monetária ao credor, a partir do momento em que a execução fora suspensa pelos embargos manifestamente infundados.

E, para tanto, agia-se até mesmo *ex officio*, posto que a pena do art. 18 corresponde a um atentado cometido, não só contra o direito do credor, mas principalmente contra a dignidade da Justiça, já que a resistência é oposta diretamente a um ato de soberania estatal, qual seja, a realização executiva dos créditos a que a lei assegura a força de realização coativa pelo processo da execução forçada.

Com o advento da Lei nº 6.899/81, a aplicação da correção monetária tornou-se medida de caráter geral. Mas a pena do litigante de má-fé serve, ainda, para fazer retroagir a correção monetária até data anterior à vigência da questionada lei, bem como para exacerbar a verba advocatícia, além de propiciar à parte prejudicada o direito de reclamar ressarcimento de qualquer outro prejuízo comprovadamente suportado pela última do ato atentatório à dignidade da justiça.

## Capítulo XXIII - REQUISITOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO

### § 99. PRESSUPOSTOS DA EXECUÇÃO FORÇADA

**Sumário:** 654. Pressupostos processuais e condições da ação. 655. O título executivo. 656. Função do título executivo. 657. Efeito prático do título executivo. 658. Requisitos do título executivo: liquidez certa e exigibilidade. 659. Forma dos títulos executivos.

660. O inadimplemento do devedor. 661. O inadimplemento em contrato bilateral.

#### 654. Pressupostos processuais e condições da ação

Realizam-se, através do processo de execução, pretensões de direito material formulados pelo credor em face do devedor.

O direito de *praticar* a execução forçada, no entanto, é exclusivo do Estado. Ao credor cabe apenas a faculdade de requerer a atuação estatal, o que se cumpre por via do direito de ação.

Sendo, destarte, a execução forçada uma forma de *ação*, o seu manejo sofre subordinação aos *pressupostos processuais* e às *condições da ação*, tal como se passa com o processo de conhecimento.

A relação processual há de ser validamente estabelecida e validamente conduzida até o provimento executivo final, para o que se reclamam a capacidade das partes, a regular representação nos autos por advogado, a competência do órgão judicial e o procedimento legal compatível com o tipo de pretensão deduzida em juízo, além de outros requisitos dessa natureza (v. volume I, nº [54](#)).

As condições da ação, como categorias intermediárias entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, apresentam-se como requisitos que a lei impõe para que a parte possa, numa relação processual válida, chegar até a solução final da lide. Sem as condições da ação, portanto, o promovente não obterá a sentença de mérito ou o provimento executivo, ainda que o processo se tenha formado por meio de uma relação jurídica válida.

Nosso Código estabelece, expressamente, como condições da ação a legitimidade de parte, o interesse e a possibilidade jurídica (v. volume I, nº [53](#)).

Para a execução forçada prevalecem essas mesmas condições genéricas, de todas as ações. Mas a aferição delas se torna mais fácil porque a lei só admite esse tipo de processo quando o devedor possua título executivo e a obrigação nele documentada já seja exigível (arts. [583](#) e [586](#)).

Dessa maneira, pode-se dizer que são condições ou pressupostos específicos da execução forçada:

- a) o *formal*, que se traduz na existência do título executivo, donde se extrai o atestado de certeza e liquidez da dívida;
- b) o *prático*, que é a atitude ilícita do devedor, consistente no *inadimplemento* da obrigação, que comprova a exigibilidade da dívida.

A esses dois requisitos refere-se expressamente o Código de Processo Civil nos arts. [580 a 590](#), ao colocar o *título executivo* e o *inadimplemento* sob a denominação de "requisitos necessários para realizar qualquer execução".

#### 655. O título executivo

Não há consenso doutrinário sobre o conceito e a natureza do título executivo.

Para Liebman, é ele um elemento constitutivo da ação de execução forçada; para Zanzuchi é uma condição do exercício da mesma ação; para Carnelutti, é a prova legal do crédito; para o Furno e Couture, é o pressuposto da execução forçada; para Rocco é apenas o pressuposto de fato da mesma execução etc.

No entanto, em toda a doutrina e na maioria dos textos dos Códigos modernos, está unanimemente expresso a regra fundamental da *nulla executio sine titulo*. Isto é, nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de base.

A discussão em torno da natureza do título passa, portanto, a um plano mais filosófico do que prático, já que ninguém contesta que sem o documento e o respectivo conteúdo que a lei determina, nenhuma execução será admitida.

Nesse sentido é o art. [583](#) de nosso Código de Processo Civil, onde se lê, *in verbis*, que "toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial".

#### 656. Função do título executivo

Porque não pode haver execução sem título executivo, assume ele, no processo de realização coativa do direito do credor, tríplice função, como lembra Rosenberg, ou seja:

- 1) a de autorizar a execução;
- 2) a de definir o fim da execução; e
- 3) a de fixar os limites da execução.

Como lógica e juridicamente não se concebe execução sem prévia certeza sobre o direito do credor, cabe ao título executivo transmitir essa convicção ao órgão judicial. E nessa ordem de idéias, observa José Alberto dos Reis, não é o título apenas a base da execução, mas, na realidade, sua condição necessária e suficiente. É condição necessária, explica o grande mestre, porque não é admissível execução que não se baseie em título executivo. É condição suficiente, porque, desde que exista o título, pode-se logo iniciar a ação de execução, sem que se haja de previamente propor a ação de condenação, tendente a comprovar o direito do autor.<sup>(1)</sup>

Diz-se que é o título que define o fim da execução porque é ele que revela qual foi a obrigação contraída pelo devedor e qual a sanção que corresponde a seu inadimplemento, apontando, dessa forma, o fim a ser alcançado no procedimento executivo. Assim, se a obrigação é de pagar uma soma de dinheiro, o procedimento corresponderá à execução por quantia certa; se a obrigação é de dar, executar-se-á sob o rito de execução para entrega de coisa; se a obrigação é de prestar fato, caberá a execução prevista para as obrigações de fazer.

Finalmente, como pressuposto legal indeclinável que é de toda e qualquer execução, cabe ao título executivo fixar os limites objetivos e subjetivos da coação estatal a ser desencadeada.

A execução não se justifica a não ser dentro do indispensável para realizar a prestação a que tem direito o credor perante o devedor.

Assim, o conteúdo da obrigação, o seu valor ou seu objeto, os seus acessórios, quem responde pela dívida, quem pode exigí-la, tudo isto há de se definir pelo título executivo.

Como muito bem elucida Liebman, "ao poder executório do Estado e à ação executória do credor corresponde a responsabilidade executiva do devedor, que é a situação de sujeição à atuação da sanção", a qual será realizada em prejuízo de seu patrimônio mediante coação estatal. "Esta responsabilidade, ainda na lição do mestre peninsular, consiste propriamente na destinação dos bens do vencido (devedor) a servirem para satisfazer o direito do credor. Ela decorre do título, exatamente como deste decorre a ação executória correspondente... ." Em suma, "a responsabilidade, assim como a ação executória, está ligada imediatamente apenas ao título".<sup>(2)</sup>

Daí se conclui que, sendo, como se reconhece amplamente, o título executivo a base, o fundamento, ou o pressuposto da execução forçada, a legitimação das partes, tanto ativa como passiva, não pode fugir aos seus limites subjetivos.

Ensina, a propósito, Rocco que "a legitimação ativa e passiva determinam as normas processuais com base na titularidade *ativa*, efetivamente existente, ou apenas afirmada, de uma determinada relação jurídica substancial que seja juridicamente certa ou presuntivamente certa, a respeito dos dois sujeitos (sujeito do direito e sujeito da obrigação jurídica), declaração de certeza que resulte de um *documento* que a consagre", que outro não é senão o título executivo.<sup>(3)</sup>

Enfim, "a ação executiva – observa Liebman – não só nasce com o título, mas tem unicamente nele o seu fundamento jurídico".<sup>(4)</sup>

## **657. Efeito prático do título executivo**

Como nenhuma execução pode ser admitida sem a prévia declaração de certeza a respeito do direito do credor, esteja ela contida numa sentença ou em outro documento a que a lei reconheça força equivalente à de uma sentença, impõe-se admitir, com base na lição de Ronaldo Cunha Campos, que o título executivo representa "o *acertamento* de um crédito", do qual promana "a certeza necessária para autorizar o Estado a desenvolver o processo onde a sanção se concretiza, em benefício do credor e a expensas do devedor".<sup>(5)</sup>

"O Estado – prossegue o mesmo processualista – atua a sanção (por meio do processo executivo) após verificar se o preceito se viu desatendido e por quem." Dessa maneira, "a atuação da sanção sempre é precedida pela atividade do órgão jurisdicional que *acerta* (define) a ocorrência de violação". Em regra, portanto, "entre o desatendimento do preceito e a imposição da sanção há um interregno representado pelo processo de conhecimento".<sup>(6)</sup>



Mesmo quando a lei permite o início da execução sem o prévio processo de conhecimento, o título executivo extrajudicial exerce função equivalente à da sentença condenatória, isto é, representa, por vontade da lei, uma forma de declaração de certeza ou de acerto da relação jurídica estabelecida entre devedor e credor.

É que, na sistemática do direito atual, não apenas o Judiciário, mas também as próprias partes podem dar efetiva aplicação à lei.

Ao criar um documento a que a lei reconhece a força de título executivo, o devedor além de reconhecer sua obrigação, aceita, no mesmo ato, o consectário lógico-jurídico de que poderá vir a sofrer a agressão patrimonial que corresponde à sanção de seu eventual inadimplemento.

O título, portanto, para Carnelutti, torna certa não apenas a existência do fato, mas também a sua eficácia jurídica.<sup>(7)</sup>

#### **658. Requisitos do título executivo: liquidez, certeza e exigibilidade**

Já demonstramos que o processo de execução não tem conteúdo cognitivo e que, por isso, todo acerto do direito do credor deve preceder à execução forçada.

Não há, por isso mesmo, execução sem título, isto é, sem o documento de que resulte certificada, ou legalmente acerta, a tutela que o direito concede ao interesse do credor.<sup>(8)</sup>

O título executivo, portanto, é figura complexa, como quer Micheli, que engloba em seu conteúdo elementos formais e substanciais, e cuja eficácia precípua é a de constituir para o credor o direito subjetivo à execução forçada (direito de ação).

Mas, para que o título tenha essa força não basta a sua denominação legal. É indispensável que, por seu conteúdo, se revele um título certo, líquido e exigível, como dispõe textualmente o art. 586 do nosso Código de Processo Civil. Só assim terá o órgão judicial elementos prévios que lhe assegurem a abertura da atividade executiva, em situação de completa definição da existência e dos limites objetivos e subjetivos do direito a realizar.

Esses requisitos indispensáveis do título a que a lei atribui força executiva, são definidos por Carnelutti nos seguintes termos:

O direito do credor "é certo quando il titolo non lascia dubbio intorno alla sua esistenza; líquido quando il titolo non lascia dubbio intorno al suo oggetto; esigibile quando il titolo non lascia dubbio intorno alla sua attualità".<sup>(9)</sup>

Em outras palavras, mas com o mesmo alcance, ensina Calamandrei, que ocorre a certeza em torno de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre sua existência (an); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (quantum); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações.<sup>(10)</sup>

A certeza do título, requisito primeiro para legitimar a execução, decorre normalmente de perfeição formal em face da lei que o instituiu e da ausência de reservas à sua plena eficácia.

Não está a certeza, portanto, no plano da vontade ulterior das partes, mas na convicção que o órgão judicial tem de formar diante do documento que lhe é exibido pelo credor. Pouco importa que, particularmente, estejam controvertendo as partes em torno da dívida. A certeza que permite ao juiz expedir o mandado executivo é a resultante do documento judicial ou de outros documentos que a lei equipare à sentença condenatória.<sup>(11)</sup>

Nessa ordem de idéias, o título há de ser completo, já que não se compreende nos objetivos da execução forçada a definição ou o acerto de situação jurídica controvertida.

"Por suas medidas, brandas ou drásticas – observa Mendonça Lima – apenas se tornará efetivo o que já fora anteriormente assegurado." Toda declaração ou reconhecimento do direito do credor há de se conter, por inteiro, no título, posto que a execução "nada agrega, nem diminui e nem amplia; realiza-o se não foi espontaneamente pelo devedor".<sup>(12)</sup>

Não cabendo ao juiz pesquisar em torno da existência e extensão do direito do credor, no curso da execução, toda fonte de convicção ou certeza deve se concentrar no título executivo.

"A simples leitura do escrito – na lição de Amílcar de Castro – deve pôr o juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o bem devido e quando ele seja devido...."<sup>(13)</sup>

Em suma, diante da exigência legal de que o título executivo seja sempre líquido, certo e exigível, um de seus requisitos substanciais é "o de ser completo", tanto objetiva como subjetivamente.<sup>(14)</sup> Isto, porém, não impede que se agregue ao documento originário outros posteriormente obtidos para se realizar o aperfeiçoamento do título em seus requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. O importante é que estes requisitos emanem de prova documental inequívoca e não estejam ainda a reclamar apuração e acerto em juízo por diligências complexas e de resultado incerto (Cf., por exemplo, a regra do art. 615, inc. IV, que autoriza o credor a executar obrigação derivada de contrato bilateral, mediante prova de já ter adimplido a contraprestação a seu cargo).

#### 659. Formas dos títulos executivos

Sob o aspecto *formal*, os títulos que contêm a "declaração imperativa" geradora da ação de execução, podem ser assim classificados:

a) o *original da sentença* (tanto na condenação como na homologação de acordos), contido no bojo dos autos da ação de cognição, onde também se desenvolverá o processo de execução;

b) a *certidão da sentença*, quando a execução provisória correr nos autos suplementares ou sob a forma de carta de sentença, inclusive formal de partilha;

c) os *documentos extrajudiciais*, públicos ou particulares, sempre sob a forma escrita, a que a lei reconhecer a eficácia executiva.

#### 660. O inadimplemento do devedor

Como já ficou demonstrado, a admissibilidade da execução forçada exige a concorrência de dois pressupostos básicos e indispensáveis e que são:

I – o inadimplemento do devedor (art. 580); e

II – o título executivo, judicial ou extrajudicial (art. 583).

Não é suficiente, outrossim, nem a situação de um crédito documentalmente provado, nem a situação de uma obrigação descumprida. Só com a conjugação dos dois requisitos acima é que se torna viável o manejo do processo de execução.

A exigência dos pressupostos em questão é geral, aplicando-se indistintamente a todas as espécies de execução, sejam das obrigações de pagar quantia certa, sejam das obrigações de dar, de fazer ou não fazer.

Quanto ao requisito que se denomina *material*, a situação de fato que dá lugar a execução consiste sempre "na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado"<sup>(15)</sup>

Pertence ao direito material a conceituação do inadimplemento, onde se considera devedor inadimplente o que não cumpriu, na forma e no tempo devidos, o que lhe competia segundo a obrigação pactuada.<sup>(16)</sup>

Relaciona-se a idéia de inadimplemento com a de exigibilidade da prestação, de maneira que, enquanto não vencido o débito, não se pode falar em descumprimento da obrigação do devedor.

Ciente dessa verdade, ensinava Lopes da Costa que para a execução, torna-se necessário que: a) exista o título executivo; e b) "que a obrigação esteja vencida".<sup>(17)</sup>

É evidente que sem o vencimento da dívida, seja normal ou extraordinário, não ocorre a sua exigibilidade. E não sendo exigível a obrigação, o credor carece da ação executiva (art. 586).

Não há, todavia, necessidade de produzir-se prova do inadimplemento junto com a inicial, o transcurso do prazo da citação sem o cumprimento da obrigação, como forma de interpelação judicial, é a mais enérgica e convincente demonstração da mora do devedor. Além do mais, a simples verificação, no título, de que já ocorreu o vencimento é a prova suficiente para abertura da execução. Ao devedor é que incumbe o ônus da prova em contrário, isto é, a demonstração de que inexistiu o inadimplemento, o que deverá ser alegado e provado em embargos à execução (art. 741, nº VI).

Salvo a excepcional possibilidade da execução *provisória*, em matéria de sentença (título executivo judicial), só se pode falar em inadimplemento após o trânsito em julgado e a liquidação da condenação, se for o caso. Para os títulos extrajudiciais, não se

tratando de obrigação à vista, o inadimplemento se dá após a ultrapassagem do termo ou a verificação da condição suspensiva.

No código em vigor, a estipulação do primeiro requisito da execução acha-se contida no art. [580](#), onde se dispõe que, "verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução".

Inadindo a seara do direito substancial, o novo código dispôs-se a definir o inadimplemento, afirmando que se considera inadimplente "o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribui a eficácia de título executivo" (art. 580, parágrafo único).

O inadimplemento pressupõe uma situação de inércia culposa do devedor. Por isso mesmo, se ocorre o cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor, "o credor não poderá iniciar a execução" (art. [581](#)). E mesmo que já tenha tido início a execução forçada, caberá sempre ao devedor o direito de fazer cessar a sujeição processual através do pagamento da dívida, que é, invariavelmente, fato extintivo do processo executivo (arts. 581 e [794](#), nº 1).

Mas, para desvencilhar-se da execução e obter a quitação da dívida é imprescindível que o devedor cumpra a prestação exatamente como a define o título de crédito do exequente. Caso contrário, será lícito ao credor recusá-la e dar curso ao processo executivo (art. 581, do Cód. Proc. Civil, e arts. [863](#), [876](#) e [878](#), do Cód. Civil). A discussão em torno da regularidade e perfeição do pagamento, se anterior à execução, deverá ser objeto do processo incidente (mas à parte) dos embargos à execução (arts. 581, *in fine*, 741, nº VI e [745](#)). Se o pagamento foi oferecido no curso da execução, qualquer divergência em torno dele será apreciada e decidida nos próprios autos.

#### **661. O inadimplemento em contrato bilateral**

Há negócios jurídicos em que após seu aperfeiçoamento apenas uma das partes tem obrigações (empréstimo, por exemplo). Em outros, ambas as partes assumem deveres e direitos recíprocos (compra e venda, parceria agrícola etc.).

Diz-se que o contrato é *unilateral* no primeiro caso; e *bilateral* no segundo.

Regulando a segunda hipótese, dispõe o Cód. Civil que "nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro" (art. [1.092](#)).

Prevendo a possibilidade de execução de título que contenha uma obrigação dessa natureza, estatui o Cód. Civil que, "em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta" (art. 582).

Trata-se de aplicação ao processo de execução, da *exceptio non adimpleti contractus*, que é de natureza substancial e que terá lugar sempre que o credor pretender executar o devedor, sem a prévia ou o concomitante realização da contraprestação a seu cargo. Por força dessa exceção, a execução se frustrará, dada a ausência de um dos seus pressupostos indeclináveis – o inadimplemento – já que a recusa do devedor ao pagamento será justa e, por isso, o credor, enquanto não cumprida sua contraprestação, apresentar-se-á como carente da ação de execução. [\(18\)](#)

Na realidade, nos contratos bilaterais não há nem credor nem devedor, pois ambos os contraentes são, a um só tempo, credores e devedores. Aquele que pretender executar o respectivo crédito, terá antes que deixar de ser devedor, solvendo o débito a seu cargo e fazendo cessar a bilateralidade do vínculo contratual.

Note-se que a reciprocidade de obrigações, para os fins do art. [582](#), deverá proceder do mesmo e único título, pois se assim não for as obrigações serão *independentes* e não autorizarão a exceção de contrato não cumprido.

Mesmo sem o prévio adiantamento da contraprestação do exequente, o executado, ao invés de opor a exceção, pode preferir cumprir a sua parte no contrato. Ser-lhe-á, então, permitido oferecer a prestação em juízo para exonerar-se da dívida. Isto ocorrendo, o juiz suspenderá a execução e só permitirá ao credor-exequente o respectivo levantamento se "cumprir a contraprestação que lhe tocar" (art. 582, parágrafo único).

Naturalmente, será marcado um prazo pelo juiz para cumprimento da citada obrigação, levando-se em conta a natureza da prestação e as condições do contrato. Decorrido ele, sem providência do exequente, o primitivo executado, agora munido de declaração judicial de exoneração de seu débito, estará em condições de assumir a posição de sujeito ativo e promover a completa execução contra aquele que teve a iniciativa do processo.

Não é, por outro lado, correto pretender que o contrato, por ser bilateral, impede a configuração do título executivo, sob o pretexto de que o direito do credor estaria na dependência de accertamento em torno da contraprestação, reclamando, por isso, processo de

conhecimento, e repelindo a execução forçada.

O que descaracteriza o título executivo é a iliquidez ou incerteza relativamente às prestações previstas no título, não a sua bilateralidade. Se estas têm objeto certo e momentos precisos para sua implementação, uma vez comprovado documentalmente o pagamento de uma delas, o contrato se torna unilateral e aquele que já cumpriu a prestação a seu cargo terá contra a outra parte título obrigacional líquido, certo e exigível.

Tanto pode o contrato bilateral servir de título executivo, que o art. 615, inc. IV, prevê, expressamente, a obrigação do credor de, ao requerer a execução, "provar que adimpliu contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor."<sup>(19)</sup>

## Capítulo XXIV - A RELAÇÃO PROCESSUAL E SEUS ELEMENTOS

### §100. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Sumário: 662. *Elementos do processo executivo.*

#### 662. Elementos do processo executivo

A relação jurídica que se estabelece dentro do processo compõe-se de elementos que costumam ser classificados em *subjetivos* e *objetivos*, posto que toda relação jurídica é sempre vínculo entre pessoas a respeito de bens da vida.

No processo, os elementos *subjetivos* compreendem as *partes* e o *órgão* judicial, que se apresentam como os seus sujeitos principais. Mas há outros sujeitos secundários que atuam como auxiliares no curso da marcha processual, tais como escrivães, oficiais de justiça, depositários, avaliadores, peritos etc.

Quanto aos elementos *objetivos* compreendem, ora as *provas*, ora os *bens*, que se revelam como os *objetos* sobre os quais incide a atividade processual.<sup>(1)</sup>

No processo de conhecimento, o manejo das provas é amplo e, salvo os casos expressos de prova legal, ou necessária, todos os meios de convencimento são válidos para fundamentar o pedido e a sentença. No processo de execução, porém, só o *título executivo* assegura a viabilidade do processo.

Enquanto o processo de conhecimento termina e se exaure com a sentença que declara ou define o direito das partes em conflito, o processo de execução assenta-se no pressuposto de que já existe a certeza do direito do credor e busca apenas a realização material da prestação que lhe assegura o *título executivo*.

Daí a distinção que se faz no sentido de que o processo de conhecimento tem, basicamente, como objeto, as *provas*, e o de execução, os *bens*.

O ofício jurisdicional, na execução forçada, atua, portanto, não na definição dos direitos substanciais das partes, mas na obtenção de *bens*, no patrimônio do devedor, para satisfação do crédito do exequente.

Impossível, por isso mesmo, é o desenvolvimento do processo executivo sem a existência de bens penhoráveis do devedor (art. 791, nº III).

Podemos, diante do exposto, apontar como elementos necessários do processo de execução:

I – *subjetivos*:

a) as *partes*: credor e devedor;

b) o *juiz*, ou o órgão judicial, e seus auxiliares;

II – *objetivos*:

a) a *prova* do direito líquido, certo e exigível do credor, representada, obrigatoriamente, pelo *título executivo*;

b) os bens do devedor, passíveis de execução.

## Capítulo XXV - ELEMENTOS SUBJETIVOS (I)

### § 101. PARTES. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Sumário: 663. Nomenclatura. 664. Legitimação ativa. 665. Legitimação ativa originária do credor. 666. Legitimação extraordinária do Ministério Público. 667. Legitimação ativa derivada ou superveniente. 668. Espólio. 669. Herdeiros e sucessores. 670. Cessionário. 671. Sub-rogado. 672. Legitimações supervenientes extraordinárias: massa falida, condomínio e herança jacente ou vacante. 673. Terceiros interessados.

#### 663. Nomenclatura

Partes do processo, na conceituação técnica do direito processual, são as pessoas que pedem ou em face das quais se pede a tutela jurisdicional do Estado.<sup>(1)</sup>

No processo de conhecimento, atribui-se à parte *ativa* (a que pede a tutela jurisdicional) a denominação de *autor*; e à parte *passiva*, ou seja, aquela perante quem se pediu a providência jurisdicional, dá-se o nome de *réu*.

Na execução forçada, as partes ativas e passivas são chamadas tradicionalmente de *exeqüente* e *executado*. O Código de Processo Civil, no entanto, prefere denominá-las simplesmente de *credor* e *devedor*, o que, todavia, não importa banir da linguagem doutrinária e forense as expressões tradicionais de *exeqüente* e *executado*, mesmo porque mais significativas do que aquelas eleitas pela nomenclatura legal.

#### 664. Legitimação ativa

O Código de Processo Civil cuida da legitimação para propor a execução forçada nos arts. 566 e 567. No primeiro dispositivo, tem-se a *legitimação originária*, ou seja, aquela que decorre do conteúdo do próprio título executivo e compreende:

- a) o *credor*, como tal indicado no título; e
- b) o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

No art. 567, acha-se especificada a legitimação *derivada* ou *superveniente*, que corresponde às situações formadas posteriormente à criação do título e que se verificam nas hipóteses de *sucessão* tanto *mortis causa* como *inter vivos*.

#### 665. Legitimação ativa originária do credor

Compete a execução, em primeiro lugar, ao credor "a quem a lei confere o título executivo" (art. 566, nº I).

A força executiva atribuída a determinados títulos de crédito, como se vê, decorre da lei. A legitimação das partes, por sua vez, será extraída, quase sempre, do próprio conteúdo do título. Assim, no título *judicial*, credor ou exeqüente será o vencedor da causa, como tal apontado na sentença. E, no título *extrajudicial*, será a pessoa em favor de quem se contraiu a obrigação.

Excepcionalmente, pode a lei admitir modificação ou substituição da figura do credor, sem que o título reflita diretamente a mutação. É o que ocorre, por exemplo, no caso da Lei nº 8.906, de 04.07.94, que legitima o advogado a executar, em nome próprio, a sentença proferida em favor do seu constituinte, na parte que condenou o adversário ao ressarcimento dos gastos de honorários advocatícios (art. 23).

Por outro lado, o processo de execução acha-se subordinado aos mesmos princípios gerais que fundamentam o processo de conhecimento, como bem esclarece o art. 598. Por isso, além de ser parte legítima, por figurar no título como credor, ou por tê-lo legalmente sucedido, para manejar o processo de execução o interessado terá ainda que:

- a) *ser capaz*, ou estar representado de acordo com a lei civil pelo pai, tutor ou curador;
- b) outorgar mandato a *advogado*.

## 666. Legitimação extraordinária do Ministério Público

Pode, também, promover a execução forçada "o Ministério Público, nos casos prescritos em lei" (art. 566, nº II).

A propósito, convém notar que o Ministério Público é considerado pelo código, ora na função de *órgão agente* (art. 81), ora de *órgão interveniente* (art. 82).

Quando, nos casos previstos em lei, exercer o direito de ação, caber-lhe-ão "os mesmos poderes e ônus que tocam às partes da relação processual" (art. 81).

Daí a sua legitimidade *ad causam*, também, para promover a execução da respectiva sentença (art. 566, nº II), sempre que for colocado na posição de *órgão agente*.

Como exemplo dessas funções do Ministério Público podem ser citados os casos de tomada de contas de testamenteiro, de arrecadação de resíduos, de cumprimentos de legados pios, da execução, no juízo civil, da sentença condenatória penal, quando a vítima for pobre, para fins de obter a indenização do dano, na forma do art. 68 do Código de Processo Penal etc.

## 667. Legitimação ativa derivada ou superveniente

O art. 567 do novo Código de Processo Civil completa o elenco das pessoas legitimadas ativamente para a execução forçada, arrolando os casos em que estranhos à formação do título executivo tornaram-se, posteriormente, *sucessores do credor*, assumindo, por isso, a posição que lhe competia no vínculo obrigacional primitivo.

A modificação subjetiva da lide, em tais hipóteses, tanto pode ocorrer antes como depois de iniciada a execução forçada, e os fatores determinantes da *sucessão* tanto podem ser *causa mortis* como *inter vivos*, sendo, ainda, indiferente que o título executivo transmitido seja judicial ou extrajudicial.

Sempre que o pretendente a promover a execução não for o que figura na posição de credor no título executivo, para legitimar-se como exeqüente terá de comprovar, ao ingressar em juízo, que é "o *legítimo sucessor* de quem o título designa credor".(2)

Consoante o art. 567, os legitimados *supervenientes* para promover a execução, ou nela prosseguir, são:

- a) o espólio, os herdeiros ou sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;
- b) o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;
- c) o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

## 668. Espólio

Por *espólio* designa-se o patrimônio deixado pelo falecido, enquanto não ultimada a partilha entre os sucessores.

Admite o nosso sistema jurídico a atuação do espólio em juízo, ativa e passivamente, muito embora não lhe reconheça o caráter de pessoa jurídica. Dá-se, portanto, com o espólio, um caso de *representação anômala*, "uma vez que a lei designa o representante, posto não atribua personalidade ao representado. Não obstante esta ausência de personificação legal, o tratamento dado à herança na qualidade de massa necessária é o de uma pessoa jurídica, ao menos aparente".(3)

Representado, normalmente, pelo inventariante, ou excepcionalmente, pela totalidade dos herdeiros (art. 12, V, e § 1º), é natural que o espólio possa promover a execução forçada, ou nela prosseguir, se já iniciada em vida pelo *de cujus*, pois o direito de ação também integra a universalidade que compõe a herança, enquanto sucessão aberta (Código Civil, art. 57).

Sobrevindo a partilha, desfaz-se a massa necessária da herança indivisa e cada herdeiro ou sucessor, de *per se*, será legitimado à execução quando for contemplado na sucessão do *de cujus* com o título executivo.

Durante, porém, a indivisão que sucede à morte do autor da herança e antecede à partilha o espólio é representado legalmente pelo inventariante (art. 12, nº V). Se, no entanto, este for dativo, não terá a referida representação, que passará à totalidade dos herdeiros (art. 12, § 1º). Mesmo, contudo, quando a representação é exercida pelo inventariante, isto não exclui a participação dos herdeiros, na execução, como litisconsortes facultativos.

A prova da qualidade de inventariante é feita por certidão extraída do processo de inventário, com o esclarecimento de que o interessado se acha no exercício do *munus*. Sendo destituído o primitivo inventariante, com eventual substituição por um *dativo* e estando já em curso de execução, todos os herdeiros deverão habilitar-se, para regularizar a representação do espólio.

A omissão do inventariante, outrossim, não impede que qualquer herdeiro tome a iniciativa da defesa dos direitos do espólio em juízo, de sorte que se o representante legal da massa hereditária não propõe a execução, o herdeiro, como comunheiro dos bens, pode tomar a iniciativa da ação.<sup>(4)</sup>

## 669. Herdeiros e sucessores

Reconhece o art. 567, nº I, que a execução pode ser ajuizada pelos herdeiros e sucessores do credor morto.

Por *herdeiro* deve-se entender quem sucede ao autor da herança, a título universal, ou seja, recebendo toda a massa patrimonial do *de cujus*, ou uma quota ideal dela, de modo a compreender todas as relações econômicas deixadas, tanto ativas como passivas. E por *sucessor* simplesmente, tem-se o legatário, que sucede o *de cujus* a título singular, sendo contemplado, no testamento, com um ou alguns bens especificados e individuados.

Os sucessores universais adquirem a propriedade dos bens da herança, inclusive do título executivo acaso existente, automaticamente, logo que aberta a sucessão (art. 1.572, do Código Civil).

O sucessor singular, porém, adquire, com a morte do autor da herança, apenas o direito de exigir a entrega da coisa legada.

À vista disso, os herdeiros assumem legitimidade para atuar em nome da herança ou espólio, desde a morte do *de cujus*, enquanto o legatário só pode propor a execução depois que os herdeiros lhe fizerem a entrega do título executivo deixado pelo morto.

Enquanto não partilhada a herança, a representação do espólio é ordinariamente feita pelo inventariante, como se expôs no tópico anterior; e os herdeiros, como condôminos, podem agir em juízo, mas a benefício da comunhão.

Julgada a partilha e ocorrido o trânsito em julgado da sentença, cessam as funções do inventariante e, conseqüentemente, sua capacidade de representar o espólio. Desaparece, a partir de então, a universalidade da herança e cada herdeiro, dentro da força e dos limites de seu quinhão, será o sucessor universal de todos os direitos e obrigações do *de cujus*. Recebendo do finado, o direito ao título executivo, suceder-lhe-á o herdeiro, plenamente, no direito à ação de execução que exercitará, a partir de então, em nome próprio.

## 670. Cessionário

Considera-se *cessionário* o beneficiário da transferência negocial de um crédito por ato *inter vivos*, oneroso ou gratuito.

Para que haja a transferência negocial do crédito é preciso que a isso não se oponham a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção entre as partes (Código Civil, art. 1.065).

Casos mais comuns de *cessão* são os de endosso dos títulos cambiais, que se regem por legislação específica e cuja circulabilidade é ampla e da própria natureza das obrigações neles corporificadas.

Com relação à generalidade dos créditos, também, a regra é a possibilidade de cessão. A vedação apresenta-se como exceção. Como exemplo de impedimento pela *natureza* do direito, temos o caso das obrigações personalíssimas. Crédito incedível por determinação da lei é, *verbi gratia*, o relativo a benefícios da Previdência Social (Lei nº 3.087/60, art. 59). Finalmente, as partes são livres para convencionar que a obrigação ajustada só seja exigível entre os próprios contraentes, vedada a cessão a estranhos, quer da dívida, quer do crédito.

Para execução forçada, o cessionário, além de exhibir o título executivo, terá o ônus de demonstrar a cessão, a fim de legitimar-se à causa.

## 671. Sub-rogado

Diz-se credor *sub-rogado* aquele que paga a dívida de outrem, assumindo todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo credor contra o devedor principal e seus fiadores (Código Civil, art. [988](#)).

A sub-rogação tanto pode ser *legal* como *convencional*. A legal decorre da lei e não depende do consentimento das partes. A convencional é fruto de transferência expressamente ajustada entre os interessados.

O art. [985](#) do Código Civil enumera os casos de sub-rogação legal, ou de pleno direito, que são aqueles, em suma, "em que o pagamento é feito por um terceiro *interessado* na relação jurídica".<sup>(5)</sup> É o que ocorre, tipicamente, com o avalista ou fiador que salda a dívida do avalizado ou afiançado. O pagador, assim agindo, sub-roga-se no direito e ação do credor satisfeito. Se este possuía *título executivo*, será ele transferido para o sub-rogado, ficando-lhe assegurado, por consequência, o manejo do processo de execução para reembolso da importância dispendida, perante o obrigado principal pela dívida.

A sub-rogação é convencional quando operada em favor de terceiro *não interessado*, e ocorre, segundo o art. [986](#) do Código Civil, quando:

I – o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos; ou

II – terceira pessoa empresta ao devedor a quantia de que precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

Na primeira hipótese, temos uma verdadeira cessão de crédito e serão aplicáveis os princípios específicos desse instituto jurídico, como determina o art. [987](#) do Código Civil.

O sub-rogado, em qualquer caso, para demonstrar sua legitimidade para a execução forçada, de par com a exibição do título executivo, terá o ônus de comprovar a sub-rogação.

O sub-rogado, como o cessionário que adquire o crédito no curso do processo, não tem o dever de comparecer à execução pendente para assumir a posição do credor sub-rogatório. O feito poderá prosseguir com este na condição de *substituto processual*.<sup>(6)</sup>

Ocorrida, porém, a sub-rogação incidental, isto é, a do coobrigado que, executado, solve a dívida, cuja responsabilidade principal é de outrem, pode ele requerer que ao invés da extinção do processo, seja determinado o seu prosseguimento contra o devedor principal.

Observe-se que nem sequer há necessidade de propor uma nova ação, pois o art. [567](#) assegura ao sub-rogado não só a legitimação para "promover a execução" como também para "nela prosseguir" (*caput* do artigo).

Dai já se ter julgado que "o avalista que pagou o débito em execução pode, como sub-rogado, prosseguir contra o devedor avalizado na execução", com aproveitamento dos mesmos autos, "a despeito da homologação da desistência" do pedido do credor satisfeito, ou seja, daquele que iniciou a execução forçada.<sup>(7)</sup>

## **672. Legitimações supervenientes extraordinárias: massa falida, condomínio e herança jacente ou vacante**

O Código omitiu-se quanto à situação da massa falida, do condomínio e da herança jacente ou vacante, no processo executivo, limitando-se a arrolar o "espólio" como universalidade capaz de promover e sofrer a execução forçada.

Mas é óbvio que a massa falida, o condomínio e a herança jacente ou vacante, como massas necessárias que são e que se equiparam ao espólio, também podem figurar na relação processual da execução. E, em tal se dando, suas representações caberão, respectivamente, ao *síndico* (art. [12](#), III), ao administrador ou síndico (art. 12, nº IX) e ao *curador* (art. 12, nº IV). O mesmo ocorrerá com a massa do devedor civil insolvente, que é representada em juízo pelo *administrador* (art. [766](#), nº II), cujo *munus* é o mesmo do síndico na falência do comerciante.

## **673. Terceiros interessados**

Os estranhos ao título executivo, ainda que interessados na solução da dívida, não são partes legítimas para promover a execução, ou seu andamento.<sup>(8)</sup>

Terão antes, que se sub-rogarem, por alguma forma adequada, no direito à execução, para depois promovê-la. Como exemplo de



meio de obter a sub-rogação pelo terceiro interessado, temos o caso quando possível, da penhora de direito e ação, nos termos do art. [673](#) do Código de Processo Civil.

## § 102. LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Sumário: 674. *Legitimação passiva*. 675. *Dívida e responsabilidade*. 676. *O devedor*. 677. *Espólio e sucessores*. 678. *O novo devedor*. 679. *Fiador judicial*. 680. *Fiador extrajudicial*. 681. *Responsável tributário*. 682. *Revelia do devedor e curador especial*.

### 674. Legitimação passiva

O art. [568](#) do novo Código indica quem pode ser sujeito passivo da execução, arrolando:

I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III – o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV – o fiador judicial;

V – o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Dentro da sistemática do Código, a legitimação passiva pode ser dividida em:

*a) devedores originários*, segundo a relação obrigacional de direito substancial: "devedores" definidos pelo próprio título;

*b) sucessores* do devedor originário: espólio, herdeiros ou sucessores, bem como o "novo devedor";

*c) apenas responsáveis* (e não obrigados pela dívida): o "fiador judicial" e o "responsável tributário".

### 675. Dívida e responsabilidade

Os sucessores, a título universal, praticamente ocupam o mesmo lugar do devedor primitivo e com ele se confundem na qualidade jurídica.

Quanto à admissibilidade de execução contra quem não seja *devedor*, isto se deve à moderna distinção que, no plano jurídico, se faz entre *dívida* e *responsabilidade*.<sup>(9)</sup>

Sabe-se que o devedor, embora vinculado à obrigação, não pode ser física e corporalmente compelido a cumpri-la. Mas seu patrimônio fica sempre sujeito a sofrer a ação do credor, caso o crédito não seja devidamente satisfeito.

Nota-se, destarte, um desdobramento da obrigação em dois elementos distintos: *a)* um de caráter *pessoal*, que é a *dívida* ("schuld"); e *b)* outro de caráter *patrimonial*, que é a *responsabilidade* ("haftung") e que se traduz na sujeição do patrimônio a sofrer a sanção civil.

Para o credor, os dois elementos passivos da obrigação (dívida e responsabilidade) correspondem a dois direitos distintos: *a)* direito à *prestação*, que se satisfaz pelo cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor; e *b)* direito de *garantia* ou de *execução*, que se satisfaz mediante intervenção estatal, através da execução forçada.<sup>(10)</sup>

Do lado passivo, normalmente os dois elementos se reúnem numa só pessoa, o devedor, sendo certo que não pode existir dívida sem responsabilidade. Mas, o contrário é perfeitamente possível, pois uma pessoa pode sujeitar seu patrimônio ao cumprimento de uma obrigação sem ser o *devedor*.

É o que se passa, por exemplo, com o fiador judicial diante da dívida do executado, ou com o sócio solidário frente à dívida da sociedade: "o devedor é um, o responsável é outro".<sup>(11)</sup>

A propósito, o Código Civil português (de 1966), em seu art. 818, regula expressamente essa situação, dispondo que "o direito de execução pode incidir sobre bens de terceiro quando estejam vinculados à garantia do crédito, ou quando sejam objeto de ato praticado em prejuízo do credor, que este haja procedentemente impugnado".

A norma é completada pelo art. 821 do CPC lusitano (de 1961), onde se afirma que "estão sujeitos à execução todos os bens, que nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida, quer pertençam ao devedor, quer a terceiro".

Tem-se, aí, a consagração legal evidente da dissociação dos elementos da obrigação, ou seja: a dívida e a responsabilidade.

Há, portanto, profunda diferença de natureza jurídica entre a relação que vincula o devedor ao credor – que é de direito *material* – e a relação que sujeita o responsável ao juízo da execução – que é de direito *processual*. Enquanto na primeira existe *obrigação*, na segunda há *sujeição*. Assim, os bens do responsável (devedor ou não) sofrem os efeitos da execução em virtude de *sujeição* inerente à relação de direito processual, que torna os bens do mesmo responsável destinados à satisfação compulsória do direito do credor.<sup>(12)</sup>

Para início da execução forçada, sempre que o responsável não for o primitivo obrigado, terá o credor que provar a responsabilidade do executado *initio litis*, já que o processo de execução não apresenta, em seu curso, uma fase probatória, e só pode ser aberto mediante demonstração prévia de direito líquido, certo e exigível do promovente contra o executado.

Não é possível, porém, executar os bens do terceiro responsável sem vinculá-lo à relação processual, mediante regular citação, posto que ninguém pode ser privado de seus bens sem observância do devido processo legal e sem que lhe sejam assegurados o contraditório e os meios ordinários de defesa em juízo (CF, art. 5º, nos LIV e LV).

Observa-se, por último, que o sujeito passivo da execução, para comparecer em juízo tem de satisfazer os pressupostos processuais comuns, isto é, deve ser *capaz* ou estar legalmente representado ou assistido, e ainda atuar por meio de advogado.

## **676. O devedor**

O primeiro legitimado passivo para a execução forçada, segundo o art. 568, nº I, é "o devedor, reconhecido como tal no título executivo".

Se se trata de execução de sentença, o executado será o vencido no processo de conhecimento e sua identificação far-se-á pela simples leitura do decisório exequendo. Convém lembrar, todavia, que não apenas o réu pode ser vencido, pois também o autor, quando decai de seu pedido, é condenado aos efeitos da sucumbência (custas e honorários advocatícios), assumindo, assim, a posição de vencido e sujeitando-se à execução forçada.

Também o oponente (art. 56), o denunciado, ou chamado à autoria (art. 70), o nomeado à autoria (art. 62), bem como o chamado ao processo (art. 77), quando integrados à relação processual e *vencidos*, são partes legítimas para sofrerem a execução forçada, de acordo com o teor do título executivo judicial (sentença condenatória).

Da mesma forma, se a execução for de título extrajudicial, será sempre legitimado passivo aquele que figurar no documento negocial como devedor.

## **677. Espólio e sucessores**

A morte é o fim natural e obrigatório da pessoa humana e com ela extingue-se a personalidade e a capacidade jurídica, transmitindo-se direitos e obrigações do defunto aos sucessores legais.

Enquanto não se ultima a partilha e não se fixa a parcela dos bens que tocará a cada herdeiro ou sucessor, o patrimônio do *de cujus* apresenta-se como uma universalidade que, embora não possua personalidade jurídica, é tida como uma unidade suscetível de estar em juízo, ativa e passivamente.

Daí o disposto no art. 597, onde se lê que "o espólio responde pelas dívidas do falecido".

Sobre a representação processual do espólio, o assunto foi tratado quando se abordou a legitimação ativa e nada há que se acrescentar.

Ultimada a partilha, desaparece a figura da herança ou espólio, como massa indivisa, e cada herdeiro só responderá pelas dívidas do finado, "na proporção da parte que na herança lhe coube" (art. 597).

Embora o herdeiro suceda automaticamente ao defunto nas relações ativas e passivas, seus patrimônios não se confundem. Por isso, "se a execução não tiver começado ao tempo da sucessão, enquanto o herdeiro não tenha aceitado a herança não poderá incidir execução em seus bens pessoais por obrigação da herança, nem tampouco executar nesta obrigação do herdeiro".(13)

Mesmo depois de aceita a herança, em homenagem ao princípio de que o patrimônio de terceiro não está sujeito à execução, a penhora por dívida do *de cujus* só deve alcançar os bens que o herdeiro "tenha recebido do autor da herança", (14) salvo, naturalmente, se tiver ocorrido alienação, hipótese em que serão alcançados outros bens do sucessor até a proporção da cota hereditária.

Se a execução já estiver em curso quando ocorrer o óbito do devedor, sua substituição pelo espólio ou pelos sucessores, dar-se-á através da habilitação incidente, com observância dos arts. 43 e 1.055 a 1.062, suspendendo-se o processo pelo prazo necessário à citação dos interessados (art. 265, nº I, § 1º).

Ocorrendo a morte antes do início da execução, esta será ajuizada diretamente contra o espólio, representado pelo inventariante, se não houver partilha e se a inventariança não for dativa; ou contra os herdeiros, se o inventariante for dativo ou se já existe partilha.

O art. 568, nº II, indica, para o caso de falecimento do devedor, a legitimidade passiva do espólio, dos herdeiros ou sucessores.

Como já se explicou, no exame da legitimação ativa, cujos ensinamentos se aplicam inteiramente à legitimação passiva, herdeiros são os sucessores a título universal, por força de lei ou de testamento; e com a expressão "sucessores" abrangeu o Código os "*sucessores mortis causa* a título singular", que são os *legatários*. Os sucessores por ato *inter vivos* acham-se contemplados no item III do mesmo artigo.(15)

#### **678. O novo devedor**

O inciso III do art. 568 cuida da cessão do débito pelo devedor ou assunção da dívida por terceiro.

O credor, via de regra, pode ceder livremente seu título executivo. Mormente em casos como o das cambiais e títulos equiparados, a transmissibilidade do crédito é da própria essência do negócio jurídico incorporado no título e não depende da aquiescência do devedor, nem sequer fica subordinada a qualquer comunicação ou notificação a este. Em outras hipóteses, e de uma maneira geral, o credor continua livre para transferir seus direitos (Código Civil, art. 1.065), devendo, no entanto, notificar o devedor para que a cessão valha em relação a ele (Código Civil, art. 1.069).

Já o mesmo não ocorre com a parte passiva da obrigação. Diversamente do que se passa no direito alemão, inexistente entre nós, como regra, "a cessão de dívida".(16) Por isso, ao devedor não é lícito transferir a dívida assumida, a não ser mediante expresso consentimento do credor.

Dá dizer o art. 568, nº III, do Código de Processo Civil que a execução poderá atingir o "novo devedor, que assumiu, *com o consentimento do credor*, a obrigação resultante do título executivo".

A assunção da dívida será possível em duas circunstâncias: *a)* em ato negocial de que participem o velho e o novo devedor; e *b)* em ato unilateral do novo devedor.(17) Em ambas as hipóteses, porém, será sempre indispensável "o consentimento do credor" (art. 568, nº III). Faltando este, qualquer ajuste do devedor com terceiro, visando transmitir-lhe a dívida, será tido como *res inter alios acta*, sem qualquer eficácia perante o titular do crédito e sem qualquer efeito em relação à legitimidade das partes para a execução forçada.

Satisfeito o pressuposto do assentimento do credor, a assunção da dívida poderá ocorrer sob três situações distintas:

*a)* com exoneração do primitivo devedor e com seu consentimento (novação por *delegação*);

*b)* com exoneração do primitivo devedor, mas sem o seu consentimento (novação por *expromissão*);

*c)* por assunção pura e simples da dívida pelo novo devedor, sem excluir a responsabilidade do devedor primitivo que, de par com o assuntor, continua vinculado à obrigação, caso em que não se pode falar em novação.(18)

Em todas as três circunstâncias, o credor, ao iniciar a execução, terá de, além da exibição do título executivo, comprovar a assunção

da dívida pelo "novo devedor".

#### 679. Fiador judicial

A *caução* é o meio jurídico de garantir o cumprimento de determinada obrigação. Pode ser *real* ou *fidejussória*. Real é a representada pela hipoteca, penhor etc.; a fidejussória é a garantia pessoal representada pela fiança e pelo aval.

A fiança, por sua vez, pode ser *convencional* ou *judicial*, conforme provenha de contrato ou ato processual.

Considera-se, portanto, fiador judicial aquele que presta, no curso do processo, garantia pessoal ao cumprimento da obrigação de uma das partes, conforme o disposto nos arts. [826](#) e seguintes do Código.

São exemplos de fiança judicial os casos dos arts. [602](#), § 2º, [690](#), [695](#), [925](#), [940](#) e [1.166](#), entre outros.

O fiador judicial responde pela execução sem ser o obrigado pela dívida e a execução contra ele não depende de figurar o seu nome na sentença condenatória. No caso, por exemplo, do fiador que garante a arrematação, bastará uma decisão do juiz reconhecendo que o preço não foi pago nos três dias seguintes à hasta pública, para que o credor tenha título executivo hábil à execução do garante judicial (art. 695, § 1º).

Em todos os casos de execução contra o fiador, este, solvendo a dívida ajuizada, terá ação regressiva contra o devedor, sub-rogando-se nos direitos do credor e legitimando-se ao manejo da execução forçada contra o afiançado (Código Civil, art. [1.496](#)), que poderá se dar nos mesmos autos (art. [595](#), parágrafo único).

No caso de arrematação, o fiador poderá preferir a transferência da arrematação a seu benefício, em lugar de executar o devedor pela importância dispendida (art. [696](#)).

Ao fiador, seja convencional ou judicial, é assegurado o benefício da ordem, isto é, a faculdade de nomear à penhora bens livres e desembarcados do devedor (art. 595). Assim, a execução incidirá, primeiro, sobre bens do afiançado, e só se estes não forem suficientes é que recairá sobre o patrimônio do fiador.

#### 680. Fiador extrajudicial

Em face de mencionar o art. [568](#), nº IV, apenas o *fiador judicial* entre os legitimados passivos da execução forçada, tem-se afirmado que o Código rompeu com as tradições do Regulamento 737 e das Ordenações do Reino, e ainda dos Códigos estaduais, de modo a excluir do elenco dos títulos executivos extrajudiciais o contrato de fiança civil ou comercial.<sup>(19)</sup>

O fiador comum, assim, só seria sujeito passivo de execução quando tivesse contra si uma sentença condenatória, mas, já então, suportaria a atividade executiva não mais como simples fiador, e sim como "devedor principal", diante da condenação que lhe foi imposta.<sup>(20)</sup>

*Data venia*, a restrição não tem razão de ser. O art. [585](#), nº III, ao enumerar os títulos executivos extrajudiciais, arrolou os "contratos de caução". Ora, *caução* é sinônimo de *garantia*, que em direito privado pode ser "evidentemente *real* ou *fidejussória*".<sup>(21)</sup>

Se o Código considera o contrato de caução como título executivo, sem qualquer restrição a determinados tipos de garantia, forçoso é concluir que o contrato de fiança (garantia fidejussória) também foi alcançado pelo art. 585, nº III.

O fato de ter o art. 568, nº IV, incluído tão-somente o fiador judicial entre os sujeitos passivos da execução decorreu da distinção que se deve fazer entre o legitimado passivo originário e o superveniente. O fiador judicial é legitimado superveniente como os sucessores, os herdeiros, o novo devedor etc. Daí a sua menção em inciso próprio. Já o fiador comum é legitimado originário, vinculado ao *contrato de garantia* ou de *caução*, isto é, ocupa a posição de "*devedor*, reconhecido como tal no título executivo" (art. 568, I).

Em relação à caução fidejussória, coexistem dois contratos, gerando duas obrigações distintas:

a) o *principal*, vinculando o devedor principal ao credor;

b) o *acessório*, vinculando o fiador ao credor.

Diante do contrato principal, o fiador aparece apenas como responsável (garante). Mas, no contrato de fiança, o fiador assume uma obrigação pessoal, sendo, portanto, a *parte principal*. Vale dizer, com relação ao conteúdo do contrato de caução, o fiador assume a posição de *devedor*.

Ao colocar o Código o contrato de caução entre os títulos executivos, o que fez o legislador foi, portanto, erigir o contrato acessório a primeiro plano, equiparando-o ao contrato garantido, para efeito de execução forçada.

De tal sorte, muito embora o fiador, tecnicamente, seja responsável e não devedor pelo contrato principal, o Código, ao incluir o *contrato de fiança* (caução fidejussória) entre os títulos executivos, considerou, *ipso facto*, o prestador da garantia como *devedor* (obrigado) pelo contrato acessório (contrato de *caução*, a que alude o art. 585, III).

Essa a razão pela qual, no art. 568, n° IV, o legislador mencionou apenas o fiador judicial entre os legitimados derivados ou supervenientes, ou seja, entre aqueles que não sendo devedores, mesmo assim sujeitam-se à responsabilidade executiva pela obrigação de outrem.

Para efeito de constituir título executivo, a lei considera em pé de igualdade todos os contratos de caução.(22)

O que se deve exigir do contrato de fiança, para que autorize a coação executiva, é tão- somente que seja representativo de obrigação líquida, certa e exigível, conforme dispõe o art. 586.

Por outro lado, não se admite que a sentença condenatória (título executivo judicial) obtida apenas contra o devedor afiançado seja também executada contra o fiador. No caso, o título executivo é a sentença e não o contrato de fiança e, na sentença, figura como vencido (devedor) apenas o demandado. Se foi necessário uma sentença, é porque o contrato não era, por si só, título executivo.

#### 681. Responsável tributário

Este sujeito passivo da execução é específico da legislação fiscal e sua presença no art. 568 deveu-se à unificação da execução forçada procedida pelo Código de 1973, de forma a abranger também a cobrança da "Dívida Ativa" da Fazenda Pública.

A Lei n° 6.830, de 22.09.80, publicada no *Diário Oficial* de 24.09.80, no entanto, voltou ao sistema de regulamentação apartada para as execuções fiscais.

De maneira que, a partir de sua vigência, o Código de Processo Civil será aplicado à cobrança judicial da "Dívida Ativa" apenas subsidiariamente.

Definindo o sujeito passivo da obrigação tributária, a Lei n° 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário Nacional), o conceituou como "a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária" (art. 121, *caput*), classificando-o em duas espécies:

a) *contribuinte*, "quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador" (art. 121, parágrafo único, n° I);

b) *responsável*, "quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei" (art. 121, parágrafo único, n° II).

A primeira hipótese representa o *devedor* no sentido comum pois atinge diretamente a pessoa "que retira a vantagem econômica" do fato gerador(23) e está abrangida pelo inciso I do art. 568 do Código de Processo Civil.

Na figura do *responsável tributário*, o CTN englobou "todas as hipóteses de sujeição passiva indireta", isto é, daquelas situações em que o tributo não é cobrado da pessoa que retira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado, mas sim de pessoa diversa.(24)

A *responsabilidade tributária*, que engloba "todas as figuras de sujeição passiva indireta", pode ocorrer sob duas modalidades principais:

I – a *transferência*, "que é a passagem da sujeição passiva para outra pessoa, em virtude de um fato posterior ao nascimento da obrigação contra o obrigado direto; comporta três hipóteses: a) *solidariedade*, quando, havendo simultaneamente mais de um devedor, o que paga o total adquire a condição de obrigado indireto quanto à parte que caberia aos demais; b) *sucessão*, quando, desaparecendo o devedor por morte, falência ou cessação do negócio, a obrigação passa para seus herdeiros ou continuadores; c)

*responsabilidade*, quando a lei põe a cargo de um terceiro a obrigação não satisfeita pelo obrigado direto";

II – a *substituição*, que é "a hipótese em que independentemente de fato novo posterior ao nascimento da obrigação, a lei já define a esta como surgindo desde logo contra pessoa diversa da que seria o obrigado direto, isto é, contra pessoa outra que aquela que auferiu vantagem do ato, fato ou negócio tributário".(25)

O Código Tributário Nacional traçou as linhas gerais da *responsabilidade tributária* nos arts. 128 a 138, as quais são completadas pela legislação específica de cada tributo em vigor no País. É condição, porém, da execução forçada do crédito tributário a sua regular inscrição em "dívida ativa" na repartição competente, em nome do contribuinte e dos co-responsáveis (Código Tributário Nacional, arts. 201 a 204; Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 5º, nº I).(26)

Destarte, a Fazenda Pública *não tem título executivo contra o co-responsável tributário*, sem prévia inscrição do débito também em seu nome, pelo menos em princípio.

Mesmo com a quebra de unidade do processo executivo, operada pela Lei nº 6.830/80, é bom lembrar que a sistemática da execução fiscal continua sendo a da execução forçada por quantia certa, nas mesmas bases estruturais traçadas pelo Código de Processo Civil.

Tanto no código como na Lei nº 6.830/80, o responsável tributário é alguém que deve sujeitar-se à execução forçada, mas dentro das forças do título executivo e das regras que definem a liquidez e certeza do documento básico e indispensável à atuação do processo de expropriação judicial.

A questão mais ventilada na jurisprudência, a propósito da co-responsabilidade tributária, tem sido a que diz respeito aos cotistas gerentes e diretores de sociedades com débitos inscritos em "dívida ativa".

O entendimento do STF tem sido de que esses responsáveis tributários com base no art. 568, nº V, do Código de Processo Civil, podem ser atingidos pela penhora, em bens particulares, mesmo não figurando seus nomes na certidão de inscrição da "dívida ativa". No entanto, o próprio STF ressalva que a questão da co-responsabilidade do sócio poderá ser amplamente discutida nos embargos à execução e que à Fazenda exequente competirá o ônus de provar o fato que, segundo a lei, configurou o suporte legal de sua responsabilidade, isto é, a violação da lei ou contrato social, sem o que a excussão dos bens particulares não subsistirá.(27)

A orientação jurisprudencial não merece aplausos porque desnatura o processo executivo, permitindo sua movimentação sem prévio acerto da obrigação do executado e atribui o ônus da prova, nos embargos, ao demandado (a Fazenda) e não ao autor (o embargante). Disso resulta um enorme tumulto na base do instituto processual da execução forçada, que acaba se transformando num verdadeiro palco de acerto de obrigações e responsabilidades, que, até o ajuizamento da causa, e até mesmo após a penhora, ainda permanecem obscuras, imprecisas e controvertidas.

## **682. Revelia do devedor e curador especial**

Dispõe o art. 9º, nº II, que compete ao juiz da causa dar curador especial ao réu revel citado por edital ou com hora certa.

No processo de conhecimento, entende-se por revel o demandado que não oferece contestação (art. 319). E, como na execução, inexistente contestação, uma vez que o devedor não é citado para se defender, mas sim para cumprir a obrigação (art. 652), há julgados no sentido de inexistir revelia no processo executivo, e, por conseguinte, de inexistir nomeação de curador especial para o executado que não se faz representar nos autos, mesmo quando a citação tenha se dado por via de edital ou com hora certa (TA do Paraná, Apel. 33/75, *in RT*, 482/234).

No entanto, não se deve confundir revelia com efeitos da revelia. Revelia há, em sentido lato, sempre que alguém é convocado para integrar uma relação processual e, não obstante, conserva-se inerte, sem comparecer em juízo. Já os efeitos da revelia, previstos no art. 319, consistem na presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu.

Ora, a ausência em juízo, que é revelia em sentido próprio, nada tem que ver com a contestação e, por isso, tanto pode ocorrer no processo de conhecimento como no processo de execução. Os efeitos da revelia, indicados pelo art. 319, é que são exclusivos do processo de conhecimento.

Tanto não se confunde a revelia com seus eventuais efeitos, que, no próprio processo de conhecimento há casos em que ocorre a revelia, mas não se verificam os questionados efeitos, como nas lides em torno de direitos indisponíveis. A ninguém, obviamente, ocorrerá negar a existência de revelia e a necessidade de curador especial ao réu que, citado por edital, deixar de se representar numa causa dessa natureza.

Da mesma forma, citado o devedor por edital ou com hora certa, a excussão de seus bens não poderá prosseguir à sua revelia, sem que se lhe dê um curador especial para velar por seus interesses no curso da execução forçada.

O que a lei procura com o instituto da curatela especial do art. 9º, nº II, é assegurar o princípio do contraditório, diante de situações de citação ficta. Como não se tem a certeza de ter o edital chegado ao conhecimento do sujeito passivo do processo, quer a lei que seu prosseguimento só ocorra em presença de alguém que, pelo menos, possa falar em seu nome e evitar atos processuais nocivos a seus interesses.

A jurisprudência dominante adota, a meu ver, com acerto, a tese que ora se expõe e conclui, até mesmo, pela legitimidade do curador especial para opor embargos à execução, se encontrar, nos autos, elementos suficientes para tanto (1º T.A. Civ. de São Paulo, Apel. 259.530, *in RT*, 535/124; Apel. 281.334, *in RT*, 553/152; Apel. 248.388, *in RT*, 530/121).

### § 103. LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Sumário: 683. *Litisconsórcio*. 684. *Assistência*. 685. *Denúnciação da lide*. 686. *Chamamento ao processo*.

#### 683. Litisconsórcio

Há consenso em torno da inexistência, em princípio, do litisconsórcio *necessário*, mormente ativo, no processo de execução, seja fundado em título judicial ou extrajudicial.<sup>(28)</sup> Mesmo sendo múltipla a titularidade do crédito, com ou sem solidariedade ativa, a cada credor separadamente sempre se reconhece o poder de executar a parte que lhe toca. Poderão, é verdade, os credores agir em conjunto e executar a totalidade da dívida comum, mas fã-lo-ão em *litisconsórcio facultativo*, apenas.

Um caso excepcional de litisconsórcio necessário, temo-lo no concurso universal do devedor insolvente,<sup>(29)</sup> pois na execução concursal, há obrigatoriedade de abranger o processo a universalidade dos credores. No entanto, mesmo aí, o litisconsórcio é *sui generis*, porque os efeitos do concurso a todos atingem, mas cada credor de *per se* tem a liberdade de ingressar ou não na execução coletiva para participar do rateio da excussão dos bens arrecadados ao insolvente.

Já, no lado passivo, são freqüentes os casos de litisconsórcio necessário, como o de marido e mulher, quando a penhora atinge bem imóvel (art. 669, § 1º). Em tais circunstâncias a ausência de participação de um dos cônjuges, na formação da relação processual executiva, é causa de nulidade visceral de todo o processo.

A solidariedade ou a co-responsabilidade, no entanto, é motivo de litisconsórcio passivo apenas facultativo, porque aí a execução tanto pode ser proposta contra um como contra diversos ou todos coobrigados.

Uma questão interessante a destacar é da ausência de repercussão do litisconsórcio formado na execução sobre a outra relação processual que se estabelece na ação incidental de embargos à execução. Tratando-se de nova ação, os embargos, mesmo nos casos de litisconsórcio passivo necessário, podem ser ajuizados individualmente apenas por um ou alguns dos executados. É que, para defender-se, nenhum devedor, qualquer que seja sua condição jurídica, depende de anuência de coobrigados ou co-responsáveis.

#### 684. Assistência

A admissibilidade da assistência no processo de execução tem sido motivo de largas controvérsias que, infelizmente, o novo Código não conseguiu superar. Basta dizer que, em seus comentários ao novo Estatuto, Pontes de Miranda advoga a admissibilidade da assistência, "qualquer que seja a forma do processo de cognição, ou executivo, ou cautelar", sem restrição de espécie alguma.<sup>(30)</sup> Já Alcides de Mendonça Lima bate-se energicamente contra a possibilidade da medida no processo de execução, propriamente dito, admitindo-a apenas, em caráter excepcional, nos embargos à execução e, assim mesmo, somente quando se tratar de título extrajudicial.<sup>(31)</sup>

A *assistência*, como a conceitua o Código, é figura afim do litisconsórcio e consiste na intervenção voluntária de terceiro interessado, em causa pendente entre outras pessoas, para coadjuvar uma das partes a *obter sentença favorável* (art. 50).

Já ficou demonstrado que o processo de execução não tende à obtenção de sentença, mas apenas se destina à prática dos atos concretos de realização coativa do crédito do autor. Logo, parece-nos intuitivo que, dada inexistência de julgamento de mérito, nunca se poderá falar em assistente do credor ou exequente, quando a execução não sofrer embargos do executado ou terceiros. Isto porque, faltaria a possibilidade jurídica de o assistente coadjuvar a parte a obter sentença favorável, que é o objeto específico do instituto da assistência.<sup>(32)</sup>

Mas, havendo embargos, instaura-se uma nova relação processual incidente, de natureza diversa da execução pois o procedimento, que é cognitivo, então, visará a uma sentença com eventual força constitutiva diante do título executivo, podendo, inclusive, neutralizá-lo definitivamente.

Em sendo assim, o terceiro interveniente poderá, perfeitamente, ter interesse em assistir qualquer das partes – embargante ou embargado – "pois, aí, será proferida sentença da mesma forma que em qualquer processo de conhecimento".(33)

#### 685. Denúnciação da lide

Dentre as figuras de "intervenção de terceiro" no processo, a *denúnciação da lide* é o remédio adequado para o adquirente legitimar-se a executar a garantia da evicção contra o alienante, quando se der reivindicação de outrem sobre o bem transmitido (art. 70, nº I).

O novo Código, porém, estendeu a aplicação do instituto, também, à hipótese de assegurar de direito regressivo, genericamente. Assim, é cabível a denúnciação da lide ao terceiro que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda (art. 70, nº III).

A denúnciação se dá por meio de citação do terceiro denunciado, devendo o pedido ser formulado, pelo autor, na inicial, e pelo réu, no prazo de contestação (art. 71).

Feita a denúnciação, é facultado ao terceiro denunciado assumir a posição de litisconsorte ao lado do denunciante, ou negar a qualidade que lhe foi atribuída, ou, ainda, confessar os fatos alegados pelo autor (arts. 74 e 75).

A sentença que julgar a ação principal julgará também a ação incidental, relativa a indenização regressiva pedida pelo denunciante contra o denunciado (art. 76).

Caberia denúnciação da lide em execução forçada de título extrajudicial, como, por exemplo, nos casos de endossantes e endossatários de títulos cambiários?

A resposta é negativa, em primeiro lugar porque o direito cambiário já contém um sistema próprio de estabelecer os direitos regressivos, que dispensa a sentença judicial. Em segundo lugar, porque, conforme a lição de Celso Barbi, "examinando as características do procedimento de execução dessa natureza, verifica-se que nele não há lugar para a denúnciação da lide. Esta pressupõe prazo de contestação, que não existe no processo de execução, onde a defesa é eventual e por embargos. Além disso, os embargos são uma ação incidente entre o executado embargante e o exequente, para discussão apenas das matérias em execução. Não comportam ingresso de uma ação indenizatória do embargante com terceiro. A sentença que decide os embargos apenas deve admiti-los ou rejeitá-los, não sendo lugar para decidir questões estranhas à execução".(34)

#### 686. Chamamento ao processo

A figura de intervenção de terceiro denominada *chamamento ao processo*, regulada pelos arts. 77 a 80 do novo Código de Processo Civil, consiste "na *faculdade* atribuída ao devedor, que está sendo demandado para o pagamento de determinada dívida, de chamar ao processo os co-devedores ou aqueles a quem incumbia precipuamente o pagamento, de modo a torná-los também réus na ação. Além dessa finalidade há outra, qual seja obter sentença que possa ser executada contra os co-devedores ou obrigado principal, pelo devedor que pagar o débito".(35)

Assim, havendo mais obrigados pela dívida do que o acionado, "o chamamento é feito para que a mesma sentença declare as responsabilidades dos obrigados (arts. 77 e 78), pelo que ela, julgando procedente a ação, condenará todos os devedores; e valerá como título executivo (art. 584, I) em favor do que satisfazer a dívida para exigi-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos co-devedores a sua cota, na proporção que lhes tocar (art. 80)".(36)

Prevê o Código a admissibilidade do chamamento ao processo (art. 77):

I – do devedor, na ação em que o fiador for réu;

II – dos outros fiadores, quando para a ação forcitado apenas um deles;

III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

O problema prático que tem surgido é o de estabelecer quais os procedimentos em que teria cabimento o chamamento dos devedores solidários. Nos procedimentos de cognição, ordinários, sumaríssimos ou especiais, é certa e incontroversa sua admissibilidade.

Mas, como adverte Celso Barbi, "no caso do procedimento de execução, fundado em título extrajudicial, não é possível admitir o chamamento, porque várias razões de natureza processual a isso se opõem. A começar pela inexistência de fase adequada para



discussão e decisão das divergências entre os vários co-devedores. A execução é procedimento do tipo de contraditório eventual, isto é, em que a impugnação pelo executado não é considerada como fase integrante do processo. Se ela surgir, o faz como incidente, em forma de embargos e não de contestação, e para autuação em apenso, como dispõe o art. 736".(37)

Não sendo a execução um procedimento preordenado ao contraditório, porque nasce do pressuposto de liquidez e certeza do direito do credor, atestado pelo título executivo, a ação de embargos, de natureza constitutiva, tem por objetivo específico neutralizar a força do título.

Por isso, no processo de execução propriamente dito, não há sentença de mérito. Apenas os embargos, quando opostos, é que são julgados procedentes ou não.

O que cabe discutir, destarte, nos embargos, é apenas o que é possível opor ao credor para desconstituir seu título executivo. "Inserir nesses embargos matéria de discussão entre o executado e seus co-devedores é inteiramente impertinente".(38)

Não há, sequer, julgamento de procedência ou improcedência da ação de execução, onde se deveria, segundo a sistemática do art. 78, declarar a responsabilidade dos devedores solidários chamados ao processo.(39)

Na verdade, não há mesmo necessidade prática do chamamento ao processo para que, no comum dos casos de execução, o devedor obtenha título contra o devedor principal ou os coobrigados. Assim é que fiador e avalista, casos mais frequentes na experiência do foro, já contam com mecanismo de sub-rogação e regresso mais enérgico do que o próprio chamamento ao processo.

O fiador, conforme o art. 595, parágrafo único, quando é acionado e paga a dívida, pode executar o afiançado nos mesmos autos do processo em que efetuou o pagamento. Que interesse teria, pois, o fiador em introduzir no processo de execução o chamamento ao processo, se a lei já lhe assegura a faculdade de prosseguir, sem nenhuma formalidade, na execução contra o afiançado?

Também os devedores cambiários executados se encontram legalmente sub-rogados no direito do exequente contra o devedor principal, por inteiro, ou contra os coobrigados, por rateio, tornando completa inutilidade o chamamento ao processo, que só viria tumultuar um procedimento que, por sua própria índole, deve ser pronto e enérgico.

Aliás, o *sub-rogado*, como o avalista que paga a dívida em execução, pelo art. 567, nº III, tem mais do que o direito de propor execução contra o devedor principal ou solidário. Tem, na verdade, e por força do texto expresso do *caput* daquele dispositivo do Código, o direito de aproveitar os próprios autos do feito pendente e "prosseguir na execução", assumindo a posição do primitivo credor (i.é, daquele que teve o crédito satisfeito) e fazendo com que o rumo dos atos executivos se volte contra o avalizado ou os coobrigados.

Impõe-se, pois, em caráter definitivo, "a conclusão que o chamamento ao processo não pode ser usado no processo de execução".(40)

## § 104. EXECUÇÃO POR INICIATIVA DO PRÓPRIO DEVEDOR

Sumário: 687. O direito à liberação. 688. Natureza do procedimento. 689. Cabimento da medida. 690. Procedimento.

### 687. O direito à liberação

A execução figura no sistema do Código como uma faculdade (direito subjetivo) de que o credor pode livremente dispor.

Mas, o devedor não tem apenas o *dever* de cumprir a obrigação, pois assiste-lhe, igualmente, o *direito* de liberar-se da dívida.(41)

Eis por que o art. 570 do Código de Processo Civil assegura ao devedor o direito de "requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial".

Opera-se, assim, uma inversão no posicionamento das partes da relação executiva, já que o processo se instaura por provocação do devedor e não do credor; e o objetivo passa a ser mais o de liberar o devedor do que o de satisfazer o credor.

Mas, desde que a liberação do devedor reclama o cumprimento da obrigação dele perante o credor, o processo iniciado pelo devedor, é, na verdade, uma forma de compelir o sujeito ativo a receber o que lhe deve o sujeito passivo, sob pena de ficar a prestação a seu dispor em juízo, com exoneração total do devedor.

## 688. Natureza do procedimento

Partindo a iniciativa do devedor, não se pode falar, propriamente, em execução, que é figura típica de coação contra o obrigado. Na verdade, o remédio processual instituído pelo art. 570 é uma verdadeira "consignação em pagamento" enxertada dentro da regulamentação do processo de execução.<sup>(42)</sup>

Ante a inércia ou má-fé do credor, o devedor, no exercício do direito de livrar-se da dívida, consigna a prestação a que está obrigado. Há, como se vê, perfeita equivalência com a ação regulada nos arts. 890 a 900.

Note-se, porém, que se trata de mera *faculdade*, e não dever do obrigado. Uma vez exercitada, assume o devedor, no processo "posição idêntica à do exequente" (art. 570), isto é, torna-se sujeito ativo da relação processual, enquanto o credor passará a ser o sujeito passivo.

A consignação deverá corresponder exatamente à condenação, compreendendo principal e acessórios. Com sua iniciativa, livrar-se-á o devedor, contudo, de eventuais juros de mora, correção monetária, perdas e danos e outros encargos futuros que poderiam advir-lhe caso intentada a execução pelo credor.<sup>(43)</sup>

## 689. Cabimento da medida

A faculdade instituída pelo art. 570 aplica-se, com exclusividade, ao título executivo judicial, isto é, à sentença *condenatória*. Pressupõe, ainda, o trânsito em julgado e a liquidez da condenação.

Não se pode consignar o débito apenas exigível em execução provisória e se a condenação for ilíquida, o devedor terá que, primeiramente, promover a respectiva liquidação, consoante o disposto nos arts. 603 a 611.

Quanto aos títulos executivos extrajudiciais, não é possível ao devedor obter a liberação dentro do processo de execução, segundo os moldes do art. 570. Terá que se valer do procedimento autônomo da ação de consignação em pagamento, segundo o rito estabelecido nos arts. 890 a 900, mesmo porque não existe um processo em cujo bojo se possa requerer a citação incidental questionada.

## 690. Procedimento

Assumindo a posição ativa do processo, o devedor, para iniciá-lo deverá promover a citação do credor inerte para vir a juízo receber o seu crédito, em data e horário que o juiz determinar.

Comparecendo o credor, o pagamento será efetuado, e o processo extinguir-se-á (art. 794, I), devendo a extinção ser declarada em sentença (art. 795).

Sendo a execução uma faculdade do credor, as custas da consignação ficarão a cargo do devedor. Não haverá, também, verba advocatícia, pois se ao credor não era lícito acrescentá-la à condenação, pelo fato de recorrer à execução, também o mesmo se dará com o devedor consignante, já que ocupa este "posição idêntica" à daquele (art. 570).

Se deixar de comparecer o credor, proceder-se-á ao depósito do objeto da condenação, que liberará o devedor segundo os princípios da consignação em pagamento (Código Civil, art. 972), fato que também será declarado em sentença.

Pode, outrossim, o credor opor-se à medida pretendida pelo devedor, fazendo-o através de contestação, nos termos e nos casos em que tal se permite na consignação em pagamento (arts. 896 a 899).<sup>(44)</sup>

## § 105. PROCESSO CUMULATIVO

Sumário: 691. *Cumulação de execuções.*

### 691. Cumulação de execuções

Na execução forçada não se discute mais o mérito do crédito do autor. O título lhe assegura o caráter de liquidez e certeza. Não importa, portanto, a diversidade de *títulos* para que o credor se valha de um só processo. Todos eles serão utilizados para um só fim: a realização da sanção a que se acha sujeito o devedor.

É por isso que, numa evidente medida de economia processual, admite o art. [573](#) que o credor cumule num só processo várias execuções contra o mesmo devedor, "ainda que fundadas em títulos diferentes", e desde que a sanção a realizar seja de igual natureza, para todos eles.

Quando isto ocorre, "sob o ponto de vista *formal*, a execução é só uma, porque fica correndo um único processo, mas sob o ponto de vista *substancial*, as execuções são tantas quantas as *dívidas* que o processo se destina a satisfazer".([45](#))

Verifica-se, portanto, pluralidade de lides ou de pretensões insatisfeitas solucionadas dentro de um mesmo processo.

Não obstam à cumulação, nem a desigualdade de valores, nem a diversidade da natureza dos títulos.([46](#))

Trata-se, outrossim, de mera faculdade do credor, que assim não está compelido sempre a unificar suas execuções contra o devedor. Mas, uma vez utilizada a cumulação, é evidente a economia tanto do juízo como do próprio devedor, que terá de arcar com as despesas e ônus de apenas um processo.

Para a admissibilidade da unificação das execuções, exigem-se os seguintes requisitos:

a) *Identidade do credor* nos diversos títulos. O Código não permite a chamada "coligação de credores" (reunião numa só execução de credores diversos com base em títulos diferentes) a não ser na execução do devedor insolvente. Não impede, porém, o litisconsórcio ativo no caso em que o título executivo conferir o direito de crédito a mais de uma pessoa.

b) *Identidade de devedor*. As execuções reunidas terão obrigatoriedade que se dirigir contra "o mesmo devedor" (art. 573). Admite-se o litisconsórcio passivo, mas repele-se a "coligação de devedores", tal como se dá com o sujeito ativo.([47](#))

c) *Competência do mesmo juiz para todas as execuções*. Se a competência para uma das execuções for apenas relativa, não poderá ser declarada *ex officio*, mas apenas através de regular exceção. A natureza diversa dos títulos não impede a cumulação, que é perfeitamente viável entre sentença e cambial, por exemplo. Mas entre títulos judiciais procedentes de diversos juízos não pode haver cumulação, porque a competência é do juiz que prolatou cada sentença (art. [575](#), nº II) e o processamento deverá ocorrer nos próprios autos da ação condenatória (art. [589](#)).

d) *Identidade da forma do processo*. Não se permite cumulação, por exemplo, de execução de obrigação *de dar* com *de fazer*. O tumulto processual decorrente da diversidade de ritos e objetivos seria evidente, caso se reunissem num só processo, pretensões tão diversas. A aplicação mais freqüente de execução cumulativa ocorre mesmo é com os títulos de dívida de dinheiro.

Em resumo, "os traços característicos da cumulação são: unidade do exeqüente, unidade de executado, unidade de processo e pluralidade de execuções".([48](#))

A cumulação indevida pode ser repelida pelo devedor através de embargos, conforme dispõe o art. [741](#), nº IV.

Sobre a reunião de execuções singulares em que se verifica a intercorrência de penhoras sobre os mesmos bens, veja-se adiante o nº [836](#).

## Capítulo XXVI - ELEMENTOS SUBJETIVOS (II)

### § 106. O ÓRGÃO JUDICIAL

**Sumário:** 692. Juízo competente para a execução. 693. Execução de sentença. 694. Competência para execução civil de sentença penal. 695. Competência para execução de títulos extrajudiciais. 696. Competência para a execução fiscal. 697. Competência internacional. 698. Competência para deliberação sobre os atos executivos.

#### 692. Juízo competente para a execução

As regras do Código sobre competência, em matéria de execução, têm conteúdo diverso, conforme o título seja judicial ou extrajudicial; e, mesmo em se tratando de títulos judiciais, há variações de competência, de acordo com os tipos de sentença a executar.

Em princípio, no entanto, as normas básicas são estas: a competência é *funcional* e *improrrogável* em se tratando de execução de sentença civil condenatória, e é *territorial* e *relativa*, nos demais casos, podendo, pois, sofrer prorrogações ou alterações

convencionais, de acordo com as regras gerais do processo de conhecimento.

### 693. Execução de sentença

Determina o art. [575](#) que a execução de sentença será processada perante:

I – os *tribunais superiores*, nas causas de sua competência originária;

II – o *juízo* que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III – o *juízo* que homologou a sentença arbitral;<sup>(1)</sup>

IV – o *juízo cível* competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória.

Os processos chegam aos Tribunais em duas circunstâncias distintas:

a) como consequência de recurso, que faz a causa subir do juiz de primeiro grau para o reexame do Tribunal; ou

b) por conhecimento direto do Tribunal, em razão de ser a causa daquelas que se iniciam e findam perante a instância superior.

No primeiro caso, diz-se que a competência do Tribunal é *recursal*, e, no segundo, *originária*.

Para a execução da sentença, não importa que o feito tenha tramitado pelo Tribunal em grau de recurso, nem mesmo é relevante o fato de ter o Tribunal reformado a sentença de primeiro grau.

A regra fundamental é que a execução da sentença compete ao *juízo da causa*, e como tal entende-se aquele que a aprecia em primeira ou única instância, seja juiz singular ou tribunal. Em outras palavras, *juízo da causa* é o órgão judicial perante o qual se formou a relação processual ao tempo do ajuizamento do feito.

Por isso, se a causa foi originariamente proposta perante um tribunal (v.g., ação rescisória), a execução do acórdão terá de ser promovida perante o referido Tribunal. Mas se o início do feito se deu perante um juiz de primeiro grau, pouco importa que o decisório a executar seja o acórdão do Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal: a competência executiva será sempre do *juízo da causa*, isto é, daquele órgão jurisdicional que figurou na formação da relação processual.

A competência, *in casu*, porém, não se liga à pessoa física do juiz, mas sim ao órgão judicial que ele representa. Na verdade, o competente é o *juízo*, como deixa claro o art. 575, nº II. Por isso, irrelevantes são as eventuais alterações ou substituições da pessoa do titular do juízo.

É, outrossim, *funcional* e, por isso, *absoluta* e *improrrogável*, a competência prevista no art. 575, para execução de sentença civil condenatória. A execução da sentença arbitral rege-se por norma de competência territorial comum.

### 694. Competência para execução civil de sentença penal

A sentença penal condenatória torna certo o dever de reparar, civilmente, o dano provocado pelo delito. Por isso, não há interesse em propor ação civil indenizatória contra o réu condenado na esfera penal.

A vítima ou seus dependentes, isto é, os lesados pelo crime, podem utilizar a sentença penal, diretamente, como título executivo civil, para fins indenizatórios. Terão, apenas, que promover a *liquidação* do *quantum* a indenizar (art. [603](#)).

Uma vez que o juiz criminal não tem competência para a execução civil, esta será fixada, entre os juízes cíveis, dentro das regras comuns do processo de conhecimento. Será competente para a execução, o juízo que seria competente para a ação condenatória, caso tivesse que ser ajuizada.

Entre as regras aplicáveis à espécie, merece destaque a do art. [100](#), nº V, *a*, que prevê, a par da competência geral do foro do domicílio do réu, a do *forum delicti commissi*, como critério particular para as ações de reparação de dano. No caso de desastre automobilístico criminoso, observar-se-á, ainda, a faculdade do art. 100, parágrafo único.

A competência, na espécie, não é absoluta, como a da sentença civil condenatória; é territorial, relativa e prorrogável, portanto.

#### **695. Competência para execução de títulos extrajudiciais**

Determina-se a competência, em caso de execução de título extrajudicial, segundo as regras comuns do processo de conhecimento.

Prevalece, ordinariamente, o critério do foro do domicílio do devedor. Deve-se observar, contudo, que há regras especiais nos arts. [111](#) e [100](#), IV, *d*, onde se estabelece a prevalência do *foro de eleição* e do *lugar de pagamento*, sempre que tais previsões constarem do título a executar.

Para determinação da competência, que na espécie é relativa e prorrogável até mesmo tacitamente (arts. 111 e [114](#)), há de observar-se a seguinte ordem de preferência: 1) foro de eleição; 2) lugar de pagamento; 3) domicílio do devedor.

Uma vez que as regras de derrogação da competência comum presumem-se feitas a benefício do credor, permite-se-lhe dispensar a cláusula de eleição de foro ou de lugar de pagamento, para preferir o ajuizamento no foro do domicílio do réu, que, por sua vez, não poderá recusar a escolha porque só benefício lhe proporciona.

#### **696. Competência para a execução fiscal**

O Código de Processo Civil de 1973 havia unificado o processo de execução por quantia certa, incluindo em seu bojo a matéria também relativa ao "executivo fiscal".

Em decorrência dessa unificação e das particularidades da "dívida ativa", foram traçadas no art. [578](#) normas especiais para a determinação da competência nos casos de execução fiscal.

Posteriormente, a Lei nº 6.830, de 22.09.80, veio a restabelecer o procedimento especial para a cobrança da "Dívida Ativa", reservando para o Código de Processo Civil apenas a função de regulamentar subsidiariamente a execução fiscal. No entanto, as regras sobre competência, instituídas pelo Código, permanecem em vigor, porque a lei nova não contém dispositivo expresso sobre o tema.

Esclarece, todavia, a Lei nº 6.830, que "a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário".

As regras especiais do Código de Processo Civil, em matéria de competência para a execução fiscal, obedecem ao seguinte critério de preferência:

- a)* normalmente, o devedor fiscal será executado no foro de seu domicílio (art. 578);
- b)* se não o tiver, no de sua residência (*idem*);
- c)* faltando as duas situações anteriores, será executado "onde for encontrado" (*idem*).

O parágrafo único do art. 578 cuida de situações especiais, criando alguns privilégios para a Fazenda Pública. Assim, ficaram-lhe asseguradas as seguintes faculdades:

- a)* sendo vários os devedores, a Fazenda poderá escolher o foro de qualquer um deles;
- b)* se o devedor tiver mais de um domicílio, caberá à Fazenda escolher o que prefere para a execução;
- c)* pode a Fazenda, em exceção à regra do *caput* do art. 578, deixar de ajuizar a execução no domicílio ou residência do devedor, e optar pelo foro onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida;
- d)* sem atentar para o domicílio ou residência do devedor, pode a Fazenda ajuizar a execução no foro da situação dos bens, com referência à dívida fiscal deles originada.

Consigne-se, finalmente, que o domicílio de que aqui se cuida é o civil, sede jurídica da pessoa natural ou moral (Código Civil, arts. [31 a 42](#)), e não o *fiscal*, isto é, aquele que as leis tributárias consideram como o local em que, administrativamente, se pode exigir o recolhimento dos tributos. Para a execução forçada, portanto, não tem relevância o domicílio fiscal do devedor.<sup>(2)</sup>

#### 697. Competência internacional

A sentença estrangeira não pode ser direta e imediatamente executada no Brasil.

Em face de regras pertinentes à soberania nacional, a eficácia da sentença estrangeira em nosso território depende de sua prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal (art. [483](#)).

Com a homologação do decisório estrangeiro, dá-se a sua "nacionalização" e nasce, assim, sua força de título executivo no País.

O processo homologatório da decisão provida da justiça de outros povos é causa de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Mas, a competência para a execução da sentença homologada não cabe àquele Tribunal Superior. Consoante o art. [109](#), inc. X, da Constituição da República, é atribuição específica dos juízes federais do primeiro grau de jurisdição.

Não se admite, enfim, que o credor ajuíze uma execução no estrangeiro e faça cumprir o mandado executivo no Brasil.

Se seu título é judicial, deverá obter sua homologação pela Justiça brasileira e requerer a execução perante nossa Justiça Federal. Se se trata de título extrajudicial, sua execução há de ser requerida diretamente em nossa justiça comum, e não em foro alienígena.

Em nenhuma hipótese, portanto, haverá *exequatur* para carta rogatória executiva.<sup>(3)</sup>

A sentença arbitral estrangeira submete-se ao regime homologatório do STF, tal como as decisões judiciais (Lei nº 9.307, de 23.09.96).

#### 698. Competência para deliberação sobre os atos executivos

Já ficou consignado que a execução se efetiva através de uma série de atos ou operações, jurídicos e práticos, tendentes à realização da prestação a que tem direito o credor.

"Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos e os oficiais de justiça os cumprirão" (art. 577).

A competência para decidir sobre o cabimento, ou não, dos atos executivos e determinar sua realização é sempre do juiz. O cumprimento deles, no entanto, caberá ao oficial de justiça, via de regra.

Assim se passa, por exemplo, com a penhora e a apreensão e entrega da coisa ao depositário. Quem pode determinar tais atos é exclusivamente o juiz. O oficial de justiça, a quem compete realizá-los, não tem autonomia para agir, nem a pedido direto da parte, nem por iniciativa própria.

Dentre os atos executivos praticados pelos oficiais de justiça, podem ser citados: a penhora, o arresto, o seqüestro, o depósito, a remoção dos bens apreendidos, o praxeamento etc.

São atos executivos realizados por outros serventuários: a guarda dos bens penhorados, a avaliação, o leilão etc.

Podem os oficiais de justiça recorrer ao auxílio da força policial para realização das diligências da execução, quando encontrarem resistência do devedor ou de terceiros. Mas, para tanto, deverão comunicar, primeiramente, a ocorrência ao juiz da causa, porque é a este que compete a requisição da força policial, nos casos em que seu concurso se faz necessário (arts. [579](#) e [662](#)).

### Capítulo XXVII - ELEMENTOS OBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO (I) § 107. TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS

**Sumário:** 699. *Títulos executivos judiciais. Enumeração legal.* 700. *Sentença condenatória civil.* 701. *Sentenças de indenização de ato ilícito: pensionamento.* 702. *Sentença penal condenatória.* 703. *Sentença homologatória.* 703-a. *Sentença arbitral.* 704. *Sentença estrangeira.* 705. *O formal e a certidão de partilha.*

## 699. Títulos executivos judiciais. Enumeração legal

Título executivo por excelência é a sentença condenatória. Mas existem outros provimentos judiciais a que a lei atribui a mesma força executiva, como ocorre com as sentenças homologatórias e os formais de partilha.

Podem-se, destarte, considerar genericamente como títulos executivos judiciais os oriundos de processo.(1)

Para o Código, são os seguintes os títulos executivos classificados como judiciais (art. 584):

I – a sentença condenatória proferida no processo civil;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;

IV – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;

V – o formal e a certidão de partilha.

A enumeração do código é *taxativa*, "não permitindo interpretações extensivas e analógicas, pela própria índole da execução".(2)

A doutrina portuguesa costuma classificar os títulos executivos provenientes do processo, em *judiciais* e *parajudiciais*. Aqueles seriam a sentença de condenação, e estes a de homologação de transação acordada entre as partes, onde há um misto de título judicial e extrajudicial, limitando-se o juiz a dar eficácia ao ato das partes, sem julgá-lo.(3)

A distinção, no entanto, tem feito apenas acadêmico, posto que, para o processo de execução, a força e os efeitos do título executivo são os mesmos, tanto na sentença condenatória como nos outros casos em que o título provém de processo, mas não consubstancia, no mérito, uma decisão do próprio juiz (sentenças homologatórias).

Todos os títulos arrolados no art. 584 têm, entre si, um traço comum, que é a autoridade da *coisa julgada*, que torna seu conteúdo imutável e indiscutível e, por isso, limita grandemente o campo dos eventuais embargos à execução, que nunca poderão ir além das matérias indicadas no art. 741.

## 700. Sentença condenatória civil

Segundo clássica divisão, as sentenças no processo civil podem ser declaratórias, constitutivas e condenatórias.(4)

Somente as condenatórias é que habilitam o vencedor a propor contra o vencido a ação de execução. Às demais, falta esta eficácia.(5)

A sentença constitutiva, criando uma situação jurídica nova para as partes, como, por exemplo, quando anula um contrato, dissolve uma sociedade conjugal ou renova um contrato de locação, por si só exaure a prestação jurisdicional possível. O mesmo ocorre com a sentença declaratória cujo objetivo é unicamente a declaração de certeza em torno da existência ou inexistência de uma relação jurídica (art. 4º). Em ambos os casos, nada há que executar após a sentença, quanto ao objeto específico da decisão.

O mandado judicial que às vezes se expede após estas sentenças, como o que determina o cancelamento de transcrição no Registro Imobiliário, ou a averbação à margem de assentos no Registro Civil, não tem função executiva, no sentido processual. Sua finalidade é tão-somente a de dar *publicidade* ao conteúdo da decisão *constitutiva* ou *declarativa*.

Já a sentença condenatória, além de definir a vontade concreta da lei diante do litígio,(6) "contém um comando diverso do da sentença de mera apreciação. Esse comando especial e diferente consiste nisto: em determinar que se *realize* e torne *efetiva* uma certa sanção". Contém a sentença de condenação, portanto, a *vontade* do Estado, traduzida pelo juiz, de que a sanção nela especificada, "seja aplicada e executada", criando para o condenado, como acentua Calamandrei, "um estado de sujeição".(7)

Para autorizar a execução, não se deve considerar sentença condenatória apenas a proferida na ação de igual nome. A parte

dispositiva de todas as sentenças, inclusive das declaratórias e constitutivas, contém sempre provimentos de condenação relativos aos encargos processuais (custas e honorários de advogado), e, nesse passo, legitimam o vencedor a promover a execução forçada, assumindo o caráter de título executivo judicial, também como *sentença condenatória*.<sup>(8)</sup>

Além disso, nos casos de pedidos múltiplos e conseqüentes, pode ocorrer sentença mista, como aquelas que, numa só decisão, resolvem ou anulam o contrato e condenam o vencido a restituir o bem negociado. O provimento constitutivo não reclama execução, mas a decisão de mandar devolver o objeto do contrato é tipicamente de condenação e poderá ensejar execução forçada.

Por outro lado, não se deve considerar título executivo apenas a sentença de condenação proferida em processo de jurisdição contenciosa. Também em alguns casos de jurisdição voluntária, como na separação consensual, pode-se ensejar a execução forçada, quando, por exemplo, um dos cônjuges se recusa a cumprir o acordo da partilha do patrimônio do casal,<sup>(9)</sup> ou deixe de pagar a pensão alimentícia convencionada.

A sentença exequível, outrossim, tanto pode provir de processo de conhecimento, como de processo cautelar, pouco importando que o procedimento tenha sido ordinário, sumaríssimo ou especial.

Entenda-se, por fim, a sentença passível de execução, nos termos do art. 162, § 1º, isto é, como "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa", e dessa maneira, conclua-se que, tendo o caráter condenatório, ainda que apenas em parte, podem ser executadas tanto as sentenças definitivas (de mérito) como as terminativas (sem apreciação de mérito).

Pela impossibilidade de penhora sobre bens públicos, lembra Pontes de Miranda que a sentença condenatória passada contra a Fazenda Pública é, excepcionalmente, desprovida de força executiva.<sup>(10)</sup>

A restrição diz respeito, porém, apenas às condenações a pagamento por quantia certa, cuja execução *imprópria* (porque sem a força de agressão sobre o patrimônio do devedor) será processada com observância dos arts. 730 e 731.

Quanto às demais condenações (obrigações de entrega de coisa, de fazer e não fazer), a Fazenda Pública não tem imunidade executiva.<sup>(11)</sup>

#### **701. Sentenças de indenização de ato ilícito: pensionamento**

Quando a indenização por ato ilícito compreender prestação de alimentos, a execução das prestações periódicas será feita através de uma constituição de capital, pelo devedor, que possa propiciar ao credor uma renda equivalente à pensão devida (art. 602).

O meio de fixação do referido capital é o procedimento preparatório da liquidação da sentença, cujo rito variará conforme a necessidade de apurar-se o *quantum* da pensão e do capital oferecido pelo devedor.

Esse capital poderá ser representado por:

a) imóveis; ou

b) títulos da dívida pública.

Em ambos os casos sujeitar-se-á à inalienabilidade e impenhorabilidade, restrições que deverão perdurar durante:

a) a vida da vítima do ato ilícito, se for ela a credora dos alimentos (art. 602, § 1º, nº I); ou

b) tendo falecido a vítima em consequência do ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor, circunstância que, naturalmente, decorrerá dos termos da sentença condenatória (art. 602, § 1º, nº II).

A regra geral é de que o culpado pela morte deverá alimentar os dependentes da vítima pelo equivalente à duração da vida presumível desta e enquanto mantida a condição de dependência.

Para tanto a jurisprudência tem considerado como limite provável de vida a idade de 65 anos. Atingindo este momento, ou excluindo-se a condição de dependentes dos beneficiários (maioridade, emancipação, casamento, morte etc.), cessa a obrigação alimentar do causador do dano.



Os bens, que integram a fonte de rendimentos com que se realiza a pensão, continuam sendo de propriedade do devedor. Não há transferência de domínio ao credor, mas apenas vinculação ao cumprimento da condenação.

A critério do juiz, a constituição do capital poderá ser substituída por caução fidejussória (fiança judicial), cuja prestação deverá ser feita com observância dos arts. [829](#) e segs. (art. 602, § 2º).

Uma das críticas que se faziam ao sistema anterior incidia sobre o rigor inflexível com que se exigia a constituição do capital para custear a pensão destinada à reparação do ato ilícito. Argumentava-se que, mesmo nas relações de parentesco, a lei tolerava as variações e até a extinção do dever alimentar, quando modificadas as condições financeiras do alimentante e as necessidades do alimentado (Código Civil, art. [401](#)). Já na reparação do ato ilícito, quaisquer que fossem as mudanças na sorte das partes, a pensão seria conservada e exigida sempre com o mesmo vigor.

O novo Código enfrentou o problema, dispondo expressamente, e *ad instar* do dever familiar de alimentos, que "se fixada a prestação de alimentos sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir, ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo" (art. 602, § 3º). Para tanto, utilizar-se-á de uma ação revisional processada como incidente da execução.[\(12\)](#)

Finalmente, "cessada a obrigação de prestar alimentos", deverá ser cancelada a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade sobre o capital vinculado à execução, restabelecendo-se sobre ele a plena disponibilidade do devedor. Se for o caso de caução fidejussória, o fiador judicial ficará exonerado da fiança. Em qualquer das hipóteses, porém, os interessados deverão solicitar a decisão do juiz da execução, a quem compete determinar o cancelamento ou a exoneração mencionados (art. 602, § 4º).

A exigência de constituir o capital a que se refere o art. 602 tem sido dispensada pela jurisprudência quando o devedor do pensionamento é pessoa jurídica de direito público. Nesse caso, faz-se apenas a inclusão do beneficiário na folha mensal de pagamento.[\(13\)](#)

## 702. Sentença penal condenatória

No sistema do Código anterior, havia dúvida sobre a eficácia executiva da sentença penal no âmbito civil da reparação do dano *ex delicto*. Lieberman, por exemplo, contrariando grande corrente de doutores nacionais, ensinava que a condenação penal tinha o efeito civil de "sentença meramente declaratória" e, por isso, autorizava apenas "a proposição da ação para ressarcimento do dano no juízo cível".[\(14\)](#) Só após a condenação civil é que, para o grande processualista, poderia haver execução.

O Código de 1973 veio pôr fim à controvérsia, proclamando, expressamente, a força executiva civil da condenação criminal, harmonizando-se, assim, com a norma de direito material contida no art. 91, nº I, do Código Penal de 1984, onde se vê que é efeito da condenação "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Essa reparação tanto pode consistir em *restituição* do bem de que a vítima foi privada em consequência do delito como no *ressarcimento* de um valor equivalente aos prejuízos suportados.

O sistema de nossa legislação, no tocante à responsabilidade civil frente à responsabilidade penal, é o da *autonomia* (Código Civil, art. [1.525](#)). Mas a autonomia é apenas *relativa* e não absoluta, pois enquanto a responsabilidade civil pode existir sem a responsabilidade penal, esta, no entanto, sempre acarreta a primeira (Código Penal, art. 91, nº I).

Por outro lado, a eficácia civil da responsabilidade penal só atinge a pessoa do condenado na justiça criminal, sem alcançar os co-responsáveis pela reparação do ato ilícito, como é o caso de preponentes, patrões, pais etc. Contra estes, a vítima do delito não dispõe de título executivo. Terá de demonstrar a co-responsabilidade em processo civil de conhecimento e obter a sentença condenatória para servir de título executivo.

Para a execução civil da sentença penal, exigem-se os seguintes requisitos:

a) a sentença criminal deve ser *definitiva*, de maneira que as sentenças de pronúncia, que mandam o réu a julgamento final perante o júri, nenhuma consequência têm no tocante à execução civil;

b) a condenação criminal há de ter passado em julgado;

c) a vítima deve, preliminarmente, promover a liquidação do *quantum* da indenização a que tem direito, observando-se, no procedimento preparatório da execução (arts. [603 a 611](#) do Código de Processo Civil), as normas e critérios específicos traçados pelo Código Civil para "liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos" e que constam de seus arts. [1.537 a 1.553](#).

São legitimados para promover a execução civil da sentença penal condenatória "o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros" (Código de Processo Penal, art. [63](#)).

Se o credor for pobre, a legitimação alcançará, também, o Ministério Público, que, a pedido do interessado, promoverá a execução como *substituto processual*, isto é, em nome próprio mas na tutela de interesse de terceiro (art. [68](#) do Código de Processo Penal e art. [566](#), nº II, do Código de Processo Civil).

### 703. Sentença homologatória

Nos casos de sentença *homologatória* de transação ou conciliação (art. [584](#), nº III), o provimento jurisdicional apenas na *forma* pode ser considerado *sentença*, já que, na realidade, "o juiz que a profere não julga ou não decide se houve ou não acerto justo ou legal das partes".<sup>(15)</sup> Não decide, enfim, o conflito de interesses.

Em última análise, trata-se de composição extrajudicial da lide, prevalecendo a vontade das partes. A intervenção do juiz é apenas para cancelar o acordo de vontades dos interessados (transação e conciliação), limitando-se à fiscalização dos aspectos formais do ato.

A homologação, todavia, outorga ao ato das partes, nova natureza e novos efeitos, conferindo-lhe o caráter de ato processual e a força da executoriedade.

Assim, a transação, devidamente homologada, equipara-se ao julgamento do mérito da causa (art. [269](#), nº III) e importa composição definitiva da lide. Também, a conciliação das partes em audiência, reduzida a termo e homologada pelo juiz, resolve o litígio e tem "valor de sentença" (art. [449](#)).

Para se falar em título executivo, em todos os casos acima, é indispensável que o ato homologado contenha, ainda que implicitamente, a imposição de uma prestação a uma ou a ambas as partes, *ad instar* do que se passa com a sentença condenatória. Pois só diante de *condenação* é que se pode falar em execução. Se a transação ou a conciliação limitaram-se a simples efeitos declaratórios ou constitutivos (reconhecimento de validade de documento, inexistência de relação jurídica, resolução de contrato etc.), terão, por si só, exaurido a prestação que ao órgão judicial se poderia reclamar, sem nada restar para a execução.

Havendo prestações recíprocas, cada parte será legitimada, individualmente, para executar o ato homologado no que lhe for favorável, observados, naturalmente, os princípios dos negócios jurídicos bilaterais (Código de Processo Civil, art. [582](#)).

A forma da execução será determinada pela natureza das prestações convencionadas ou estipuladas no ato homologado, podendo, conforme o caso, dar lugar ao procedimento da execução por quantia certa, para entrega de coisa, ou de obrigação de fazer ou não fazer.

Registrava-se uma certa resistência de alguns setores da jurisprudência em reconhecer às partes o direito de obter a homologação judicial para transação sobre questão ainda não deduzida em juízo. A Lei nº 8.953, de 13.12.94, ao alterar o texto do inciso III do art. 584 do CPC, esposou a tese de que o credor tem legítimo interesse em obter a homologação em juízo do acordo extrajudicial, porque adquire a natureza de *título executivo judicial* a sentença homologatória de transação "ainda que esta não verse questão posta em juízo".

Posteriormente, a Lei nº 9.307, de 23.09.96, ao cuidar do juízo arbitral, alterou novamente o texto do inciso III do art. 584 e omitiu a parte final onde se referia à questão "não posta em juízo". Isto, porém, não altera a exequibilidade dos acordos extrajudiciais, nem a sua natureza de títulos executivos judiciais, quando submetidos à homologação em juízo. É que a Lei nº 9.099, de 26.09.95, atualmente em vigor, continua prevendo que "o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial" (art. 57). Têm, pois, as partes da transação extrajudicial direito de obter sua homologação em juízo, mesmo que a questão versada não constitua objeto de processo pendente.

### 703-a. Sentença arbitral

Antigamente, o laudo arbitral só se tornava título executivo judicial depois de submetido à homologação em juízo. Após a Lei nº 9.307, de 23.09.96, a exequibilidade da sentença arbitral tornou-se força que decorre dela própria. Isto é, têm-se na espécie um título executivo judicial equiparável plenamente à sentença dos órgãos judiciários, sem depender de qualquer ato homologatório do Poder Judiciário. É o que dispõe o art. 31 da Lei nº 9.307, *in verbis*: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Prevê, porém, o art. [32](#) da referida lei casos de nulidade da sentença arbitral que poderão ser invocados em procedimento judicial comum (ordinário ou sumário) (art. [33](#), § 1º), ou em embargos à execução de sentença, processados de acordo com os arts. [741](#) e

seguintes do CPC (§ 3º).

Vê-se, pois, que a Lei nº 9.307 equipara a sentença arbitral à sentença judicial, dispensando qualquer ato homologatório; mas não atribui ao órgão arbitral competência executiva, a qual fica reservada inteiramente ao Poder Judiciário (art. 584, inc. III, do CPC). No entanto, quando a sentença arbitral for estrangeira, terá de submeter-se à prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal para ser executada no Brasil (Lei de Arbitragem, art. 35).

#### **704. Sentença estrangeira**

A eficácia dos julgados de tribunais estrangeiros só se inicia no Brasil após a respectiva homologação pelo Supremo Tribunal Federal (art. 483).<sup>(16)</sup>

Sem essa medida judicial, que é de caráter constitutivo, a sentença estrangeira não possui autoridade em nosso território, em decorrência da soberania nacional, da qual é parte integrante a função jurisdicional.

Mas, após a homologação, equipara-se a decisão alienígena, em toda extensão, aos julgados de nossos juízes. Dá-se, em linguagem figurada, a *nacionalização* da sentença.

Sua execução, então, será possível segundo "as regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza" (art. 484).

Na verdade, o *título executivo* é "a carta de sentença extraída dos autos da homologação" (art. 484).

A competência para o processamento da execução, em tais hipóteses, é dos juízes federais de primeiro grau de jurisdição (Constituição Federal, art. 109, inc. X).

#### **705. O formal e a certidão de partilha**

Formal de partilha "é a carta de sentença extraída dos autos de inventário, com as formalidades legais, para título e conservação do direito do interessado, a favor de quem ela foi passada".<sup>(17)</sup>

Nos pequenos inventários ou arrolamentos, quando o quinhão resultante da sucessão hereditária não ultrapasse cinco salários mínimos, "o formal de partilha poderá ser substituído por *certidão*" (art. 1.027, parágrafo único).

Trata-se de título executivo especial, visto que a sentença que julga a partilha não pode, a rigor, ser considerada como condenatória.<sup>(18)</sup>

A força executiva do formal ou da certidão de partilha atua "exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título universal ou singular" (art. 584, parágrafo único).

Se o bem herdado se encontrar na posse de estranho, sem vínculo com o inventariante ou os demais sucessores do acervo partilhado, o titular do formal não poderá utilizar-se diretamente da execução forçada; terá de recorrer, primeiro, ao processo de conhecimento para obter a condenação do terceiro à entrega da coisa.

Caso, porém, o referido bem tenha sido transferido pelo inventariante ou por algum herdeiro – a título singular ou universal (inclusive *causa mortis*) o adquirente ficará, segundo o art. 584, parágrafo único, sujeito à força executiva do formal, pois terá, então, apenas ocupado o lugar do transmitente na sujeição ao título executivo.

A forma da execução dependerá da natureza dos bens integrantes do quinhão do exequente: se for soma de dinheiro, observar-se-á procedimento da execução por quantia certa; se se tratar de outros bens, adotar-se-á o rito de execução para entrega de coisa, certa ou incerta etc.

### **§ 108. PARTICULARIDADES DE ALGUNS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS**

**Sumário:** 706. *Condenação a prestações alternativas.* 707. *Sentença que decide relação jurídica sujeita a condição ou termo.* 708. *Requisito de admissibilidade da execução de sentença condicional ou a termo.*

## 706. Condenação a prestações alternativas

Nas obrigações alternativas, o devedor pode liberar-se através de prestações distintas, ficando a escolha ora ao arbítrio do credor, ora do próprio devedor (Código Civil, art. [884](#)).

Na execução de sentença que condene a uma obrigação dessa natureza, observar-se-ão, quanto ao procedimento, as seguintes particularidades:

a) se a escolha for do credor, na petição inicial da execução, este já terá a opção, citando o devedor para cumprir a prestação escolhida, com observância das particularidades de sua natureza (arts. [571](#), § 2º, [615](#), nº I, [621](#), [632](#) e [652](#));

b) se a escolha for do devedor, a execução será iniciada com a citação dele para:

I – exercer a opção; e

II – realizar a prestação.

Para as duas providências, terá o devedor o prazo comum de 10 (dez) dias, "se outro prazo não lhe for determinado em lei, no contrato, ou na sentença" (art. 571).

Não realizando o devedor a opção no prazo devido, será a faculdade transferida para o credor (art. [571](#), § 1º), que, feita a escolha por manifestação nos autos, dará prosseguimento à execução, observando o rito adequado à natureza da prestação escolhida (quantia certa, entrega de coisa, obrigação de fazer etc.).

## 707. Sentença que decide relação jurídica sujeita a condição ou termo

Dispõe o art. [572](#) que "quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo".

As condições, em direito material, podem ser suspensivas e resolutivas (Código Civil, arts. [118](#) e [119](#)). O dispositivo em questão, embora não seja explícito, trata, evidentemente, da suspensiva, porque o efeito da condição resolutiva é incompatível com a execução, já que a sua ocorrência importa dissolução do vínculo obrigacional.

Enquanto a condição refere-se a um evento futuro e incerto, o termo é o momento também futuro, mas certo, em que o ato jurídico deve produzir seus efeitos.

Chiovenda e Carnelutti são contrários à permissibilidade da sentença subordinada a condição suspensiva. Esclarece o último que a doutrina repele a admissibilidade de uma sentença "cuja eficiência depende de um acontecimento futuro e incerto". Conforme a lição do festejado mestre, "o fundamento comumente aduzido e indubitavelmente fundado é a contradição entre o estado de pendência e a função da declaração no processo".<sup>(19)</sup>

Entre nossos processualistas, Lopes da Costa lembra que "a sentença condicional destoa, ainda de certo modo, da sistemática de nosso direito substantivo" (Código Civil, art. [118](#)). Pois "o direito sujeito a condição suspensiva não é ainda direito, mas simples esperança de direito: *spes debitum iri*". Tanto assim que pelo art. [121](#) do mesmo Código, o titular de tal situação jurídica "tem apenas, para garantia da realização possível, direito a medidas cautelares".<sup>(20)</sup>

No entanto, as várias legislações têm admitido a existência de sentenças condenatórias condicionais ou a termo, muito embora a hipótese seja de raríssima aplicação prática. Nosso Código revogado a contemplava no art. 893, e o atual mantém a tradição, regulando a execução de tais sentenças nos termos do art. 572.

Não se pode deixar de observar que, dada a impossibilidade de mandar a sentença realizar um direito cuja existência definitiva ainda pende de condições ou de transcurso de prazo, o pronunciamento jurisdicional, em semelhantes casos, não chega a atender o fim último do processo que é a composição da lide. Subsiste, como adverte Lopes da Costa, ainda após a prolação da sentença, "o mesmo estado de incerteza".<sup>(21)</sup>

Melhor seria, *de lege ferenda*, a pura e simples vedação da sentença condicional. Haveremos, no entanto, de aceitar a opção do legislador, sendo impossível negar a permissão que o Código deu à existência de sentenças sancionadoras de relações jurídicas condicionais ou a termo.

Como exemplo prático de um caso em que pode aplicar-se o art. 572, arrolamos o do contrato de fornecimento sucessivo, com prazo determinado, ou condicionado a eventos futuros e incertos (como cotação de bolsa, resultados de colheita etc.). Declarando o devedor, antecipadamente, sua intenção de suspender a execução do contrato, o credor, ante o manifesto propósito de descumprimento da obrigação, pedirá a condenação do obrigado às prestações vincendas, sujeitando-se normalmente às respectivas contraprestações e quaisquer outras condições existentes na convenção. A sentença proferida em tal conjuntura, acolhendo o pedido do credor, terá sua eficácia subordinada, não só ao oportuno atendimento das contraprestações e condições, como ultrapassagem do termo contratual. A eventual execução da sentença enquadrar-se-ia nos moldes do art. 572.

Outro exemplo, mais comum, de sentença *condicional* é o da proferida nos interditos possessórios, quando se comina *pena* para a hipótese de transgressão do preceito ou de reiteração de atos de turbação ou esbulho, após o julgamento da causa (art. 921, nº II). A condenação, *in casu*, só se torna exequível quando, após a sentença, ocorrer a *condição* estipulada pelo julgador, de modo que para cobrar a *multa* terá o credor de provar primeiro a transgressão do preceito ou a ocorrência da nova turbação ou esbulho. Isto poderá ser feito, na maioria dos casos, através de uma vistoria.

Uma coisa, porém, deve ficar bem esclarecida: quando a lei permite a condenação condicional ou a termo, o que tem em mira é apenas a prestação e nunca a própria relação obrigacional. Seria totalmente inadmissível uma sentença que condenasse alguém a pagar, por exemplo, uma indenização, se ficar, no futuro, provado que praticou ato ilícito, ou, se, em liquidação, se provar que o autor sofreu algum prejuízo. A relação obrigacional, ainda quando sujeita a condição ou termo, tem de ser certa e tem de ser provada antes da condenação. A sentença somente deixará pendente o momento de exigibilidade da prestação, que será aquele em que ocorrer o fato condicionante ou o termo. Fora disso, ter-se-ia uma sentença meramente hipotética, por declarar uma tese e não solucionar um caso concreto (*lide*), o que contrariaria todos os princípios do processo e da função jurisdicional.

#### 708. Requisito de admissibilidade da execução de sentença condicional ou a termo

Já ficou demonstrado que toda execução pressupõe o título executivo e o inadimplemento do devedor.

Sem a conduta do obrigado, representada pelo inadimplemento de obrigação *exigível* (art. 580), não se pode falar em execução forçada. Carnelutti, aliás, destaca que o fim da citação do processo de execução não é convocar o devedor "para se defender", mas sim para "confirmar o *inadimplemento*".

Logo, se a eficácia da condenação estiver subordinada a condição suspensiva ou a termo inicial não ultrapassado, "é claro que não poderá o vencedor exercer seu direito de execução, enquanto não se tornar o vencido inadimplente".(22)

Somente, portanto, após verificada a *condição* – acontecimento a que está subordinada a eficácia da sentença – ou atingido o *termo* – momento a partir do qual a prestação se torna exigível – é que se poderá comprovar, ou não, o requisito indispensável à execução forçada consistente no *inadimplemento* de obrigação líquida, certa e exigível (arts. 580 e 586).

De tal sorte, para iniciar a execução, deverá o credor não só exhibir o título executivo (sentença condenatória), como fazer prova da verificação da condição ou do atingimento do termo (art. 572). Registre-se, finalmente, que a possibilidade de executar título representativo de obrigações bilaterais, condicionais ou a termo, não é exclusiva das sentenças. Também pode o contrato bilateral (Cód. Civil, art. 1.092) ensejar execução forçada, se o exequente tem condições de comprovar documentalmente já ter o executado recebido a prestação a que tinha direito (CPC, art. 615, IV) (V., retro, nº 661, e, infra, nº 765).

### Capítulo XXVIII - TÍTULO JUDICIAL ILÍQUIDO § 109. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA GENÉRICA

**Sumário:** 709. Sentença ilíquida. 710. Execução de sentença ilíquida. 711. Casos de iliquidez da sentença. 712. Natureza jurídica da liquidação da sentença. 713. Limites da liquidação. 714. Contraditório. 715. Iliquidez parcial da sentença. 716. Liquidação por iniciativa do vencido. 717. Recursos. 718. Liquidação frustrada.

#### 709. Sentença ilíquida

A sentença, no processo de cognição, é o fim da prestação jurisdicional (art. 463). Com ela extingue-se o processo (art. 269).

Eliminado o litígio com o acerto da relação jurídica entre as partes, o direito reconhecido ao vencedor pode ser satisfeito voluntariamente pelo vencido, e não haverá mais ensejo para a atuação da Justiça. Mas, sem embargo do pronunciamento judicial, a pretensão do credor pode continuar insatisfeita. Surge, então, a necessidade de voltar perante os órgãos judiciários e pedir novas providências para que o direito proclamado na sentença seja tornado efetivo. Esta tarefa é a finalidade, o objetivo, do processo de execução: a *execução forçada*, que é promovida numa nova relação processual, independente e autônoma diante do processo de conhecimento.

Mas as sentenças condenatórias – as únicas que dão lugar à execução –, embora declarem invariavelmente a certeza do crédito do vencedor, nem sempre são precisas quanto ao valor da dívida ou à individuação do objeto da prestação.

Existem, pois, sentenças *líquidas* e *ilíquidas*.

#### 710. Execução de sentença ilíquida

*Ilíquida* é a sentença que não fixa o valor da condenação ou não lhe individua o objeto.

Essa condição é incompatível com a índole do processo executivo que pressupõe, sempre, a lastreá-lo um título de crédito *líquido*, *certo* e *exigível* (art. 586).

Já se demonstrou que o processo de execução não é de índole *contraditória*. Nele não se cogita de *acertamento* ou *constituição*, mas apenas e tão-somente de *realização* prática de uma situação jurídica, cuja certeza e legitimidade já se encontram demonstradas no *título executivo*. A cognição do juiz fica, destarte, limitada à comprovação de existência e perfeição do título *in limine litis*.

Como o juiz executivo não vai julgar, mas apenas realizar o conteúdo do título, é imprescindível que o conteúdo desse documento seja *líquido*, isto é, determinado especificamente quanto à *quantidade*, à *coisa*, ou ao *fato* devidos.

Dai a necessidade de recorrer o credor à prévia liquidação sempre que a sentença não determine "o valor" ou não individue "o objeto da condenação" (art. 603). É que, sem a identificação exata do bem devido pelo condenado, a sentença ainda não produziu a *exigibilidade* da prestação para o vencedor e, portanto, o título executivo, embora dotado de certeza, ainda se acha incompleto, por carecer de *liquidez*, requisito que lhe será agregado por nova sentença no procedimento liquidatório, que ainda tem a natureza de atividade de conhecimento.

Essa providência é típica do título executivo judicial. Quanto aos documentos extrajudiciais, faltando-lhes a determinação exata da soma devida, perdem a própria natureza executiva e só podem ser cobrados pelo processo de cognição.<sup>(1)</sup> Não há, portanto, liquidação de título executivo extrajudicial.

#### 711. Casos de iliquidez da sentença

A *iliquidez* da condenação pode dizer respeito à quantidade, à coisa, ou ao fato devidos.

Dá-se a iliquidez da sentença, em relação ao *quantum debeatur* quando:

- a) condena ao pagamento de perdas e danos, sem fixar o respectivo valor;
- b) condena em juros, genericamente;
- c) condena à restituição de frutos, naturais ou civis;
- d) condena o devedor a restituir o equivalente da coisa devida;
- e) em lugar do fato devido, e a que foi condenado o devedor, o credor prefere executar o valor correspondente, ainda não determinado.<sup>(2)</sup>

Em relação à *coisa devida*, a sentença é ilíquida quando condena: a) à restituição de uma universalidade de fato, como por exemplo na petição de herança; b) em obrigação alternativa.<sup>(3)</sup>

Considera-se, finalmente, ilíquida a sentença, com relação ao *fato devido*, quando condena o vencido a obras e serviços não individualizados, tais como reparação de tapumes, medidas para evitar ruína, poluição ou perigo de dano a bens de outrem etc.

#### 712. Natureza jurídica da liquidação da sentença

A liquidação é "o processo preparatório em que se determina o objeto da condenação, a fim de se dar ao vencido possibilidade de cumprir o julgado, e ao vencedor possibilidade de executá-lo depois de verificado o inadimplemento".<sup>(4)</sup>

No Código revogado, a execução tinha início através de uma fase vestibular em que se procedia à liquidação da sentença, prosseguindo-se, após, nos atos executivos propriamente ditos sem nova citação.

O novo Código, tecnicamente mais perfeito, não confunde nem mistura as duas providências jurisdicionais de natureza e objetivos tão diversos. Determina, primeiro, que se processe e julgue a liquidação, num procedimento preparatório, para só depois ensejar ao credor o início da execução (art. 611). É claro que assim seja, pois só após aquele procedimento prévio é que o interessado contará, realmente, com um título líquido, certo e exigível (art. 586).

No sistema atual, portanto, a execução não é iniciada pela liquidação, mas sim precedida por ela. Só após o julgamento da liquidação é que "a parte promoverá a execução, citando pessoalmente o devedor" (art. 611).

O processo de liquidação culmina com uma sentença declaratória que aperfeiçoa a sentença condenatória.<sup>(5)</sup> Sem ela o título judicial ilíquido não é ainda um verdadeiro título executivo, falta-lhe a executividade.

A hipótese é, pois, de título executivo *múltiplo*, porquanto integrado por mais de um documento e mais de uma declaração de vontade: assim é que a primeira sentença dá *certeza* ao direito do credor, e a segunda lhe adiciona a *liquidez* e, conseqüentemente, a *exigibilidade*.<sup>(6)</sup>

De tal arte, a sentença que fixa e determina o objeto da condenação ilíquida é sentença do *mérito*, como aquela que antecedeu e ficou incompleta pela indeterminação do *quantum* ou do *quod debeat*. Completando a atividade jurisdicional de conhecimento a sentença líquida-tória faz, por isso mesmo, *coisa julgada material*, nos precisos termos dos arts. 467 e 468.<sup>(7)</sup>

Em conclusão, não mais se deve conceituar a liquidação como uma *fase* ou incidente da execução. Seu caráter é típico de um processo de conhecimento preparatório de uma futura execução forçada.<sup>(8)</sup>

### 713. Limites da liquidação

A sentença de liquidação é um simples complemento da sentença de condenação.<sup>(9)</sup> O processo preparatório da liquidação não pode ser utilizado como meio de ataque à sentença liquidanda, que há de permanecer intacta. Sua função é apenas a de gerar "uma sentença declaratória do *quantum debeat*, que se contém naquela, e em complementação daquela".<sup>(10)</sup>

Por isso, o Código é taxativo ao dispor que "é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou" (art. 610).

Não se deve nunca perder de vista o conceito que o Código faz da sentença, considerando-a solenemente como portadora da "força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 468) e tornando-a imutável e indiscutível após o trânsito em julgado (art. 467).

A restrição do art. 610, todavia, não atinge os juros, nas dívidas de dinheiro ou que se reduzem a dinheiro, porque nas condenações a elas referentes considera-se implicitamente contida a verba acessória dos juros, nos termos do art. 293. Dessa forma, "incluem-se os juros moratórios, na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação" (STF, *Súmula* nº 254). O mesmo é de observar-se com a correção monetária, instituída pela Lei nº 6.899/81, que é um complemento legal ou necessário de qualquer sentença condenatória e que, por isso mesmo, independe de pedido do autor ou de declaração expressa da sentença.

### 714. Contraditório

O devedor é sempre ouvido na liquidação, que segue a forma de um contraditório perfeito. Poderá defender-se, combatendo excessos do credor e irregularidades na apuração do *quantum debeat*. Tal defesa não se confunde com os embargos à execução e, por isso mesmo, pode ser produzida independentemente de penhora.

Aliás, é bom lembrar que os embargos propostos à execução de sentença, após a sua liquidação, não podem reabrir discussão sobre as questões solucionadas na decisão líquida-tória. Sobre seu conteúdo incide a *res iudicata*, de maneira que aos embargos do devedor só restam os termos do art. 741.

## 715. Liquidez parcial da sentença

Pode ocorrer que uma só sentença condene o vencido a uma parcela líquida e outra ilíquida, como é comum acontecer nas reparações do dano provocado em colisão de automóveis, onde quase sempre se determina o ressarcimento do valor exato das despesas de oficina e mais os prejuízos da paralisação do automóvel a serem estimados em liquidação do julgado.

Em tais hipóteses, é direito do credor, desde logo, executar a parte líquida da sentença. Poderá, também, facultativamente, propor em paralelo a liquidação da parte ilíquida.

São, no entanto, dois procedimentos distintos e de objetos totalmente diversos, que poderão, em suas marchas processuais, inclusive dar ensejo a provimentos e recursos diferentes e inconciliáveis. Deverão, por isso, correr em autos apartados: a execução nos autos principais, e a liquidação em carta de sentença ou nos autos suplementares.<sup>(11)</sup>

Observe-se, porém, que o ajuizamento simultâneo é uma faculdade apenas do credor, que, por isso, poderá preferir liquidar primeiro a parte ilíquida e depois ajuizar a execução, de uma só vez, sobre toda a condenação.

## 716. Liquidação por iniciativa do vencido

O devedor tem não apenas o dever de cumprir a condenação, mas também o direito de liberar-se da obrigação. Assim, o Código reconhece legitimidade tanto ao vencedor como ao vencido para promover a execução da sentença (art. 570), embora seja tecnicamente impróprio falar-se em execução pelo devedor.

Sendo a liquidação um processo preparatório da execução, se o credor permanece inerte após a sentença condenatória, cabe ao devedor a faculdade de tomar a iniciativa de propor a liquidação, assumindo a faculdade de tomar a iniciativa de propor a liquidação assumindo no processo uma posição ativa "idêntica à do exequente" (art. 570).

## 717. Recursos

Com a simplificação do sistema recursal adotado pelo Código, toda sentença que julgar a liquidação, em qualquer de suas formas (arbitramento ou artigos), desafiará apelação (art. 513). Mas, o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 520, nº III), de molde a não impedir a execução provisória da sentença liquidanda (art. 587).

Das questões incidentalmente decididas no curso da liquidação, o recurso cabível será o agravo de instrumento (art. 522).

Convém, todavia, evitar certa confusão muito comum, nos pretórios, entre a liquidação de sentença genérica e a apuração do saldo atual da dívida em execução.

A aprovação do cálculo dos acessórios do débito pelo juiz, na execução de títulos extrajudicial, não configura sentença, mas simples decisão interlocutória, porque não é ato que encerra o processo, mas tão-somente decide questão incidente (CPC, art. 162, §§ 1º e 2º).

"Sentença liquidatória, em sentido técnico, só existe quando, diante do título judicial, se depara com uma condenação genérica, forçando o credor a recorrer ao procedimento preparatório dos arts. 603 a 611 do Código de Processo Civil.

"Aí, sim, o credor instaura um processo de conhecimento, complementar àquele em que se alcançou a condenação genérica, e que se vai encerrar com uma verdadeira sentença, que tem por objetivo declarar o *quantum debeatur* ainda impreciso ou indefinido.

"Fora disso, ou seja, no bojo da própria execução instaurada com base em título extrajudicial, não há lugar para sentença de liquidação, mesmo porque os títulos que se reclamam para essa modalidade de execução já são líquidos e certos desde antes do processo executivo (art. 586, do CPC).

"A simples apuração ou atualização de gastos processuais e acessórios do título é objeto, por isso mesmo, de decisão interlocutória, que, na definição da lei, é ato pelo qual, no curso do processo, o juiz decide questão incidente, sem pôr fim à relação processual (CPC, art. 162, § 2º).

"Destarte, para impugnar-se a deliberação a respeito desses cálculos de acessórios do título extrajudicial, o recurso próprio é o



agravo, e não a apelação (CPC, art. 522).<sup>(12)</sup>

Também não tem sentido, a exigência de um procedimento liquidatório sujeito a sentença de mérito e duplo grau de jurisdição, quando o título judicial contém condenação de valor certo sujeito apenas a juros e correção monetária, por índices certos ou oficiais. Ditos acessórios que, variam dia-a-dia, não retiram da condenação o caráter de liquidez. Devem, por isso, ser apurados no curso do processo, no momento da satisfação efetiva do direito do credor, por simples cálculo aritmético. Tal como se passa em relação ao título executivo extrajudicial, devem ser tratados e solucionados, quando houver alguma controvérsia a seu respeito, em simples decisões interlocutórias, sem procrastinação dos atos executivos normais. Exigir o julgamento de cálculos desse tipo por sentença antes do início da execução é um formalismo inútil e sem qualquer sentido prático, pois, ao efetuar-se a citação executiva, o cálculo prévio do *quantum debeatur* já estará inevitavelmente defasado.

#### 718. Liquidação frustrada

Quando o promovente não fornece os elementos necessários à apuração do *quantum debeatur*, ou quando promove a liquidação por meio inadequado (arbitramento em lugar de artigos, por exemplo), o processo fica frustrado, por não alcançar o seu objetivo, que é a definição precisa do objeto da condenação.

*In casu*, não corre improcedência do pedido, mas sim extinção do processo sem julgamento do mérito, que será reconhecida por sentença. Esse julgamento acarretará o ônus das custas para o credor, mas não impedirá que ele proponha nova liquidação,<sup>(13)</sup>

porque não haverá coisa julgada material.

Esta, também, será a solução quando, tentada a liquidação por artigos, não se conseguir a prova dos fatos necessários para a definição do *quantum debeatur*. Extinguir-se-á o processo liquidatório e, à falta de outros meios, proceder-se-á a sua reabertura sob a forma de *liquidação por arbitramento*, para não se transformar em inexecutível a sentença condenatória genérica que já apurou e declarou a existência da obrigação do vencido.

### § 110. PROCEDIMENTO DA LIQUIDAÇÃO

**Sumário:** 719. Procedimentos. 720. Liquidação por cálculo. 721. Liquidação por arbitramento. 722. Liquidação por artigos. 722-a. A indisponibilidade do rito da liquidação. 723. Rescisão da sentença liquidatória.

#### 719. Procedimentos

O processamento da liquidação faz-se, ordinariamente, nos próprios autos da ação condenatória. Quando couber a execução provisória (arts. 521 e 587), liquida-se a sentença nos autos suplementares ou em carta de sentença.

Nos casos de liquidação e execução, parciais e simultâneas, de um só julgado, os pedidos devem ser formulados e processados separadamente. Procedimentos de conhecimentos e de execução não podem ser acumulados simultaneamente num só feito, como é óbvio.

O procedimento da liquidação de sentença variará conforme a natureza das operações necessárias para fixação do *quantum debeatur* ou do *quod debeatur*.

Para tanto, prevê o Código duas modalidades distintas de liquidação:

a) liquidação por arbitramento (art. 606);

b) liquidação por artigos (art. 608).

Qualquer dos procedimentos, por motivar o estabelecimento em seu bojo de uma nova relação processual, deverá ser provocado por petição inicial do interessado e citação da parte contrária para acompanhar a liquidação, que culminará com uma sentença declaratória sobre o objeto da condenação.

Nos termos do parágrafo único acrescentado ao art. 603 do CPC, pela Lei nº 8.898 de 29.06.94, a citação do réu nas duas modalidades acima referidas "far-se-á na pessoa de seu advogado constituído nos autos". Naturalmente quando o réu for revel ou quando não mais possuir representante nos autos, terá de ocorrer a sua citação pessoal.

## 720. Liquidação por cálculo

Além da liquidação por arbitramento e por artigos, o art. [604](#) do CPC, em sua redação primitiva, previa também a liquidação judicial por cálculo do contador para as hipóteses em que a apuração do *quantum debeatur* se fazia por meio de operações aritméticas sobre dados já conhecidos no processo (juros, gêneros e títulos cotados em bolsa). Mesmo nessa singela operação se exigia o contraditório e o julgamento final por sentença (art. [605](#), CPC, antes de sua alteração pela Lei nº 8.898/94).

Com o advento da Lei nº 8.898, de 29.06.94, restou abolida a judicialidade da liquidação por simples cálculo. Permite-se agora, com a atual redação do art. 604, que o próprio credor elabore o demonstrativo do montante da dívida na data da instauração da execução, desde é claro que tudo se faça mediante simples cálculo aritmético. Para esse fim, a petição inicial da execução será instruída com "memória discriminada e atualizada do cálculo".

Se, eventualmente, o executado não aceitar o cálculo do credor, terá de impugná-lo em seus embargos, invocando excesso de execução. Sendo material o erro ocorrido, mesmo sem os embargos, poderá ser corrigido em qualquer tempo, já que a respeito de tais lapsos não se opera a preclusão, ainda que tivesse havido homologação judicial,<sup>(14)</sup> providência hoje totalmente dispensada pela lei.

A mesma Lei nº 8.898 alterou, ainda, o art. 605 para consignar que o devedor, no caso de cumprimento espontâneo da condenação (art. [570](#), CPC), também poderá utilizar o cálculo próprio para proceder ao depósito do valor apurado.

## 721. Liquidação por arbitramento

Far-se-á a liquidação por arbitramento quando (art. [606](#)):

- I – determinado pela sentença;
- II – convencionado pelas partes;
- III – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Quando a própria sentença condenatória determina que a liquidação se faça por arbitramento, a questão é simples e nada mais resta ao credor senão cumprir o julgado.

A convenção das partes pode decorrer de cláusula contratual anterior à sentença, ou de transação posterior ao decisório.

Havendo necessidade de provar fatos novos para se chegar à apuração do *quantum* da condenação, a liquidação terá de ser feita sob a forma de artigos (art. [608](#)). Quando, porém, existirem nos autos todos os elementos necessários para os peritos declararem o valor do débito, o caso é de arbitramento.

A diferença deste procedimento com o anterior é que, agora, reclamam-se conhecimentos técnicos dos árbitros para estimar-se o montante da condenação, enquanto nas liquidações por cálculo ocorrem apenas operações aritméticas.

São exemplos de arbitramento: estimativa de desvalorização de veículos acidentados de lucros cessantes por inatividade de pessoa ou serviço, de perda parcial da capacidade laborativa etc.

Além dos casos em que a sentença de condenação determina o arbitramento, ou em que as partes elegem de comum acordo esse sistema de liquidação, terá ele cabimento, ainda, em todos os outros em que a própria natureza da prestação o exigir.

Sua admissibilidade não é restrita às obrigações por quantia certa. Cabe, igualmente, nas condenações de entrega de coisa e nas prestações de fazer.

O procedimento segue as normas gerais da prova pericial.

Feita a citação do devedor, o juiz nomeará o perito, marcando, desde logo, o prazo para a entrega do laudo (art. [607](#)). As partes

poderão valer-se da faculdade do art. [421](#), indicando, em cinco dias, assistentes técnicos e formulando quesitos.

Após a apresentação do laudo, terão as partes o prazo de dez dias para manifestarem-se. Diante do pronunciamento dos interessados, o juiz poderá tomar uma das seguintes atitudes:

a) proferir sentença, declarando o valor da condenação ou individuando o seu objeto; ou

b) designar audiência de instrução e julgamento (art. 608).

Uma vez que essa espécie de liquidação não se destina a outras provas que não a pericial (arbitramento), a audiência só pode ser destinada a esclarecimentos do perito e assistentes, devendo ser observado o requisito prévio da formulação de quesitos, na forma e prazo do art. [435](#) e seu parágrafo único.

Haverá, naturalmente, debate oral e o juiz poderá proferir a sentença de liquidação na própria audiência.

## 722. Liquidação por artigos

"Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo" (art. [608](#)).

O credor, em petição *articulada*, indicará os fatos a serem provados (um em cada *artigo*) para servir de base à liquidação. Não cabe a discussão indiscriminada de quaisquer fatos arrolados ao puro arbítrio da parte. Apenas serão arrolados e articulados os fatos que tenham influência na fixação do *valor da condenação* ou na *individualização do seu objeto*. E a nenhum pretexto será lícito reabrir a discussão em torno da lide, definitivamente decidida na sentença de condenação (art. [610](#)).

Para compreender-se bem o conteúdo das provas a serem produzidas na liquidação, é útil o exemplo da ação de indenização. No processo de cognição, deve o lesado provar a *existência dos danos*: ruína do prédio, estragos do veículo, paralisação dos serviços, redução da capacidade de trabalho etc. Na liquidação da sentença, apurar-se-á apenas o valor desses danos já reconhecidos como existentes na condenação. É injurídica a pretensão, por isso mesmo, de provar o dano na liquidação da sentença, já que, nesse procedimento especial, nunca será possível nem restringir nem ampliar o fato dos danos e seus limites obrigatoriamente assentados na sentença condenatória.

Exata é a afirmação de Amaral Santos, de que "a liquidação se destina a *demarcar* os limites enunciados na sentença liquidanda".([15](#))

Nada além do *quantum debeatur*. O fim colimado é apenas e tão-somente uma sentença declaratória que, obviamente, não pode assentar-se em fatos ou direitos tendentes a modificar ou inovar a condenação.

A forma de artigos, a ser observada rigorosamente na petição inicial, prende-se à necessidade de forçar o exequente a deduzir sua pretensão da maneira mais clara possível, evidenciando, à primeira vista os *fatos novos* – um em cada artigo – com que intentará fixar o *quantum debeatur*, e, ao mesmo tempo, facilitando à parte contrária e ao juiz aquilatarem da pertinência, ou não, dos mesmos fatos diante da condenação a liquidar.

Um exemplo: um sítio foi condenado a indenizar seu vizinho pelo prejuízo decorrente da invasão da lavoura por animais com destruição de toda a colheita esperada. Na ação de conhecimento, como não podia deixar de ser, ficaram provadas a invasão e a destruição da lavoura. Na liquidação, o prejudicado articulará os seguintes fatos a serem provados para a apuração do valor da indenização:

a) extensão da área destruída;

b) produtividade da lavoura;

c) volume da produção prevista;

d) qualidade do produto esperado;

e) sua cotação no mercado;

f) valor final da produção não obtida (prejuízo a ser indenizado).

Apresentada a petição inicial do credor, será realizada a citação do vencido para acompanhar a liquidação por artigos, cujo processamento será feito com observância do procedimento comum, regulado no livro I do Código (art. 609).

Com a nova redação do art. 609, decorrente da Lei nº 8.898/94, ficou superada a divergência outrora existente acerca do cabimento ou não do procedimento sumário nas liquidações por artigos. Falando o texto atual em observância do procedimento comum, ficou claro que o sumário também terá incidência na fase liquidatória em todas as hipóteses em que na fase inicial de conhecimento aquele rito for o adequado (art. 275).

#### **722-a. A indisponibilidade do rito da liquidação**

Não têm as partes, nem o juiz, disponibilidade acerca dos procedimentos previstos para a liquidação de sentença. Cada um deles foi traçado pela lei visando situações específicas e só o uso daquele que for adequado ao caso concreto é que deverá prevalecer.

O ponto de partida para a escolha entre os diversos ritos está na análise do grau de imprecisão da sentença liquidanda, já que será esse o dado que irá permitir a adoção de um dos caminhos autorizados pela lei, ou seja, o cálculo do próprio credor, o arbitramento ou a liquidação por artigos.

Se o julgado se aproximar bastante do *quantum debeatur*, deixando-o apenas a depender de simples operações aritméticas, bastará ao credor fazer ditas operações na própria inicial da execução. Se o grau de imprecisão é muito grande, a ponto de não se encontrarem nos autos todos os dados e fatos indispensáveis à liquidação e, ao contrário, só se alcançará o *quantum debeatur* recorrendo-se a fatos estranhos àqueles até então apurados e comprovados, será a liquidação por artigos a única capaz de permitir a declaração válida do objeto da condenação genérica.

Se, por fim, não é a sentença suficientemente precisa para que o *quantum* seja alcançado por operações aritméticas, nem é tão imprecisa a ponto de exigir apuração de fatos novos, podendo, por isso, a operação liquidatória realizar-se com fundamento em dados já disponíveis, o caso será de liquidação por arbitramento. Age-se, na verdade, por exclusão, isto é, procede-se por arbitramento, quando não é o caso nem de cálculo nem de artigos.(16)

Só se admite o uso judicial de um procedimento quando a parte revela *interesse*, e só há interesse, em sentido processual, quando o procedimento eleito seja *útil e adequado* à pretensão do promovente. "Trata-se – segundo Cândido Dinamarco – de matéria de ordem pública, uma vez que situada no campo das *condições da ação*", cujo exame se impõe ao órgão judicial, de ofício, "a qualquer tempo ou grau de jurisdição".(17)

#### **723. Rescisão da sentença liquidatória**

Nos casos de condenação ilíquida, a lide fica apenas parcialmente solucionada: assenta-se a certeza do direito do litigante, mas não se define, ainda, exatamente o seu *quantum*.

Por isso, quando, no julgamento subsequente, chega-se à definição exata do objeto da condenação, o decisório ainda está versando sobre parte da lide, e, conseqüentemente, diz respeito ao mérito da causa.

Ainda quando a liquidação tenha sido pela antiga modalidade de cálculo do contador, a sentença que o homologar é de ser tratada como de mérito, de tal sorte que, uma vez transita em julgado não pode ser atacada em embargos à execução ou por meio da ação anulatória de que fala o art. 486.

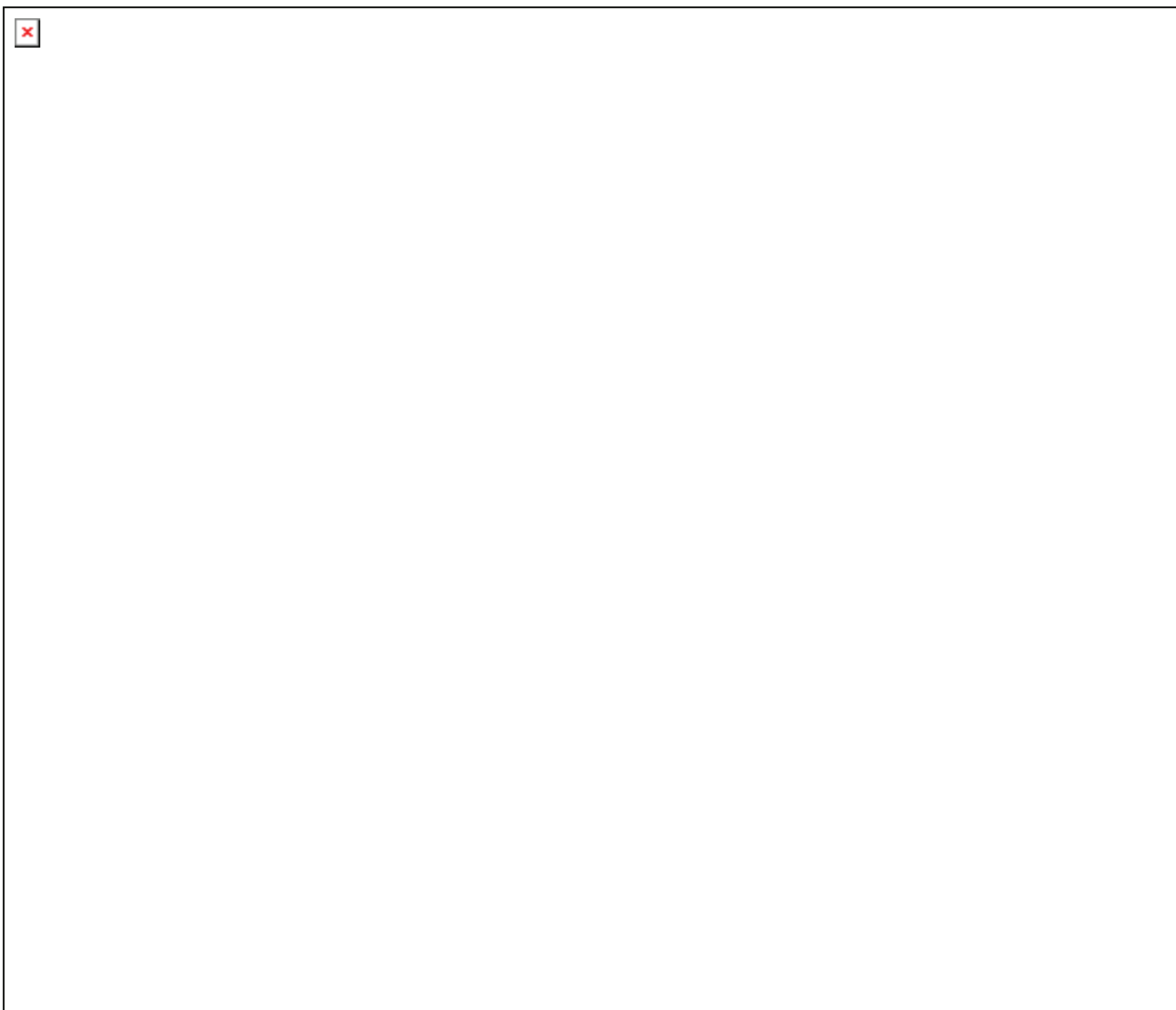
Apreciando o problema, proclamou o STF que a homologatória da liquidação, mesmo por cálculo do contador, é: a) sentença; b) sentença definitiva; c) sentença de mérito. E, por isto, pode ser rescindida pela ação prevista no art. 485.

"No julgamento da liquidação de sentença, ainda que por cálculo do contador, existe uma verdadeira decisão do juiz. Não se limita a autenticar o ato do contador. Fixa os limites do aresto executando e, conseqüentemente, é sentença de mérito. Ela não é apenas uma sentença na forma, mas também de conteúdo, de fundo".(18)

Em conseqüência, não se pode, por exemplo, pretender modificar o conteúdo da decisão liquidatória em simples embargos à execução, posto que isto importaria ignorar a autoridade da coisa julgada.

**FLUXOGRAMA 26: LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR CÁLCULO DO CONTADOR**  
(arts. [604-605](#))

Nota: A liquidação por cálculo do contador foi abolida a partir da Lei nº 8.898, de 29/06/94, cuja vigência se iniciou em 30/08/94.



**FLUXOGRAMA 27: LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO**  
(arts. [606-607](#))



**FLUXOGRAMA 28: LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS**

(arts. [608-609](#))

O procedimento é o ordinário, regulado no processo de conhecimento  
(art. 609)

Notas:

- 1) Nas causas em que couber rito sumário, também a liquidação por artigos processar-se-á com observância deste procedimento (art. 609, com a nova redação dada pela Lei nº 8.898/94).
- 2) A citação pode ser feita na pessoa do advogado do devedor (art. 603, parágrafo único).



Capítulo XXIX - ELEMENTOS OBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO (II)  
**§ 111. OBJETO DA ATIVIDADE EXECUTIVA**

**Sumário:** 724. *Bens exeqüíveis.*

**724. Bens exeqüíveis**

A execução se vale de bens do devedor, a dois títulos diferentes: os que se revelam objeto *específico* e os que apenas são utilizados como objeto *instrumental* da atividade jurisdicional satisfativa.

São objeto *específico* aqueles bens que figuram originariamente como objeto da própria obrigação de direito material, como o bem devido nas execuções para entrega de coisa certa.<sup>(1)</sup>

Objeto *instrumental* são os bens do devedor de que se vale o juiz da execução por quantia certa para obter, através de alienação forçada, o numerário necessário ao pagamento do credor.

Pressupondo a execução a responsabilidade executiva do sujeito passivo, não pode, de ordinário, atingir bens que pertençam ao

patrimônio de terceiros. Só o devedor é que deve responder por suas obrigações. Há, porém, casos, como o da sucessão ou o da fraude de execução, em que a responsabilidade executiva alcança, também, o patrimônio de terceiro (arts. [42](#) e [592](#)).

Por outro lado, sendo a execução, no direito moderno, essencialmente *real*, isto é, tão-somente *patrimonial*, dela se exclui à *pessoa* do devedor. Há, no entanto, alguns casos em que a pessoa humana pode ser objeto de execução forçada. Tal se dá nas condenações a entrega de menores ou incapazes para que sua guarda seja exercida por quem determinou a sentença ou a lei.<sup>(2)</sup>

## § 112. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

**Sumário:** 725. Obrigação e responsabilidade. 726. Extensão da responsabilidade patrimonial do devedor. 727. Responsabilidade e legitimação passiva para a execução. 728. Responsabilidade executiva secundária. 729. Excussão de bens do sucessor singular. 730. Excussão de bens do sócio. 731. Benefício de ordem na execução de dívida de pessoa jurídica. 732. Bens do devedor em poder de terceiros. 733. Excussão de bens de devedor casado: tutela da meação. 734. Bens alienados em fraude de execução. 735. Casos de fraude de execução. 736. Fraude de execução e insolvência do devedor. 736-a. A posição do terceiro adquirente em face da execução. 737. Bens sujeitos ao direito de retenção. 738. Excussão de bens do fiador. 739. Bens de espólio.

### 725. Obrigação e responsabilidade

O crédito compreende um *dever* para o devedor e uma *responsabilidade* para o seu patrimônio.<sup>(3)</sup> É da responsabilidade que cuida a execução forçada, ao fazer atuar contra o inadimplente a sanção legal.

Sendo, dessa maneira, *patrimonial* a responsabilidade, não há execução sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre seus *bens*.<sup>(4)</sup>

Só excepcionalmente, nos casos de dívida de alimentos e de infidelidade de depositário, é que a lei transige com o princípio da responsabilidade exclusivamente patrimonial, para permitir atos de coação física sobre a pessoa do devedor, sujeitando-o à prisão civil (arts. [733](#), § 1º, e [904](#), parágrafo único).

Mesmo nessas exceções, a prisão do executado é feita como medida de *coação* para obter do devedor o *cumprimento* da obrigação. Não há *sub-rogação* do Estado para realizar a prestação em lugar do devedor. Não se trata, por isso, propriamente de execução da dívida sobre o corpo do devedor, fato que ocorria nos primórdios do Direito Romano, quando se vendia o executado como escravo para com o produto saldar-se a dívida.

No direito moderno, portanto, "o objeto da execução são os bens e direitos que se encontram no patrimônio do executado".<sup>(5)</sup>

Daí o princípio informativo do processo executivo, já anteriormente indicado: "Toda execução é real" (não pessoal).<sup>(6)</sup>

Para compreender-se o mecanismo da execução frente às diversas pessoas cujos patrimônios ficam sujeitos à expropriação executiva, cumpre primeiro fixar-se o conceito material e processual de responsabilidade.

A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual.<sup>(7)</sup>

No direito substancial, dívida e responsabilidade podem estar separadas, quando, por exemplo, uma pessoa assume a primeira e outra a segunda, como nos casos de fiança ou de garantia real outorgada em favor de obrigação de terceiro. O fiador ou o garante não são devedores, mas respondem com seus bens pela dívida cuja garantia assumiram voluntariamente.

No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável convencionalmente pelo cumprimento da obrigação. Há casos, assim, em que apenas o patrimônio ou determinados bens de uma pessoa ficam sujeitos a execução, sem que o respectivo dono sequer seja parte no processo (por exemplo: adquirente de objeto de sentença em ação real, de bem alienado em fraude de execução, sócio solidário etc.).

Para o direito formal, por conseguinte, a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou de todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante ou estranha ao negócio jurídico substancial.

### 726. Extensão da responsabilidade patrimonial do devedor

A responsabilidade patrimonial do *devedor* atinge normalmente "todos os seus bens presentes ou futuros" (art. [591](#)). Vale dizer que



tanto os bens existentes ao tempo da constituição da dívida como os que o devedor adquiriu posteriormente ficam vinculados à responsabilidade pela execução. Isto decorre de ser o patrimônio uma universidade como um todo permanente em relação ao seu titular, sendo irrelevantes as mutações sofridas pelas unidades que o compõem. Pouco importa, por isso, se o objeto do devedor a penhorar existia ou não ao tempo em que a dívida foi constituída.

O patrimônio é, outrossim, composto apenas de bens de valor pecuniário. Não o integram aqueles bens ou valores sem significado econômico, como a honra, a vida, o nome, o pátrio poder, a liberdade e outros bens jurídicos de igual natureza.

Em algumas circunstâncias especiais, a lei exclui também da execução alguns bens patrimoniais, qualificando-os de impenhoráveis por motivos de ordem moral, religiosa, sentimental, pública etc. (art. [649](#)).

## **727. Responsabilidade e legitimação passiva para a execução**

O sujeito passivo da execução é, normalmente, o vencido na ação de conhecimento ou o devedor que figure como tal no título extrajudicial (art. [568](#), I). São seus bens, naturalmente, que se sujeitarão à execução forçada. Outras pessoas também prevê o Código como legitimadas a sofrer a execução, embora não figurem primitivamente no título, como o espólio, os herdeiros, o assuntor da dívida, o fiador judicial, o responsável tributário (art. 568, II a V). Não são estes, porém, terceiros em relação à dívida, pois na verdade todos eles ou sucederam ao devedor ou assumiram voluntariamente responsabilidade solidária, pelo cumprimento da obrigação. São, de tal arte, *partes legítimas* da execução forçada, sem embargo de não terem o nome constante do título executivo. Seus patrimônios serão alcançados pela execução dentro da mesma responsabilidade que toca ao devedor apontado como tal pelo título.

A defesa, que eventualmente tenham que apresentar, terá de revestir a forma de "embargos de executado" ou "de devedor" (art. [736](#)).

## **728. Responsabilidade executiva secundária**

"Bens de ninguém respondem por obrigação de terceiro, se o proprietário estiver inteiramente desvinculado do caso do ponto de vista jurídico."<sup>(8)</sup>

Há casos, porém, em que a conduta de terceiros, sem levá-los a assumir a posição de devedores ou de partes na execução, torna-os sujeitos aos efeitos desse processo. Isto é, seus bens particulares passam a responder pela execução, muito embora inexistia assunção da dívida constante do título executivo. Quando tal ocorre, são executados "bens que não são do devedor, mas de terceiro, que não se obrigou e, mesmo assim, respondem pelo cumprimento das obrigações daquele".<sup>(9)</sup> Trata-se, como se vê, de obrigação puramente processual.

Liebman qualifica a posição desses terceiros como de "responsabilidade executória secundária".<sup>(10)</sup>

O art. [592](#) enumera as hipóteses em que ocorre essa modalidade secundária de responsabilidade e que são as:

I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real;

II – do sócio, nos termos da lei;

III – do devedor, quando os bens estiverem em poder de terceiros;

IV – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

V – dos bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

## **729. Excussão de bens do sucessor singular**

A responsabilidade secundária do sucessor a título singular (por negócio oneroso ou gratuito) só ocorre nos casos de sentença proferida em ação fundada em *direito real* e só atinge o próprio bem que foi objeto da decisão. Se a coisa pereceu sem culpa do adquirente ou se foi transmitida a outrem, não subsiste a responsabilidade questionada.

A eficácia *erga omnes* é um dos traços característicos do direito real. Dela extrai-se o direito de seqüela que permite ao titular do direito de alcançar o bem onde quer que ele esteja.

Aliás, de uma maneira geral, os atos de disposição de bens praticados durante a pendência sobre eles de ação real, mesmo que ainda inexistia a sentença em favor do credor, são sempre ineficazes perante o que afinal sair vencedor (art. 593, nº I).

O sucessor não é parte na execução e para defender-se, se o pretender, terá de utilizar os embargos de terceiro.

Não há, para o credor, necessidade de anular-se a transferência previamente, nem de citar-se o adquirente como litisconsorte do executado. Para alcançar o bem indevidamente alienado, o credor nem ao menos tem o ônus de provar a irregularidade da alienação. Basta-lhe a situação objetiva da sentença reconhecendo em seu favor o direito real sobre o objeto transferido em desrespeito à eficácia do decisório.

Naturalmente, uma vez penhorado ou apreendido o bem em poder de seu atual proprietário, este será intimado, pois não é admissível ocorrer o ato expropriatório da execução sem respeitar-se o mínimo de contraditório em face daquele que o tem de suportar. Incide o princípio, que inspirou, entre outros, o dispositivo dos arts. 615, nº II, 619, 687, § 3º, e 698, de maneira que qualquer titular de direito real sobre o bem a executar terá de ser oportunamente intimado, a fim de que possa se defender pelos meios processuais possíveis.

### 730. Excussão de bens do sócio

A personalidade, a vida e o patrimônio das pessoas jurídicas são distintos dos de seus associados. Há, no entanto, casos em que os sócios são co-responsáveis pelas obrigações da sociedade, como, por exemplo, se dá nas "sociedades em nome coletivo" (art. 316 do Código Comercial). A enumeração desses casos é feita pelo direito material, civil e comercial. Representam, também, espécies de responsabilidade sem dívida, pois os sócios solidários respondem subsidiariamente sem que sejam devedores.

Há, outrossim, que se distinguir entre a solidariedade que decorre puramente da lei por força da natureza da sociedade, e a que decorre por força da lei, mas da prática de certos atos anormais do sócio ou administrador.

No caso de sócios naturalmente solidários é que se dá a responsabilidade executiva secundária, na forma do art. 592, nº II, cuja atuação é direta e ocorre sem necessidade de condenação do terceiro responsável em sentença própria. A responsabilidade extraordinária, como a proveniente de abuso de gestão, violação do contrato, dolo etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória contra o sócio faltoso.

Nem mesmo a desconsideração da personalidade jurídica que a jurisprudência agasalha em certas circunstâncias, e até mesmo a lei às vezes reconhece, autoriza uma sumária anulação da autonomia obrigacional existente entre a sociedade e os sócios. Em outros termos, "a regra geral continua sendo a da distinção entre o patrimônio da empresa e o dos seus sócios".(11)

Não comprovadas adequadamente em juízo as circunstâncias excepcionais autorizadoras da desconsideração da personalidade jurídica, não há que se cogitar da penhora direta sobre bens do sócio quando a execução se refira a dívida da sociedade.(12)

### 731. Benefício de ordem na execução de dívida de pessoa jurídica

A regra básica é que os bens dos sócios não devem responder pelas dívidas da sociedade, a não ser naqueles casos expressamente previstos em lei (art. 596). E mesmo nos casos em tela, a responsabilidade do sócio é de ser vista como excepcional e secundária, a prevalecer apenas quando não for possível cobrar a dívida diretamente da sociedade.

Por isso, quando tais sócios são executados, assegura-lhes o Código o *beneficium excussionis personalis*, ou benefício de ordem, *ad instar* do que ocorre com o fiador. Poderão, de tal sorte, "exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade" (art. 596).

A responsabilidade da sociedade é sempre principal; e a dos sócios, quando existente, é sempre subsidiária.(13) Ainda que se trate do chamado sócio solidário, "em primeiro lugar deve ser executado quem contratou: a sociedade".(14) Só se a execução ficar frustrada é que caberá a excussão dos bens particulares dos sócios.

Para valer-se do benefício de ordem, o sócio executado deverá "nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito" (art. 596, § 1º), o que há de se fazer no prazo assinado no mandado executivo para pagamento ou nomeação à penhora (art. 652).

O sócio que sofrer a execução e saldar o débito ficará sub-rogado nos direitos do credor e poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo (art. 596, § 2º).

Finalmente, se se tratar de sociedade *irregular* ou *de fato*, a execução pode, de início, ser dirigida diretamente contra os sócios. Não há benefício de ordem, nem responsabilidade secundária dos sócios. Juridicamente, a pessoa moral não existe e os componentes reputam-se, pessoal e solidariamente, obrigados pelas dívidas assumidas irregularmente em nome da sociedade.

### **732. Bens do devedor em poder de terceiros**

Segundo o inciso III do art. 592, a posse ou detenção de outrem sobre os bens do devedor não é empecilho à execução.

Naturalmente, se o terceiro desfruta uma posse contratual legítima, como é o caso da locação com eficácia perante o adquirente (Código Civil, art. 1.197), a execução contra o locador que atingir o bem arrendado não excluirá a continuidade do exercício dos direitos do locatário até o final do contrato. O arrematante, adquirindo a propriedade do bem, ficará sub-rogado na posição do devedor, isto é, de locador.

Quando o terceiro possuir o bem do devedor em nome próprio, e não em nome do executado, não poderá haver penhora direta sobre o bem, mas apenas sobre o direito e ação do proprietário contra o possuidor. Se o credor insistir e efetuar a penhora, o terceiro poderá manejar, com êxito, os embargos de terceiro para proteger sua posse (art. 1.046, § 1º).

### **733. Excussão de bens de devedor casado: tutela da meação**

Sujeitam-se a execução por obrigação de um cônjuge os bens do outro, ou os comuns, "nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida" (art. 592, IV).

A lei substantiva é que define os casos em questão, como, por exemplo, se vê do Código Civil, arts. 253, 254 e 263, nº VII.

Como regra geral, "pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação" (Lei nº 4.121, de 1962, art. 3º).

A incomunicabilidade das dívidas assumidas por um só dos cônjuges deixa de ocorrer, entre outros casos, quando as obrigações foram contraídas "em benefício da família" (Código Civil, art. 246, parágrafo único).

A defesa da meação da mulher, na execução de dívida do marido, faz-se por meio de embargos de terceiro (CPC, art. 1.046, § 3º), mesmo quando tenha sido ela intimada da penhora, que recaiu sobre imóvel.

Isto porque, ainda que se torne parte na execução, por força da intimação da penhora, a mulher comparece aos embargos com um título jurídico diverso daquele que se põe à base do processo executivo. Assim é que sua citação decorreu do litisconsórcio necessário de ambos os cônjuges que provoca a causa judicial sobre qualquer bem imóvel, durante a constância do casamento. Já, nos embargos, o direito posto em discussão é o de não sujeitar-se a meação de um dos cônjuges à dívida exclusiva do outro, o que é, como se vê, matéria diversa da que serviu de causa à execução ajuizada contra o cônjuge devedor.

Portanto, a mulher pode agir tanto como parte da execução, como na condição de terceiro. Se pretender discutir a validade ou a eficácia do título firmado pelo marido, estará agindo como parte e suas arguições só poderão ser feitas através de embargos de devedor (art. 736). Se, porém, o que se vai discutir é a matéria pertinente à exclusão de sua meação, a condição jurídica da mulher é a de terceiro em face da dívida do marido e da relação executiva que em torno dessa obrigação se instaurou. Essa questão, portanto, terá de ser debatida nos embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º).

A circunstância eventual de a mulher, intimada da penhora, alegar a questão pertinente à meação em embargos de devedor, em lugar de embargos de terceiro, é, contudo, irrelevante, por não passar de irregularidade formal, que nenhum prejuízo acarreta à parte contrária. O que não se tolera é o contrário, isto é, usar a mulher os embargos de terceiro, fora do prazo dos embargos do devedor, para discutir o mérito da dívida do marido. Ai, sim, a preclusão da faculdade de embargar a execução inviabiliza o deslocamento da lide, principal para o procedimento acessório.

### **734. Bens alienados em fraude de execução**

De início, cumpre não confundir a fraude contra credores com a fraude de execução. Na primeira são atingidos apenas interesses privados dos credores (arts. [106 e 107](#) do Código Civil). Na última, o ato do devedor executado viola a própria atividade jurisdicional do Estado (art. [593](#) do Código de Processo Civil).

Um dos atributos do direito de propriedade é o poder de disposição assegurado ao titular do domínio. Mas, o patrimônio do devedor é a garantia geral dos seus credores; e, por isso, a disponibilidade só pode ser exercitada até onde não lese a segurança dos credores.

Daí desaprovada a lei as alienações fraudulentas que provoquem ou agravem a insolvência do devedor, assegurando aos lesados a ação revocatória para fazer retornar ao acervo patrimonial do alienante o objeto indevidamente disposto, para sobre ele incidir a execução. Essa ação, que serve especificamente para os casos de fraude contra credores, comumente denominada *ação pauliana*, funda-se no duplo pressuposto do *eventus damni* e do *consilium fraudis*. Aquele consiste no prejuízo suportado pela garantia dos credores, diante da insolvência do devedor, e este no elemento subjetivo, que vem a ser o conhecimento, ou a consciência, dos contraentes de que a alienação irá prejudicar os credores do transmitente, desfalcando o seu patrimônio dos bens que serviriam de suporte para a eventual execução. O exercício vitorioso da pauliana restabelece, portanto, a responsabilidade dos bens alienados em fraude contra credores.

É, porém, muito grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o credor, em tal situação “a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair”.<sup>(15)</sup> A fraude frustra, então, a atuação da Justiça e, por isso, é repelida mais energicamente. Não há necessidade de *nenhuma ação* para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente.

Não se cuida, como se vê, de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito.

De fraude de execução decorre simples submissão de bens de terceiro à responsabilidade executiva. O adquirente não se torna devedor e muito menos coobrigado solidário pela dívida exequenda. Só os bens indevidamente alienados é que se inserem na responsabilidade que a execução forçada faz atuar, de sorte que, exauridos estes, nenhuma obrigação ou responsabilidade subsiste para o terceiro que os adquiriu do devedor.

Segundo antiga doutrina, que todavia merece acolhida *cum grano salis*, não se requer, para a confirmação da fraude cogitada nos arts. [592, V, e 593](#), a presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. Para o mesmo entendimento, pouco importa, também, a boa-fé do adquirente. No dizer de Liebman, “a intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”.<sup>(16)</sup> É irrelevante, finalmente, que o ato seja real ou simulado, de boa ou de má-fé. No entanto, como se esclarece no tópico seguinte, a legislação ulterior ao Código e a exegese jurisprudencial acabaram por dar sensível relevância ao lado psicológico também no que se refere à fraude de execução.

Em síntese, tanto a fraude contra credores como a fraude de execução compreendem atos de disposição de bens ou direitos em prejuízo de credores, mas a diferença básica é a seguinte:

a) a fraude contra credores pressupõe sempre um devedor em estado de insolvência e ocorre antes que os credores tenham ingressado em juízo para cobrar seus créditos; é causa de anulação do ato de disposição praticado pelo devedor;

b) a fraude de execução não depende, necessariamente, do estado de insolvência do devedor e só ocorre no curso de ação judicial contra o alienante; é causa de ineficácia da alienação.

### 735. Casos de fraude de execução

Considera o Código, em fraude de execução, a alienação ou oneração de bens (art. [593](#)):

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.

O primeiro inciso refere-se a uma hipótese análoga à do art. [592](#), nº I. Ambos tutelam o direito de seqüela que integra todos os

direitos reais. A diferença é que o art. 592, nº I, cuida da ineficácia da alienação ocorrida após a sentença proferida na ação real, ao passo que o art. 593, nº I, antecipa a proteção à seqüela, fazendo a ineficácia atingir mesmo as alienações verificadas antes do julgamento definitivo da causa.(17)

Os demais casos a que alude o inciso III do art. 593 são os que, em outros dispositivos do próprio Código e de outras leis, se consideram como praticados em fraude de execução. No Código de processo temos o exemplo de penhora sobre crédito, contido no art. 672, § 3º, no Código Civil, o caso da hipoteca judicial (art. 824); no Código Tributário Nacional, a alienação ou oneração de bens do sujeito passivo de dívida ativa em execução (art. 185) etc.

Discute-se sobre a necessidade ou não da inscrição, no Registro Imobiliário, da citação da ação real para ensejar a configuração da fraude de execução (art. 167, inc. I, nº 21, da Lei nº 6.015, de 31.12.73).

Na verdade, a falta de inscrição "não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente, tem a significação de ficar o exeqüente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência".(18)

Duas são, portanto, as situações a considerar:

a) se a citação estiver inscrita no Registro Imobiliário, "a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo qual se tem registrado como do conhecimento de todos e, portanto, do adquirente",(19)

b) não havendo inscrição, incumbirá ao credor o ônus de provar "as condições legais da fraude à execução", (20) isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência da ação pendente contra o alienante.(21)

Aos poucos a jurisprudência alinhou-se à doutrina exposta, ou seja, passou a condicionar a alienação em fraude de execução ao conhecimento real ou presuntivo do terceiro adquirente acerca da existência da ação real pendente sobre o bem litigioso, tendo em vista, sobretudo, o caráter obrigatório da inscrição das ações imobiliárias do Registro Público (Lei nº 6.015/73, arts. 167, I-21 e 169), posição que se consolidou depois que a lei passou a exigir, como requisito obrigatório da penhora sobre imóveis, a sua inscrição no registro competente (Lei nº 8.953/94). Pode-se, então, ter como dominante o posicionamento da jurisprudência no sentido de que, sem o prévio assento do Registro de Imóveis relativo à ação pendente, a alienação do imóvel litigioso não será objetivamente havida como fraudulenta. O art. 593, I, do CPC, somente será aplicado se o litigante se desincumbir do ônus de provar concretamente a fraude a que aderiu o adquirente.(22)

### 736. Fraude de execução e insolvência do devedor

Sem dúvida, a hipótese de maior relevância, em matéria de fraude de execução, é a de alienação ou oneração praticada pelo devedor contra o qual corre demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, nº II).

A aplicação do dispositivo deve ser feita distinguindo-se a hipótese em que o bem alienado esteja ou não vinculado especificamente a execução (penhora, direito real ou medida cautelar).

Não havendo a prévia sujeição do objeto à execução, para configurar-se a fraude deverá o credor demonstrar o *eventus damni*, isto é, a insolvência do devedor decorrente da alienação ou oneração. Esta decorrerá normalmente da inexistência de outros bens penhoráveis ou da insuficiência dos encontrados. Observe-se que a insolvência não deve decorrer obrigatoriamente da demanda pendente, mas sim do ato de disposição praticado pelo devedor. Não importa a natureza da ação em curso (pessoal ou real, de condenação ou de execução).

Se houver, por outro lado, vinculação do bem alienado ou onerado ao processo fraudado (como por exemplo: penhora, arresto ou seqüestro), a caracterização da fraude de execução independe de qualquer outra prova. O gravame judicial acompanha o bem perseguindo-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente.

Quando se trata de penhora de imóvel, o art. 659, § 4º, na redação da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, torna obrigatória a inscrição do gravame judicial no registro imobiliário, providência à qual ficará, normalmente, subordinada a eficácia perante terceiros. Deve-se notar que a penhora, mesmo registrada, não traz a indisponibilidade dos bens apreendidos, como entendia a antiga doutrina civilista. Mas torna ineficaz, perante o processo, qualquer ato de disposição praticado pelo devedor que desrespeite a constrição. E, no caso de penhora de bens móveis, não há qualquer tipo de registro reclamado pela lei. O ato executivo aperfeiçoa-se simplesmente pela apreensão e depósito dos bens, seguidos da lavratura do respectivo auto (art. 664). A eficácia *erga omnes* da penhora decorre, portanto, da própria natureza do ato executivo e não necessariamente de sua divulgação por registro público. Como, todavia, na hipótese de bem imóvel, a lei acrescenta mais um elemento no procedimento do gravame judicial, que é a inscrição no registro público, a eficácia perante terceiros, aí, vai depender dessa medida. Não quer isto dizer, porém, que a penhora de imóvel não registrada seja ato processual desprovido de qualquer efeito. Para as partes, a penhora existe e obriga desde que reduzida a auto ou

termo no processo, qualquer que seja a natureza do bem constricto (art. 664, *caput*). Apenas para os reflexos sobre quem não integra a relação processual é que é importante a observância da cautela do registro da penhora.

Deve-se, ainda, observar que mesmo sem registro, pode-se pensar em fraude de execução quando o terceiro adquire o imóvel sabendo, comprovadamente, que se acha penhorado. Nesse caso o ônus da prova é daquele que alega a fraude, enquanto na situação da penhora registrada torna-se dispensável qualquer tipo de prova da ciência do gravame, por parte do adquirente, tendo em vista a eficácia natural que produz o registro público.

Destarte, a posição dominante na jurisprudência pode ser assim resumida:

a) Se o terceiro adquire bem judicialmente constricto por meio de penhora ou outro gravame processual equivalente, o ato aquisitivo "é ineficaz, sendo desnecessário demonstrar insolvência do executado" (STJ, 3ª T., REsp. 4.198/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 04.02.91).

b) Quando ainda não se consumou a constrição judicial sobre o bem, isto é, enquanto não existir penhora, arresto ou seqüestro, a fraude, nos termos do art. 593, II, dependerá de prova do requisito objetivo: dano ou prejuízo decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens,<sup>(23)</sup> e também, do requisito subjetivo, se a ação pendente não estiver inscrita no registro público, caso em que caberá ao credor "o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso".<sup>(24)</sup>

c) Mesmo quando já exista a constrição judicial, sem entretanto ter sido levada ao registro público, para configuração de fraude de execução cumprirá ao credor "demonstrar que dela os adquirentes-embargantes tinham ciência, máxime quando a alienação a estes tenha sido realizada por terceiro que não o executado".<sup>(25)</sup>

d) Nos termos da legislação atual "somente após o registro, a penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior (Lei nº 6.015, art. 240)".<sup>(26)</sup>

De qualquer modo é importante que os juízes exijam sempre a inscrição da penhora imobiliária e não realizem, em hipótese alguma, a arrematação sem essa medida, pois a inovação da Lei nº 8.953, de 13.12.1994, teve como objetivo maior justamente evitar a insegurança das vendas judiciais geradas pelas constantes arguições de fraude no curso do processo executivo, além da constrição sobre imóveis que não pertencem, de fato, ao executado ou que não podem ser atingidos, juridicamente, pela penhora.

Tudo o que se disse sobre a penhora aplica-se ao arresto e ao seqüestro, medidas cautelares de efeito similar à penhora. Se o devedor era de início solvente e efetuou várias vendas de bens livres, para só a final tornar-se insolvente, a fraude de execução só terá ocorrido a partir do ato que gerou de fato insuficiência patrimonial para garantir a dívida ajuizada. A execução deverá, pois, atingir tão-somente os bens dispostos nas últimas alienações, em ordem regressiva, "até o equivalente na dívida".<sup>(27)</sup>

Não existe a fraude de execução na iminência do processo. Antes de ser instaurada a relação processual, seja condenatória ou executória, a fraude é apenas contra credores.<sup>(28)</sup>

Não é só a venda e outros atos de disposição como a doação que ensejam a fraude de execução. Também os atos de oneração de bens, como a hipoteca, o penhor, promessa irrevogável de venda, alienação fiduciária etc., quando causem a insolvência do devedor, ou a agravem, são considerados como fraudulentos e lesivos à execução, apresentando-se, por isso mesmo, ineficazes perante o credor.

O adquirente ou beneficiário da oneração, como já se demonstrou, não é parte na execução. Se pretender negar a fraude de execução ou furtar-se às suas consequências, terá de valer-se dos embargos de terceiro.

### [3 | 000006 > 736-a. A posição do terceiro adquirente em face da execução]

A fraude de execução, como já se demonstrou, é reconhecível incidentalmente no curso do processo executivo. Não depende de ação e sentença para ser declarada. O juiz, diante da sumária demonstração, pelo credor, de ocorrência de disposição fraudulenta praticada pelo devedor, simplesmente ordena a expedição do mandado de apreensão ou penhora do bem desviado.

O terceiro, na realidade, não é parte do processo, porque mesmo após a alienação do bem litigioso, a legitimidade *ad causam* continua retida na pessoa do alienante (art. 42) e o eventual ingresso do adquirente em juízo somente se dará como assistente e não como substituto da parte que lhe transmitiu o bem (art. 42, § 2º).

Sem embargo de não ser parte, o terceiro adquirente, que irá suportar em seu patrimônio os efeitos da execução, tem irrecusável direito ao contraditório, antes de consumar-se a expropriação executiva em benefício do credor. Daí que, nos casos de alienação da coisa litigiosa, o mandado de execução não mais será endereçado à parte primitiva, mas se voltará contra aquele que se tornou o

proprietário do bem (art. [626](#)).

Igual medida será cabível contra o que adquiriu bem penhorado ou bem cuja transmissão provocou ou agravou a insolvência do executado. O mandado de constrição terá de ser expedido contra o atual proprietário, para que tenha oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, sem os quais não se cumpre a garantia do devido processo legal (CF, art. [5º, LIV e LV](#)).

Se os simples titulares de direitos reais limitados, como o usufrutuário, o anticrético, o credor hipotecário ou pignoratício, etc., têm de ser intimados da penhora sob pena de nulidade da arrematação (arts. [615, III e 619](#)), com muito maior razão igual providência se impõe em face de quem ostenta a qualidade de titular atual do domínio pleno do objeto a executar. Nula, portanto, será a hasta pública de bem adquirido em fraude de execução se o terceiro-proprietário não for tempestivamente intimado da penhora.

### **737. Bens sujeitos ao direito de retenção**

Há casos, no direito substancial, em que o credor retém legalmente bens do devedor para garantir a satisfação da obrigação, como ocorre, por exemplo, com o credor pignoratício (Código Civil, arts. [772 e 773](#)), com o depositário (Código Civil, arts. [1.282 e 1.283](#)), com o locatário (Código Civil, art. [1.199](#)), com o mandatário (Código Civil, art. [1.315](#)) etc.

Nessas circunstâncias, o devedor, que já está privado da posse de determinados bens, goza da "*exceptio excussionis realis positiva*", de modo que se tem de executar, primeiro, a coisa que o credor retém ou possui".<sup>(29)</sup> Só depois de executados os bens retidos e havendo saldo remanescente do débito, é que será lícito ao credor penhorar outros bens do devedor.

Quer isto dizer que não é lícito ao credor somar duas garantias: a da retenção e a da penhora de outros bens do devedor. Se já exerce o direito de retenção, é sobre os bens retidos que deverá incidir a penhora, sob pena de praticar-se excesso de execução.

Esse benefício de excussão, cujo assento legal se encontra no art. [594](#) do Código de Processo Civil, é invocável pelo executado através de embargos à penhora.<sup>(30)</sup>

### **738. Excussão de bens do fiador**

Nas obrigações garantidas por fiança ocorre a dissociação entre dívida e responsabilidade: quem deve é o obrigado principal, mas respondem tanto ele como o fiador. Não sendo o fiador o devedor, a garantia fidejussória cria uma responsabilidade secundária ou subsidiária. Cabe ao credor, ocorrendo inadimplemento, executar em primeiro lugar os bens do devedor.

Daí o *beneficium excussionis personalis*, consagrado pelo art. [595](#) do novo Código, que consiste no direito reconhecido ao fiador, quando executado, de "nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor". Naturalmente, a nomeação deve ser feita no prazo de vinte e quatro horas da citação, previsto no art. [652](#).

O benefício de ordem é renunciável expressa e tacitamente. Haverá renúncia expressa quando constar do próprio contrato de fiança; e tácita quando, iniciada a execução contra o fiador, este não invocar a exceção no prazo de nomeação de bens de penhora.<sup>(31)</sup>

O benefício em questão apresenta-se apenas como uma exceção dilatória, de maneira que não sendo suficientes os bens penhorados ao devedor para a satisfação integral do crédito exequendo, subsistirá ao credor o direito de executar bens particulares do fiador (art. 595, 2ª parte).

Ao fiador que for compelido a saldar a dívida *sub iudice*, o Código faculta executar, regressivamente, o devedor nos próprios autos em que se efetuou o pagamento (art. 595, parágrafo único). Ocorre uma sub-rogação de pleno direito do fiador nos direitos do credor.<sup>(32)</sup>

Igual faculdade deve ser reconhecida, também, ao avalista ou coobrigado cambiário, pois este quando solve a dívida exequenda torna-se sub-rogado no direito do credor-exequente, e nessa qualidade pode assumir sua posição processual, voltando-se contra o avalizado.

### **739. Bens de espólio**

Morto o devedor, o seu espólio continua respondendo pelas dívidas (art. [597](#)).

O princípio a ser observado no caso é o de que "as dívidas da herança executam-se nos bens da herança, e não nos outros bens dos herdeiros (Código Civil, art. [1.587](#))".<sup>(33)</sup> Por isso, enquanto não se faz a partilha, "só os bens da herança (o espólio) podem ser executados pelas dívidas da herança".<sup>(34)</sup>

Mas, feita a partilha do acervo entre os herdeiros e sucessores, cada um responde pelas obrigações do *de cujus* apenas na proporção da parte que na herança lhe coube (art. 597).

Na relação processual, o espólio é representado pelo inventariante não-dativo (art. 12, V), podendo os herdeiros atuarem como litisconsortes.

## Capítulo XXX - ELEMENTOS OBJETIVOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO (III)

### § 113. EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

**Sumário:** 740. Execução de sentença e ação executiva. 741. Conversão de execução forçada em ação ordinária de cobrança.

#### 740. Execução de sentença e ação executiva

O Código de 1973 aboliu a vetusta e anacrônica distinção entre ação *executória*, baseada em sentença de condenação, e ação *executiva*, baseada em títulos extrajudiciais.

No regime anterior, não havia na executória a contestação e a defesa do executado só podia ser apreciada no procedimento à parte denominado embargos. Na executiva, adiantava-se a penhora logo após a citação, mas seguia-se, depois, o procedimento cognitivo, com possibilidade de contestação nos mesmos autos e obrigatoriedade de despacho saneador, audiência de instrução e julgamento, e finalmente uma sentença para ratificar o título.

Agora, só existe uma execução forçada, que pode, por isso mesmo, merecer a denominação única de *ação executiva* ou *ação de execução*, e que, indistintamente, pode ser fundada em título judicial e extrajudicial (art. 583).

Qualquer defesa, no regime do código, em todos os casos de execução, só é possível mediante o procedimento dos embargos, fora dos autos da ação de execução, onde não se profere sentença de mérito. E, por isso mesmo, não havendo embargos de efeito suspensivo, seguem-se sempre, após a penhora, a avaliação e o praxeamento dos bens penhorados, sem a dependência da sentença confirmatória do título executivo, seja ele judicial ou não (art. 680).

O título de crédito, porém, para alcançar a qualidade de *título executivo extrajudicial* depende de expressa definição legal, que tanto pode estar contida no próprio código como em leis especiais.

O critério do legislador é de conveniência prática, predominando, geralmente, a relevância das atividades do comércio e dos instrumentos necessários à eficácia e segurança imediatas de seus negócios, bem como o interesse público que se encontra na solução célere de alguns créditos de natureza e importância especiais.

É assim que, "quando as circunstâncias são de molde a fazer crer que o direito de crédito existe realmente, quando o instrumento de obrigação se encontra revestido de formalidades que dão a garantia de que a execução movida com base nele não será injusta, atribui-se ao título eficácia executiva e poupa-se ao credor o dispêndio de atividade, tempo e dinheiro que representa o exercício da ação declarativa".<sup>(1)</sup>

#### 741. Conversão de execução forçada em ação ordinária de cobrança

Inexistindo a antiga ação executiva (que, na verdade, era ação de cobrança com adiantamento de penhora, mais a título cautelar), não se pode mais admitir, no sistema do Código de 1973, a conversão de execução forçada em ação ordinária de cobrança, quando por exemplo, o credor se revelar carente da ação de execução.

É que, não se destinando a execução forçada a condenar o devedor, mas apenas a realizar o direito líquido e certo atestado pelo título do credor, o pedido que a provoca é específico. Dessa forma, a lide deduzida em juízo é apenas de pretensão insatisfeita, e não de pretensão contestada, como acontece com o processo de cognição.

Por isso, o conhecimento do pedido executivo como pretensão de condenação importa julgamento *extra petita*, atingindo matéria estranha à *litis contestatio*.<sup>(2)</sup>

### § 114. TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS



**Sumário:** 742. *Títulos executivos extrajudiciais e sua classificação.* 743. *Títulos cambiários e cambiariformes.* 744. *Duplicata.* 745. *Responsáveis cambiários.* 746. *Documento público ou particular.* 747. *Confissões de dívida.* 748. *Hipoteca, penhor, anticrese e caução.* 749. *Classificação das garantias.* 750. *Seguros.* 751. *Rendas imobiliárias.* 752. *Encargo de condomínio.* 753. *Custas judiciais.* 754. *Dívida ativa da Fazenda Pública.* 755. *Concurso de execução forçada e ação de conhecimento sobre o mesmo título.* 756. *Títulos executivos definidos em outras leis.* 757. *Títulos estrangeiros.*

## **742. Títulos executivos extrajudiciais e sua classificação**

Podem os títulos executivos extrajudiciais ser classificados em *particulares* e *públicos*:

a) *particular* é o título originado de negócio jurídico privado e elaborado pelas próprias partes;

b) *público* é o que se constitui através de documento oficial, emanado de algum órgão da administração pública.

Só a lei, porém, estipula quais são os títulos executivos e fixa seus característicos formais indispensáveis. Inexiste, em nosso sistema jurídico, a executividade por mera convenção das partes. Só os documentos descritos pelo legislador (no código ou em leis especiais) é que têm essa força.

Segundo o art. [585](#) são os seguintes os títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III – os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

IV – o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio, desde que comprovado por contrato escrito;

V – o crédito do serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

## **743. Títulos cambiários e cambiariformes**

A letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata e o cheque são títulos *negociais* particulares que autorizam a execução forçada.

Todos eles fazem exprimir, à primeira vista, a certeza e liquidez da obrigação retratada em seu texto.

Pertence ao direito material a regulamentação dos modos de criar e formalizar esses títulos, bem como de fixar a responsabilidade e as obrigações deles decorrentes.

O processo apenas cuida da *ação* competente para a exigência judicial do crédito, quando incorre o cumprimento voluntário da obrigação.

Cada um dos títulos cambiários enumerados pelo art. [585](#), nº I, acha-se regulado em lei material própria, sendo que, com relação ao cheque, à letra de câmbio e à nota promissória, a legislação nacional (Dec. nº 2.591, de 1912, e Dec. nº 2.044, de 1908) acha-se grandemente alterada pela adesão do Brasil à Convenção de Genebra para adoção de "leis uniformes", que foram postas em vigor, entre nós, pelos Decretos nºs 57.595 e 57.663, de 07 e 24 de janeiro de 1966, respectivamente.<sup>(3)</sup>

A duplicata – título cambiariiforme de criação brasileira – tem seu estatuto na Lei nº 5.474, de 18.07.68, que tratou tanto do direito material como do processual. A parte formal, no entanto, foi revogada com a superveniência do atual Código de Processo Civil.

O ingresso no juízo executivo, em relação aos títulos cambiários, exige exibição do original do título executivo, não sendo tolerada a utilização de fotocópias. Estando, porém, o título no bojo de outro processo, de onde não seja permitido o seu desentranhamento, a jurisprudência tem admitido a execução mediante certidão.

A Lei nº 8.953, de 13.12.94, dando nova redação ao inciso I do art. 585, incluiu entre os títulos de crédito que gozam de força executiva a debênture, regulada pela Lei nº 6.404, de 15.12.76, arts. [52 a 74](#), como instrumento de captação de recursos pelas sociedades anônimas no mercado de capitais.

#### 744. Duplicatas

Segundo o regime da Lei nº 5.474, de 08.07.68, com as modificações da Lei nº 6.458, de 01.11.77, tanto pode haver execução da duplicata aceita, como da não aceita pelo sacado, desde que exista protesto e comprovante da entrega da mercadoria.

Até mesmo quando o título for retido pelo sacado, admitir-se-á a execução, à base de simples indicações do credor a respeito de seu conteúdo.

As condições de exeqüibilidade da duplicata, conforme o direito positivo em vigor, podem ser assim resumidas:

a) *título aceito*: pode ser executado independentemente de protesto;

b) *título não-aceito*: depende de protesto e de existência de comprovante hábil da entrega e recebimento da mercadoria, e, ainda, da inocorrência de recusa do aceite pelo sacado, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. [7º e 8º](#) da Lei nº 5.474;

c) *título retido*: será exeqüível mediante exibição apenas do protesto tirado com base em indicações do sacador, acompanhado dos mesmos comprovantes *supra* arrolados.

#### 745. Responsáveis cambiários

A execução é possível contra todos aqueles a que as leis cambiárias atribuem responsabilidade solidária, pela dívida retratada no título, sejam *principais* (eminentes, aceitantes e avalistas), sejam *subsidiários* (sacadores e endossantes), observadas quanto a estes, porém, as normas especiais do denominado *direito de regresso*.

No caso de cheque, deve-se notar que o banco sacado não é coobrigado cambiário, e, portanto, não é legitimado passivo para a execução, ainda quando recuse pagamento sem contra-ordem ou sem motivo justificado.[\(4\)](#)

Ainda quanto ao cheque, prevalece o entendimento de que o seu desnaturamento econômico não afeta sua cambiaridade, já que esta nasce da *forma do título* e não do negócio subjacente. Por isso, o cheque ainda quando pós-datado ou pré-datado, ou dado em garantia de pagamento futuro, não perde sua força executiva.[\(5\)](#)

O endosso posterior ao vencimento do título cambial não gera as conseqüências do endosso cambiário entre cedente e cessionário. Funciona como simples cessão civil. O cessionário, porém, terá a ação executiva contra os coobrigados anteriormente vinculados à cártula.[\(6\)](#)

O avalista, quando é compelido a saldar a dívida garantida, sub-roga-se nos direitos do credor e pode executar o avalizado.[\(7\)](#) Se forem vários os avalistas, e um só realizar o pagamento, terá este direito de cobrar a parcela que, em rateio, couber aos demais.[\(8\)](#)

Pontes de Miranda e João Eunápio Borges ensinam que o avalista póstumo, isto é, o que presta o aval após o vencimento do título, fica vinculado cambialmente tal como o que tivesse avalizado antes do vencimento, e, destarte, sujeita-se à execução.[\(9\)](#)

#### 746. Documento público ou particular

Na enumeração dos títulos executivos extrajudiciais, o Código, na redação primitiva do art. 585, nº II, havia substituído a expressão "instrumento público" por "documento público", que é de conceituação mais ampla.

Enquanto "instrumento público" corresponde a "escritura" lavrada por tabelião, "documento público" é todo aquele cuja elaboração se deu perante qualquer órgão público, como, por exemplo, um termo de confissão de dívida em repartição administrativa ou o compromisso de responsabilidade pela indenização dos danos em acidente automobilístico firmado perante a repartição do trânsito.<sup>(10)</sup>

Para dar ainda mais abrangência aos documentos de confissão de dívida, a Lei nº 8.953, de 13.12.94, alterou o texto do referido inciso para declarar que são títulos executivos extrajudiciais "a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento da transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados transatores."

Não vigora mais a restrição de que os documentos públicos e particulares só formavam título executivo quando se referiam a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível. Com a nova redação, qualquer que seja a obrigação corporificada num dos documentos relacionados no inciso II do art. 585, poderá ser exigida diretamente pelo processo de execução, desde que inexistam condições dependentes de fatos por apurar. Sendo, pois, líquido, certo e exigível, qualquer título, na situação descrita no dispositivo enfocado, será tratado como *título executivo extrajudicial*, quer tenha como objeto prestação de dar coisa certa ou genérica, de fazer ou não fazer, ou de quantia certa.

No art. 585, nº II, o "documento público" e o "documento particular" estão equiparados na força executiva. Mas, enquanto para o primeiro apenas se requer a autenticação do agente público, para o segundo exige-se mais a assinatura de duas testemunhas.

O documento particular, outrossim, só pode ser firmado, pelo devedor, de próprio punho, ou por procurador bastante. Não tem validade a chamada assinatura *a rogo*. Toda vez que o devedor for analfabeto ou estiver impossibilitado de assinar, terá de constituir mandatário por escritura pública. Essa exigência é inaplicável ao documento público. O termo nos autos ou a escritura pública de confissão de dívida podem perfeitamente ser assinados por terceiro a rogo do devedor.

Independentemente da assinatura de testemunhas, são também consideradas títulos executivos extrajudiciais o "instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores".

#### **747. Confissões de dívida**

Enquanto vigorou o Dec.-Lei nº 1.042, de 1969, só tinham força executiva as confissões de dívida constantes de escritura pública.

As confissões particulares só adquiriam qualidade de título executivo quando se achavam vinculadas a algum negócio jurídico que lhes justificasse conveniente a *causa debendi*.

O Dec.-Lei nº 1.042, no entanto, foi revogado pelo Dec.-Lei nº 1.700, de 1979. Assim, não existe mais empecilho à execução das confissões de dívida, por instrumento particular, ainda que puras e simples.

O que continua indispensável é que estejam subscritas por duas testemunhas, além do devedor, se for o caso de instrumento particular, ou, em se tratando de instrumento de transação tenha sido referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (art. 585, nº II, com a redação da Lei nº 8.953/94).

#### **748. Hipoteca, penhor, anticrese e caução**

O inciso III do art. 585 cuida, em primeiro lugar, dos direitos de garantia, englobando os *reais* e os *personais*.

A palavra *caução* é de significado amplo, genérico, e no seu sentido lato, significa segurança ou garantia que o devedor oferece ao credor.<sup>(11)</sup> E, como tal, abrange as garantias reais e a pessoal. Diz-se por isso, que a caução pode ser *real* (hipoteca, penhor e anticrese) ou *fidejussória* (fiança).

Como essas obrigações só podem ser constituídas por escrito (documentos públicos e particulares), tem-se a impressão, à primeira vista, de que sua exequibilidade já estaria englobada pela hipótese do inciso nº II do art. 585.

Observe-se, porém, que as garantias, sem embargo de sua natureza acessória, podem ser constituídas por antecipação, mesmo antes de criada a obrigação principal (a dívida); e até podem ser outorgadas por pessoa diversa da do devedor, como comumente ocorre nos contratos bancários de abertura de crédito e nas empreitadas públicas. Opera-se, então, uma dissociação entre o *título* da garantia e o *título* do crédito, sendo que este, às vezes, nem terá o reconhecimento expresso do devedor (exemplo: demonstrativo da conta corrente do devedor, no caso das aberturas de crédito).

Em face, todavia, da garantia especial com que conta o credor, entende-se ser possível a execução mesmo sem esse prévio reconhecimento. E se não houver embargo, "a omissão valerá pelo reconhecimento...; se, porém, embargar, por discordar do saldo indicado pelo credor, então caberá a esse o ônus da prova dos lançamentos".<sup>(12)</sup>

Haveria, em tal situação, um abrandamento do rigor com que se exige a certeza e liquidez da dívida, presumindo-a o legislador, nos casos especiais de créditos com garantia real e fidejussória.

Outra particularidade desses títulos é a possibilidade de a execução atingir pessoas diversas da do devedor, já que a garantia pode ser dada por terceiro.

Normalmente, o contrato com garantia hipotecária ou pignoratícia gera para o credor duas ações:

a) uma *pessoal*, para exigir do devedor a prestação a que se obrigou, isto é, o pagamento da dívida;

b) outra *real*, para realizar a garantia real, ou seja, para levar à expropriação, com preferência e seqüela, o imóvel gravado de hipoteca, pagando-se com o produto apurado.

Enquanto a pessoal recai sobre todo o patrimônio do devedor, a real atinge apenas o bem gravado, que tanto pode ser do devedor como de terceiro, alcançando-o na posse e propriedade de quem quer que o detenha, pois sua eficácia é *erga omnes*.<sup>(13)</sup>

Discute-se se, sendo a hipoteca dada por terceiro, teria o credor, ou não, de cumular as duas ações, criando um litisconsórcio necessário entre o devedor e o seu garante.

A meu ver o litisconsórcio *in casu* é apenas facultativo, como o é na execução da fiança.

Na realidade, a outorga de garantia real à dívida alheia é equivalente jurídico de uma fiança (uma fiança *real*, como ensinam Planiol y Ripert). Em lugar de colocar genericamente o patrimônio próprio para responder pela dívida alheia, o terceiro hipotecante põe um imóvel determinado de seu patrimônio sujeito à realização da mesma dívida.

Assim, o terceiro que presta hipoteca ou outra garantia real, em prol de dívida de outrem, é responsável pela satisfação da dívida, dentro das forças da garantia dada.

Como a lei considera o contrato de garantia real, por si só, como um *título executivo* (art. 585, n° III), o terceiro garante pode ser executado, individualmente, como "devedor" do aludido contrato que é distinto do contrato de dívida do devedor principal, mesmo quando convencionados ambos num só instrumento.

O que há, na espécie, é uma responsabilidade patrimonial *limitada*. Esgotada a garantia real não subsiste nenhuma responsabilidade pessoal do terceiro garante. Mas, enquanto existir a garantia, será o terceiro responsável executivamente pela realização da dívida.<sup>(14)</sup>

Como no processo de execução não há, em regra, litisconsórcio necessário, porque a atividade jurisdicional não se destina à prolação de uma sentença que, nos moldes do art. 47, tenha que ser uniforme para os diversos interessados, não há que se cogitar da obrigatoriedade de ser a execução movida conjuntamente contra o devedor e o terceiro garante.<sup>(15)</sup>

Porque a situação do terceiro hipotecante, perante o credor, é em tudo igual à do devedor que hipoteca seus próprios bens, ensinam Pacifi-Mazzoni que o terceiro não poderá invocar o benefício de ordem, que é próprio da fiança, mas que não é compatível com a garantia real que é a hipoteca.<sup>(16)</sup>

Ressalta-se que é totalmente inadmissível pretender-se executar apenas o devedor principal e fazer a penhora recair sobre o bem do terceiro garante. Se a execução vai atingir o bem dado em caução real pelo não-devedor, este forçosamente terá de ser parte na relação processual executiva, quer isoladamente, quer em litisconsórcio com o devedor. Jamais poderá suportar a

expropriação executiva sem ser parte no processo, como é óbvio.

#### 749. Classificação das garantias

A hipoteca pode ser *convencional*, *legal* e *judicial*; e o penhor, *convencional* e *legal*.

A garantia é convencional quando decorre de contrato; legal quando imposta pela lei, em circunstâncias especiais, como do hóspede diante do hospedeiro e do locatário em face do locador (Código Civil, art. 776); e a hipoteca é judicial quando resulta de sentença condenatória, nos casos do art. 466 do Código de Processo Civil. Não existe penhor judicial.

As garantias que dão ensejo à execução forçada, pelo só inadimplemento do devedor, são as *convencionais*, segundo se depreende dos termos do art. 585, n° III, onde apenas se fala em "contratos". A garantia legal depende de especialização e homologação em processo próprio e não dispensa a ação adequada de condenação do devedor. A judicial visa a garantir a execução de sentença condenatória. Portanto, em ambos os casos, a execução será de uma sentença e não da hipoteca ou do penhor propriamente ditos.

Os direitos reais de garantia criam para o credor o direito de *seqüela*, que consiste no poder de perseguir e executar o bem gravado onde quer que ele se encontre, mesmo que o devedor o tenha alienado. Conferem, ainda, ao credor o direito de preferência, de modo que, na execução concursal, o titular do direito real de garantia será sempre satisfeito em primeiro lugar e sem concorrência dos quirografários sobre o produto dos bens gravados.

A execução de hipoteca é ação de natureza *real* e deve ser proposta no foro da situação do imóvel, sendo lícito, porém, ao credor optar pelo foro do domicílio do devedor ou de eleição (art. 95).

A *anticrese* é o direito real de garantia sobre "os frutos e rendimentos" de um imóvel (art. 805 do Código Civil). É instituto que está em desuso, desde longos anos, na vida prática. O Código de Processo Civil revogado nem sequer cuidava de sua execução. O novo, para ser fiel ao direito material, incluiu-a no processo executivo ao lado das demais garantias reais.

A execução da anticrese consistirá em obter a entrega do imóvel gravado ao credor, para que este possa obter as rendas necessárias à satisfação do respectivo crédito. O prazo máximo de retenção é de 15 anos (art. 760 do Código Civil).

A ação é real e corre, também, no foro da situação da coisa (art. 95).

A caução, como já disse, é *real* ou *fidejussória*. Da real já tratamos ao abordar a hipoteca, o penhor e anticrese. Resta apenas dizer que o Código Civil chama de "caução de títulos de crédito" o penhor constituído sobre direitos de crédito (Código Civil, arts. 789 e 790).

A caução fidejussória consiste na fiança, garantia tipicamente pessoal e que pode ser *convencional*, *legal* e *judicial*, da mesma maneira que a hipoteca.

A execução, quando se volta contra o fiador judicial, incide sobre bens de terceiro, pois este não é o devedor, mas apenas o seu garante. Trata-se de um caso de *responsabilidade sem dívida*.

Note-se que a garantia fidejussória só pode ser dada por escrito; "não está adstrita, porém, a fórmulas obrigatórias, sem dependência de forma especial e de testemunhas para a sua legitimidade".(17)

#### 750. Seguros

Na vida moderna existe uma variedade enorme de contratos de seguro, a maioria deles envolvendo situações complexas, de difícil enquadramento no conceito de obrigação líquida, certa e exigível, sem o qual não se pode cogitar da execução forçada.

O Código, por isso, só confere a força executiva aos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade (art. 585, n° III).

Não se inclui, outrossim, no rol dos títulos executivos o seguro obrigatório (Dec.-lei 814/69), já que a cobrança da

indenização, na espécie, deve se fazer pelo procedimento sumário, de acordo com a Lei nº 6.194, de 19.12.74.

Para propor a ação de execução, de que cuida o art. 585, nº III, cabe ao beneficiário instruir a inicial com a apólice de seguro e a prova do óbito ou incapacidade do segurado.

## **751. Rendas imobiliárias**

O foro e o laudêmio, nos casos de enfiteuse (art. 678 do Código Civil), e o aluguel, no caso de locação de imóveis, desde que haja contrato escrito, podem ser cobrados pela via executiva (art. 585, nº IV).

*Foro* é a pensão anual certa e invariável que o enfiteuta paga ao senhorio direto pelo direito de usar, gozar e dispor do imóvel objeto do direito real de enfiteuse (art. 678 do Código Civil).

*Laudêmio* é a compensação que é devida ao senhorio direto pelo não uso do direito de preferência, quando o enfiteuta aliena onerosamente o imóvel foreiro (art. 686 do Código Civil).

*Aluguel* é a renda certa que o proprietário obtém no contrato de locação.

O Código anterior permitia a execução mesmo quando a relação *ex locato* fosse ajustada verbalmente. O atual, fiel ao princípio de que só pode haver execução de crédito por título de dívida líquida certa e exigível (art. 586), exige que o contrato seja escrito.

Ao sublocador também é franqueado o processo de execução frente aos subinquilinos.

A executividade abrange tanto as locações urbanas como as rurais tanto as residenciais e não residenciais como as comerciais simples e as protegidas pela "lei de luvas".

## **752. Encargo de condomínio**

Segundo certa exegese formulada a partir do confronto entre os textos primitivos dos arts. 275, II, "c", e 585, IV, concluía-se que o encargo de condomínio, quando cobrado diretamente do condômino, não podia ser objeto de execução, mas apenas de ação sumária. Argumentava-se que entre o condomínio e o condômino inexistia o "contrato escrito" (título executivo) a que se refere o inciso IV do art. 585. Assim, a execução de encargo de condomínio só teria lugar quando essa obrigação fosse atribuída, contratualmente, a inquilino do condômino.<sup>(18)</sup>

*Data venia*, a distinção não tinha razão de ser.

O procedimento sumário não foi instituído pelo art. 275, II, "c", para exigir o pagamento da cota condominial, e sim para apuração da "responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições, despesas e administrações de prédio em condomínio".

Quando existisse o condomínio regularmente convencionado e os encargos se referissem aos gastos orçados e aprovados em assembleia, não havia responsabilidade a apurar, mas tão-somente obrigação a exigir. A convenção dava certeza à dívida e o orçamento emprestava-lhe liquidez. A exigibilidade decorreria, também, das épocas marcadas no orçamento para o recolhimento das contribuições de cada condômino para o custeio comum da manutenção do prédio.

Não tinha sentido, portanto, submeter o condomínio ao ônus de passar pela via da ação de procedimento sumário para cobrar aquilo que, por prova documental, já se tinha como líquido, certo e exigível.

A ação condenatória de rito sumário, então, era de aplicar-se às causas sobre gastos condominiais apenas quando se tinha que *apurar a responsabilidade por eles*, o que ocorria quando não havia prévia convenção entre os condôminos ou quando as despesas a ratear eram extraordinárias.<sup>(19)</sup>

Quando, porém, a cobrança limitava-se às cotas previstas no orçamento aprovado pela convenção dos condôminos, nos termos das Leis nºs 4.591, de 16.04.64, e 4.864, de 29.11.65, o caso era de *execução forçada*, pois o condomínio, então, já contaria com título executivo, nos termos do art. 585, IV.

Assim, segundo a antiga exegese, em matéria de encargos de condomínio, o "contrato escrito" a que alude o Código, para funcionar

como título executivo, era "o orçamento aprovado pela convenção".<sup>(20)</sup>

Em conclusão: o "encargo de condomínio" exigível pelas vias executivas era o que decorria das despesas comuns nos edifícios submetidos ao regime da chamada *propriedade horizontal* (edifícios de apartamentos e similares), realizadas no interesse de toda a comunidade, como a limpeza e conservação das escadas, corredores, elevadores, administração do prédio etc.

A matéria era regulada pela Lei nº 4.591, de 16.12.64, com as alterações da Lei nº 4.864, de 29.11.65.

A previsão da Lei nº 4.591/64, de que o condomínio contava com título executivo para cobrança das contribuições regulares orçadas para cobrir as despesas do edifício, acabou sendo revogada pela Lei nº 9.245, de 26.12.95, quando alterou a redação do art. 275, II, "b" do CPC, dispondo que agora a "cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio" será feita segundo o procedimento sumário. Dessa maneira, somente quando o condomínio dispuser de outro documento que lhe tenha fornecido o condômino, confessando seu débito, nos padrões de um dos títulos executivos extrajudiciais é que se tornará cabível ao síndico acioná-lo pela via da execução forçada.

### **753. Custas judiciais**

Funcionam no aparelhamento judiciário vários *servidores da Justiça*, que compreendem não só os serventuários permanentes do juízo como outros eventualmente convocados a colaborar com os órgãos judiciais.

Os serventuários permanentes são escrivães, escreventes, distribuidores, contadores, tesoureiros, oficiais de justiça, depositários, avaliadores, tabeliães, oficiais de registro etc. Eventuais são o perito, o intérprete e o tradutor.

A todos o Código atribui legitimidade para propor execução visando à cobrança dos créditos por serviços prestados às partes, "quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial" (art. 585, nº V).

A aprovação não deve ser confundida com sentença, porque não existe entre o serventuário e a parte devedora das custas uma relação processual. É simples medida de caráter administrativo para assegurar a regularidade da conta.

Não pressupõe a aprovação a existência obrigatória de um processo, pois os emolumentos podem ser devidos por ato extraprocessual como lavratura de escritura, fornecimento de certidão e transcrição em registro público, casos em que o ato do juiz será dado no documento avulso elaborado pelo serventuário.

### **754. Dívida ativa da Fazenda Pública**

A execução da "dívida ativa fiscal" observava, antes da vigência do Código de 1973, um procedimento especial que era regulamentado pelo Dec.-Lei nº 960, de 1938.

O novo Código, porém, inclui em seu âmbito também a execução fiscal, de modo que o Dec.-Lei nº 960 ficou subsistindo apenas no que dizia respeito ao direito material.

A Lei nº 6.830, de 22.09.80, no entanto, voltou ao sistema de regulamentação apartada para as execuções fiscais.

Por isso, a partir de sua vigência, o Código de Processo Civil será aplicado à cobrança judicial da Dívida Ativa apenas subsidiariamente.

Embora profundamente alterado o rito da execução fiscal, o certo é que sua estrutura processual continua sendo a da execução por quantia certa, no que toca aos requisitos básicos e à natureza dos atos processuais que o compõem. E o Código de Processo Civil permanece sendo fonte de regulamentação em tudo aquilo que não foi expressamente regulado pela nova Lei (Lei nº 6.830, art. 1º).

Disponha o Dec.-Lei nº 960, que se deveria considerar Dívida Ativa, para os fins da execução, "a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza; foros, laudêmios e alugueres, alcance dos responsáveis e reposições" (art. 1º). E atribuía, também, a mesma força à dívida proveniente de contrato firmado com os poderes públicos, "quando assim for convencionado" (art. 1º, parágrafo único).

Com a nova Lei nº 6.830/80, o alcance do conceito de Dívida Ativa é mais amplo ainda, pois abrange todas as receitas da Fazenda Pública, tal como as conceitua a Lei nº 4.320/64, para fins orçamentários, sejam definidas como tributárias ou não (Lei nº 6.830, art.

[2º](#)).

Isto quer dizer que "qualquer valor", cuja cobrança seja atribuída por lei à Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal "será considerado Dívida Ativa" (Lei nº 6.830, art. 2º, § 1º).

A execução forçada depende, todavia, de ato prévio de controle administrativo da legalidade do crédito fazendário, que se faz por meio de *inscrição*, a cargo do órgão competente para apurar a liquidez e certeza (Lei nº 6.830, art. 2º, § 3º).

O título executivo não é, porém, a inscrição da dívida ou do contrato, mas a *certidão* "correspondente aos créditos inscritos na forma da lei" (CPC, art. [585](#), nº VI).

A inscrição, contudo, é que, quando feita em procedimento administrativo regular, confere liquidez e certeza à dívida. Os requisitos da inscrição acham-se arrolados no art. [202](#) do Código Tributário Nacional, bem como no art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, e são:

I – o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II – a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III – a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV – a indicação, se for o caso, da sujeição da dívida à correção monetária, com indicação do fundamento legal e do termo inicial para o cálculo;

V – a data em que foi inscrita;

VI – sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

A certidão – que é o título executivo – conterà, além dos requisitos da inscrição, a indicação do livro e da folha em que esta se realizou (CTN, art. 202, parágrafo único).

A inscrição e a extração da certidão de dívida ativa não de ser feitas com o severo rigor formal.[\(21\)](#) A omissão de qualquer dos requisitos da certidão, ou erro a eles relativo são causas de "nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente" (CTN, art. [203](#)).

Admite-se, porém, a substituição do documento defeituoso no curso da execução, reabrindo-se ao devedor, o prazo de defesa, a qual, no entanto, somente poderá versar sobre a parte modificada (CTN, art. 203). O saneamento do defeito do título executivo fiscal, obviamente, só poderá ocorrer "até a sentença de primeira instância",[\(22\)](#) conforme já se entendia na legislação revogada e é ratificado pelo art. [8º](#) da Lei nº 6.830/80.

A regularidade do processo administrativo é pressuposto básico da execução, mormente no que diz respeito à intimação inicial do contribuinte e ao exercício do livre direito de defesa. Por isso, "provando-se irregularidades no processo administrativo, que o sacrificaram completamente, sobretudo quanto à *inscrição*, que é formalidade essencial da constituição do débito, a ação proposta não tem cabimento".[\(23\)](#) Padecendo de nulidade a inscrição, o vício "atinge a ação executiva, tornando o processo passível de nulidade *ex radice*, por não se considerar mais a dívida como líquida e certa".[\(24\)](#)

Admite-se, contudo, a supressão do processo administrativo, quando o imposto é reconhecido espontaneamente pelo contribuinte, mediante lançamento em sua própria escrita fiscal;[\(25\)](#) A execução fiscal não admite defesa em compensação de crédito, a não ser quando a iniciativa parta da própria Fazenda.[\(26\)](#)

O crédito fiscal é preferencial e goza, inclusive, de preferência sobre o do credor hipotecário e pignoratício, "ainda que constituídos, anteriormente, a hipoteca e o penhor".[\(27\)](#)

À mulher casada não assiste o direito de opor embargos de terceiro para excluir sua meação em execução fiscal ajuizada contra o marido. É que o art. [3º](#) da Lei nº 4.121, de 1962, não alcança dívidas fiscais, mas apenas as obrigações derivadas de negócios jurídicos privados.[\(28\)](#)

"A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse



independentemente de preparo ou de prévio depósito" (Lei nº 6.830, art. [39](#)).

Aplica-se, porém, ao executivo fiscal a regra comum da sucumbência, de sorte que, "se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária" (Lei nº 6.830, art. 39, parágrafo único), isto é, as custas desembolsadas e a verba advocatícia.

Sujeita-se o executivo da Fazenda Pública, quando improcedente, ao duplo grau de jurisdição (antigo recurso *ex officio*), conforme o disposto no art. 475, nº III, do novo Código. Tem-se entendido, desde o anterior regime do Dec.-Lei nº 960, que a medida só é aplicável nos julgamentos de mérito, isto é, quando se dá pela improcedência da ação. Se o caso é de extinção do processo apenas, como ocorre com a sentença que decreta a nulidade da execução, não há lugar para o duplo grau de jurisdição obrigatório.[\(29\)](#)

Sobre as peculiaridades do procedimento da execução da dívida ativa, consulte-se nosso *Lei de Execução Fiscal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986.

#### **755. Concurso de execução forçada e ação de conhecimento sobre o mesmo título**

Dispõe o art. [585](#), § 1º, em sua nova redação (Lei nº 8.953/94), que "a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução". Antes, a regra codificada era expressa apenas quanto às execuções fiscais. É obvio, porém, que o princípio se reconhecia aplicável a qualquer título dotado de executividade, mesmo diante do silêncio do texto legal. Agora, o princípio se acha explicitado em toda sua abrangência.

É que não existe entre a execução forçada e a anulatória a figura da litispendência, tal como a conceitua o art. [301](#), § 3º.

Mas, a matéria que foi ventilada na ação anulatória pode voltar a ser deduzida perante o juiz executivo, sob a forma de embargos do devedor. Já então ocorrerá a suspensão da execução, até que se solucionem os embargos.

O que se nota então, é que a controvérsia sobre a *causa debendi* não impede a instauração da execução que deve caminhar normalmente até a penhora; mas, pode gerar a suspensão da atividade executiva, quando revestir a forma de embargos (arts. [741](#) e [745](#)).

Por outro lado, entre os embargos à execução e a anulatória do débito quando se refiram à mesma obrigação existe, sem dúvida, a conexão em virtude de identidade de causa de pedir (art. [103](#)). Deverão os respectivos autos ser reunidos para que a decisão das duas ações seja simultânea (art. [105](#)).[\(30\)](#)

#### **756. Títulos executivos definidos em outras leis**

O inciso VII do art. [585](#) do novo Código de Processo Civil assegurou, finalmente, a execução a "todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

Só a lei pode dar executividade a um determinado título de crédito, mas não apenas o Código de Processo tem essa atribuição. Assim vários títulos executivos já existiam por definição legal anterior ao código e outros poderão surgir no futuro, observada sempre a necessidade de definição expressa da lei.

Dentre esses casos especiais de títulos executivos podem ser citados, como exemplo, o contrato de honorários de advogado (Lei nº 8.906/94, art. [24](#)), os créditos da Previdência Social (Lei nº 8.212/91, art. [39](#), § 1º), as cédulas de crédito rural (Dec.-Lei nº 167, de 1967, art. [41](#)), os contratos de alienação fiduciária em garantia (Dec.-Lei nº 911, de 1969, art. [5º](#)) etc.

#### **757. Títulos estrangeiros**

O título executivo judicial estrangeiro só adquire eficácia em nosso território depois de homologado pelo STF (art. [483](#)). Quando, porém, se tratar de título extrajudicial, como letra de câmbio, nota promissória, cheque etc., proveniente de outros países, seus efeitos serão produzidos aqui, independentemente de homologação (art. [585](#), § 2º).

Os requisitos formais exigíveis são os fixados pela legislação vigente no país de origem (Lei de Introdução ao Código Civil, art. [9º](#)). Mas o lugar de cumprimento da obrigação deverá ser alguma localidade brasileira.

Se a língua utilizada na redação do título não for o português, deverá ele ser traduzido, previamente, por tradutor oficial (art. [157](#)).

É, outrossim, inadmissível a obtenção de *exequatur* para cumprimento, no país, de carta rogatória emanada de execução forçada ajuizada sob jurisdição estrangeira (v. nº [697](#)).

## **Parte X - DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO**

### **Capítulo XXXI - DISPOSIÇÕES GERAIS**

#### **§ 115. REGRAS PERTINENTES ÀS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO**

**Sumário:** 758. Organização da matéria no Código de Processo Civil. 759. Direito de preferência gerado pela penhora. 760. A documentação da petição inicial. 761. Outras providências a cargo do credor. 762. Obrigações alternativas. 763. Penhora de bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto. 764. Medidas acautelatórias. 765. Dívida sujeita a contraprestação. 766. Petição inicial incompleta ou mal instruída. 767. Execução e prescrição. 768. Nulidades no processo de execução. 769. Imperfeição do título executivo. 770. Falta de título executivo. 771. Nulidade da execução fiscal. 772. Vício da citação. 773. Verificação da condição ou ocorrência do termo. 774. A arguição das nulidades. 775. A arrematação de bem gravado com direito real. 776. Execução realizável por vários meios.

#### **758. Organização da matéria no Código de Processo Civil**

O Código regulou separadamente as execuções tendo em vista a natureza da prestação a ser obtida do devedor, classificando-as em:

a) Execução para a entrega de coisa;

b) Execução das obrigações de fazer e não fazer; e

c) Execução por quantia certa, esta subdividida em modalidades distintas conforme o devedor seja solvente ou insolvente.

Antes, porém, de regular o procedimento e os incidentes de cada espécie de execução, o legislador fixou, em caráter genérico, alguns preceitos básicos e aplicáveis indistintamente a todos os processos executivos. Estão eles contidos nos arts. [612 a 620](#) e serão analisados a seguir.

#### **759. Direito de preferência gerado pela penhora**

A penhora, ato típico e fundamental da execução por quantia certa, tem como objetivo imediato destacar um ou alguns bens do devedor para sobre eles fazer concentrar e atuar a responsabilidade patrimonial. A partir da penhora, portanto, começa-se o procedimento expropriatório através do qual o órgão judicial obterá os recursos necessários ao pagamento forçado do crédito do exequente.

Diversamente do que se passava ao tempo do Código de 1939, o art. 612 do Código atual atribui, ainda, à penhora um especial efeito, que é o de conferir ao promovente da execução "o direito de preferência sobre os bens penhorados". Erigiu-se a penhora, portanto, em nosso atual direito processual civil, à posição de autêntico direito real.<sup>(1)</sup>

Por isso mesmo, "recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência" (art. [613](#)), isto é, o credor com segunda penhora só exercerá seu direito sobre o saldo que porventura sobrar após a satisfação do credor da primeira penhora. Não haverá concurso de rateio entre eles, mas apenas de preferência (art. [711](#)).

Analisando nosso Direito anterior, ensinava Lopes da Costa que "na legislação brasileira, a penhora nunca deu origem ao direito de penhor",<sup>(2)</sup> fato outrora verificado no direito romano e nas Ordenações Filipinas.

O Código de 1973, no entanto, rompeu com a tradição de nosso processo executivo e filiou-se à corrente romanística revivida modernamente pelo direito alemão.

Em nosso atual processo, a penhora confere ao exequente uma preferência, colocando-o na situação de um verdadeiro credor pignoratício. Adquire ele com a penhora "a mesma posição jurídica que adquiriria com um direito pignoratício contratual".<sup>(3)</sup>

Essa posição do credor penhorante tem efeitos tanto perante o devedor, como perante outros credores, permitindo a extração de duas importantes ilações:

a) a alienação pelo devedor, dos bens penhorados é ineficaz em relação ao exequente;

b) as sucessivas penhoras sobre o mesmo objeto não afetam o direito de preferência dos que anteriormente constringiram os bens do devedor comum.

Ressalte-se, porém, que a preferência da penhora é plena apenas entre os credores quirografários e enquanto dure o estado de solvência do devedor. Não afeta nem prejudica em nada os direitos reais e preferências de direito material constituídos anteriormente à execução e desaparece quando os bens penhorados são arrecadados no processo de insolvência.

A prelação de um credor hipotecário ou pignoratício, sobre os bens gravados do devedor, não é atingida pela penhora de terceiro, nem mesmo no caso de insolvência. "O credor privilegiado participará do concurso universal em sua verdadeira posição, independentemente da penhora, que poderá nem se ter verificado, se a execução (dele credor com garantia de direito real) não tiver sido movida."<sup>(4)</sup>

O Código já foi criticado pela adoção do sistema germânico, que seria injusto e contrário à índole do credor brasileiro, sempre propenso a ensejar uma solução de tolerância, retardando a execução à espera de melhor oportunidade para a satisfação voluntária do devedor. A injustiça consistiria, às vezes, em assegurar preferência a credores mais novos, porém mais espertos, em face de credores antigos, porém tolerantes com o devedor.<sup>(5)</sup>

Deve-se, no entanto, concluir que a crítica não procede. Tanto havia no sistema anterior, como há no atual, meios eficientes de assegurar a *par condicio creditorum*. O que fez o Código de 1973 foi dar uma estrutura mais racional ao processo de execução, separando em procedimentos específicos a situação do devedor solvente e a do insolvente.

Enquanto o processo de *insolvência* tem caráter universal, afetando todo o patrimônio do devedor e procurando garantir a *par condicio creditorum*, "la ejecución singular es movida esencialmente por el interés individual del acreedor procedente".<sup>(6)</sup>

Se o caso é de simples inadimplemento, a execução é do interesse individual do credor e não há justificativa para que outros credores, sem preferência, venham embarçar-lhe o exercício do direito de realizar seu crédito sobre o patrimônio do devedor. Outros bens existirão para satisfazer os demais créditos, pois, sendo solvente, o ativo será superior ao passivo.

Se, por outro lado, o caso for de devedor insolvente, a preferência da primeira penhora nenhum prejuízo acarretará ao conjunto dos credores do devedor comum, pois haverá sempre possibilidade do socorro ao concurso universal (art. 751, nº III), onde a referida preferência não prevalece, de acordo com a expressa ressalva do art. 612.

Note-se, por outro lado, que o caráter singular da execução não impede que outros credores eventualmente tenham alguma participação nela, como, por exemplo, ocorre nos casos em que a penhora atinge bem hipotecado a terceiro e este credor é convocado para exercitar seu direito de preferência (art. 615, nº II).

Assim, na execução singular com multiplicidade de interessados a ordem de preferência no resultado da excussão dos bens penhorados ao devedor solvente, será a seguinte:

a) em primeiro lugar, serão atendidos os credores privilegiados segundo o direito material, cuja preferência "independe da penhora";<sup>(7)</sup>

b) entre os quirografários e, após a satisfação dos privilegiados, cada credor conservará sua preferência, observada a ordem com que as penhoras foram realizadas (art. 613).

## 760. A documentação da petição inicial

A execução é um processo e se subordina ao princípio geral da provocação da parte interessada. Não existe execução *ex officio* no processo civil. O credor deverá sempre requerer a execução para estabelecer-se a relação processual.

Mas, como não há execução sem título, o ingresso do credor em juízo só é possível quando a petição inicial estiver acompanhada do competente *título executivo* (art. 614, nº I).

Se o caso, entretanto, for de título executivo judicial (sentença), é claro que o credor não o juntará à petição, porquanto a execução forçada correrá nos próprios autos em que se prolatou a decisão exequenda. Bastará, naturalmente, fazer referência ao decisório (título) que já se encontra nos autos.

Na hipótese do art. [572](#) – sentença de condenação condicional ou a termo – ou de qualquer título executivo extrajudicial sob condição ou a termo, o credor, além de exibir o título, deverá instruir seu pedido executivo com a prova da verificação da condição ou do vencimento da dívida (art. 614, nº III).

A exigência decorre do princípio de que só o título líquido, certo e *exigível* pode dar lugar à execução (art. [586](#)). E sem a prova da verificação da condição ou da ocorrência do termo, não se pode falar em *exigibilidade* da dívida, nem muito menos em *inadimplemento* do devedor, que é pressuposto primário da execução (art. [580](#)).

Em se tratando de execução por quantia certa, o credor deverá instruir sua pretensão com demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (art. 614, II, com a redação da Lei nº 8.953, de 13.12.94). Esse demonstrativo tanto pode ser incluído no texto da própria inicial como em documento a ela apensado. Dita providência, outrossim, será observada em execução de título seja extrajudicial, seja judicial, posto que se aboliu a liquidação por cálculo do contador para a última espécie (Lei nº 8.898, de 29.06.94).

#### **761. Outras providências a cargo do credor**

Ao ajuizar a execução o credor, além de exibir o título executivo, terá em alguns casos, de tomar algumas providências processuais, em função de certas particularidades, seja do próprio título, seja dos bens a executar.

Essas providências são enumeradas pelo art. [615](#) e, a seguir, examinaremos cada uma delas.

#### **762. Obrigações alternativas**

Quando o título executivo contiver obrigação alternativa, o credor ao propor a execução deverá, na própria petição inicial, exercer a opção pela prestação que lhe convier (art. [571](#), § 2º, e art. [615](#), nº I).

A alternatividade pode decorrer de cláusula contratual (exemplo: obrigação de entregar uma coisa ou pagar uma multa), ou de imposição da sentença condenatória (como cumprir o contrato ou indenizar perdas e danos). Em qualquer dos casos, a execução da sentença condenatória ou do título negocial deverá ser feita mediante opção liminar do credor por uma das alternativas admissíveis.

#### **763. Penhora de bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto**

Recaindo a penhora sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto, o exequente deverá promover a intimação do terceiro, titular dos referidos direitos reais (art. [615](#), nº II).

Essa intimação tem dupla função:

1ª) enseja oportunidade ao titular do direito real para resguardar seus privilégios durante a execução; e

2ª) outorga plena eficácia à alienação judicial do bem penhorado, que, sem a ciência do privilegiado, será ato ineficaz perante ele (art. [619](#)).

#### **764. Medidas acautelatórias**

O inciso III do art. [615](#) concede ao exequente a faculdade de "pleitear medidas acautelatórias urgentes".

Trata-se de uma simples reafirmação do poder geral de cautela adotado amplamente nos arts. [796](#) e seguintes (processo cautelar).

É o caso, por exemplo, de arresto de bens móveis, quando o devedor está ausente e sua citação pode demorar, com risco de desaparecimento fraudulento da garantia, ou de depósito de bens abandonados e em risco de deterioração (arts. [798](#) e [799](#)), e outras situações análogas.

Essa faculdade o credor poderá exercitar na própria petição inicial, ou em petição avulsa, e independerá de abertura de um processo cautelar separado.

As medidas, *in casu*, são simples incidentes da execução e visam a assegurar a prática dos atos executivos do processo em andamento.

#### **765. Dívida sujeita a contraprestação**

Há casos em que a prestação a que tem direito o credor fica, pela própria lei, ou pela sentença subordinada a uma contraprestação em favor do devedor, como, por exemplo, se se condena à restituição do imóvel, resguardando o direito de retenção do possuidor de boa-fé por benfeitorias.

Outras vezes, a contraprestação é uma decorrência do contrato existente entre as partes, dada a sua natureza sinalagmática, de maneira que "nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro" (Código Civil, art. [1.092](#)). Na permuta, por exemplo, nenhum dos dois permutantes pode exigir que o outro lhe entregue o bem negociado sem antes oferecer o próprio objeto. Da mesma forma, quem comprou um objeto não pode reclamar a sua entrega sem antes provar que pagou o preço, ou que o depositou, por recusa do vendedor em recebê-lo.

Em ambos os casos, o título executivo tem sua eficácia condicionada à comprovação, pelo credor, do cumprimento da contraprestação que lhe cabe (art. [582](#)).

Essa prova há de ser apresentada com a inicial, como condição de procedibilidade (art. [615](#), nº IV). Sua falta, não suprida em dez dias, dá lugar a indeferimento da petição do credor, por inépcia (art. [616](#)). Se, não obstante, a execução tiver início, o executado poderá libertar-se do processo mediante embargos de excesso de execução, nos termos do art. [743](#), nº IV (V., *retro*, ns. [661](#) e [708](#)).

#### **766. Petição inicial incompleta ou mal instruída**

Na execução forçada o início da atividade jurisdicional, como em qualquer ação, é provocado pela petição inicial, cujos requisitos se acham indicados no art. [282](#), com os acréscimos eventuais do art. [615](#).

Além disso, deve ser obrigatoriamente instruída com os documentos apontados pelo art. [614](#).

A omissão de algum requisito da petição torna-a incompleta e a ausência de documento indispensável faz com que ela esteja mal instruída.

Na sistemática do Código, o juiz não pode indeferir liminarmente a petição inicial, nem por defeito de forma, nem por falta de documentos fundamentais. O legislador, por medida de economia processual, determina que seja acolhida a petição, mesmo deficiente, concedendo-se ao credor o prazo de dez dias para suprir a falha. Só depois de ultrapassado esse prazo, sem as necessárias providências do interessado, é que o juiz poderá indeferir a petição inepta (art. [616](#)).

#### **767. Execução e prescrição**

Para o autor a execução está proposta desde o despacho da inicial, ou mesmo a partir da distribuição, onde houver mais de uma vara (art. [263](#)). Contra o réu, porém, a propositura só estará completa quando cumprida a diligência da citação.

Um dos efeitos da propositura da execução é a interrupção da prescrição (art. [617](#)). Para tanto, porém, não basta a distribuição da inicial. Mister se faz que seja deferida pelo juiz e que a citação se realize dentro do prazo do art. [219](#), § 2º. Se isto ocorrer, entender-se-á que a interrupção ocorreu no dia do despacho do pedido do credor.

O prazo para citação é de dez dias, prorrogáveis, em casos de necessidade e a requerimento do credor, até noventa dias (art. 219, § 3º).

Na verdade, pode-se afirmar que é a citação válida que tem o poder de interromper a prescrição (art. 219, *caput*); seus efeitos é que retroagem à data da propositura da ação, desde que o chamamento do devedor a juízo se dê no prazo legal.

Ultrapassados, todavia, os limites temporais do art. 219, sem que o executado seja citado, "haver-se-á por não interrompida a prescrição" pela propositura da execução (art. 219, § 4º), isto é, não haverá retroação dos efeitos da citação.

Se, porém, o atraso da citação não decorre de omissão da parte, mas de deficiências do serviço judiciário, não se pode aplicar a regra do § 4º, do art. 219, visto que "promover a citação" não é o mesmo que realizá-la. A parte "promove" a citação cumprindo as exigências processuais que lhe tocam, como fornecendo o endereço do citando, depositando o montante das despesas da diligência etc. Já o cumprimento efetivo da ordem judicial é ato que lhe escapa, por completo, do poder jurídico de que dispõe no processo.<sup>(8)</sup>

Muito se tem controvertido na doutrina sobre qual seria o prazo prescricional após a sentença condenatória, ou seja, sobre o prazo de prescrição da execução.

A jurisprudência, hoje, no entanto, é pacífica: "prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação" (STF, *Súmula* nº [150](#)).

Outra questão importante é a da impossibilidade de prescrição intercorrente, isto é, durante a marcha do processo, cuja citação foi causa da respectiva interrupção. Isto porque, para o Código Civil, a fluência do prazo prescricional só se restabelece a partir "do último ato do processo" (art. 173).

A regra vale, porém, apenas para os feitos de andamento normal, pois se o credor abandona a ação condenatória ou a executiva por um lapso superior ao prazo prescricional, já então sua inércia terá força para combalir o direito de ação dando lugar à consumação da prescrição.<sup>(9)</sup>

## **768. Nulidades no processo de execução**

O processo de execução está sujeito ao regime comum das nulidades previstas no processo de conhecimento (arts. [243 a 250](#)).

O art. [618](#), no entanto, cuida de destacar alguns vícios que são *típicos* ou mais relevantes na execução forçada, porque se referem a nulidades que nascem da inobservância das *condições* específicas da ação de execução, ou seja, daqueles pressupostos sem os quais o credor não se legitima a manejar o processo executivo.

Assim, dispõe o referido artigo que é nula a execução:

I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível;

II – se o devedor não for regularmente citado;

III – se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. [572](#).

Examinaremos, a seguir, cada um desses vícios do processo de execução, em particular.

## **769. Imperfeição do título executivo**

No processo de execução propriamente dito não há julgamento de qualquer natureza, mas apenas atos judiciais de realização de uma obrigação. A eventual defesa do devedor se faz em outro processo, os embargos, esse sim contraditório e de conhecimento.

Não basta, por isso, que o credor seja portador de um título executivo (uma sentença ou uma escritura pública, por exemplo). Tem ele, para ser admitido a executar, de exibir título que seja líquido, certo e exigível (art. [586](#)). E se não o faz, sua petição deve ser indeferida por inépcia (art. [616](#)). Pode, no entanto, acontecer que, por descuido, o juiz dê seguimento à execução com base em título ilíquido ou inexigível. Se tal ocorrer, todo o processo será nulo de pleno direito e a nulidade poderá ser declarada em qualquer fase de seu curso, tanto a requerimento da parte como *ex officio* (Código Civil, art. [146](#) e parágrafo único).

O conceito de liquidez, certeza e exigibilidade já ficou demonstrado no tópico sobre os requisitos do título executivo (ver nº [658](#)).

## **770. Falta de título executivo**

Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou inexigibilidade é a própria ausência do título executivo. É evidente que nenhum credor pode iniciar execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado.

O mesmo pode ser dito da desconformidade entre o título executivo e o pedido do credor, como quando o título é de quantia certa e pede-se coisa certa, é de fazer e reclama-se entrega de coisa.

Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo.<sup>(10)</sup>

Se, porém, a desconformidade for apenas de *quantidade*, como a do credor de "cem" que pede "duzentos", não será o caso de indeferir a inicial, nem anular o processo. Deverá o juiz apenas ajustar o pedido à força do título, reduzindo a execução ao *quantum* sancionado pelo documento do credor.<sup>(11)</sup>

#### 771. Nulidade da execução fiscal

A execução fiscal rege-se por princípios comuns à execução por quantia certa. O título executivo da Fazenda Pública, no entanto, apresenta uma particularidade que o distingue de todos os demais títulos executivos extrajudiciais: é o único formado, unilateralmente, pelo credor, sem o reconhecimento do devedor.

Dá a influência que sobre sua validade exerce o procedimento administrativo de formação, de modo que não apenas a regularidade do título, mas de todo o histórico de sua criação é indispensável para sua eficácia.

Destarte a regularidade do procedimento administrativo é pressuposto básico da execução fiscal, de modo que a nulidade da inscrição repercute em todo o processo executivo, contagiando-o de vício de origem.

Com efeito, é inquestionável o privilégio outorgado à Fazenda Pública de criar por si mesma os próprios títulos executivos, dispensado-se a aceitação pelo devedor.

Isto decorre do fato de que a obrigação do contribuinte não é de natureza contratual, mas sim é um dever legal que nasce de situações pré-definidas em lei e das quais não lhe é dado esquivar-se.

Inexistindo, porém, o aceite do devedor na criação do título, toda sua legitimidade se concentra na perfeição formal da inscrição, que, por sua vez, se fundamenta na regularidade do procedimento tributário administrativo (Código Tributário Nacional, arts. [202](#), [parágrafo único](#), e [201](#)).

A certidão de dívida ativa é o título que vai abrir à Fazenda Pública a via executiva. Sendo produto direto da inscrição e do procedimento que a precedeu, sofre reflexos imediatos de todo e qualquer defeito que se tenha registrado nesses atos básicos.

Assim, representando a certidão o título executivo da Fazenda Pública, sua nulidade, ou a nulidade de seu antecedente, comunica-se a todo o processo judicial de execução, pela razão incontestada de que o título executivo é o pressuposto indeclinável e insubstituível da relação processual executiva.

#### 772. Vício da citação

A citação válida é indispensável para o completo estabelecimento da relação processual, seja no processo de cognição, seja no de execução (art. [214](#)).

À sua falta, não se pode realizar a prestação jurisdicional reclamada pelo promotor e qualquer decisão proferida pelo juiz não obriga o demandado.

É nulo portanto, o processo que tenha andamento sem o chamamento regular do executado ou devedor para a causa (art. [618](#), nº II).

Não apenas a ausência da citação dá lugar à nulidade do processo. Também a citação irregular, isto é, a que não observa os requisitos e solenidades estabelecidos em lei, igualmente anula o processo.

Assim, será nula, por exemplo, a citação pessoal do réu demente ou enfermo, quando impossibilitado de recebê-la (art. [218](#)), a do menor púbere sem a necessária assistência, e a do procurador sem poderes especiais (art. [215](#)). Nula, ainda, será a citação feita sem despacho judicial (art. [143](#), nº II, e art. [262](#)), a promovida fora do horário estabelecido pelo Código ou em dia não útil (art. [172](#)); ou

quando o mandado não contiver os requisitos do art. 225, bem como quando oficial não observar o rito do art. 226. Em se tratando de citação pelo correio, haverá nulidade quando não se utilizar o registro postal com aviso de recepção (art. 223, parágrafo único) ou quando o ofício do escrivão não for acompanhado de cópia da petição inicial despachada pelo juiz (art. 223, *caput*), e ainda quando a correspondência for entregue a outrem que não o citado (art. 223, parágrafo único). Será nula, finalmente, a citação do executado, por via postal, em qualquer caso, porque o art. 222, *d*, não admite essa modalidade citatória nos processos de execução.

Cumpre, porém, ressaltar que a nulidade decorrente da citação é suprável pelo comparecimento espontâneo do demandado em juízo, observado o que dispõem os § 1º e 2º, do art. 214.

O que justifica a nulidade do processo por falta de citação é a quebra da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório (CF, art. 5º, n.ºs LIV e LV). Processo sem citação do devedor é processo nulo *ipso iure*. Portanto, e pelo mesmo princípio, quando a execução atingir bem de terceiro responsável (como sócio ou adquirente em fraude de execução) também haverá nulidade do processo se a expropriação executiva se ultimar sem a intimação do terceiro proprietário do bem. Na linguagem forense usa-se o nome de *exceção de pré-executividade*, ou *objeção de pré-executividade*, para a arguição de nulidade do processo executivo mediante petição avulsa, fora dos embargos do devedor.(12)

### 773. Verificação da condição ou ocorrência do termo

A condenação exequenda pode ser condicional ou a termo (art. 572). E se isto acontecer, tem o credor de instruir a sua petição executiva "com a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo" (art. 614, n.º II). Se não o faz, a petição é inepta e deve ser indeferida (art. 616), pois falta ao credor uma condição de procedibilidade.

Admitindo-se, porém, o andamento da execução em desobediência ao requisito questionado, abre-se oportunidade ao executado de optar entre duas medidas processuais:

a) opor embargos de excesso de execução (art. 741, n.º V, e 743, n.º V); ou

b) pedir simplesmente a declaração de nulidade do processo, com base no art. 618, n.º III, o que, sem dúvida, será mais prático, por dispensar a penhora e a formação da relação processual incidente dos embargos.

### 774. A arguição das nulidades

A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia.

Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como *ex officio*.

Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.(13)

Quando, porém, depender de mais detido exame de provas, que reclamam contraditório, só através de embargos será possível a arguição de nulidade. É o caso, por exemplo, de vícios ligados ao negócio subjacente aos títulos cambiários, que reclamam, quase sempre, complexas investigações só realizáveis dentro do amplo contraditório dos embargos.

Após o encerramento do processo, é preciso distinguir entre os atos que foram ou não objeto de apreciação em embargos. Para os primeiros, existirá a coisa julgada, de sorte que o ataque somente se dará por meio de ação rescisória (CPC, art. 485). Para os demais, será bastante o manejo de ação comum de nulidade, uma vez que os atos executivos em geral não são objeto de sentença (CPC, art. 486). Quanto às pessoas que foram alcançadas pela execução sem terem sido citadas ou intimadas regularmente, terão elas sempre a seu dispor a ação ordinária de nulidade, visto que não poderiam, de forma alguma, suportar as consequências de uma relação processual de que não participaram.

### 775. A arrematação de bem gravado com direito real

O bem enfiteútico ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto não se torna inalienável só pela existência do gravame. Por isso, poderá ser penhorado em execução promovida por terceiro que não o titular do direito real. Mas esse direito confere a seu titular, além da seqüela, uma preferência que a lei procura resguardar, dispondo que a alienação judicial dos bens questionados será *ineficaz* em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não foi intimado da designação da hasta pública (art. 619).



A intimação deve ser feita logo após a penhora, mas não se fixa momento exato para sua realização. Apenas não poderá deixar de respeitar a antecedência mínima de dez dias do praxeamento conforme se depreende do art. [698](#).

O art. 619, naturalmente, só tem aplicação quando se tratar de credor estranho ao gravame, como um quirografário ou o titular da segunda hipoteca. Sendo o exequente o próprio credor hipotecário ou pignoratício, é claro que não terá de ser intimado pessoalmente para a hasta pública, por já se achar representado nos autos por seu advogado.

O estranho à execução, no entanto, será intimado pessoalmente ou por seu procurador com poderes especiais, através de mandado judicial que o cientificará da penhora, da avaliação, da data, local e horário da arrematação dos bens gravados.

A omissão da cautela, todavia, não redundará em nulidade da alienação, nem prejudica o direito real existente. A disposição será apenas *ineficaz* perante o credor hipotecário ou o titular do direito real. O bem passará ao poder do arrematante conservando o vínculo real em favor do terceiro não intimado.

O arrematante adquirirá o domínio, mas o bem continuará sujeito a ser executado pelo credor hipotecário ou pignoratício para satisfação de seu crédito, porque contra ele a arrematação apresentar-se-á *inoperante*, "não obstante válida entre o executado e o arrematante".<sup>(14)</sup>

Já, porém, havendo a regular intimação, a alienação judicial extingue o gravame hipotecário ou pignoratício, que ficará sub-rogado no preço, passando o bem livre e desembaraçado ao arrematante.

Com relação ao usufruto e à enfiteuse, não há desaparecimento do gravame, mesmo que o titular do direito real tenha sido intimado da hasta pública. A intimação visa apenas a evitar futuros percalços para o arrematante em face do direito de preferência que assiste principalmente ao senhorio direto.

Deve-se observar, finalmente, que só no caso de *insolvência* do devedor é que será indiscutível o direito de penhorar os bens hipotecados, apenados ou gravados de anticrese, pois o Código confere ao credor com garantia real a faculdade de embargos de terceiro "para obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese" (art. [1.047](#), nº II). Tais embargos, no entanto, serão havidos por improcedentes quando o embargado provar a insolvência do devedor (art. [1.054](#), nº I). A insolvência a que se refere o Código, nesse passo, não é a que decorre de declaração judicial na forma do art. [761](#), mas sim a de sentido prático correspondente à inexistência de outros bens do devedor para garantir a execução, conforme a clássica lição de Pontes de Miranda.<sup>(15)</sup> Ademais, mesmo havendo configuração do estado de insolvência, o credor pode preferir a execução singular, para evitar os percalços do concurso universal, que sempre depende de requerimento e cuja instauração não é obrigatória. Embargada a penhora em tal caso, poderá o credor provar a situação deficitária do devedor, levando o credor hipotecário a decair de sua pretensão, sem que haja necessidade de abrir o processo universal da insolvência. Bastará, em muitos casos, apenas provar a inexistência de *outros bens* livres do devedor (V. adiante o nº [922](#)).

## 776. Execução realizável por vários meios

O art. [620](#) dispõe que "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

Trata-se de reprodução do texto do art. 903 do Código revogado, com apenas a substituição do adjetivo "oneroso" por seu sinônimo "gravoso".

É fácil compreender o espírito do legislador, sempre preocupado em resguardar o devedor de vexames e sacrifícios desnecessários. Essa orientação pode ser entrevista quando se outorga ao executado o direito de nomear bens à penhora, quando se estabelece a impenhorabilidade de certos bens, quando se veda a penhora inútil etc.

Por isso, "se a finalidade é esta de obter o Poder Judiciário, à custa do executado, o bem devido ao exequente, é intuitivo que, quando por vários meios executivos puder executar a sentença, *id est*, quando por vários modos puder conseguir para o exequente o bem que lhe for devido, o juiz deve mandar que a execução se faça pelo menos dispendioso".<sup>(16)</sup>

O dispositivo comentado, todavia, não alcança o rito executivo nem o conteúdo da prestação a que tem direito o credor. Seu campo de incidência restringe-se aos *atos de execução*, ficando de fora as *espécies de execução*. A preocupação do legislador, *in casu*, é quanto ao *modus faciendi* apenas, como ocorreria, *in exemplis*, quando entre os vários bens penhoráveis, o órgão executivo se deparasse com um automóvel de passeio e um veículo de trabalho.

Sendo ambos de valor suficiente para garantir a execução, o juiz, à luz do art. 620, deveria ordenar a penhora do primeiro, porque a

privação da posse do último naturalmente seria mais *gravosa* para o devedor.

Capítulo XXXII - EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA  
**§ 116. PROCEDIMENTO PRÓPRIO PARA A EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE DAR**

**Sumário:** 777. Conceito. 778. Entrega de coisa certa. 779. Procedimento. 780. Efeito dos embargos. 781. Alienação da coisa devida. 782. Execução da obrigação substitutiva. 783. Execução de coisa sujeita a direito de retenção. 784. Títulos especiais de entrega de coisa: ações executivas "lato sensu". 785. Execução para entrega de coisa incerta.

**777. Conceito**

A execução para a entrega de coisa corresponde às obrigações de dar em geral, sendo indiferente a natureza do direito a efetivar, que tanto pode ser *real* como *pessoal*.<sup>(1)</sup>

Na execução de sentença de uma ação reivindicatória ter-se-á a atuação de um direito real (a propriedade). Já, numa sentença que condene o vendedor a entregar a coisa móvel ao comprador, a execução será de um direito pessoal, eis que o domínio só será adquirido pelo credor após a tradição. Ambas as hipóteses, no entanto, ensejarão oportunidade ao exercício da execução para entrega de coisa.<sup>(2)</sup>

Compreende essa modalidade de execução forçada prestações que costumam ser classificadas em *dar*, *prestar* e *restituir*. Diz-se que a prestação é de *dar* quando incumbe ao devedor entregar o que não é seu, embora estivesse agindo como dono; de *prestar*, quando a entrega é de coisa feita pelo devedor, após a respectiva conclusão; e de *restituir*, quando o devedor tem a obrigação de devolver ao credor algo que recebeu deste para posse ou detenção temporária.<sup>(3)</sup>

O objeto da prestação, em tais obrigações, nem sempre vem completamente individualizado. Por isso, o Código separou em seções distintas a execução da entrega de *coisa certa* (art. 621) e a de *coisa incerta* (art. 629), já que no último caso deve-se passar, preliminarmente, por uma fase de individualização das coisas indicadas no título executivo apenas pelo gênero e quantidade.

**778. Entrega de coisa certa**

Tal como a definia o art. 621, em sua redação primitiva a execução para entrega de coisa certa tinha cabimento contra "quem for condenado a entregar coisa certa". Assim, para o código só era admissível essa modalidade de execução forçada nos casos de títulos executivos judiciais.

A Lei nº 8.953, de 13.12.94, no entanto, modificou o texto do art. 621, eliminando a referência que outrora limitava esse tipo de execução às sentenças condenatórias. De tal sorte, passou a ser cabível a execução de obrigação de dar coisa certa ou incerta tanto com base em título judicial como extrajudicial.

Seu objeto é a *coisa certa*, isto é, coisa específica ou individualizada, que pode ser: *a) imóvel* (casas, terrenos, fazendas etc.); ou *b) móvel* (uma jóia, um automóvel etc.).

**779. Procedimento**

A execução, seja qual for, inicia-se sempre por provocação do interessado, mediante petição inicial.

Deferida a petição, o devedor será citado para, em dez dias, alternativamente:

*a)* entregar a coisa certa, individualizada na sentença, ou no título, ou

*b)* seguro o juízo, apresentar embargos (art. 621).

O prazo para entrega corre da juntada do mandado cumprido aos autos. O de defesa começa a fluir do termo de depósito, quando o próprio executado oferece o bem litigioso para segurança da execução (art. 738, nº II); ou da juntada do mandado de imissão de posse, ou de busca e apreensão no caso de apreensão judicial da coisa devida, quando o devedor não a entrega nem a deposita no prazo legal (arts. 625 e 738, nº III).

Sem o depósito ou a apreensão da coisa devida, não poderá o executado manejar os embargos à execução (art. 737, nº II).

Cumprida a citação, poderão ocorrer três situações distintas:

a) *Entrega da coisa*: O devedor acatando o pedido do credor, entrega-lhe a coisa devida. Lavra-se, então, o competente termo nos autos, dando-se por finda a execução (art. 624). Se houver condenação, também, ao pagamento de frutos e ressarcimento de perdas e danos, o processo prosseguirá sob a forma de execução por quantia certa. Naturalmente, se o *quantum* for ilíquido, ter-se-á que proceder à prévia liquidação (arts. 603/611).

b) *Inércia do devedor*: O executado deixa escoar o prazo de dez dias sem entregar a coisa e sem depositá-la. Será, então, expedido em favor do credor mandado de imissão de posse, se se tratar de imóvel, ou de busca e apreensão, se móvel. Cumprida a diligência, e juntado o mandado aos autos, terá o devedor 10 (dez) dias para apresentar embargos (art. 738, nº III). A imissão e a apreensão são provisórias durante o citado prazo. Se, porém, o devedor não embarga, finda-se a execução e a posse do credor torna-se definitiva. Havendo embargos, a solução da execução fica suspensa, na dependência da decisão do incidente. Se são julgados improcedentes a posse do credor passará a definitiva; caso contrário, devolver-se-á a coisa ao executado.

c) *Depósito da coisa*: Dentro do prazo de dez dias da juntada do mandado citatório, o devedor, em lugar de entregar, *deposita* a coisa devida em juízo. Lavra-se termo nos autos e a partir dele terá o executado dez dias para oferecer embargos (art. 738, nº II).

#### 780. Efeito dos embargos

Permitia o art. 623 que o credor levantasse o depósito, mesmo havendo oposição de embargos do devedor, desde, porém, que inoportunidade o efeito suspensivo dos embargos.

A regalia, no entanto, não tinha aplicação prática, pois, em matéria de execução de título judicial, os embargos do devedor, quando admissíveis, produzem sempre a suspensão do processo executivo, diante dos termos dos arts. 739, nº II, e 741.(4)

A Lei nº 8.953/94 veio a eliminar qualquer dúvida que ainda pudesse pairar sobre o problema, e o fez da seguinte maneira: declarou, expressamente, que todos os embargos à execução têm efeito suspensivo (§ 1º do art. 739), e inverteu a dicção do art. 623, dispondo que "depositada a coisa, o exequente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos".

#### 781. Alienação da coisa devida

Mesmo quando houver alienação da coisa devida a terceiro, se o ato de disposição ocorreu após a propositura da ação condenatória, continuará ela sujeita à execução (art. 626).

O caso é de fraude de execução, de maneira que a transferência do bem apresenta-se ineficaz perante o credor (art. 593, nº III).

Nessa hipótese, se aprouver ao credor, o mandado executivo será expedido contra o adquirente (art. 626). Este, se quiser defender sua posse ou domínio, só poderá fazê-lo após depósito da coisa litigiosa (art. 626, *in fine*).

Não sendo devedor, o adquirente terá de defender-se por meio de "embargos de terceiro".(5)

A responsabilidade executiva do adquirente é, todavia, limitada exclusivamente à entrega da coisa.(6) Se o bem, por qualquer razão, não mais estiver em seu poder, não terá o adquirente a obrigação de indenizar o credor pelo equivalente.(7) A obrigação pelo equivalente é tão-somente do devedor.

O credor, é bom notar, não está obrigado a buscar a coisa devida em poder de terceiros. Pode preferir executar o devedor pelo valor da coisa, mais perdas e danos decorrentes da alienação (art. 627).

#### 782. Execução da obrigação substitutiva

O fim específico da execução por coisa certa é a procura do bem devido no patrimônio do devedor, ou de terceiro, para entregá-lo *in natura* ao credor.

Pode, no entanto, ocorrer que o devedor se recuse a entregar a coisa, ou que tenha ela se deteriorado ou haja sido alienada.

Se a coisa ainda existe e pode ser materialmente localizada, assiste ao credor o direito de buscá-la e apreendê-la, seja no patrimônio do devedor (art. 625), seja no do terceiro adquirente, se a alienação se deu em fraude de execução (art. 626).

Mas, como já se disse, não está o credor jungido à obrigação de perseguir a coisa sonegada. De maneira que, tanto na destruição como na alienação, fica-lhe aberta a oportunidade de optar pela execução da "obrigação subsidiária" ou "substitutiva", através da qual poderá reclamar uma quantia de dinheiro equivalente ao valor da coisa, além das perdas e danos (art. 627).

Transforma-se, por essa opção, a execução de coisa certa em execução por quantia certa.

Se a sentença condenatória contiver o valor da coisa, prevalecerá ele para a execução da "obrigação subsidiária". Caso contrário, o credor far-lhe-á a estimativa, que se não for aceita pela parte contrária, causará o encaminhamento dos interessados ao processo de liquidação de sentença (art. 627, § 2º). O valor da coisa será apurado por arbitramento (art. 627, § 1º) e o das perdas e danos pelo procedimento que se mostrar adequado ao caso (arts. 603 a 610). Quando se tratar de valor determinado pelo próprio título exequendo ou quando for o caso de mercadorias cotadas em bolsa, caberá ao credor instruir seu pedido de conversão em execução por quantia certa com a competente memória de cálculo, que deverá compreender o valor atual da obrigação, isto é, o principal e todos os seus acessórios e acréscimos. Para essas simples operações aritméticas, a partir de dados certos, não haverá necessidade de liquidação por arbitramento e, muito menos, por artigos. Se o devedor discordar do cálculo, impugná-lo-á em embargos.

Liquidada a obrigação, por qualquer das formas referidas, citar-se-á o devedor para pagamento em vinte e quatro horas, prosseguindo-se de conformidade com o procedimento da execução por quantia certa.

#### **783. Execução de coisa sujeita a direito de retenção**

O direito de retenção gera a seu titular uma exceção dilatória. Não impede a condenação à entrega da coisa, mas subordina a eficácia da sentença à prévia satisfação do crédito daquele que detém o *jus retentionis*.<sup>(8)</sup>

Por isso, se o título executivo refere-se a entrega de coisa benfeitorizada pelo devedor, ou por terceiro, antes da execução é obrigatória a liquidação do valor das obras ou melhoramentos a serem indenizados pelo credor (art. 628), o que se fará de acordo com o disposto nos arts. 603 a 610.

A execução só terá início depois do depósito do valor das benfeitorias.

Poderá haver direitos do credor contra o possuidor, como os provenientes de frutos, do uso das perdas e danos etc. Se isto ocorrer, será lícita a compensação entre eles e o crédito das benfeitorias, tendo o exequente que depositar apenas a diferença que se apurar em favor do executado (art. 628).

Se na compensação o saldo favorecer ao credor, ficará prejudicado o direito de retenção e será lícito ao exequente cobrar o seu crédito, como execução por quantia certa, nos mesmos autos (art. 628, *in fine*).

A movimentação da execução forçada sem o depósito para ressarcir as benfeitorias a que alude o art. 628 faculta ao devedor a oposição de *embargos de retenção* (art. 744), que têm eficácia suspensiva.

#### **784. Títulos especiais de entrega de coisa: ações executivas "lato sensu"**

A espécie de execução que estamos analisando tem cabimento entre outros, nos julgamentos de partilha dos bens inventariados na sucessão *causa mortis*, e nas decisões de ações demarcatórias e divisórias.

Nas ações de despejo e de reintegração de posse, embora haja sentença que condena à entrega de coisa certa (prestação de dar ou de restituir), a execução de seus decisórios não segue o procedimento comum dos arts. 621 e segs. É que essas ações, além de condenatórias, são "preponderantemente executivas", no dizer de Pontes de Miranda,<sup>(9)</sup> de maneira que já tendem à execução de suas sentenças independentemente do processo próprio, da execução forçada.

Assim, no despejo, o locatário após a sentença de procedência será simplesmente notificado a desocupar o prédio e, findo o prazo da notificação, será de logo expedido o mandado *de evacuando*, sem sequer haver oportunidade para embargos do executado.<sup>(10)</sup>

Da mesma forma, na reintegração de posse, a execução da sentença faz-se por simples mandado e não comporta embargos do executado.(11)

Trata-se, como já ficou dito, de ações executivas, *lato sensu*, de modo que "sua execução é sua força, e não só efeito de sentença condenatória".(12)

Como não há embargos nessas execuções, o direito de retenção que acaso beneficie o devedor haverá de ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício.(13)

Registre-se, finalmente, a possibilidade de execução para entrega de pessoa, nos casos de guarda de menores e incapazes, execução essa que se processará sob a forma de mandado de busca e apreensão.

#### **785. Execução para entrega de coisa incerta**

A execução para entrega de coisa incerta está prevista no art. 629. Tem cabimento nos casos de condenação à entrega de coisas determinadas pelo gênero e quantidade, bem como nos casos de títulos extrajudiciais relativos a obrigações de igual natureza (art. 585, nº II). Exclui-se da execução das obrigações de dar coisa incerta, naturalmente, as de dinheiro, que, embora sendo fungível, é objeto de execução própria, a de quantia certa.

Nas obrigações de coisa incerta a escolha, segundo o título, pode ser do credor ou do devedor. Se é do credor, deverá ele individualizar as coisas devidas na petição inicial da execução. Se for do devedor, será este citado para entregá-las individualizadas a seu critério (art. 629).

Tanto a escolha do credor como a do devedor podem ser impugnadas pela parte contrária nas 48 horas seguintes à manifestação de vontade (art. 630). O prazo para a escolha do devedor é o da citação para a entrega: dez dias (art. 621).

Os critérios para a escolha são os do art. 875 do Código Civil, isto é, o devedor "não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor".

A apreciação da impugnação deve ser sumária, decidindo-a o juiz de plano. Se julgar necessário, porém, poderá louvar-se em perito, observando-se o procedimento normal dos exames periciais (art. 630).

A omissão do devedor em efetuar a escolha, quando lhe caiba esse direito, importa transferência da faculdade para o credor.(14)

Superada a fase de individualização das coisas genéricas, o procedimento da execução é o mesmo observado na entrega da coisa certa (art. 631).

FLUXOGRAMA 29: EXECUÇÃO PARA A ENTREGA DE COISA CERTA  
(arts. 621-628)



**FLUXOGRAMA 30: EXECUÇÃO PARA A ENTREGA DE COISA INCERTA**  
(arts. [629-631](#))



Capítulo XXXIII - EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER NÃO-FAZER  
**§ 117. PROCEDIMENTOS PRÓPRIOS DAS EXECUÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER**

**Sumário:** 786. *O problema da execução das prestações de fato.* 787. *Fungibilidade das prestações.* 788. *"Astreinte": a multa como meio de coação.* 789. *Distinções preliminares.* 790. *Princípios comuns.* 791. *Execução das prestações fungíveis.* 792. *Realização da prestação fungível por terceiro.* 793. *Inadimplência do terceiro arrematante.* 794. *Realização da prestação pelo próprio credor.* 795. *Execução das prestações infungíveis.* 796. *Execução das prestações de declaração de vontade.* 797. *Satisfação da contra-prestação a cargo do exequente.* 798. *A execução das sentenças que condenam à declaração de vontade.* 799. *Natureza jurídica da sentença.* 800. *Execução das obrigações de não fazer.* 800-a. *Medidas sub-rogatórias e antecipatórias.*

**786. O problema da execução das prestações de fato**

Obrigação de fazer é a que tem por objeto a realização de um ato do devedor. A de não fazer é a que importa no dever de abstenção do obrigado, isto é, em não praticar determinado ato. Uma é positiva e outra negativa.

Enquanto nas obrigações de dar a prestação incide sobre *coisas*, nas obrigações de fazer ou não fazer o objeto da relação jurídica é um *procedimento* do devedor.

Normalmente as obrigações de dar são realizáveis através de execução *específica*, mesmo quando o devedor se torna inadimplente, pois a interferência do Estado é quase sempre capaz de atingir o *bem devido* para entregá-lo ao credor.

Já com referência às obrigações de fazer acontece o contrário, visto que raramente se conseguirá a atuação compulsória do devedor faltoso para realizar a prestação a que pessoalmente se obrigou.

Há, no caso, razões de ordem prática e ordem jurídica criando obstáculos à execução forçada específica. Subordinado o cumprimento da obrigação a uma atividade ou abstenção do devedor, na ordem prática fica a prestação na dependência de sua vontade, contra a qual o Estado nem sempre dispõe de meio adequado para exigir o implemento específico. Na ordem jurídica, encontra-se o tradicional repúdio ao emprego da força contra a pessoa para constrangê-la ao cumprimento de qualquer obrigação, retratado no princípio geral de que *nemo potest cogi ad factum*.<sup>(1)</sup>

Daí o motivo pelo qual o Direito Romano proclamava que o inadimplemento das obrigações de fazer ou não fazer resolver-se-ia sempre em indenização,<sup>(2)</sup> princípio conservado, em toda pureza, pelo direito medieval e que foi contemplado no Código de Napoleão (art. 1.142).

Com o correr dos tempos, todavia, tornou-se forçosa uma distinção, que veio abrandar o rigor da impossibilidade da execução específica dessas obrigações. Estabeleceu-se, então, a diferença entre as obrigações só exequíveis pelo devedor e aquelas cujo resultado também pode ser produzido por terceiros.

Criou-se, destarte, o conceito de obrigações de fazer *fungíveis* e *infungíveis*, com soluções diversas para cada espécie no processo de execução.<sup>(3)</sup>

#### 787. Fungibilidade das prestações

Em matéria de obrigação de fazer, entende-se por prestações *fungíveis* "as que, por sua natureza, ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não as satisfaça".<sup>(4)</sup> São exemplos comuns as empreitadas de serviços rurais, como desmatamentos, plantio de lavouras, e as de limpeza ou reforma de edifícios.

Por outro lado, *infungíveis* "são as prestações que somente podem ser satisfeitas pelo obrigado, em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais",<sup>(5)</sup> como ocorre com o pintor célebre que se obriga a pintar um quadro e de maneira geral com todos os contratos celebrados *intuitu personae*. A infungibilidade pode decorrer simplesmente do contrato, pelo acordo das partes (infungibilidade convencional), ou da própria natureza da prestação (infungibilidade natural).

A grande importância da distinção que ora se faz está em que, sendo fungível a prestação, poderá o credor executá-la especificamente, ainda que contrariamente à vontade do devedor. Utilizar-se-ão, para tanto, os serviços de terceiros e o devedor ficará responsável pelos gastos respectivos (arts. 633 e 634).

Se, porém, a obrigação for de prestação infungível, a recusa ou mora do devedor importa sua conversão em perdas e danos, gerando a execução pela "obrigação subsidiária" e dando lugar à aplicação do clássico princípio de que "c'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose...".<sup>(6)</sup>

#### 788. "Astreinte": a multa como meio de coação

Além da execução por terceiro, que é objeto próprio do processo de execução, o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.

O Código prevê, expressamente, a utilização de multa diária para compelir o devedor a realizar a prestação de fazer ou não fazer. Essa multa será aquela prevista na sentença condenatória e, se omissa, a que for arbitrada pelo próprio juiz da execução (art. 644, com a redação da Lei nº 8.953/94).

Note-se, contudo, que as multas, como meios coativos, "não têm propriamente caráter executório, porque visam conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o ameaçam".<sup>(7)</sup> Não há nelas a presença da sub-rogação estatal que configura a essência da execução forçada.<sup>(8)</sup>

Confere-se ao juiz da execução poderes, também, para rever a multa antes imposta, ampliando-a ou reduzindo-a, conforme as necessidades da atividade executiva. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 644, acrescido, pela Lei nº 8.953/94 dispõe: "O valor



da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo".

A imposição, bem como a exigibilidade da multa pressupõem ser factível o cumprimento da obrigação em sua forma originária. Comprovada a impossibilidade da realização da prestação *in natura*, mesmo por culpa do devedor, não terá mais cabimento a exigência da multa coercitiva. Sua finalidade não é, na verdade, *punir*, mas basicamente, obter a prestação específica. Se isso é inviável, tem o credor de contentar-se com o equivalente econômico (perdas e danos). No entanto, se essa inviabilidade foi superveniente à imposição da multa diária, a vigência da medida prevalecerá até o momento do fato que impossibilitou a prestação originária.<sup>(9)</sup> A revogação da multa, por outro lado, torna-se cabível tanto por impossibilidade *objetiva* da prestação (o fato devido tornou-se materialmente inexequível), como por impossibilidade *subjetiva* do devedor (este caiu, por exemplo, em insolvência).<sup>(10)</sup>

### 789. Distinções preliminares

Para o manejo prático do processo de execução, é importante distinguir, inicialmente entre as obrigações *positivas* (de fazer) e as *negativas* (de não fazer). O Código regula-as em seções distintas.

Com relação às positivas, cumpre, ainda, distinguir:

- a) as de prestação *fungível*;
- b) as de prestação *materialmente infungível*; e
- c) as de prestação *apenas juridicamente infungível* (obrigações de declaração de vontade).

Isto porque o encaminhamento da execução forçada e o resultado a ser alcançado pelo credor variarão conforme se enquadre a obrigação numa das três espécies acima.

### 790. Princípios comuns

Com a nova redação do art. 632, dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, a execução das obrigações de fazer ou não fazer passou a ser cabível tanto para os títulos judiciais como para os extrajudiciais.

O início do procedimento executivo será sempre através da citação do devedor para que cumpra a obrigação em prazo determinado, seja realizando a obra ou o fato, nas prestações positivas (art. 632), seja desfazendo-os, nas negativas (art. 642).

Somente depois de verificado em juízo o não-cumprimento voluntário da obrigação, é que terão lugar os atos judiciais de execução propriamente ditos.

Há, outrossim, para o credor sempre a possibilidade de optar pela reparação das perdas e danos em lugar da obra devida, ainda que se trate de obrigação fungível (arts. 633 e 643), caso em que a execução se transforma em execução por quantia certa.

Também a multa, como meio executivo indireto, ou meio de coação, é remédio aplicável à generalidade das execuções de obrigações de fato, positivas e negativas, bastando que tenha a sanção figurado na sentença condenatória (arts. 644 e 645).

Mesmo omissa a sentença, possível será a fixação da multa pelo juiz da execução (art. 644) com a redação da Lei nº 8.953/94.

A mesma Lei criou o parágrafo único do art. 644 para estipular que "o valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo".

Em regra, porém, não se aplica a multa às obrigações de contratar ou declarar vontade, por se tratar de providência executiva totalmente desnecessária. Há, no entanto, cabimento do uso das "astreintes" quando não for possível ao juiz proferir uma sentença que substitua perfeitamente o contrato definitivo, como por exemplo se dá na hipótese de compromisso a que falte dado essencial para a lavratura do negócio principal. O adimplemento da obrigação de fazer (firmar o contrato definitivo) dependerá de fato do devedor, ou seja, do fornecimento dos dados em seu poder. A condenação, *in casu*, poderá valer-se da cominação de multa diária para forçar o devedor a adimplir sua obrigação. Já para os casos de aplicação ordinária dos arts. 639 a 641 do CPC, não tem sentido impor-se multa cominatória ao devedor, porque a sentença atingirá, por si só, o resultado prático da declaração de vontade não prestada, independentemente de qualquer concurso do inadimplente.<sup>(11)</sup>

### 791. Execução das prestações fungíveis

O início da execução será através da citação do devedor, provocada por pedido de credor (petição inicial), convocando o inadimplente a cumprir a prestação em prazo determinado (art. [632](#)).

Esse prazo é variável, podendo constar no *contrato* das partes, na *sentença* ou na *lei*, conforme as particularidades de cada caso concreto.

Se ao iniciar a execução ainda não estiver estipulado o prazo por uma das formas acima, cumprirá ao juiz assiná-lo ao devedor no ato de ordenar a citação. Para tanto, o credor requererá ao juiz que arbitre o prazo, podendo fazer sugestões de acordo com a natureza da obra a ser realizada pelo devedor.

Como já ficou assentado, as obrigações de fazer podem ser de prestação fungível ou infungível.

Qualquer que seja a natureza da obrigação, se for a prestação voluntariamente cumprida no prazo da citação, extinguir-se-á o processo executivo (art. [794](#), n° I), fato que constará de termo e será declarado em sentença (art. [795](#)).

Se o devedor conservar-se inadimplente, sendo infungível a prestação, outra alternativa não terá o credor senão a de promover a execução da obrigação subsidiária, ou seja, reclamar perdas e danos, sob o rito de execução por quantia certa (art. [638](#), parágrafo único).

Se a hipótese, no entanto, é de prestação fungível caberá ao credor, vencido o prazo da citação sem o cumprimento da obrigação, optar entre:

a) pedir a realização da prestação por terceiro, à custa do devedor; ou

b) reclamar perdas e danos, convertendo a prestação de fato em indenização, hipótese em que o respectivo valor deverá ser apurado em liquidação, na forma do disposto nos arts. [603](#) e [611](#). Apurado o *quantum debeatur*, prosseguir-se-á como execução para cobrança de quantia certa (arts. [646](#) e seguintes).

É de se notar, porém, que a hipótese de execução de prestação de fazer fungível é de raríssima aplicação prática, visto ser remota a possibilidade de sentença de condenação dessa espécie. Comumente, a recusa ou mora do devedor já são apuradas na ação de conhecimento e a sentença que se obtém manda reparar os danos decorrentes da inexecução contratual. Por consequência, a execução já terá início como de quantia certa e não de obrigação de fazer.

## **792. Realização da prestação fungível por terceiro**

Se a prestação devida é suscetível de ser realizada por terceiro, pode o juiz, a requerimento do credor, decidir que um estranho realize o fato à custa do devedor (art. [634](#), *caput*).

Requerida a execução forçada sob essa forma – o que só será possível depois de esgotado o prazo assinado para cumprimento voluntário da prestação pelo devedor – o juiz nomeará um perito que avaliará o custo da obra (art. 634, § 1º). Em se tratando de prova pericial podem os interessados indicar assistentes técnicos (art. [421](#), § 1º, n° I) e a diligência observará o sistema das perícias em geral (arts. [420 a 439](#)).

Avaliado o custo da prestação, proceder-se-á a uma concorrência pública, expedindo-se editais, cujo prazo não será superior a trinta dias (art. 634, § 1º), e do qual constará o valor da caução a ser prestada pelos concorrentes, bem como a data, local e hora do julgamento das propostas.

Os interessados encaminharão suas propostas ao juiz da execução, em envelopes lacrados, acompanhados da prova do depósito em juízo da caução estipulada para a admissão à concorrência (art. 634, § 2º).

As sobrecartas serão abertas em audiência pública, no dia, local e hora, constantes do edital, cabendo ao juiz escolher a mais vantajosa (art. 634, § 3º).

Conhecida a melhor proposta, poderá o credor exercer a opção do art. [637](#), no prazo de cinco dias, se preferir ele mesmo executar, ou mandar executar o fato por pessoa de sua confiança, o que será feito pelo valor apurado na licitação.

Caso não haja a opção do credor, o concorrente escolhido, em cinco dias, firmará termo nos autos, obrigando-se a prestar o fato, sob

pena de perder a caução da concorrência. Nova caução, de 25% do valor da concorrência, será prestada no ato da assinatura do termo (art. 634, § 5º).

Uma vez apurado o valor do fato, poderá o credor executar o devedor, sob o rito da execução por quantia certa, a fim de apurar o *quantum* necessário ao custeio da prestação.

Naturalmente, o credor só poderá reclamar o valor integral da obra se já houver realizado a contraprestação devida ao executado. Se o exequente ainda não a realizou, é claro que só poderá exigir do devedor a diferença entre o valor da arrematação e o custo que deveria pagar ao executado pela prestação. Do contrário, haveria enriquecimento ilícito.

Arrematada a obra por terceiro, o executado não tem outro dever senão o de fornecer o numerário para o devido custeio. Por isso, após a licitação, o contrato se desenvolve entre o exequente e o arrematante, não cabendo ao executado qualquer intervenção na realização do fato. Em outras palavras, “o executado não é parte” com relação ao contrato firmado pelo arrematante.<sup>(12)</sup>

Ao arrematante, portanto, é que incumbirá o dever de apresentar ao credor a obra devidamente concluída, de acordo com as condições da arrematação. Isto feito, o juiz ouvirá as partes contraentes (credor e arrematante), em dez dias, sendo possível a impugnação do credor.

Se tal ocorrer, o juiz dará por cumprida a obrigação, findado o processo. Havendo impugnação, cumprirá ao juiz decidi-la sumariamente, recorrendo, se necessário, a perito (art. 635).

### **793. Inadimplência do terceiro arrematante**

Pode ocorrer que o arrematante não preste o fato no prazo convencionado, ou que o realize de modo incompleto ou defeituoso. Se isto acontecer, será lícito ao credor requerer autorização judicial para concluir a obra ou repará-la (art. 636). Sobre o pedido, que deverá ser formulado nos dez dias seguintes à entrega da obra, ou ao vencimento do prazo convencionado, o arrematante será ouvido em cinco dias (art. 636, parágrafo único).

Estabelece-se, assim, um incidente processual com contraditório entre o credor e o arrematante, para cuja solução, geralmente, o juiz terá de recorrer a uma vistoria. Comprovada a inexecução, total ou parcial, proceder-se-á a uma perícia para avaliar o custo das despesas a serem efetuadas para a conclusão ou reparo da obra, condenando o arrematante a pagá-lo (art. 636, parágrafo único).

A caução inicialmente prestada garantirá a fiel conclusão da obra e será levantada pelo credor, à medida que se fizer necessária.

A solução é a mesma, seja no caso de entrega da obra incompleta ou defeituosa, seja no de total inexecução do fato. No primeiro caso, a caução servirá para cobrir os gastos complementares e no último para os acréscimos eventuais do custo do empreendimento, além dos prejuízos da demora (perdas e danos).

Como ensina Pontes de Miranda, o credor, uma vez avaliado o custo dos reparos ou dos prejuízos, pode levantar a caução sem necessidade de prestar contas ao arrematante, deixando inclusive de concluir a obra ou de efetuar os reparos. É de seu exclusivo interesse a realização da prestação, mas o levantamento será feito pro soluto, ficando o arrematante liberado da obrigação assumida perante o juízo da execução.<sup>(13)</sup>

### **794. Realização da prestação pelo próprio credor**

O procedimento da avaliação e arrematação da obra ou serviço (art. 634, e parágrafos) tem como primeiro escopo a fixação do valor da prestação, de maneira que o credor não fica vinculado obrigatoriamente ao vencedor da concorrência pública.

Finda a licitação, assegura-lhe a lei o direito de preferência, em igualdade de condições, para executar pessoalmente, ou através de prepostos, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato devido pelo executado (art. 637).

A arrematação, no caso de preferir o credor realizar a obra, servirá como base para a cobrança ao executado do custo da prestação, ficando a sua realização a inteiro critério e responsabilidade do exequente.

Para obter essa solução, o credor deverá exercer o seu direito de preferência perante o juiz da execução, no prazo de cinco dias contados da escolha da melhor proposta apresentada na concorrência pública (art. 637, parágrafo único).

Somente após findos os cinco dias de opção do credor, é que começará a fluir o prazo do art. 634, § 4º, para que o arrematante preste caução e firme o termo de arrematação da obra ou serviços.

## 795. Execução das prestações infungíveis

Cuida o art. 638 das obrigações infungíveis, isto é, daquelas em que a prestação, por natureza ou convenção, só pode ser prestada pessoalmente pelo devedor (Código Civil, art. 878). É o caso, por exemplo, do pintor famoso que se obrigou a fazer um quadro ou um mural. Não há possibilidade de a obra ser realizada por outrem, já que o contrato visou especificamente a pessoa do artista (contrato *intuitu personae*).

A execução, em tal hipótese, consiste em assinar um prazo ao devedor para cumprir a obrigação, citando-o para tanto (art. 638). Se houver recusa ou mora de sua parte, outra solução não há, senão a de converter a obrigação personalíssima em perdas e danos (obrigação *subsidiária*) (art. 638, parágrafo único).

Se o contrato não previu o *quantum* da indenização em caso de inadimplemento, o credor utilizará o processo de liquidação da sentença. Uma vez líquido o valor da indenização, a execução forçada tomará as feições de execução por quantia certa.

## 796. Execução das prestações de declaração de vontade

As promessas de contratar, como as de declaração de vontade em geral, representam típicas obrigações de fazer. Durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que o ato de vontade era personalíssimo (só o devedor podia prestá-lo), de modo que tais obrigações figurariam entre as infungíveis e só ensejariam perdas e danos quando descumpridas.

O Código de 1939, em boa hora, rompeu com a injustificada tradição e esposou tese contrária, isto é, no sentido da fungibilidade dessas prestações, admitindo o suprimento da declaração de vontade omitida por uma manifestação judicial equivalente (art. 1.006 e parágrafos).

Assentou-se, assim, o entendimento de que a infungibilidade das prestações de declaração de vontade até então proclamada era apenas jurídica e não essencial ou natural.

Da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro o órgão judicial pode, contra a vontade do devedor, agredir o seu patrimônio e expropriar bens para satisfação coativa da prestação a que tem direito o credor, também é lógico que pode suprir a vontade do promitente e realizar o contrato de transferência dominial a que validamente se obrigou. Não há diferença essencial ou substancial entre as duas hipóteses de agressão ao patrimônio do executado para realizar a sanção a que se submeteu juridicamente.

A concordância do devedor, o seu ato de vontade, não é fato ausente das obrigações sob apreciação. Acontece que firmando o compromisso de contratar, sem a possibilidade de arrependimento, já houve a vontade indispensável para a vinculação do promitente. A execução, por isso, poderá prescindir de nova aquiescência do obrigado.

Do pré-contrato (promessa ou compromisso) nasce, portanto, ao credor o direito à conclusão do contrato principal. Se o devedor não cumprir a obrigação, será lícito ao credor obter uma condenação daquele a emitir a manifestação de vontade a que se obrigou, por meio de uma sentença que, uma vez transitada em julgado, produzirá os efeitos da declaração não emitida (art. 641).

O art. 639 é de mais largo alcance ainda, pois admite que o pré-contrato, em determinadas condições, possa ser executado com a força do contrato definitivo, ocupando o seu lugar e gerando as consequências e obrigações que adviriam do negócio jurídico principal. Dá-se, então, a eficácia que só poderia existir se houvesse sido firmado o contrato principal prometido.

Isto será viável quando inexistir cláusula contratual em contrário e as condições do pré-contrato forem suficientes para satisfazer as exigências e requisitos do contrato definitivo. Seria oneroso, em tais condições, exigir que primeiro se obtivesse uma sentença para suprir o contrato outorgado, e depois outra que condenasse o devedor à execução do mesmo contrato.

Daí dispor o art. 639, que a sentença “produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”, admitindo, dessa forma, a cumulação de duas ações e dando lugar a que o credor, numa só decisão, alcance o estabelecimento do vínculo contratual definitivo e a condenação do devedor à prestação do contrato como se já estivera pactuado efetivamente entre os contraentes. Reconhece-se, de tal sorte, que “as promessas de contratar são obrigativas desde logo, quanto ao objeto do contrato prometido, se se observarem quanto ao fundo e à forma os pressupostos que a lei exige ao contrato prometido”.<sup>(14)</sup>

Tome-se por exemplo o caso de alguém prometer vender, sem possibilidade de arrependimento, um aparelho em vias de montagem, estipulando, desde logo, o prazo, o preço, a data de entrega e tudo mais que se requer para um contrato de compra e venda, ficando a assinatura do documento definitivo apenas na dependência da conclusão da montagem pelo promitente-vendedor. Uma vez concluída a obra por este, e havendo recusa de cumprimento do pré-contrato, o promissário não terá necessidade de obter primeiro a condenação de outorgar o contrato de compra e venda. Poderá, desde logo, obter a condenação a executar o contrato, como se já fora definitivamente estabelecido. Dá-se, no dizer de Pontes de Miranda, um “salto” que permite, no campo processual, e com base no

pré-contrato, pedir-se “a condenação como se fosse pedida a prestação do contrato”.<sup>(15)</sup> Isto, naturalmente, só é possível se a prestação já se tornou exigível. “Se ainda há de correr prazo, óbvio que só se peça o contrato”, na forma do art. 641, “aguardando-se a expiração do prazo para cumprimento dele”.<sup>(16)</sup>

#### 797. Satisfação da contraprestação a cargo do exequente

Nos casos de condenação a outorga de contrato ou a declaração de vontade, não há execução de sentença. A ação já é executiva, por sua própria natureza, e exaure-se com a sentença, que, uma vez passada em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida (art. 641).

Se o caso é de contrato sinalagmático (Código Civil, art. 1.092), como ocorre nas transferências da propriedade de coisas e outros direitos, deve o credor, para obter a sentença que irá substituir o contrato prometido, cuidar de provar que sua contraprestação foi cumprida. Se não o foi ainda, deve oferecê-la, depositando-a como medida preparatória da ação (art. 640). somente quando a contraprestação ainda não for exigível é que será lícito ao credor obter a sentença sem a prévia satisfação da obrigação que lhe toca (art. 640, *in fine*).

A falta de comprovação do resgate da contraprestação leva à carência da ação e não à sua improcedência,<sup>(17)</sup> de maneira que não impede a futura renovação de processo com o mesmo fim.

De conformidade com as cláusulas e particularidades do negócio, pode haver, também, sentença de eficácia condicionada a contraprestações futuras e ainda inexigíveis (art. 572). Se isto ocorrer, a transcrição da sentença, para os efeitos de transmissão da propriedade imobiliária, é que ficará subordinada à comprovação da oportuna satisfação da prestação do credor. Em se tratando de prova documental, o credor deverá juntá-la ao pedido de expedição do mandado de transcrição da sentença, devendo o juiz ouvir a parte contrária, antes de deferir o requerimento. Se o fato da contraprestação depender de outro tipo de prova, deverá o juiz determinar a diligência cabível, com citação do devedor, proferindo, após, decisão que reconheça o atendimento da condição da sentença. O mandado de transcrição conterá, outrossim, a sentença condenatória e a que reconheceu o cumprimento da contraprestação.<sup>(18)</sup>

#### 798. A execução das sentenças que condenam à declaração de vontade

Já ficou demonstrado que as promessas de declaração de vontade são obrigações de fazer de natureza fungível (a infungibilidade outrora defendida era apenas jurídica). Sujeitam-se, por isso, à execução forçada específica (*in natura*). Se há recusa ou mora do devedor, é possível ao Estado substituí-lo e outorgar ao credor o contrato ou a declaração de vontade que lhe assegurou o pré-contrato ou a promessa de contratar.

Obtida a sentença que condenou o devedor a emitir a prometida declaração de vontade, o atendimento da pretensão do credor não mais dependerá de qualquer atuação do promitente. A própria sentença, uma vez transitada em julgado, substituirá a declaração não emitida, produzindo todos os efeitos jurídicos a que esta se destinava. A sentença, em outras palavras, supre a declaração de vontade sonegada pelo devedor (art. 641).

Os casos mais comuns de pré-contrato ou promessa de contratar são os compromissos de compra e venda.<sup>(19)</sup> Mas o art. 641 refere-se a qualquer promessa de contratar, salvo aquelas em que se admitir a possibilidade de arrependimento. Existindo esta faculdade contratual, o devedor deverá exercitá-la na fase da contestação, pois após a sentença condenatória não haverá a oportunidade dos embargos. A sentença é auto-exeqüível e não depende da *actio iudicati* para surtir os efeitos a que se destina.

Nem mesmo no caso de sentença condicional, i. é, de eficácia sujeita à contraprestações do credor, será possível ao devedor alegar o direito de arrependimento fora da contestação, ou no intervalo entre a condenação e a contraprestação. A preclusão terá ocorrido muito antes, como adverte Pontes de Miranda.<sup>(20)</sup>

O registro da sentença não é propriamente uma forma de execução. Tem apenas a função própria dos atos de registro público: eficácia *erga omnes*, transferência dominial, criação de direito real etc., tal como ocorreria com a transcrição do contrato principal se firmado fosse diretamente pelas partes. Deve o registro, no entanto, ser feito mediante mandado do juiz da ação.

#### 799. Natureza jurídica da sentença

A sentença do art. 641 contém uma condenação, como se depreende do próprio texto legal. Trata-se, portanto, de sentença *condenatória*.<sup>(21)</sup> Mas, não apenas de condenação é a sua eficácia. A prestação jurisdicional, na sistemática do Código, a um só tempo condena o réu à declaração de vontade e, com o trânsito em julgado, produz logo “todos os efeitos da declaração não emitida” (art. 641).

Não há que se falar, destarte, em execução de tal sentença, nem mesmo sob a forma de preceito cominatório. Em face dela, na verdade o devedor “não tem nenhuma liberdade de prestar e de não prestar”.<sup>(22)</sup> Apenas com a sentença o Estado já executa a

prestação, enunciando a declaração a que estava obrigado o devedor. Pela voz do órgão judicial, “o Estado emite, pelo réu, a declaração, como lhe penhoraria os bens em qualquer ação executiva... e solveria a dívida”.<sup>(23)</sup>

Não há lugar para a *actio iudicati* porque a enunciação da declaração de vontade, feita pela sentença, já é a própria execução que se exaure no momento do trânsito em julgado.

A sentença, nessas condições, deve ser classificada como executiva lato sensu, com forma simultânea de “declaração, condenação e execução”.<sup>(24)</sup>

## 800. Execução das obrigações de não-fazer

Não há mora nas obrigações negativas.<sup>(25)</sup> Se o dever do obrigado é de abstenção, a prática do ato interdito por si só importa inexecução total da obrigação. Surge para o credor o direito a desfazer o fato ou de ser indenizado quando os seus efeitos forem irremediáveis.

É assim que dispõe o art. 642, onde se lê que “se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assinie prazo para desfazê-lo”.

Não há, propriamente, como se vê, uma execução da obrigação de não-fazer. Com a transgressão do dever de abstenção, o obrigado criou para si uma obrigação positiva, qual seja a de desfazer o fato indêbito.

Diante dessa situação, o processo executivo tenderá a uma das duas opções: desfazer o fato à custa do devedor ou indenizar o credor pelas perdas e danos (art. 643 e seu parágrafo único). No primeiro caso, teremos uma execução de prestação de fazer, e no segundo uma de quantia certa.

### 800-a. Medidas sub-rogatórias e antecipatórias

Dispõe o art. 461 do CPC, em sua redação inovada pela Lei nº 8.952/94, sobre as sentenças que julgam ações relativas ao cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer. Com o objetivo de alcançar maior efetividade da tutela jurisdicional e evitar a generalização das condenações em simples perdas e danos, o novo texto legal preconiza, entre outras medidas, as seguintes:

- a) em regra, o juiz está obrigado a conceder a tutela específica da obrigação (*caput*);
- b) deverá, ainda, ao condenar o réu ao cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer, determinar providências concretas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (*caput*);
- c) admite-se, outrossim, a antecipação de tutela, sob a forma de liminar, desde que observadas determinadas cautelas (§ 3º), podendo a medida ser, desde logo, reforçada por imposição de multa diária (§ 4º) (ver, *retro*, nº 493-a, no vol. I).

Diante de tais mecanismos, o objetivo da demanda pode vir a ser completamente realizado ainda na fase de cognição, de sorte a tornar desnecessária a *actio iudicati* segundo o complicado procedimento dos arts. 632 e seguintes. Por meio de medidas de antecipação de tutela o demandante pode, por exemplo, ser autorizado a concluir, de imediato, obra paralisada pelo réu. Demolições, reparos e interdições, igualmente, podem ocorrer antes do julgamento da causa. Assim, a sentença se limitará a aprovar definitivamente aquilo que já se fez, antecipada e provisoriamente.

Valendo-se de medidas sub-rogatórias, a sentença pode, por outro lado, simplificar o acesso do autor ao fato visado pela obrigação discutida em juízo. Em determinados casos, por exemplo, pode determinar a substituição do bem defeituoso por outro, evitando assim reparos problemáticos e ineficientes; assim como pode autorizar, de imediato, que a prestação de serviço devida pelo réu seja substituída pela locação de serviços equivalentes a cargo de terceiro. Em casos desse jaez, ter-se-á condições de fugir do rigoroso procedimento dos arts. 632 a 645, e o bem perseguido em juízo será muito mais facilmente alcançado, graças aos expedientes instituídos pelo juiz para assegurar “o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461, *caput*).

## FLUXOGRAMA 31: EXECUÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER (PRESTAÇÕES FUNGÍVEIS) (arts. 632-637)



**FLUXOGRAMA 32: EXECUÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER (PRESTAÇÕES INFUNGÍVEIS)**  
(art. [638](#))



**FLUXOGRAMA 33: EXECUÇÕES DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER**  
(arts. [642-643](#))





Capítulo XXXIV - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA  
**§ 118. NOÇÕES GERAIS**

Sumário: 801. *O objetivo da execução por quantia certa.* 802. *Execução por quantia certa como forma de desapropriação pública de bens privados.* 803. *Espécies.*

**801. O objetivo da execução por quantia certa**

O patrimônio do devedor é a garantia genérica de seus credores (Código de Processo Civil, art. [591](#)).

Ao assumir uma obrigação, o devedor contrai para si uma dívida e para seu patrimônio uma responsabilidade.

A dívida é normalmente satisfeita pelo cumprimento voluntário da obrigação pelo credor. A responsabilidade patrimonial atua no caso de inadimplemento, sujeitando os bens do devedor à execução forçada, que se opera através do processo judicial.

Quando a obrigação representada no título executivo refere-se a uma importância de dinheiro, a sua realização coativa dá-se por meio da execução por quantia certa (Código de Processo Civil, arts. [646](#) e segs.).

Não importa que a origem da dívida seja contratual ou extracontratual, ou que tenha como base material o negócio jurídico unilateral ou bilateral, ou ainda o ato ilícito. O que se exige é que o fim da execução seja a obtenção do pagamento de uma quantia expressa em valor monetário.<sup>(1)</sup>

Pode a execução por quantia certa fundar-se tanto em título judicial (sentença condenatória) como em título extrajudicial (documentos públicos e particulares com força executiva). Pode, também, decorrer da *substituição* de obrigação de entrega de coisa e da obrigação de fazer ou não fazer, quando a realização específica dessas prestações mostrar-se impossível ou quando o credor optar pelas equivalentes perdas e danos (arts. [627](#), [633](#) e [638](#), parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Consiste a execução por quantia certa em expropriar bens do devedor para apurar judicialmente recursos necessários ao pagamento do credor. Seu objetivo é, no texto do Código, "expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor" (art. 646).

Tem como atos fundamentais a *penhora*, a *alienação* e o *pagamento*,<sup>(2)</sup> podendo excepcionalmente redundar na entrega ao credor dos próprios bens apreendidos, em satisfação de seu direito.<sup>(3)</sup>

## **802. Execução por quantia certa como forma de desapropriação pública de bens privados**

Quando a Administração Pública, no desempenho de suas funções, resolve realizar uma obra pública, à custa de bens do domínio privado, tem que proceder, primeiro, à transferência de ditos bens para o domínio público, a fim de, depois, utilizar-se deles na consecução do serviço projetado.

Tal, como é óbvio, não se faz arbitrariamente, mas segundo um plano jurídico-legal que vai desde a definição do bem particular a ser utilizado até sua efetiva utilização no serviço público, mediante prévia e justa indenização ao proprietário.

Para tanto existe, no ordenamento jurídico, um processo que inicia nas vias administrativas e pode, eventualmente, se consumir na via judicial, se o particular não concordar com a indenização que lhe oferecer a Administração.

A execução por quantia certa, no âmbito da jurisdição, é um serviço público que o Estado põe à disposição do credor para realizar, coativamente, a benefício deste, mas também no interesse público de manutenção da ordem jurídica, o crédito não satisfeito voluntariamente pelo devedor, na época e forma devidas.

Partindo da regra de que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros" (Código de Processo Civil, art. [591](#)), a execução por quantia certa tem por objetivo expropriar aqueles bens do devedor inadimplente que sejam necessários à satisfação do direito do credor, como dispõe o art. [646](#) do mesmo Código de Processo Civil.

Essa expropriação executiva para obter o numerário a ser aplicado na realização do crédito exequendo se opera, ordinariamente, por meio da alienação forçada do bem afetado ao processo, seja em favor de terceiros, seja em favor do próprio credor. Mas, pode, excepcionalmente, limitar-se à instituição de um vínculo real temporário em benefício do credor, que, assim, através de um usufruto forçado extrairá do bem apreendido o rendimento que possa cobrir o crédito insatisfeito (Código de Processo Civil, art. [647](#)).

O *modus faciendi* da expropriação executiva não é, em essência, diverso do da desapropriação por utilidade ou necessidade pública.

A exemplo do que se passa na atividade da Administração Pública que se vai utilizar compulsoriamente de bens particulares, o procedimento complexo de expropriação da execução por quantia certa compreende providências de três espécies, quais sejam:

a) de *afetação* de bens;

b) de *transferência forçada* de domínio; e

c) de *satisfação* de direitos.

Isto, em outras palavras, faz da execução por quantia certa uma sucessão de atos que importam:

a) a escolha dos bens do devedor que se submeterão à sanção;

b) a transformação desses bens em dinheiro, ou na sua expressão econômica;

c) o emprego do numerário ou valor apurado no pagamento a que tem direito o credor.

### 803. Espécies

Nosso Código tratou diversamente a execução por quantia certa, conforme a situação econômico-financeira do devedor. Fixou um procedimento de índole individualista, realizado no interesse particular do credor, com aquisição de direito de preferência através da penhora, e que se destina à execução do devedor *solvente* (artigos 646 a 735). Regulou, contudo, outro procedimento para o caso do devedor *insolvente*, de caráter universal e solidarista, cujo objetivo é assegurar aos credores daquele que não dispõe de bens suficientes para a satisfação de todas as dívidas, a chamada *par condicio creditorum* (arts. 748 a 786).

No primeiro caso, o ato expropriatório executivo inicia-se pela penhora e restringe-se aos bens estritamente necessários à solução da dívida ajuizada. No segundo, há, *ad instar* da falência do comerciante, uma arrecadação geral de todos os bens penhoráveis do devedor para satisfação da universalidade dos credores.

## Capítulo XXXV - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

### § 119. FASE DE PROPOSIÇÃO

Sumário: 804. Execução por quantia certa contra devedor solvente. 805. Proposição. 806. Arresto de bens do devedor não encontrado.

### 804. Execução por quantia certa contra devedor solvente

Devedor solvente é aquele cujo patrimônio apresenta ativo maior do que o passivo.

Mas, para efeito da adoção do rito processual em questão só é *insolvente* aquele que já teve sua condição de insolvência declarada por sentença,<sup>(1)</sup> de maneira que, na prática, um devedor pode ser acionado sob o rito de execução do solvente, quando na realidade já não o é. A insolvência não se decreta *ex officio*<sup>(2)</sup> e o credor não está forçado a propor a execução concursal podendo, a seu critério, preferir a execução singular, mesmo que o devedor seja patrimonialmente deficitário.

A execução por quantia certa contra o devedor dito solvente consiste em expropriar-lhe tantos bens quantos necessários para a satisfação do credor (art. 591, do Código de Processo Civil).

A sanção a ser realizada *in casu* é o pagamento coativo da dívida documentada no título executivo.

Após a provocação do credor (petição inicial) e a convocação do devedor (citação para pagar ou garantir a execução), os atos que integram o procedimento em causa "consistem, especialmente, na apreensão de bens do devedor (*penhora*), sua transformação em dinheiro mediante desapropriação (*arrematação*) e entrega do produto ao exequente (*pagamento*)".<sup>(3)</sup>

Essas providências correspondem às fases da *proposição* (petição inicial e citação), da *instrução* (penhora e arrematação) e da *entrega do produto* ao credor (pagamento), segundo a clássica divisão do procedimento executivo recomendada por Liebman.<sup>(4)</sup>

### 805. Proposição

Não há, no processo civil, execução *ex officio*, de modo que a prestação jurisdicional executiva sempre terá que ser provocada pelo credor, mediante petição inicial, que, com as devidas adaptações, deverá conter os requisitos do art. 282. As partes serão suficientemente identificadas e qualificadas e a fundamentação do pedido será simplesmente a invocação do título executivo e do inadimplemento do devedor. Quanto ao pedido, apresenta-se ele com duplo objetivo, ou seja, a postulação da medida executiva e da citação do devedor, ensejando-lhe o prazo de 24 horas para que a prestação seja voluntariamente cumprida, sob a cominação de penhora.

A inicial será sempre instruída com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (art. 614, nº II, com a redação da Lei nº 8.953/94). A memória de cálculo tem de ser analítica, de modo a esclarecer os acessórios e acréscimos computados, evidenciando taxas e indexadores utilizados, pois somente assim o devedor terá condições de defender-se contra pretensões eventualmente abusivas ou exorbitantes do título e da lei.

Acolhida a inicial, o órgão judicial providencia a expedição do *mandado executivo*, que consiste na ordem de citação do devedor,

intimando-o a, em 24 horas, cumprir a obrigação ou nomear bens à penhora (art. 652).

O novo Código não reproduz a exigência do anterior (art. 889) de que o mandado contenha a transcrição da sentença exequenda. Deverá, no entanto, conter com as necessárias adaptações os requisitos do art. 225, dentre os quais, e obrigatoriamente, os nomes e endereços das partes, o fim da citação com as especificações da inicial e do título executivo, a cominação de penhora, a cópia do despacho que deferiu o pedido do credor, o prazo para defesa e a assinatura do escrivão.

Dada a índole não contraditória do processo de execução, a citação não é feita, propriamente, para convocar o demandado a defender-se, pois a prestação jurisdicional executiva não tende a qualquer julgamento de mérito. O chamamento do devedor é especificamente para pagar ou dar bens a penhora, conferindo-lhe, dessa forma, "uma última oportunidade de cumprir sua obrigação e, na falta, submetê-la imediatamente à atuação dos órgãos judiciários que procedem à execução".<sup>(5)</sup> Cumprida a citação completa-se a relação processual trilateral "credor-juiz-devedor" e fica o órgão executivo aparelhado para iniciar a expropriação através do primeiro ato de agressão contra o patrimônio do devedor que é a penhora.

Só depois de seguro o juízo pela penhora (art. 737, nº I), é que o devedor poderá apresentar qualquer defesa de mérito ou de natureza meramente processual. Mas, para deduzir sua oposição, deverá o devedor estabelecer uma nova relação processual incidente, fora do processo executivo propriamente dito, em que ele será o autor e o credor o réu: são os embargos à execução (art. 741 e segs.).

#### **806. Arresto de bens do devedor não encontrado**

Uma novidade do Código de 1973 constitui no dever imposto ao Oficial de Justiça encarregado do cumprimento do mandado executivo, de arrestar bens do devedor, suficientes para garantir a execução, sempre que não conseguir localizá-lo (art. 653).

Após essa medida cautelar, tomada *ex officio*, o Oficial conservará o mandado em seu poder e durante dez dias procurará o devedor, três vezes, para tentar realizar a citação; não o encontrando, devolverá o mandado em cartório, certificando a ocorrência (art. 653, parágrafo único).

O credor será intimado do arresto e terá 10 (dez) dias para requerer a citação por edital do devedor, com as cautelas normais dessa forma de convocação do demandado. Findo o prazo fixado no edital, correrão as vinte e quatro horas para pagamento da dívida ou nomeação de outros bens à penhora pelo devedor. Não havendo manifestação do interessado, o arresto será convertido em penhora (art. 654).

A medida do art. 653 é posterior às diligências da citação. Havendo justo receio, no entanto, com base no art. 615, nº III, é lícito ao credor pedir o arresto, logo na petição inicial, para que a apreensão de bens do devedor se realize antes mesmo da diligência citatória. Feito o arresto, o oficial de justiça prosseguirá, citando o executado.

Por outro lado, em se tratando de medida excepcional e provisória, a duração do arresto, em qualquer caso, estará subordinada à citação do devedor no prazo legal. Descumprido o disposto no art. 654, o arresto ficará sem efeito.<sup>(6)</sup>

Observe-se, também, que o arresto não elimina o direito de o devedor nomear bens à penhora no prazo de 24 horas após a citação. Cumprida a citação, portanto, poderá o executado substituir o bem arrestado, desde que observe o disposto nos arts. 655 e 646.

A circunstância, outrossim, de prever o Código a citação por edital é, na espécie, apenas uma regalia para o credor, que, por isso mesmo, não exclui a aplicação de outras formas citatórias comuns como o mandado (se o devedor deixou de ocultar-se) ou a citação com hora certa (se continua a maliciosa obstrução da diligência), se assim preferir o exequente.

### **Capítulo XXXVI - FASE DE INSTRUÇÃO (I)**

#### **§ 120. PENHORA**

Sumário. 807. *A penhora como o primeiro ato expropriatório da execução forçada por quantia certa.* 808. *Natureza jurídica da penhora.* 809. *Função da penhora.* 810. *Efeitos da penhora perante o credor, o devedor e terceiros.* 811. *Inscrição da penhora que recai sobre imóvel.* 812. *Inscrição da penhora de imóvel em face da Lei de Registros Públicos.*

#### **807. A penhora como o primeiro ato expropriatório da execução forçada por quantia certa**

A execução por quantia certa é, como já se afirmou, um serviço público que o Estado realiza dentro da função jurisdicional, à custa de bens particulares.

Assim como o processo de desapropriação por utilidade pública tem seu primeiro ato fundamental no decreto de declaração de

utilidade pública do bem particular que vai ser utilizado pela Administração, também no processo executivo da quantia certa há um ato inicial destinado a definir o bem do devedor que irá se submeter à expropriação judicial para realização da sanção, que, no caso, é o serviço público desempenhado pelo órgão judicial.

Esse ato fundamental do processo executivo de que estamos cuidando é a *penhora*. É a penhora, *ad instar* da declaração de utilidade pública, o primeiro ato por meio do qual o Estado põe em prática o processo de expropriação executiva.(1)

Tem ela a função de individualizar o bem, ou os bens, sobre os quais o ofício executivo deverá atuar para dar satisfação ao credor e submetê-los materialmente à transferência coativa, como anota Micheli.(2)

É, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa.(3)

Com esse ato inicial de expropriação, a responsabilidade patrimonial, que era genérica, até então, sofre um processo de *individualização*, mediante apreensão física, direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor.(4)

Diz-se, outrossim, que a penhora é um ato de *afetação* porque sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, "à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução", que é a função pública de "dar satisfação ao credor".(5)

Ressalvada a diferença final de objetivos, há, como se vê, identidade de fenômeno jurídico na expropriação executiva e na desapropriação administrativa comum. E entre a penhora e a declaração de utilidade pública se estabelece paridade de funções nos dois procedimentos cotejados.

#### **808. Natureza jurídica da penhora**

Três correntes principais, na doutrina, procuram definir, de formas diversas, a natureza jurídica da penhora:

a) uma que a considera como medida cautelar;

b) outra que lhe atribui unicamente a natureza de ato executivo; e

c) uma terceira que, em posição intermediária, a trata como ato executivo que tem também efeitos conservativos.(6)

A primeira tese, a nosso ver, deve ser desde logo descartada, pois não é a penhora medida que se tome como eventual instrumento de mera segurança ou cautela de interesse em litígio, como especificamente ocorre com as providências cautelares típicas, *ad instar* do sequestro, do arresto e similares.

Lembra Micheli que longe da eventualidade e da acessoriedade que caracterizam as medidas cautelares, a penhora "constitui um momento *necessário* do processo executivo (de expropriação)".(7)

Através de sua indispensável presença é que se dá o primeiro passo nos atos executivos tendentes a realizar a transferência forçada dos bens do devedor. É ela, a penhora, que realiza a função de individualizar os bens sobre que o juízo executivo deverá proceder para satisfazer a pretensão do credor. É certo que resguarda ditos bens de desvios e deterioração, conservando-os sob custódia até que se ultime a expropriação. Mas, "uma coisa é a função cautelar de uma providência, insere em um processo diverso, e outra coisa é a função cautelar de todo um processo (Carnelutti). Por conseguinte, o fato de que a penhora tenha a função de preservar os bens de subtrações e deteriorações, de modo a fazer possível o posterior desenvolvimento da expropriação, não autoriza a considerar dita penhora como uma providência cautelar, absolutamente igual aos sequestros (conservativos e judiciais), os quais, por sua vez acionam, através de um processo funcionalmente autônomo, uma específica medida cautelar. A penhora, pelo contrário – conclui Micheli –, tem uma finalidade própria bem determinada".(8)

Nem se pode pretender que seja a penhora ato de natureza mista, participando ao mesmo tempo da natureza executiva e cautelar, pois, sendo a prevenção mero efeito secundário do ato, o que importa para definir sua natureza ou essência é o seu objetivo último, que, sem dúvida, é o de iniciar o processo expropriatório.

Dai por que o entendimento dominante na melhor e mais atualizada doutrina é o de que a penhora é simplesmente um *ato executivo* (ato do processo de execução), cuja finalidade é a individuação e preservação dos bens a serem submetidos ao processo de execução, como ensina Carnelutti. Trata-se, em suma, do meio de que se vale o Estado para fixar a responsabilidade executiva sobre determinados bens do devedor.(9)

Ugo Rocco, que também reconhece à penhora a qualidade de um *ato de império* do órgão jurisdicional executivo, julga, no entanto, e na preocupação de levar a análise até às últimas consequências, que a natureza do ato que estamos examinando não fica suficientemente definida se nos limitarmos a afirmar que se trata de um *ato processual*, ou ato do processo de execução.

Ultrapassando o plano processual, para o ilustre e renomado processualista peninsular, o que define a essência ou a natureza da penhora é ser ela um ato que configura "*declaração de vontade dos órgãos jurisdicionais*, emitida no exercício do poder jurisdicional de império, endereçada à realização coativa do direito, e pertencente à categoria das *ordens positivas* (mandados) ou *negativas* (proibições)".<sup>(10)</sup>

Encara Rocco, portanto, a penhora em dois planos:

1) no plano de *estrutura*, é o ato processual complexo do órgão executivo, composto de operações de caráter instrumental destinadas à "formulação de uma ordem de indisponibilidade dos bens sujeitos à realização coativa".<sup>(11)</sup> e

2) no plano da *natureza jurídica* propriamente dita, é declaração de vontade soberana do Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, no exercício da função de realizar coativamente o direito.

Atentando, porém, à tripartição da função jurisdicional em cognição, execução e prevenção, o certo é que a penhora se manifesta como o primeiro ato executivo com que o Estado, na execução por quantia certa, agride o patrimônio do devedor inadimplente, para iniciar o processo de expropriação judicial necessário à realização coativa do direito credor.

A declaração de vontade estatal que a penhora revela é a de sujeitar os bens por ela individualizados e apreendidos à expropriação executiva iniciante, subtraindo-os, dessa maneira, à livre disponibilidade do devedor e de terceiros. Não há mesmo que se ver nesse ato a preocupação apenas de conservar os bens atingidos. "A eficácia conservativa, ou cautelar, dos bens, não representa, na espécie, outra coisa que o efeito indireto da indisponibilidade a que se submetem os bens", por força imediata da penhora.<sup>(12)</sup>

## 809. Função da penhora

Antes de tudo, a penhora importa *individualização, apreensão e depósito* de bens do devedor, que ficam à disposição judicial (CPC, arts. 664 e 665), tudo com o objetivo de subtrai-los à livre disponibilidade do executado e sujeitá-los à expropriação. Para esse mister o agente do órgão judicial há, primeiramente que *buscar* ou *procurar* os bens do devedor, respeitando, porém, a faculdade que a lei confere ao próprio devedor de fazer a escolha, desde que obedecidas as preferências e demais requisitos legais de validade da nomeação de bens à penhora (CPC, arts. 655 e 656).

Individualizados os bens que haverão de dar efetividade à responsabilidade patrimonial, segue-se o ato de *apreensão* deles pelo órgão executivo, e a sua entrega a um *depositário*, que assumirá um encargo público, sob o comando direto do juiz da execução, ficando, assim, responsável pela guarda e conservação dos bens penhorados e seus acessórios, presentes e futuros.

Aperfeiçoada a penhora, pela apreensão e depósito dos bens, bem como pela lavratura do competente termo processual, surge, para o devedor, e para terceiros, a indisponibilidade dos bens afetados pela execução.

O devedor já não poderá mais realizar, livremente, a transferência de domínio ou posse de ditos bens, sob a pena de ineficácia perante o credor exequente, dos atos jurídicos que vier a praticar em tal sentido.

Além disso, no sistema processual alemão, introduzido entre nós pelo art. 612 do novo Código de Processo Civil, a penhora cria para o credor que a promove uma *preferência*, que, em face dos demais credores quirografários do devedor comum, equivale a "um direito real sobre os bens penhorados".<sup>(13)</sup>

Nasce para o exequente, assim, uma verdadeira garantia *pignoratícia*, similar ao penhor convencional ou legal, como "terceira espécie do direito de penhor" ( de direito material), de cuja natureza participa, e cujos princípios informativos podem ser-lhe aplicados por analogia, como observa Rosenberg.<sup>(14)</sup>

Aliás, se se reconhece à penhora a força de *seqüela*,<sup>(15)</sup> representada pela ineficácia das alienações diante do gravame judicial, e se se proclama o direito de *preferência* dela emergente, oponível a qualquer outro credor que não tenha privilégio ou garantia anteriores,<sup>(16)</sup> não é mesmo difícil equiparar a penhora a uma espécie da figura geral da garantia pignoratícia.

Diante do quadro aqui esboçado, pode-se, enfim, reconhecer à penhora a tríplice função de:

a) individualizar e apreender efetivamente os bens destinados ao fim da execução;

b) conservar ditos bens, evitando sua deterioração ou desvio; e

c) criar a preferência para o exequente, sem prejuízo das prelações de direito material estabelecidas anteriormente.

Observe-se, outrossim, que uma primeira penhora não impede que outras, de diversos credores, venham a atingir o mesmo bem.

Mas a ordem ou gradação das penhoras fixa, entre os credores quirografários, a ordem de preferência para os pagamentos, de acordo com o tempo do nascimento do direito pignoratício processual de cada credor, segundo a regra do *prior tempore, portior iure* (CPC, art. 613).

Por fim, cumpre anotar que a preferência da penhora, que não exclui os privilégios e preferências instituídos anteriormente a ele (art. 709, nº II, do CPC), é de aplicação apenas à execução contra devedor *solvente*, não prevalecendo no concurso contra devedor *insolvente* (art. 612), "onde as preferências são apenas as da lei civil" (art. 769).(17)

### 810. Efeitos da penhora perante o credor, o devedor e terceiros

A eficácia da penhora irradia-se em três direções, ou seja, perante o credor, perante o devedor e perante terceiros.

Para o credor, a penhora especifica os bens do devedor sobre que irá exercer o direito de realizar seu crédito, passando a gozar, sobre eles e perante os demais credores quirografários, de um especial direito de prelação e seqüela, como já demonstramos.

Para o devedor, a consequência da penhora é a imediata perda da posse direta e da livre disponibilidade dos bens atingidos pela medida constritiva.

A corrente mais antiga que examinava dita eficácia entendia que, pela penhora, paralisava-se o direito *dominial* do devedor, que restava privado do poder de disposição. Privado, portanto, o executado do direito de dispor, os bens seriam inalienáveis, enquanto perdurasse o gravame judicial.

Na realidade, contudo, não é bem isto que ocorre; o melhor entendimento é aquele que não admite sequer falar em nulidade dos atos de alienação praticados pelo devedor sobre os bens penhorados. A apreensão judicial, decorrente da penhora, não retira os bens da posse (indireta) e do domínio do dono. Ditoss bens ficam apenas vinculados à execução, sujeitando-se ao poder sancionatório do Estado.(18) Não se verifica, porém, sua total indisponibilidade ou inalienabilidade. O efeito da penhora, como bem registrou Lopes da Costa, "é o de tornar *ineficaz* em relação ao exequente os atos de disposição praticados pelo executado sobre os bens penhorados".(19)

Por isso mesmo, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com inteiro acerto, que o fato de os bens acharem-se onerados com penhora "não constitui obstáculos ao respectivo registro translatício da propriedade, que, no domínio do novo proprietário, permanecerá suportando os gravames nela incidente".(20)

Com efeito, o devedor, pela penhora, não deixa de ser o proprietário dos bens apreendidos judicialmente. Só a expropriação final acarretará a extinção de seu direito dominial. Ficam afetados, contudo, seus poderes *diretos* sobre a utilização dos bens.

Esvaziam-se, assim, os poderes jurídico-materiais que definem o gozo direto da coisa, reduzindo-se o executado à situação de nuproprietário, representada pela detenção de "um simples poder jurídico de disposição do direito".(21)

Se, em razão do depósito decorrente da penhora, decorre a indisponibilidade *material* absoluta, "quanto à disposição *jurídica*", como acaba de dizer-se, rege o princípio oposto da livre disponibilidade do direito, apenas com a limitação da ineficácia dos respectivos atos, para com a execução, independentemente de declaração judicial, isto é, tendo-se os atos como válidos e eficazes em todas as direções menos em relação à execução, para a qual são havidos como se não existissem (*tanquam non essent*)."(22)

Juridicamente, portanto, nada impede que o executado venda, doe, permute, onere seu direito sobre o bem penhorado, pois, nada obstante, "o efeito da penhora não se exerce sobre o *direito* (substancial) do credor, nem correlativamente, sobre a *obrigação* (substancial) do devedor a respeito dele; senão sobre a *responsabilidade* do devedor, correlativamente, sobre a *ação* (*executiva*) do credor, a qual pode continuar exercitando-se como se o devedor não houvesse disposto do bem penhorado; portanto, a penhora atua em prejuízo de terceiros que tenham adquirido um direito real ou pessoal, ou ainda somente um privilégio, sobre o bem penhorado, no sentido de que, não obstante tal aquisição, o bem continua submetido à expropriação em prejuízo do terceiro e em favor do credor exequente e dos credores intervenientes".(23)

A ineficácia da transferência perante o exequente não decorre no caso, de uma comum fraude de execução, de maneira que seu

reconhecimento independe de prova ou mesmo de alegação de qualquer prejuízo efetivo sofrido pelo credor. O ato de disposição atenta contra uma situação processual, de natureza pública, violando a função jurisdicional que o Estado exerce na execução forçada. Não há que se cogitar nem de má-fé do devedor, nem de boa-fé do adquirente. A transmissão dos bens penhorados, perante a execução, será sempre inoperante.

Não é cabível, por outro lado, falar-se em nulidade ou em anulabilidade da alienação. O caso é simplesmente de indisponibilidade relativa, isto é, de atuação apenas em face do credor exequente. A disposição feita pelo devedor em desatenção à penhora é, no entanto, sempre válida como ato jurídico perfeito praticado entre ele e o adquirente. Tanto que, remida a execução pelo pagamento da dívida *sub iudice* e levantada a penhora, nenhum vício se encontrará para obstar a plena eficácia da alienação, que subsistirá inteiramente entre as partes que a realizaram. Houvesse nulidade na disposição dos bens penhorados (por inalienabilidade), nenhum efeito dela resultaria, em qualquer circunstância, segundo o princípio clássico do *quod nullum est, nullum effectus producit*.

Vimos, até agora, os efeitos da penhora perante o credor e, especialmente, perante o devedor.

Mas, a penhora produz, também, eficácia contra terceiros, em duas circunstâncias, especialmente:

a) quando o crédito ou bem do executado atingido pela penhora está na posse temporária de terceiro, este fica obrigado a respeitar o gravame judicial, como depositário, cumprindo-lhe o dever de efetuar sua prestação em juízo, à ordem judicial, no devido tempo, sob pena de ineficácia do pagamento direto ao executado ou a outrem (CPC, arts. [671](#), [672](#) e [676](#));

b) além disso, há o efeito geral e *erga omnes* da penhora que faz com que todo e qualquer terceiro tenha que se abster de negociar com o executado, em torno do domínio do bem penhorado, sob pena de ineficácia da aquisição perante o processo e permanência do vínculo executivo sobre o bem, mesmo que passe a integrar o patrimônio do adquirente.

#### **811. Inscrição da penhora que recai sobre imóvel**

Como se vê do exposto, a penhora é ato público, solene e de eficácia *erga omnes*, produzindo alterações consideráveis no relacionamento jurídico entre as partes da execução e entre estas e terceiros, no que diz respeito aos bens sobre que recai a medida executiva.

Tem, na verdade, a penhora, a força de constituir uma nova situação jurídica para os bens por ela afetados. Essa *constitutividade*, que, segundo Celso Neves, caracteriza a penhora, vinculando bens à execução forçada e determinando sua eficácia *erga omnes*, no direito processual português, assim como no alemão, só se aperfeiçoa, se imóvel a coisa penhorada, mediante inscrição no registro público competente.<sup>(24)</sup>

Entre nós – esclarece o mesmo processualista, em lição que levou em conta o texto original do CPC – embora a Lei dos Registros Públicos estabeleça a inscrição da penhora no registro imobiliário competente, essa formalidade não tem sido considerada essencial ao aperfeiçoamento do ato jurídico processual executório de apreensão. "A *fortiori*, será dispensável essa providência, a partir da entrada em vigor do Código de 1973, que não a exige. Antes considerando efetuada a penhora "mediante a apreensão e o depósito dos bens" – sem qualquer distinção entre móveis e imóveis – este Código deixa explícita a inocuidade *processual* da inscrição."

Ainda, conforme a autorizada lição de Celso Neves, a exigência de certas legislações, de inscrição, da penhora, seria "evidente superfeição", porque a constitutividade e a eficácia *erga omnes* da penhora decorrem de atos jurídicos processuais, próprios de uma relação de direito público como é a do processo de execução, razão pela qual, "pela sua natureza mesma, são providos daquela eficácia, impondo-se a todos".<sup>(25)</sup> Assim, também, pensava Pontes de Miranda.<sup>(26)</sup>

Na jurisprudência, reiteradamente se decidia que "manifesta é a fraude à execução na venda de imóvel penhorado", não se cogitando de saber se houve ou não a inscrição da penhora no registro imobiliário".<sup>(27)</sup> O que tornava certo que, também, nossos tribunais esposavam a tese da eficácia plena perante terceiros da penhora, mesmo não levada a registro. Essa, porém, não é a orientação que atualmente vigora nos Tribunais, como a seguir se demonstrará.

#### **812. Inscrição da penhora de imóvel em face da Lei dos Registros Públicos**

A respeito da penhora de imóvel, dois regimes aparentemente antagônicos se entreviam, quando se cotejava o Código de Processo Civil e a Lei dos Registros Públicos. Enquanto esta qualificava como obrigatório o registro da penhora para produzir efeito contra terceiros (art. [240](#)), o Código dispunha que se devia considerar feita a penhora mediante a apreensão e depósito dos bens, seguindo-se a lavratura do auto, sem qualquer exigência registral (art. [664](#)).

Havia aqueles que defendiam a prevalência da Lei de Registros Públicos sobre o Código de Processo Civil, de sorte que haveria em nosso direito dois momentos de eficácia para a penhora:



1º) o momento de eficácia para as partes da execução, atingido apenas com o *ato processual executivo*, nos termos que o regula o Código de Processo Civil; e

2º) o momento de eficácia *erga omnes*, ou de oponibilidade da penhora a terceiros, só atingido a partir da sua *inscrição* no registro público, na forma da Lei nº 6.015/73.(28)

Pensávamos, porém, que a legislação registrária não teria objetivado alterar o sistema processual, mas apenas cogitara de um expediente de publicidade. A eficácia natural da penhora, instituto eminentemente processual, não dependia de inscrição no registro público para atingir seus objetivos dentro da execução forçada, se sua lei específica a tanto não se referia. A eficácia *erga omnes* é inerente à constrição executiva, já que sua função outra coisa não é senão de "formulação de uma ordem de indisponibilidade dos bens sujeitos à

expropriação executiva", no dizer de Rocco.(29) Daí a necessidade de que a penhora produza efeitos sempre em três direções, ou seja, do credor, do devedor e de terceiros: para o credor, fixa os bens do executado que irão cumprir a garantia da responsabilidade patrimonial; para o devedor, inibe a disponibilidade dos mesmos bens; e para os terceiros, provoca a situação de terem de sujeitar-se à expropriação executiva caso venham a adquirir ditos bens.(30)

Se a lei específica da penhora não sujeitava sua eficácia ao registro, não se deveria extrair tal condicionamento de norma estranha, que evidentemente não teve o propósito de interferir na sistemática dos atos executivos praticados em juízo.

No entanto, com o advento da Lei nº 8.953 de 13.12.94, que acrescentou o § 4º ao art. 659, do Código de Processo Civil, houve uma profunda alteração no mecanismo da penhora sobre bens imóveis, porque, dentro do regime do procedimento executivo se passou a exigir que se procedesse não mais ao simples auto ou termo de penhora no bojo do processo, mas também que, em se tratando de imóvel, o ato constitutivo teria de ser levado à inscrição no registro público competente.

Não se exigiu, contudo, que essa inscrição fosse condição para intimação do devedor a produzir seus embargos. Logo, para o processo de execução, a penhora já estará completa apenas com o respectivo auto. A exigência da posterior inscrição no registro imobiliário só poderá ter o objetivo de divulgá-la *erga omnes*. Diante dessa nova orientação legal, passou a prevalecer, realmente, a dicotomia dos efeitos da penhora, ou seja, efeito para o processo internamente a partir do correspondente ato processual, e efeito perante terceiros, a partir do assentamento do gravame no registro público.(31)

Dentro dessa nova disciplina processual da penhora imobiliária, o principal efeito prático foi sobre a configuração da fraude de execução, pois havendo necessidade do registro para o ato executivo ultrapassar as fronteiras do processo, não ocorrendo tal assentamento e vindo o terceiro, de boa-fé, a adquirir o bem penhorado em negócio direto com o executado, inviável será qualificar-se de fraudulento o respectivo negócio. Isto porque a penhora de imóvel não mais goza de eficácia *erga omnes* a não ser por via de seu lançamento no registro competente.(32)

## § 121. OBJETO DA PENHORA

**Sumário:** 813. Bens penhoráveis e impenhoráveis. 814. Bens absolutamente impenhoráveis. 814-a. A impenhorabilidade do imóvel de residência da família. 815. Bens relativamente impenhoráveis. 816. A penhorabilidade dos fundos líquidos do sócio em sociedade mercantil. 817. Limites da penhora. 818. Escolha dos bens a penhorar. 819. Gradação legal da nomeação de bens à penhora e outras exigências da lei a serem cumpridas pelo devedor. 820. Nomeação de bens pelo credor. 821. Bens fora da Comarca.

### 813. Bens penhoráveis e impenhoráveis

A penhora visa dar início, ou preparação, à transmissão forçada de bens do devedor, para apurar a quantia necessária ao pagamento do credor.

Pressupõe, destarte, a responsabilidade patrimonial e a transmissibilidade dos bens.

É o patrimônio do devedor (ou de alguém que tenha assumido responsabilidade pelo pagamento da dívida) que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros estranhos à obrigação ou à responsabilidade.

Além do mais, só os bens alienáveis podem ser transmitidos e, conseqüentemente, penhorados. Nosso Código de Processo Civil é, aliás, expresso em dispor que "não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis" (art. 648).

A regra básica, portanto, é que a penhora deve atingir os bens negociáveis, ou seja, os que se podem normalmente alienar e converter no respectivo valor econômico.(33)

Não obstante essa regra de que são penhoráveis os bens alienáveis ou negociáveis do devedor, o certo é que, por razões de outra ordem que não apenas a econômica, há, na lei que regula a execução por quantia certa, a enumeração de bens que, mesmo sendo disponíveis por sua natureza, não se consideram, entretanto, passíveis de penhora, muito embora, ordinariamente, o devedor tenha o poder de aliená-los livremente e de, por iniciativa própria, convertê-los em numerário, quando bem lhe aprouver.

Assim, o art. 649 do Código de Processo Civil enumera vários casos de bens patrimoniais disponíveis que são absolutamente impenhoráveis, como as provisões de alimento, o anel nupcial, os retratos de família, os vencimentos e salários, os livros, máquinas, utensílios e ferramentas necessários ao exercício da profissão, as pensões e montepios, o seguro de vida etc.

Essa limitação à penhorabilidade encontra explicação em razões diversas, de origem ético-social, humanitária, política ou técnico-econômica.(34)

A razão mais comum para a impenhorabilidade de origem não-econômica é a preocupação do Código de preservar as receitas alimentares do devedor e de sua família. Funda-se num princípio clássico da execução forçada moderna, lembrado, entre outros, por Lopes da Costa, segundo o qual, "a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana".(35)

Isto quer dizer que, segundo o espírito da civilização cristã de nossos tempos, não pode a execução ser utilizada para causar a extrema ruína, que conduza o devedor e sua família à fome e ao desabrigo, gerando situações aflitivas inconciliáveis com a dignidade da pessoa humana. E não é por outra razão que nosso Código de Processo Civil não tolera a penhora de certos bens econômicos como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida etc.

É, outrossim, com apoio em princípio análogo ou correlato, que deve o juiz da execução impedir atos executivos ruinosos, dos quais nenhum benefício se extraia para o credor, e para o devedor só possa advir ruína e prejuízos injustificáveis, tal como ocorre com a penhora de bens que mal sejam suficientes para as despesas do processo e com a arrematação de bens a preço vil.(36)

Finalmente, além dos bens absolutamente impenhoráveis, isto é, dos bens que em nenhuma hipótese serão penhorados (Código de Processo Civil, art. 649), prevê a lei outros casos em que a impenhorabilidade se manifesta apenas em caráter relativo. São bens que, por razões especiais, o Código procura preservar em poder do devedor, só autorizando sua excussão à falta de outros valores econômicos disponíveis no patrimônio do executado. O art. 650 do Código de Processo Civil aponta, nessa categoria, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, bem como as imagens e os objetos do culto religioso, desde que de grande valor.

#### **814. Bens absolutamente impenhoráveis**

Para o Código atual (art. 649), englobando-se situações tanto de direito material como processual, são absolutamente impenhoráveis.

*I – Os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução:*

Os bens públicos são sempre impenhoráveis, dada a sua intrínseca inalienabilidade (Código Civil, art. 67). Não há penhora na execução contra a Fazenda Pública (art. 730).

Os bens particulares podem se tornar inalienáveis ou apenas impenhoráveis, em atos de vontade unilaterais ou bilaterais, como nas doações, testamentos, instituição do bem de família etc. Caso de impenhorabilidade de larga aplicação prática é o dos bens vinculados às cédulas de crédito rural enquanto não resgatado o financiamento (Decreto-Lei nº 167, de 14.02.67, art. 69).

Observe-se, a propósito, que o Decreto-Lei nº 167, que é lei especial, não foi revogado pelo Código, de maneira que suas normas, que aliás, não conflitam com as da nova codificação, subsistem em vigor.(37)

Por se não permitir que os bens "objeto de penhor ou hipoteca constituídos pelas cédulas de crédito rural" sejam penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, o que criou o legislador para os órgãos financiadores da economia rural foi mais do que uma garantia real, pois conferiu-lhes "verdadeira garantia exclusiva".(38)

Essa imunidade executiva que envolve os bens vinculados às cédulas rurais hipotecárias e pignoratícias não é absoluta e deve cessar quando se decreta a insolvência do devedor, já que do concurso universal de credores não se exclui nenhum credor, a não ser a Fazenda Pública;(39) e não prevalece, obviamente, quando a execução é movida pelo próprio titular da garantia cedular.

*II – As provisões de alimento e de combustível necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês:*

Inspira-se o preceito na preocupação do Estado de assegurar a solidariedade social, respeitando a dignidade humana em suas necessidades mínimas de decência e sobrevivência.

### III – *O anel nupcial e os retratos de família:*

O valor de tais bens pouco importa. Sua preservação do alcance da execução é homenagem a sentimentos nobres da generalidade do povo.

### IV – *Os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia:*

A remuneração do trabalho pessoal, de maneira geral, destina-se ao sustento do indivíduo e de sua família. Trata-se, por isso, de verba de natureza alimentar, donde a sua impenhorabilidade.

Reserva o Código, porém, a sujeição dos proventos à execução nos casos de dívida proveniente de prestação de alimentos, na forma da lei civil, que poderá, inclusive, ser feita através de desconto na folha de pagamento (art. [734](#)).

### V – Os equipamentos dos militares:

Compreendem-se no dispositivo os fardamentos, armas e demais utensílios empregados pelos militares em sua atividade profissional.

### VI – *Os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão:*

A impenhorabilidade, no caso, decorre do dever que cabe ao Estado de assegurar condição de trabalho a todos os cidadãos. Protege-se, assim, o "ganha-pão", em qualquer atividade profissional lícita, qualquer ocupação, arte ou ofício, desde as mais rudimentares até as mais sofisticadas, dos trabalhadores braçais até aos profissionais liberais.

O privilégio, todavia, é apenas daqueles que vivem do trabalho pessoal próprio, de maneira que não se inclui no dispositivo apreciado firma comercial, individual ou coletiva.[\(40\)](#)

Deve-se observar, outrossim, que a profissão que torna as coisas do devedor impenhoráveis há de ser exercida *atualmente*, isto é, na ocasião da penhora.[\(41\)](#)

Note-se, finalmente, que a lei considera impenhoráveis não apenas os bens indispensáveis ao exercício da profissão, mas também os *úteis* a tal finalidade.[\(42\)](#)

### VII – *As pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família:*

A impenhorabilidade prende-se, aqui, ao destino dos bens preservados, todos eles ligados à subsistência pessoal e familiar do devedor.

### VIII – *Os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas:*

Os materiais são, por antecipação, parte integrante da obra. Como tal só podem ser penhorados se o todo for.

### IX – *O seguro de vida:*

A função de seguro de vida é criar em favor de terceiro (o beneficiário) "um fundo alimentar".[\(43\)](#) Dessa natureza jurídica é que decorre a impenhorabilidade do seguro de vida.[\(44\)](#)

### X – *O imóvel rural:*

Quando for de pequenas dimensões (até um módulo, segundo a legislação agrária), e desde que seja o único de que disponha o devedor. A impenhorabilidade, porém, não ocorrerá quando a gleba for objeto de hipoteca para fins de financiamento agropecuário

(o inciso X do art. 649 foi acrescentado pela Lei nº 7.513, de 09.07.86).[\(45\)](#)

#### **814-a. A impenhorabilidade do imóvel de residência da família**

A Lei nº 8.009, de 29.03.90, instituiu também a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, por qualquer dívida, salvo apenas as exceções de seus artigos [3º e 4º](#).

Para os efeitos dessa impenhorabilidade a Lei nº 8.009 considera "residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente" (art. 5º). Havendo pluralidade de imóveis utilizados para aquele fim, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5º, parág. único).

O benefício da lei em questão atinge o solo, a construção, as plantações, as benfeitorias e todos os equipamentos ou móveis que guarneçam a casa, desde que quitados (art. 1º, parág. único).

Também o locatário foi beneficiado pela impenhorabilidade, ficando a medida restrita aos bens móveis que guarneçam sua residência e que sejam de sua propriedade e já se achem quitados (art. 2º, parág. único).

As exceções da impenhorabilidade da Lei nº 8.009 são as seguintes:

a) veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (art. 2º, *caput*);

b) não prevalece a impenhorabilidade, nem do imóvel, nem dos seus acessórios se a execução for movida (art. 3º):

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – pela cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (Lei nº 8.245, de 18.10.91).

c) ainda, deixará de incidir a impenhorabilidade quando o devedor, sabendo-se insolvente, adquirir de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga (art. 4º).

#### **815. Bens relativamente impenhoráveis**

Consideram-se bens relativamente impenhoráveis aqueles cuja penhora a lei só permite quando inexistirem outros bens no patrimônio do devedor que possam garantir a execução.

Pelo art. [650](#), são os seguintes os bens relativamente impenhoráveis:

I – os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas;

II – as imagens e os objetos do culto religioso, sendo de grande valor.

A inalienabilidade, normalmente, não atinge os frutos da coisa gravada. Mas a penhora de tais frutos e rendimentos só pode ocorrer se não se encontrarem outros bens livres do devedor, ou se os encontrados não forem suficientes para garantir a execução.

Há, todavia, dois casos em que a impenhorabilidade desses frutos e rendimentos é *absoluta*:

1º) quando se destinarem a alimentos de incapazes, mulheres solteiras, viúvas, desquitadas, ou pessoas idosas; e

2º) quando o negócio jurídico que instituir a impenhorabilidade estender, também, o gravame aos frutos.<sup>(46)</sup>

Por sua vez, as imagens e os objetos do culto religioso são bens, de ordinário, absolutamente impenhoráveis, em homenagem ao sentimento piedoso da coletividade.

Tendo em vista, porém, principalmente as coleções de arte, permite o Código que esses objetos possam ser penhorados, desde que sejam de "grande valor" e não disponha o devedor de outros bens para garantir a execução.

### **816. A penhorabilidade dos fundos líquidos do sócio em sociedade mercantil**

Registra-se, desde longa data, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que apenas os fundos líquidos que o sócio tenha como credor da sociedade comercial podem ser penhorados; não assim a sua cota social, que, salvo na hipótese de sociedade anônima, não seria um valor disponível, mas parte do próprio capital da pessoa jurídica, sem o qual esta não pode subsistir.<sup>(47)</sup>

Daí o corolário inevitável, para os que pensam dessa maneira, de que a cota social do devedor ou "a fração do capital social é *impenhorável*".<sup>(48)</sup>

Argumentam, mais, os adeptos desse entendimento que as sociedades, inclusive as limitadas, são formadas *intuitu personae*, de sorte que seria inadmissível que, por via da penhora e conseqüente arrematação da cota, um estranho viesse a imiscuir-se na sociedade, assumindo a posição de sócio contra ou sem a vontade dos demais participantes do contrato social.<sup>(49)</sup>

Os argumentos, sem embargos das excelentes autoridades que os prestigiam, não me convencem do acerto da radical posição dos que se opõem, intransigentemente, à penhorabilidade da participação do sócio no capital social da empresa econômica.

Embora a pessoa jurídica tenha personalidade e patrimônio próprios, a conseqüência obrigatória desse fato me parece que é a de que não responderá ela, como pessoa jurídica, pelas dívidas dos sócios, nem vice-versa. Mas não se me afigura razoável dizer que o capital da sociedade não integra o patrimônio do sócio, a nenhum título.

Ora, o patrimônio de qualquer pessoa natural se compõe de todos os valores de expressão econômica de que possa usufruir e dispor. E nesse sentido é inegável que a criação e manutenção da pessoa jurídica, no plano comercial, se fazem apenas no interesse lucrativo dos respectivos sócios. A sociedade, na verdade, existe para servir aos sócios, para assegurar-lhes lucros e rendimentos. É um instrumento, enfim, da atividade econômica dos seus componentes.

A personalidade jurídica que o direito atribui ao ente criado pelos sócios não lhe retira esse apanágio de criatura dos sócios com o fim único de lhes servir no plano econômico.

Ademais, não perde o sócio o domínio sobre a sua cota social, pois, na dissolução da sociedade deverá ser reembolsado de parcela do acervo societário que lhe seja correspondente. E, no caso de sucessão hereditária, seus herdeiros receberão ditas cotas, ou pelo menos o seu equivalente econômico, como parcela integrante do inventário e partilha do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

A posição do sócio não é, de tal arte, a de alguém que apenas tenha perdido a propriedade dos bens que deu para a formação do patrimônio social. Ao contrário: por não configurar a espécie uma *doação*, a verdadeira posição do sócio é a de real credor, perante a pessoa jurídica, do valor correspondente à sua cota-parte no acervo social. E tanto é, realmente, assim, que o capital social, na contabilidade mercantil figura entre as verbas do *passivo* da empresa.

A meu entender, o desvio de ótica que cometem os que negam a penhorabilidade da cota social se prende ao fato de focalizarem apenas o *contrato* entre os sócios, deixando de lado o principal, para os credores, que não é o vínculo social, mas a expressão ou o produto que desse vínculo se pode extrair em conversão econômica.

A qualidade de sócio me parece que, inegavelmente, é personalíssima e, assim, nas sociedades *intuitu personae*, não pode ser expropriada e transferida a terceiro por arrematação em execução forçada.

Mas, a expressão dessa qualidade no patrimônio do devedor, isto é, o que representa essa participação na sociedade para a economia do devedor, esse valor ou esses haveres me parece que não podem ser sonegados à responsabilidade patrimonial, sob pena de colocar o sócio em posição de suprema e injusta vantagem perante o credor insatisfeito, que não consegue executar seu devedor, por falta de bens particulares, embora seja titular de meios econômicos expressivos empregados em sociedade comercial, não raras vezes detentora de vultosos patrimônios e recursos.

O que urge reconhecer é que a cota do sócio integra o patrimônio da pessoa jurídica apenas enquanto aquele conserva sua condição plena de sócio. Rompida a relação econômica entre os sócios, o valor da cota é um crédito como qualquer outro, que o respectivo titular pode exigir e dispor como o condômino exige seu quinhão e dispõe dela ao dissolver-se a comunhão.

Respeitada, portanto, a impenhorabilidade da qualidade personalíssima de sócio, não vejo obstáculo a que a penhora incida sobre a expressão econômica da participação do devedor nos bens sociais.

A arrematação ou adjudicação da cota social, destarte faz-se por meio de sub-rogação apenas econômica do adquirente sobre os direitos do sócio de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade, a fim de receber seus haveres na empresa, nunca, como adverte Amílcar de Castro, como substituição ao devedor, como se fosse, na qualidade de novo sócio, um sucessor do devedor.<sup>(50)</sup>

Daí por que se me afigura melhor o entendimento de que a penhora dos fundos líquidos do sócio deve alcançar não apenas os créditos dele perante a sociedade, mas igualmente sua cota-parte no patrimônio social.

Essa possibilidade de penhora da própria cota social está, aliás, implicitamente reconhecida pelo novo Código de Processo Civil, cujo art. 720 regula, de maneira expressa, o usufruto forçado sobre *quinhão do sócio na empresa*, como uma das formas de pagamento ao credor na execução por quantia certa. Ora, para se chegar a essa modalidade de pagamento, é claro que a cota do sócio teria que, previamente, ter sido submetida à penhora.

Ainda no regime do CPC revogado, o Colendo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo chegou a admitir a penhora de cota social e mereceu, por isso, aplausos de Luiz Gastão Paes de Barros Leães.<sup>(51)</sup>

Mais recentemente, e já sob o império do Código de 1973, voltou o 1º Tribunal de Alçada Civil paulista a decidir que "o quinhão social integra o patrimônio do sócio e responde pelas suas dívidas, com a ressalva de que a eventual arrematação ou adjudicação do quinhão penhorado não importa em transmissão de qualidade

de sócio, mas apenas de direito orientado à solução da dívida, ainda que à custa da dissolução da sociedade".<sup>(52)</sup> Atualmente, pode-se afirmar que, sob a liderança do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência está se firmando no sentido de que "a penhorabilidade das cotas, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida".<sup>(53)</sup>

#### **817. Limites da penhora**

A execução por quantia certa há de agredir o patrimônio do devedor até apenas onde seja necessário para a satisfação do direito do credor. E deve fazê-lo, também, apenas enquanto tal agressão representar alguma utilidade prática para o fim colimado pela execução forçada.

Em outras palavras, o Código institui dois limites à penhora:

a) deve atingir apenas os bens que bastem à satisfação do crédito exequendo, com seus acessórios, inclusive gastos do processo (arts. 659 e 685); e

b) não deve ser realizada, nem mantida, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 659, § 2º).

Não pode, em suma, a penhora ser nem *excessiva*, nem *inútil*.

#### **818. Escolha dos bens a penhorar**

Cabe ao devedor, no prazo de 24 horas que se segue à citação, nomear os bens sobre que virá incidir a penhora (art. 652).

Essa nomeação de bens funciona como um direito e um ônus processual, pois se não é exercitada cria para o executado o dever de suportar a apreensão dos bens que forem encontrados (art. 659).

A validade da nomeação de bens, pelo devedor, depende dos seguintes requisitos:

- a) observar o prazo máximo de 24 horas a contar da citação (art. 652, *caput*), que é preclusivo;
- b) respeitar a gradação legal contida no art. 655;
- c) observar as condições do art. [655](#), § 1º;
- d) respeitar a vinculação de determinados bens à obrigação por força de lei, contrato ou ato judicial, nos casos de preferência, cauções ou garantias reais (art. 655, § 2º, e [656](#), nº II);
- e) não incorrer nas vedações do art. 656, nºs III a VI.

A nomeação de bens pode ser feita diretamente ao oficial de justiça encarregado da citação, que certificará a ocorrência, ou por petição dirigida ao juiz.

Sobre a nomeação do devedor sempre será ouvido o credor, cabendo ao juiz marcar-lhe prazo razoável para opinar. As dúvidas acaso suscitadas serão decididas de plano pelo juiz (art. [657](#)).

Aceita a nomeação, o juiz assinará prazo ao executado para exhibir a prova de propriedade dos bens e, quando for o caso, apresentar a certidão negativa de ônus (art. 656, parágrafo único). Uma vez atendida a exigência, a penhora será reduzida a termo nos autos (art. 657), com intimação do devedor e depósito dos bens, ficando aberto o prazo de embargos (art. [738](#), nº I).

Não cumprida a exigência, a nomeação perderá a eficácia, devolvendo-se ao credor o direito de apontar os bens a serem penhorados (art. 657, *in fine*).

A irregularidade da nomeação do devedor, porém, não torna automaticamente nula ou ineficaz a penhora, posto que ao credor pode ocorrer aceitá-la nas condições em que se achar.

Há, na verdade, uma faculdade para o credor de assumir o encargo de escolher o bem que deva garantir a execução, faculdade essa que, por sua própria natureza, poderá ser exercitada ou não, de acordo com as conveniências da parte.

#### **819. Gradação legal da nomeação de bens à penhora e outras exigências da lei a serem cumpridas pelo devedor**

A eficácia da nomeação de bens à penhora pelo devedor depende, segundo o art. [655](#), de respeitar-se a seguinte ordem de preferência:

I – dinheiro;

II – pedras e metais preciosos;

III – títulos da dívida pública da União ou dos Estados;

IV – títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;

V – móveis;

VI – veículos;

VII – semoventes;

VIII – imóveis;

IX – navios e aeronaves;

X – direitos e ações.

A jurisprudência também tem entendido que "a gradação legal estabelecida para efetivação da penhora não tem caráter rígido, podendo, pois, ser alterada por força de circunstâncias e atendidas as peculiaridades de cada caso concreto, bem como o interesse das partes litigantes".<sup>(54)</sup>

O art. 656 acrescenta ao problema da gradação legal mais algumas restrições, que podem invalidar a nomeação de bens à penhora feita pelo devedor.

Assim, ocorrerá, também, a ineficácia da nomeação, quando:

I – havendo bens no foro da execução, o devedor tenha apontado outros, situados fora da circunscrição do juízo;

II – havendo bens livres e desembarcados, o devedor tenha nomeado outros que não o sejam;

III – o valor dos bens escolhidos for insuficiente para garantir a execução;

IV – ocorrer, no ato de nomeação, a falta de indicação do *valor* dos bens, ou de qualquer das especificações e indicações a que se referem os nos I a IV, do § 1º, do art. 655.

A Lei nº 8.953, de 13.12.94, acrescentou o inciso V ao § 1º do art. 655, para deixar claro que entre os requisitos de eficácia da nomeação de bens à penhora pelo devedor figura a respectiva atribuição de valor.

Todas essas restrições do art. 656 atuam somente no pressuposto da existência de outros bens do devedor que possam escapar de seu alcance. Assim, se, por exemplo, o devedor só possuir bens fora da comarca ou só onerados, a nomeação que incidir sobre eles será plenamente eficaz e, naturalmente, não poderá ser rejeitada pelo credor.

## **820. Nomeação de bens pelo credor**

A nomeação de bens à penhora pelo exeqüente tem cabimento em duas hipóteses:

a) quando o devedor não a faz nas 24 horas após a citação; e

b) quando a nomeação do devedor é declarada ineficaz, na forma do art. 656.

Pode o credor nomear os bens ao próprio oficial de justiça ou ao juiz de execução em petição.<sup>(55)</sup> Cabendo, porém, ao oficial de justiça apenas cumprir os atos executivos que lhe determinar o juiz (art. 537) a nomeação feita deverá ser submetida a despacho judicial e realizada, posteriormente, através de mandado complementar ao da citação,<sup>(56)</sup> ou de adendo ao mandado primitivo.

## **821. Bens fora da Comarca**

Os bens são penhorados no local em que se encontram, pois a penhora compreende sua efetiva apreensão e entrega a um depositário, à ordem judicial (art. 664).

Por isso, quando o devedor não tiver bens no foro da causa, "far-se-á a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação" (art. 658).

Isto quer dizer que "a penhora não pode ser efetuada por Oficial de Justiça fora da Comarca em que serve".<sup>(57)</sup>

Mas, se a nomeação dos bens é feita pelo próprio devedor, que assume o encargo de depositário perante o juiz da execução, permite-se que se lave o respectivo termo nos autos principais, "mesmo que os bens estejam em outra comarca, independente de precatória".<sup>(58)</sup> Nesse caso, a carta precatória só será necessária para a avaliação e praxeamento do bem penhorado.<sup>(59)</sup>



## § 122. REALIZAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DA PENHORA

**Sumário:** 822. Penhora pelo oficial de justiça. 823. Resistência à penhora: arrombamento e emprego de força policial. 824. Auto de penhora e depósito e penhora por termo do escrivão. 825. Intimação da penhora.

### 822. Penhora pelo oficial de justiça

Passadas as vinte e quatro horas da citação sem que o devedor resgate a dívida ou nomeie bens à penhora, o oficial de justiça encarregado do mandado "penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios" (art. 659).

O mandado executivo é um só, para citação e penhora, de modo que após a primeira diligência não é juntado aos autos. Permanece em poder do oficial que, comprovando em cartório que não houve no prazo legal o pagamento ou a nomeação de bens, realizará a segunda diligência: a penhora dos bens que encontrar.

No regime do Código anterior a penhora era feita por dois oficiais, o da citação e um *companheiro* (art. 928). Para o novo Código basta, ordinariamente, um só oficial, conforme se depreende dos termos claros do art. 659.

Somente quando houver resistência (art. 663) ou necessidade de arrombamento (art. 661) é que a penhora será realizada por dois oficiais.

Na escolha dos bens a penhorar, o oficial procurará evitar prejuízos desnecessários ao devedor, atentando para a regra do art. 620, que determina seja a execução feita pelo modo menos gravoso para o executado. Dará preferência aos bens livres e observará, quanto possível, a gradação legal.(60)

Efetua-se a penhora "onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública". Na última hipótese, porém, a medida será precedida de "requisição do juiz ao respectivo chefe" (art. 659, § 1º).

Como a execução não visa à ruína do devedor, mas à satisfação do direito do credor, o oficial não realizará a penhora "quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução" (art. 659, § 2º). Cuida-se de evitar a chamada execução *inútil*.

Ocorrendo essa hipótese, e também quando não se encontrar quaisquer bens penhoráveis, "o oficial descreverá na certidão os que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor" (art. 659, § 3º). A medida visa dar ao juiz e ao credor condições de apreciar e controlar a deliberação do oficial de não realizar a penhora.

### 823. Resistência à penhora: arrombamento e emprego de força policial

Quando o devedor mantiver fechada a casa, a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial não poderá usar violência por iniciativa própria. Deverá comunicar a ocorrência ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento (art. 661), pois a penetração em casa alheia, sem a observância das formalidades legais, mesmo para realização de diligência judicial, configura crime de violação de domicílio (Código Penal, art. 150, § 2º).

Uma vez autorizado o arrombamento, expedir-se-á novo mandado, cujo cumprimento será feito por dois oficiais de justiça, em presença de duas testemunhas, lavrando-se, a seguir, auto circunstanciado de toda a diligência, que poderá compreender ruptura de portas, móveis e gavetas, onde presumivelmente se acharem os bens procurados (art. 661). O auto será assinado pelos oficiais e pelas testemunhas.

A resistência do devedor ao cumprimento do mandado de penhora configura o crime do art. 329 do Código Penal vigente. Quando tal se der, o oficial comunicará o fato ao juiz, a quem compete requisitar a necessária força policial, cuja função será "auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem" (art. 662).

No caso de resistência, como no de arrombamento, a diligência requer o concurso de dois oficiais de justiça e a presença de testemunhas. O auto de resistência será lavrado em duplicata, sendo uma via entregue ao escrivão do processo para ser junta aos autos e outra à autoridade policial, juntamente com o preso (art. 663).

O auto em questão, que servirá de base para o início da ação penal, deverá conter, além da descrição circunstanciada da ocorrência, "o rol de testemunhas, com a sua qualificação" (art. 663, parágrafo único).

#### 824. Auto de penhora e depósito e penhora por termo do escrivão

A penhora implica retirada dos bens da posse direta e livre disposição do devedor. Por isso, será feita "mediante a apreensão e depósito dos bens", seguindo-se a lavratura de um só *auto*, redigido e assinado pelo oficial de justiça (art. 664). Naturalmente, também o depositário terá de assiná-lo.

Se não for possível concluir todas as diligências no mesmo dia, como nas apreensões de mercadorias e outros bens numerosos, lavrar-se-ão autos separados e parciais para as tarefas cumpridas em cada dia. Também, se houver mais de uma penhora, como no caso de vários devedores solidários ou de apreensão de bens situados em locais diferentes, lavrar-se-á para cada qual um *auto*" (art. 664, parágrafo único).

O auto de penhora, de acordo com o art. 665, deve conter:

I – a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita a diligência;

II – os nomes do credor e do devedor;

III – a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos;

IV – a nomeação de depositário dos bens.

Quando a nomeação dos bens é feita em juízo, por petição deferida pelo Juiz, não há a diligência do oficial de justiça para realizar a penhora. Aí quem formaliza o ato processual é o escrivão, mediante lavratura de *termo* nos próprios autos do processo. Assim, a diferença entre *auto* e *termo* de penhora é a seguinte:

a) o *auto* é elaborado pelo oficial de justiça, fora do processo, em diligência cumprida fora da sede do juízo;

b) o *termo* é redigido pelo escrivão, no bojo do processo, pois, na sede do juízo.

#### 825. Intimação de penhora

Formalizada a penhora, mediante a lavratura do competente auto (art. 665), o oficial de justiça intimará o devedor para embargar a execução, se lhe aprouver, em dez dias (art. 669).

Quando a penhora é feita por termo do escrivão, nos autos do processo, a intimação se confunde com o próprio ato processual, visto que o devedor terá de participar da lavratura do termo, firmando-o, através de seu advogado, juntamente com o serventuário da Justiça.

É conveniente, todavia, para maior clareza e para evitar controvérsias, que o escrivão faça constar do termo que a parte ficou intimada do prazo de embargos.

Recaindo a constrição sobre imóveis, e sendo casado o devedor, exige a lei que se faça a intimação da penhora também ao seu cônjuge (art. 669, parágrafo único).

A *ratio essendi* da norma é a de observar o litisconsórcio necessário de ambos os cônjuges, que a lei impõe em qualquer processo judicial que gire em torno de bem imóvel pertencente à pessoa casada (art. 10 e parágrafo único).

Além da intimação obrigatória do cônjuge, a penhora de imóvel sujeita-se, também, a inscrição necessária no Registro Imobiliário (art. 659, § 4º, acrescido pela Lei nº 8.953/94).

A intimação da penhora ao devedor e ao cônjuge são, porém, atos anteriores à inscrição no Registro Imobiliário, de sorte que o prazo de embargos não fica prejudicado ou protelado pela eventual demora da diligência cartorária na promoção do assento registral.

Não se deve, todavia, prosseguir nos atos finais de praxeamento e arrematação, sem a consumação do assento da penhora no registro público, por se tratar de ato que passou a integrar a essência do gravame, em face principalmente da necessidade de proteger os

interesses de todos os que se envolvem nas vendas judiciais.

## § 123. PENHORAS ESPECIAIS

**Sumário:** 826. Particularidades da penhora de certos bens. 827. Penhora de créditos e outros direitos patrimoniais. 828. Penhora de direitos e ações. 829. Penhora sobre créditos do executado. 830. Sub-rogação do exequente nos direitos do executado. 831. Penhora no rosto dos autos. 832. Penhora sobre créditos parcelados ou rendas periódicas. 833. Penhora de empresas e outros estabelecimentos. 834. Empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. 835. Penhora de navio ou aeronave. 836. Multiplicidade de penhoras sobre os mesmos bens.

### 826. Particularidades da penhora de certos bens

A penhora das *coisas corpóreas* (móveis ou imóveis) se faz mediante apreensão física, com deslocamento da posse para o depositário, que é o agente auxiliar do juízo, encarregado da guarda e conservação dos bens penhorados. Assim, lavrado o auto de penhora e depósito, perfeita se acha a garantia da execução.

Há, porém, outros cuidados e algumas particularidades a observar quando a penhora recai sobre bens incorpóreos ou mesmo algumas coisas corpóreas de natureza especial.

Nos arts. [671](#) e seguintes, o Código regula, com especialização, a penhora de créditos, empresas, navios e aeronaves, conforme veremos nos tópicos seguintes.

### 827. Penhora de créditos e outros direitos patrimoniais

Os direitos do devedor contra terceiros, quando de natureza patrimonial, são penhoráveis, desde que possam ser transferidos ou cedidos, independentemente de consentimento do terceiro.[\(61\)](#) A penhorabilidade dos direitos exige dois requisitos, portanto:

a) o valor econômico; e

b) a livre cessibilidade.[\(62\)](#)

### 828. Penhora de direitos e ações

Incluem-se entre os direitos e ações penhoráveis as dívidas ativas, vencidas e vincendas, as ações reais, reipersecutórias, ou pessoais, para cobrança de dívidas, as quotas de herança em inventários, os fundos líquidos do devedor em sociedades civis ou comerciais e todos os demais direitos similares.[\(63\)](#)

Não podem, contudo, ser penhorados os direitos do arrendatário de gleba rural, que decorrem de contrato sinalagmático não transferível.[\(64\)](#) Também o direito real de usufruto não pode ser penhorado, por se tratar de bem jurídico inalienável (Código Civil, art. [717](#)). Admite-se, todavia, a penhora do exercício do usufruto, como um direito pessoal transferível e de valor econômico.[\(65\)](#) Pela mesma razão, permite-se a penhora de título de sócio de sociedade civil, quando negociável,[\(66\)](#) bem como do direito de uso de telefone,[\(67\)](#) ou dos direitos decorrentes do compromisso de compra e venda de imóvel.[\(68\)](#)

### 829. Penhora sobre créditos do executado

A penhora sobre crédito do devedor é feita, normalmente, por intimação ao terceiro obrigado (art. [671](#), n° 1) para que "não satisfaça a obrigação senão por ordem da justiça, tornando-se ele deste momento em diante depositário judicial da coisa ou quantia devida, com todas as responsabilidades inerentes ao cargo".[\(69\)](#)

O credor do terceiro (i. é., o executado) também deve ser intimado "para que não pratique ato de disposição do crédito" (art. [671](#), n° II).

O novo Código eliminou a publicação de editais que o Estatuto de 1939 exigia para divulgação da penhora perante terceiros interessados (art. [934](#)).

A penhora de crédito representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos de crédito, realiza-se pela apreensão efetiva do documento, esteja ou não em poder do devedor (art. [672](#)).

Não sendo encontrado o título, mas havendo confissão do terceiro sobre a existência da dívida, tudo se passará como nos casos comuns de penhora de créditos, isto é, o terceiro "será havido como depositário da importância" (art. 672, § 1º), ficando intimado a não pagá-la a seu credor (o executado).

O terceiro responsável pelo crédito penhorado só obtém exoneração depositando em Juízo a importância da dívida (art. 672, § 2º).

Se ocorrer a hipótese de o terceiro negar o débito, em conluio com o devedor, a quitação que este eventualmente lhe der, será ineficaz perante o exequente, por configurar fraude de execução (art. 672, § 3º).

Nos casos de penhora de créditos, a fim de esclarecer e definir a situação, pode o credor requerer que o juiz determine o comparecimento do devedor e do terceiro para, em audiência, especialmente designada, tomar os seus depoimentos (art. 672, § 4º).

### **830. Sub-rogação do exequente nos direitos do executado**

A penhora em direito e ação sub-roga o credor nos direitos do executado, até a concorrência do seu crédito (art. 673), que assim poderá mover contra o terceiro as ações que competiam ao devedor.

Se o credor, por meio da sub-rogação, não conseguir apurar o suficiente para saldar seu crédito, poderá prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor (art. 673, § 2º).

É facultado ao credor preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, o que se fará através de arrematação, devendo, porém, a opção ser exercida nos autos no prazo de dez dias contados da realização da penhora do crédito (art. 673, § 1º).

### **831. Penhora no rosto dos autos**

Quando a penhora alcançar direito objeto de ação em curso, proposta pelo devedor contra terceiro, ou cota de herança em inventário, o oficial de justiça, depois de lavrado o auto de penhora, intimará o escrivão do feito para que este averbe a constrição na capa dos autos, a fim de se tornar efetiva, sobre os bens que, oportunamente, "forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor" (art. 674).

Não é, porém, penhora de direito e ação a que se faz sobre bens do espólio em execução de dívida da herança, assumida originariamente pelo próprio *de cujus*. Esta é penhora *real* e filhada, isto é, "feita com efetiva apreensão e conseqüentemente depósito dos bens do espólio."<sup>(70)</sup> Não é cabível, nesse caso, falar-se em penhora no rosto dos autos, ocorrência que só se dá quando a execução versar sobre dívida de herdeiro e a penhora incidir sobre seu direito à herança ainda não partilhada.

### **832. Penhora sobre créditos parcelados ou rendas periódicas**

A penhora pode recair sobre créditos vincendos exigíveis em prestações ou sujeito a juros periódicos. Quando isto ocorre, o terceiro fica obrigado a depositar em juízo os juros, rendas ou prestações à medida que se vencerem. O exequente, após cada depósito, observado o art. 588, nº II (quando for o caso), poderá levantar as importâncias respectivas, abatendo-as parceladamente de seu crédito, conforme as regras da imputação em pagamento, que constam dos arts. 991 a 994 do Código Civil (art. 675 do CPC).

Não tolera a jurisprudência, porém, a penhora sobre a fêria diária de um estabelecimento comercial, por afetar o capital de giro da empresa.<sup>(71)</sup> Deve-se, no caso, penhorar não a renda, mas o próprio estabelecimento, segundo as regras especiais do art. 677.<sup>(72)</sup>

### **833. Penhora de empresas e outros estabelecimentos**

Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o depositário será um administrador nomeado pelo juiz (art. 677, *caput*).

A preocupação do legislador aqui é com a continuidade da exploração econômica, que não deve ser tolhida pela penhora, em face da função social que desempenham as empresas comerciais, industriais e agropastoris.

A este administrador incumbe organizar o plano de administração, no prazo de dez dias após a investidura na função (art. 677). Sobre tal plano serão ouvidas as partes da execução, cabendo ao juiz decidir sobre as dúvidas e divergências suscitadas (art. 677, §

1º).

Podem as partes, outrossim, ajustar entre si a forma de administração, escolhendo depositário de sua confiança. Esta solução, naturalmente, só tem cabimento quando haja inteiro e expreso acordo de ambas as partes, caso em que o juiz apenas homologará por despacho a deliberação dos interessados (art. 677, § 2º).

O sistema depositário-administrador visa a impedir a ruína total e a paralisação da empresa, evitando prejuízos desnecessários e resguardando o interesse coletivo de preservar quanto possível as fontes de produção e comércio e de manter a regularidade do abastecimento.

O novo Código foi omissivo a respeito dos emolumentos do administrador, mas é curial que haja uma remuneração para sua quase sempre pesada e onerosa função, a qual, à falta de regulamentação no regimento de custas, deverá ser arbitrada pelo juiz.

Como adverte Amílcar de Castro, "o administrador não está exposto à ação de depósito, mas à de prestação de contas, sujeitando-se por esta, à pena de remoção, sendo seqüestrados, os bens sob sua guarda, e glosados quaisquer prêmios ou gratificações a que tenha direito".<sup>(73)</sup>

#### **834. Empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público**

Se a executada for empresa que exerça serviço público, sob regime de concessão ou permissão, a penhora, conforme a extensão do crédito, poderá atingir a renda, determinados bens, ou todo o patrimônio da devedora. Mas o depositário ou administrador será escolhido, de preferência, entre seus diretores (art. 678).<sup>(74)</sup>

A penhora não deve prejudicar o serviço público delegado. O depositário apresentará, portanto, a forma de administração e o esquema de pagamento do credor, nos casos de penhora sobre renda ou determinados bens. Se versar sobre toda a empresa, a execução prosseguirá até final arrematação ou adjudicação, sendo porém obrigatória a ouvida do poder público concedente, antes do praxeamento (art. 678, parágrafo único).

#### **835. Penhora de navio ou aeronave**

O devedor, quando a penhora atingir aeronave ou navio, não ficará impedido de continuar utilizando tais veículos nos seus serviços normais de navegação, enquanto não ultimada a alienação judicial (art. 679).

O depositário, na espécie, será de preferência um dos diretores da empresa devedora. O juiz, porém, ao conceder a autorização para navegar ou operar, condicionará a utilização da regalia à comprovação, pelo devedor, da contratação dos seguros usuais, de modo que o navio ou o avião só poderá sair do porto ou do aeroporto depois de atendida essa cautela (art. 679).

#### **836. Multiplicidade de penhoras sobre os mesmos bens**

No sistema do Código revogado a incidência de mais de uma penhora sobre os mesmos bens resolvia as execuções em concurso de credores.

Para o novo Código só há concurso universal mediante provocação específica; e a penhora cria para o credor exequente um direito de preferência que não é afetado pela superveniência de outras penhoras de terceiros.

Mas, como o bem penhorado é *objeto* da ação de execução e sendo ele comum a mais de um processo executivo, é forçoso reconhecer conexão entre as várias ações em que a penhora atinja os mesmos bens do devedor comum, conforme a regra do art. 103 do CPC, que se aplica, também, à execução forçada, *ex vi* do art. 598, do mesmo Código.

Assim, sempre que houver sujeição dos mesmos bens a várias penhoras, poderá o juiz de competência preventiva (arts. 106 e 219) ordenar a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam ultimadas simultaneamente (art. 105 do CPC).

Essa, aliás, é a solução recomendada expressamente pelo direito italiano.<sup>(75)</sup>

### **§ 124. ALTERAÇÕES E RESGATE DA PENHORA**

**Sumário:** 837. *Modificações da penhora.* 838. *Remição da execução por quantia certa.*

### 837. Modificações da penhora

Apreendido o bem e entregue ao depositário, lavrado o auto ou termo e intimado o devedor, tem-se por perfeita a penhora, que, via de regra, é irretratável.

Admite-se, contudo, em casos especiais, que a penhora possa sofrer modificações, particularmente, depois da avaliação, sob as formas de *substituição* de bens, *ampliação* e *redução* de seu alcance, e ainda, por *renovação* da penhora.

A *substituição* é uma faculdade que o Código confere ao devedor e que pode ser exercida a todo o tempo, sendo-lhe sempre permitido, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a troca dos bens penhorados por dinheiro (CPC, art. 668). Já existindo a avaliação, o depósito terá de ser de importância que corresponda à estimativa do avaliador. Dita substituição não se confunde com a remição da execução, que, conforme o art. 651 é o resgate da dívida exequenda a qualquer fase do processo. A medida de que estamos tratando é apenas a substituição do bem penhorado, para que em seu lugar fique, garantindo o juízo, o valor do mesmo, em dinheiro.

A *ampliação* da penhora pode ocorrer, conforme o art. 685, nº II, do CPC, quando, após a avaliação, verificar-se que os bens apreendidos são insuficientes para resgate integral do direito do credor. Pode compreender a apreensão de novos bens para reforço dos já penhorados, ou a substituição destes por outros mais valiosos.(76)

A *redução* da penhora, que, segundo o art. 685, nº I, também é possível após a avaliação, tem lugar quando se apura que o valor dos bens penhorados é excessivamente superior ao crédito do exequente e acessórios. A redução pode consistir em liberação parcial dos bens avaliados ou em total substituição por outros de menor valor.

Tanto no caso de ampliação, como no de redução, e ainda no de substituição, o pedido da parte interessada será manifestado por simples petição ou requerimento, dispensando-se os embargos.(77)

Finalmente, a *renovação* da penhora é medida de feição extraordinária, que consiste em realizar nova penhora na mesma execução, fato que é possível, quando:

I – for anulada a primeira penhora;

II – executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor;

III – o credor desistir da primeira penhora, atitude que será lícita por:

a) serem litigiosos os bens; ou

b) já estarem penhorados ou arrestados em outro processo, ou onerados em favor de terceiros.

Outro caso de nova penhora, não indicado pelo Código, mas cuja admissão é irrecusável, é o do perecimento, destruição ou subtração do bem primitivamente penhorado.(78)

### 838. Remição da execução por quantia certa

Remição da execução é o pagamento que se faz após o ajuizamento da execução por quantia certa, compreendendo o principal e todos os seus acessórios, a fim de pôr fim ao processo. Isto tanto pode dar-se por meio de pagamento direto ao credor, como através de depósito em juízo. Os efeitos são os mesmos.

Dispõe, a propósito, o art. 651 que "ante de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo o tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios" (art. 651).

A esses complementos do débito, a partir da Lei nº 6.899, de 08.04.81, deve ser acrescida a correção monetária, cuja incidência atingiu até mesmo os processos em andamento ao tempo da entrada em vigor do novo diploma legal.

Esse poder de remir a execução e impedir a alienação judicial dos bens penhorados é exercitável em qualquer fase do processo enquanto não ultimada a arrematação.

Como a arrematação só se considera perfeita e acabada quando é assinado o respectivo auto (art. 694), deve-se entender que, mesmo depois de encerrado o pregão, mas enquanto não se firma o auto de arrematação, ou não se publica a sentença de adjudicação, ainda é possível ao devedor remir a execução.(79)

Não se confunde a remição da execução, regulada pelo art. 651, com a remição de bens em execução, tratada no art. 787. A primeira é o pagamento, ou resgate, da dívida exequenda, com todos os acessórios, importando quitação do débito e extinção do processo (art. 794, nº I) e, por consequência, o levantamento da penhora. Pode ocorrer, a qualquer tempo, antes da arrematação ou adjudicação. Já a remição de bens é feita após a hasta pública, mas antes da assinatura do auto de arrematação ou da publicação da sentença de adjudicação, e visa apenas "salvar da alienação os bens penhorados", transferindo-os a pessoa da família do devedor (cônjuge, ascendente ou descendente), pelo mesmo preço por que foram alienados ou adjudicados (art. 787).

A remição da execução, não obstante referir-se o Código no art. 651 apenas ao devedor, pode ser feita, também, por qualquer terceiro, interessado, ou não. Como adverte Amílcar de Castro, "o credor não pode recusar o pagamento, qualquer que seja a pessoa que se proponha saldar a dívida (arts. 930 e segs. 973, I, e 975, III, do Código Civil).(80)

Não se confunde, também, a remição da execução com a sub-rogação da penhora em dinheiro, da permitida pelo art. 668. A remição visa extinguir a execução, ao passo que a sub-rogação apenas libera o bem penhorado, mas a execução prossegue sobre a quantia depositada.

## § 125. DEPÓSITO E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS PENHORADOS

Sumário: 839. *Depósito dos bens penhorados*. 840. *Escolha do depositário*. 841. *Função do depositário*. 842. *Alienação dos bens penhorados*. 843. *Depositário comum e depositário administrador*. 844. *Responsabilidade de depositário*. 845. *Entrega de bens após a expropriação executiva*. 846. *Prisão civil do depositário judicial*.

### 839. Depósito dos bens penhorados

A penhora se aperfeiçoa mediante apreensão e depósito de bens do devedor (art. 664). Há, com ela, a retirada dos bens da posse direta do devedor, de maneira que o depósito se apresenta como elemento essencial do ato executivo. Penhora sem depósito não produz eficácia alguma, ou, como ensina Pontes de Miranda, "se houve a penhora e o depositário não assinou o auto de penhora, penhora não houve.(81)

### 840. Escolha do depositário

A nomeação do depositário é ato que integra o cumprimento do mandado executivo. Cabe, pois, em princípio, ao próprio oficial de justiça escolher o depositário e atribuir-lhe o encargo judicial, mediante assinatura do termo de depósito, que integra o auto de penhora.

A escolha do depositário observará as seguintes regras:

a) Havendo concordância do credor, o próprio devedor poderá assumir o encargo de fiel depositário (art. 666, *caput*).

b) Não havendo a concordância, os bens serão assim depositados:

I - as quantias de dinheiro, as pedras e metais preciosos e os papéis de crédito: no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em banco, de que o Estado-membro da União possua mais da metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designados pelo Juiz (art. 666, nº I);

II - os móveis e os imóveis urbanos: em poder do depositário judicial (art. 666, nº II), que de ordinário é funcionário do juízo. Mas, na sua falta, será designado um ad hoc, escolhido no próprio ato da penhora;

III - o demais bens (empresas e outros estabelecimentos, inclusive rurais): em mãos de depositário particular (administrador), na forma prescrita nos arts. 677 a 679 (art. 666, nº III).

### 841. Função do depositário

Atua o depositário no processo executivo como "auxiliar da justiça" (art. 148). Não se trata de um vínculo convencional como o do

contrato civil de depósito. As funções do depositário dos bens penhorados são de direito público.

O próprio devedor, quando assume o encargo de depositário, passa a desempenhar duplo papel no processo, figurando, a um só tempo, como executado e como auxiliar do juiz.<sup>(82)</sup>

Qualquer que seja o depositário, sua posse é sempre em nome do órgão judicial, pois, os bens, com a penhora, passam a sofrer uma gestão pública.

A função do depositário é guardar e conservar ditos bens, evitando extravios e deteriorações, enquanto se aguarda o ato expropriatório final (a arrematação), agindo sempre em nome e à ordem do juiz.

#### **842. Alienação antecipada dos bens penhorados**

A função do depositário é guardar e conservar os bens penhorados até que chegue o momento de arrematação ou que ocorra algum fato extintivo da execução. Seus poderes são apenas de administração, sendo-lhe vedado dispor dos bens.

Pode, no entanto, haver casos em que a conservação dos bens seja prejudicial às partes e à própria execução. O depositário deverá estar atento, e sempre que os bens estiverem expostos a riscos anormais terá a obrigação de informar ao juiz da situação.

Admite o Código que o juiz autorize antecipadamente a alienação dos bens penhorados, o que é possível em duas hipóteses (art. 670):

a) quando os bens forem sujeitos a deterioração ou depreciação; e

b) quando houver manifesta vantagem, como, por exemplo, nos casos de depósito dispendioso, capaz de absorver o valor dos bens ou a maior parte dele se retardar a alienação, e outras situações equivalentes.

Em se tratando de bens de fácil deterioração, que estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, a alienação antecipada é medida que poderá ser decretada *ex officio* pelo juiz (art. 1.113), ou por provocação do depositário e, ainda, por requerimento de qualquer das partes.

Nos casos, porém, de venda a requerimento de uma das partes, "o juiz ouvirá sempre a outra antes de decidir" (arts. 670, parágrafo único, e 1.113, § 2º).

A alienação antecipada observa o regime do *leilão* (art. 1.113), mas se houver acordo das partes poderá, também, ser feita sob a forma de venda por iniciativa particular (art. 1.113, § 3º).

#### **843. Depositário comum e depositário administrador**

Ordinariamente, o objetivo do depósito é a guarda e conservação dos bens penhorados, evitando extravio ou deterioração. Casos ocorrem, contudo, em que a natureza dos bens apreendidos exige a continuidade da sua exploração econômica. O depositário, então, se transforma também em administrador. É o que ocorre quando a penhora atinge empresas comerciais, industriais ou agrícolas, bem como semoventes, plantações ou edifício em construção (art. 677 do CPC).

A função do depositário, em tais casos, é ativa, pois consiste em "manter em atividade e produção o estabelecimento penhorado."<sup>(83)</sup>

Trata-se de realizar uma *gestão* e não uma simples guarda.<sup>(84)</sup>

A gestão desse depositário segue um plano previamente preparado pelo administrador e aprovado pelo juiz da execução (CPC, art. 677). As rendas auferidas são objeto de prestação de contas periódicas e reverterem em benefício da execução.

#### **844. Responsabilidade do depositário**

No exercício da função pública que lhe é afeta, o depositário assume responsabilidade civil e criminal pelos atos praticados em detrimento da execução e de seus objetivos.



Apropriando-se o depositário dos bens sob sua custódia, pratica o crime de apropriação indébita, com a agravante do § 1º, do art. [168](#), do vigente Código Penal.

Os atos fraudulentos cometidos pelo devedor para evitar a penhora ou desviar bens já penhorados configuram o crime do art. [179](#) do Código Penal, que é figura afim do estelionato.

Da responsabilidade civil do depositário decorre a possibilidade de ser ele demandado em ação de depósito, de prestação de contas e de indenização.[\(85\)](#)

#### **845. Entrega de bens após a expropriação executiva**

A entrega dos bens arrematados ou adjudicados no processo de execução é realizada por simples ordem do juiz, independentemente de procedimento especial contra o depositário.

Aperfeiçoada a transmissão forçada dos bens, o juiz expede mandado para que o depositário os entregue a quem de direito.

"Com base na referida ordem, o devedor ou depositário deve entregar ao arrematante (ou adjudicatário) a coisa adjudicada, e em caso de negativa, o Oficial de Justiça pode proceder a entrega forçada, sem necessidade de ulteriores formalidades, porquanto a entrega deve ocorrer somente em virtude da ordem do juiz, sem necessidade de nenhuma ulterior atividade executiva verdadeira e própria".[\(86\)](#)

Não se deve deixar de observar que a resistência do depositário à ordem judicial importará possibilidade de emprego de força policial para consumação da diligência (CPC, art. [579](#)), além de configurar delito penalmente punido, como já se demonstrou, podendo, portanto, ser autuado e preso em flagrante durante o cumprimento do mandado.

#### **846. Prisão civil do depositário judicial**

Há alguns acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal, admitindo que a prisão civil do depositário infiel, tolerada pelo art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, seja imposta por simples despachos nos autos da execução, onde se constituiu a relação de depósito judicial, por se entender dispensável, e até mesmo inaplicável, no caso, a ação de depósito.[\(87\)](#)

De fato, entre o juiz e o depositário dos bens apreendidos judicialmente, a relação é de subordinação hierárquica, já que este se acha no exercício de uma função de direito público, sujeito, portanto, a cumprir, sempre, as ordens e comandos do primeiro. Assim, não tem mesmo cabimento supor que o juiz tenha que usar a ação de depósito para reaver de seu subordinado o bem depositado ou para ordenar sua remoção.

O juiz pode usar até mesmo da força pública para reaver a coisa depositada; pode mandar prender o depositário em flagrante de delito pelo crime de desobediência, mas não pode prendê-lo administrativamente sem forma nem figura de juízo, porque não há lei regulando essa forma de punição do subalterno, dentro do sistema processual civil.

No Código, a única previsão de prisão de depositário se encontra dentro das normas que regulam a ação de depósito. Logo, pela lei, só há instrumento hábil a impor a pena civil de prisão àquele que se submete à ação de depósito.

Nem se é de aceitar a alegada impossibilidade de o particular intentar ação de depósito, na espécie, porque o vínculo jurídico do depositário do bem penhorado seria com o juiz apenas. É que, a partir do momento em que o órgão judicial ordena a entrega do bem custodiado a outrem, como o dono ou o arrematante, este beneficiário da ordem judicial adquire a posição jurídica de quem pode reclamar a obrigação contraída pelo depositário.[\(88\)](#)

### **Capítulo XXXVII - FASE DE INSTRUÇÃO (II)**

#### **§ 126. EXPROPRIAÇÃO**

**Sumário:** 847. Conceito

#### **847. Conceito**

Busca-se com a execução por quantia certa obter-se, à custa dos bens do devedor, o numerário necessário ao pagamento a que tem direito o credor.

Assim, a fase de instrução do processo executivo só se completa quando órgão judicial consegue apurar a quantia suficiente para efetuar o pagamento.

Se a penhora recaiu sobre dinheiro, ultrapassada a fase dos embargos, passa-se imediatamente ao resgate da dívida exequenda. Mas, se os bens penhorados são de outra natureza, a instrução da execução terá de completar-se com os atos de alienação forçada, através dos quais se ultima a expropriação iniciada e preparada pela penhora.

Esse ato expropriativo pode ser alcançado de três maneiras diferentes:

a) pela *arrematação*, que é o caminho normal de realizar a alienação judicial (arts. 686 e segs.);

b) pela *adjudicação* dos próprios bens ao credor, quando se frustra a arrematação por ausência de licitante (art. 714);

c) pelo *usufruto forçado*, deferido ao credor sobre os bens penhorados, que só é possível quando a penhora recair sobre imóvel ou empresa (arts. 646, nº III, e 716).

A remição, cogitada no art. 787, não é, propriamente, uma quarta forma de expropriação, mas apenas uma variante da arrematação, em que se defere a alienação forçada a um parente do executado, com preferência sobre o estranho arrematante.

Pode-se, pois, definir a expropriação executiva como o ato estatal coativo através do qual o juiz transfere a propriedade do executado sobre o bem penhorado, no todo ou em parte, independentemente da concordância do dono, e como meio de proporcionar a satisfação do direito do credor.

Nota-se, por último, que apenas a arrematação é um ato puramente de instrução da execução por quantia certa, já que a adjudicação e o usufruto forçado, ao mesmo tempo que expropriam bens do devedor, satisfazem também o direito do credor. São, pois, figuras que integram a terceira fase da execução por quantia certa, ou seja, a fase de satisfação ou pagamento.

## § 127. ARREMATAÇÃO

**Sumário:** 848. Conceito e natureza jurídica da arrematação. 849. Avaliação. 850. Laudo de avaliação. 851. Reflexos da avaliação sobre a alienação forçada dos bens penhorados. 852. Espécies de arrematação. 853. Leilão e praças. 854. Editais e outras divulgações da arrematação. 855. Intimação do devedor. 856. Adiantamento da arrematação. 857. A hasta pública. 858. Legitimação para arrematar. 859. Forma de pagamento da arrematação. 860. Ativo de arrematação. 861. Arrematação de imóveis. 862. Desfazimento ou retratação da arrematação. 863. Carta de arrematação. 864. Efeitos da arrematação. 865. Evicção e arrematação. 866. Vícios redibitórios. 867. Ação anulatória da arrematação.

### 848. Conceito e natureza jurídica da arrematação

Consiste a arrematação no ato de expropriação executiva com que o órgão judicial efetua, a qualquer concorrente da hasta pública, a transferência coativa dos bens penhorados, mediante recebimento do respectivo preço.

Costuma-se falar, a propósito da arrematação, em *venda judicial* dos bens penhorados. O conceito, no entanto, é inadequado, já que não se pode conceber uma alienação contratual sem o consentimento do dono do bem negociado.

O que de fato ocorre, segundo o magistério de nosso clássico Paulo Batista, "é uma desapropriação forçada, efeito da lei, que representa a justiça social no exercício de seus direitos e no uso de suas forças para reduzir o condenado à obediência do julgado".<sup>(1)</sup>

A conclusão, pois, a que chega a doutrina moderna é que a natureza contratual é incompatível com a arrematação, que só pode ser entendida como "ato de desapropriação", ou seja, como ato processual de soberania do Estado que, pelo órgão judicial, "expropria os bens do executado"<sup>(2)</sup> e transfere, a título oneroso, sua propriedade a terceiro.<sup>(3)</sup> É típico ato *executivo*, portanto, ato de direito público, como é a desapropriação nos outros casos em que o Estado interfere no domínio privado por necessidade ou utilidade pública.<sup>(4)</sup>

### 849. Avaliação

O primeiro ato que prepara a arrematação dos bens penhorados é a *avaliação*, que tem "a finalidade de tornar conhecido a todos os interessados o valor aproximado dos bens que irão à praça".<sup>(5)</sup> É ato também de decisiva importância para a adjudicação e a

remição, conforme se vê dos arts. [714](#) e [787](#).

Realiza-se a avaliação após vencido o prazo de embargos quando este transcorre sem manifestação do executado, ou após a rejeição dos embargos propostos pelo devedor ou terceiro (art. [680](#)).

O procedimento é o mesmo, seja judicial ou extrajudicial o título executivo. Não há mais a distinção entre execução de sentença e ação executiva, de modo que, mesmo na execução de títulos negociais não se verifica a sentença que outrora julgava procedente a ação e subsistente a penhora. Se não há embargos, passa-se logo à avaliação e arrematação dos bens penhorados, qualquer que seja o título executivo ajuizado.

É feita a avaliação, de ordinário, por avaliador judicial, ou, à sua falta, por perito nomeado pelo juiz (art. 680).

Em princípio, a avaliação é pressuposto indispensável da transferência forçada de bens na execução. Não se avaliam, porém, em juízo, os títulos de dívida pública, as ações das sociedades e os títulos de crédito negociáveis em bolsa. O valor a considerar será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial (art. [682](#)).

Também não haverá avaliação judicial quando (art. [684](#)) (a alteração de redação do art. 680, pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, explicitou que não haverá avaliação se os bens penhorados foram nomeados e estimados pelo devedor, sem oposição do credor, nos termos do art. [655](#), § 1º, V):

I – o credor aceitar a estimativa feita na nomeação de bens;

II – se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação oficial;

III – os bens forem de pequeno valor.

#### **850. Laudo de avaliação**

O avaliador deve concluir seu trabalho em dez dias, apresentando, a final, o laudo de avaliação que obrigatoriamente deve conter (art. [681](#)):

I – a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram;

II – o valor dos bens.

Quando se tratar de imóvel suscetível de divisão cômoda, o avaliador, tendo em conta a importância do crédito reclamado, procederá à avaliação por partes, sugerindo os possíveis desmembramentos (art. 681, parágrafo único). Por analogia, deverá também agrupar em lotes os bens numerosos ou coletivos como rebanhos, mercadorias etc.

Em regra a avaliação é definitiva e não se repete. Admite-se, porém, sua renovação quando (art. [683](#)):

I – se provar erro ou dolo do avaliador;

II – se verificar, posteriormente, à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens;

III – se houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem pelo devedor no ato de sua nomeação à penhora (art. [655](#), § 1º, inc. V).

As partes são ouvidas sobre o laudo, logo que se verificar sua juntada aos autos. Poderão impugná-lo, arguindo um dos motivos do art. 683. O incidente é de cognição sumária, devendo ser decidido de plano pelo juiz. Por isso, cumpre ao interessado exhibir com a impugnação a prova do alegado.

É após a avaliação que se dá ensejo às modificações da penhora, sob as formas de *redução e ampliação* já estudadas anteriormente (art. [685](#)).

Resolvidas as eventuais impugnações à avaliação, bem como realizadas as modificações da penhora, se for o caso, estará a execução

em condições de passar à hasta pública, em que se vai promover a arrematação dos bens penhorados e avaliados. Mandará o juiz, então, publicar os editais de praça ou leilão (art. 685, parágrafo único).

### **851. Reflexos da avaliação sobre a alienação forçada dos bens penhorados**

A estimativa do bem penhorado, constante da avaliação, exerce relevante influência sobre as condições da alienação forçada, seja na arrematação, seja na adjudicação.

Na *adjudicação*, é requisito de sua admissibilidade a oferta pelo credor de um preço não inferior àquele que constou do edital de arrematação (art. 714). Quer dizer isto que não se admite adjudicação do bem penhorado, pelo credor, por preço menor do que o da avaliação, pois é justamente este o que consta do edital.

Na *arrematação* dos bens penhorados, o valor apurado na avaliação também exerce singular influência em várias circunstâncias. Assim é que:

a) dito valor deve figurar no edital de arrematação (CPC, art. 686, nº II);

b) na primeira licitação, só será deferida a arrematação se houver lance superior à avaliação (CPC, art. 686, nº VI);

c) se o praxeamento for de vários bens, adquirirá preferência o licitante que oferecer lance global para todos, desde que iguale o lance particular para alguns bens e ofereça para os demais preço igual ao da avaliação (CPC, art. 691);

d) na praça de imóvel de incapaz, mesmo na segunda licitação, não se deferirá a arrematação se não houver lance de pelo menos 80% da avaliação. Não havendo quem se interesse pela arrematação, em tal base, a alienação forçada será adiada por prazo de até um ano, ficando o imóvel sob guarda e administração de depositário idôneo escolhido pelo juiz (CPC, art. 701).

### **852. Espécies de arrematação**

A transferência forçada dos bens penhorados dá-se comumente, em *hasta pública*, que é a solenidade utilizada pelo Estado para concretizar a expropriação e que na sistemática do novo Código pode realizar-se de três maneiras:

a) *em praça*: quando se tratar de bens imóveis (art. 697);

b) *em leilão público*: os bens mobiliários, à exceção dos títulos cuja alienação competir a corretores de Bolsas de Valores (art. 704);

c) *em pregão da Bolsa de Valores*: os títulos emitidos por pessoas jurídicas de direito público interno e aqueles que lhe são equiparados (Resolução nº 238, de 24.11.72, do Banco Central).<sup>(6)</sup> *Ad instar*, do que se passa com o leiloeiro (art. 706), deve-se permitir ao credor a livre escolha do corretor da Bolsa de Valores.

A arrematação, seja em *praça* ou *leilão*, será sempre precedida de *editais*, isto é, de avisos ao público convocando todos os interessados para que venham participar da licitação.

O conteúdo obrigatório dos editais, segundo o art. 686, é o seguinte:

I – a descrição do bem penhorado com os seus característicos e, tratando-se de imóvel, a situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição;

II – o valor do bem, que será o da avaliação judicial ou o da última cotação anterior ao edital, nos casos de mercadorias cotadas em bolsa (art. 686, § 1º) ou, ainda, o da estimativa do devedor no ato a nomeação à penhora, se não configurado pelo credor (art. 655, § 1º, V);

III – o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e sendo direito e ação, os autos do processo, em que foram penhorados;

IV – o dia, o lugar e a hora da praça ou do leilão;

V – a menção da existência de ônus, bem como de recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados;

VI – a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os 10 e 20 dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance.

O prazo dos editais de arrematação corre nas férias, pois não se trata de prazo assinado à parte para o exercício de faculdade processual. A hipótese é de divulgação perante terceiros, que nada têm que ver com a suspensão dos prazos processuais em período de férias forenses.

### **853. Leilão e praça**

Na sistemática do Código, a *praça* é o método reservado para a alienação dos imóveis e o *leilão* o utilizado para os móveis.

Ambos, leilão e praça, dão ensejo a duas licitações, sendo que na primeira será respeitado o valor da avaliação para o lance mínimo. No mesmo edital já ficará designada a nova data para, caso na primeira não se alcance lance que supere a avaliação, a segunda licitação, quando então será admitida a arrematação por qualquer preço, ou seja, "a quem mais der". Os editais serão, portanto, sempre para dois pregões, havendo entre eles um intervalo variável entre o mínimo de dez e o máximo de vinte dias.

Além da natureza dos bens, móveis ou imóveis, entre a praça e o leilão registram-se duas grandes diferenças:

a) a praça realiza-se no átrio do edifício do fórum; o leilão onde estiverem os bens, ou no lugar designado pelo juiz;

b) a praça é apregoada pelo Oficial Porteiro e o leilão por leiloeiro público da livre escolha do credor (arts. [705](#) e [706](#)).

O leiloeiro, ao contrário do Porteiro, não é um serventuário da Justiça, mas um agente comercial. Apenas serve ao processo no caso em que é escolhido pelo credor. Cabe ao leiloeiro, segundo o art. 705, as seguintes providências:

I – publicar o edital, anunciando a alienação;

II – realizar o leilão onde se encontrem os bens, ou no lugar designado pelo juiz;

III – expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;

IV – receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz;

V – receber e depositar, dentro de vinte e quatro horas, à ordem do juízo, o produto da alienação;

VI – prestar contas nas quarenta e oito horas subsequentes ao depósito.

### **854. Editais e outras divulgações da arrematação**

O edital de praça ou de leilão é afixado no átrio do fórum, ficando, naturalmente, nos autos uma cópia e a certidão da afixação, que é dada por oficial de justiça. Do edital extrai-se um resumo que é publicado pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local. Com a nova redação dada ao art. [687](#), pela Lei nº 6.851, de 17.11.80, ficou dispensada a publicação no Órgão Oficial e a divulgação passou a ser feita apenas pela imprensa particular, que não precisa ser editada na própria sede do Juízo, mas que deve ter "ampla circulação local".

A publicação do edital será feita com pelo menos cinco dias de antecedência da hasta pública; (art. 687, *caput*), com a redação da Lei nº 8.953/94.

A atual sistemática de arrematação, regulada pela Lei nº 8.953/94, através das alterações introduzidas no texto do art. 687 e parágrafos, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de o Juiz modificar a forma de publicidade pela imprensa, conforme as particularidades do caso concreto (§ 2º). Assim, conforme o vulto e a natureza dos bens a arrematar, pode ser ordenada a sua divulgação em mais de um jornal, em cidades diferentes ou na mesma localidade, lançando-se mão também de outros veículos de divulgação, como rádio e televisão, se as circunstâncias aconselharem. Em se tratando de bens móveis de reduzido valor, que fariam excessivamente onerados com os gastos de publicação pela imprensa, poderá o Juiz autorizar que o edital seja divulgado apenas por noticiário radiofônico, se houver emissora local, capaz de assegurar a necessária

publicidade do ato, com despesas mais módicas e compatíveis com o vulto da execução.

Recomenda, ainda, a lei, que os editais sejam divulgados pela imprensa, preferencialmente no local reservado à publicidade dos negócios imobiliários (§ 3º), pois aí despertarão, com toda certeza, maior interesse dos leitores e atingirão o público potencialmente interessado na aquisição dos bens penhorados. Permite, também, a reunião de publicações em listas referentes à mais de uma execução (§ 4º).

A Lei nº 7.363/85 introduziu o § 3º do art. 686 do CPC, que, em caráter geral, permitiu a dispensa da publicação dos editais na imprensa, sempre que os bens penhorados não excederem o valor correspondente a vinte vezes o maior salário mínimo. Mas, sem a publicação referida, a arrematação nunca poderá se dar por lance inferior à avaliação. Se, portanto, não aparecer interessado em arrematar nesses termos, a nova licitação só poderá ser "a quem mais der", se o credor providenciar a publicação dos respectivos editais. Finalmente, quando o credor estiver amparado pela justiça gratuita, a publicação do edital será feita no órgão oficial (§ 1º).

#### **855. Intimação do devedor**

O devedor será intimado pessoalmente do dia e hora da praça ou leilão, por mandado, ou carta com aviso de recepção ou por outro meio idôneo (art. 687, § 5º), a fim de acompanhar o ato e poder resguardar seus interesses. Com a providência ora preconizada pelo novo Código, busca-se evitar a alienação judicial sem a ciência do principal interessado, que muitas vezes é pessoa humilde ou ignorante, e, à falta de advertência, sofreria a surpresa e o dissabor de perder bens valiosos, como a casa de morada, sem oportunidade de tomar as precauções para evitar o transtorno, já então irremediável.

A medida aplica-se, obviamente, ao executado com endereço conhecido do juízo, ainda que revel. Ao revel citado por edital, será impossível a intimação por mandado. A ciência dele só se poderá fazer através dos próprios editais do praxeamento.

Na execução fiscal, também o procurador da Fazenda Pública será intimado pessoalmente da arrematação com antecedência mínima de dez e máxima de trinta dias (Lei nº 6.830, de 1980, art. 23, § 2º).

#### **856. Adiamento da arrematação**

A arrematação deve realizar-se no horário normal do expediente forense. Por isso se os trabalhos alcançarem a noite deverão ser suspensos para prosseguir no dia seguinte, a partir da mesma hora em que tiveram início, independentemente de novo edital (art. 689).

Ocorrendo motivo justo que impeça a realização da hasta pública na data marcada, como suspensão extraordinária do serviço forense, doença súbita do leiloeiro etc., não será necessária a designação em edital de nova praça ou leilão; bastará que o juiz publique aviso na imprensa local e no órgão oficial, noticiando o adiamento (art. 688).

Se o adiamento tiver motivo em culpa do escrivão, do porteiro ou do leiloeiro, o culpado ficará responsável pelas despesas da nova publicação, podendo o juiz, ainda, aplicar-lhe a pena de suspensão por 5 a 30 dias (art. 688, parágrafo único).

#### **857. A hasta pública**

A arrematação faz-se em hasta pública, que consiste no *pregão* através do qual o agente do juízo (porteiro ou leiloeiro) anuncia, publicamente e em alta voz, os bens a alienar, convocando os interessados a fazer seus *lanços*.

Na primeira licitação, as ofertas hão de ser superiores à avaliação. E à medida que os interessados vão formulando seus lanços, o pregoeiro os repete em voz alta para conhecimento de todos.

Quando um lance não for mais superado por outro, estará concluída a hasta pública, sendo considerado arrematante o autor da última e maior oferta.

*Licitante*, pois, é o que intervém na praça ou leilão (terceiro ou até o próprio exequente) e faz oferta, por meio de lance, para adquirir o bem penhorado. E *arrematante* é o licitante autor do maior lance, ou seja, aquele ao qual o juiz transfere, através da expropriação executiva o bem penhorado e levado à hasta pública.

Na eventualidade de não surgir licitante algum, a primeira licitação estará frustrada. Lavrar-se-á auto negativo e aguardar-se-á a segunda licitação, cuja designação já terá constado do edital. Na nova hasta pública, a arrematação já não mais estará limitada ao preço de avaliação.

Não se admite, contudo, que o preço da arrematação, mesmo na segunda licitação, seja vil, já que isto frustraria o próprio objetivo da execução forçada, que é o de resgatar a dívida ajuizada.

A proibição de arrematar-se o bem penhorado a preço vil, inicialmente de criação pretoriana, passou a texto expresso de lei, graças a nova redação que a Lei nº 6.851/80 deu ao art. 692, posteriormente modificado pela Lei nº 8.953/94. Por preço vil, segundo o espírito do aludido dispositivo legal, entende-se o que se mostre grandemente inferior ao estimado na avaliação e que "não baste para a satisfação de parte razoável do crédito". É que não tem sentido permitir-se expropriação de bens do devedor apenas para cobrir despesas processuais, sem propiciar sequer amortização razoável do seu débito. Esse não é objetivo da execução forçada e o juiz deve estar atento para coibir desvios do processo para objetivos estranhos e ruinosos.

Com a redação resultante da Lei nº 8.953, excluiu-se a referência a "satisfação de parte razoável do crédito" o que faz concluir que se deva evitar a arrematação por preço muito abaixo da avaliação, ainda que em montante capaz de resgatar ou amortizar a dívida em proporções elevadas.

Recusado o lance por preço vil, é como se a licitação tivesse se encerrado sem licitante. Ficará, assim, aberta ao credor a possibilidade de requerer a adjudicação. O mesmo acontecerá se a arrematação vier a ser anulada por igual motivo.

#### **858. Legitimação para arrematar**

Podem lançar na hasta pública todos que estiverem na livre administração de seus bens (art. 690, § 1º). Trata-se de negócio jurídico que, obviamente, exige do agente a necessária capacidade de exercício. Não podem, assim, licitar, os incapazes, nem aqueles que juridicamente estejam privados da livre administração de seus bens como o falido e o insolvente.

Além desses casos, também não é permitido participar da licitação, às seguintes pessoas (art. 690):

I – os tutores, os curadores, os testamenteiros, os administradores, os síndicos, os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade;

II – os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados;

III – o juiz, escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça.

São ainda impedidos de lançar na nova praça ou leilão o arrematante e o fiador remissos (art. 695, § 3º).

Os lances de pessoas impedidas não podem ser recebidos pelo pregoeiro. Se porventura ocorrer a sua indevida admissão e o arrematante vier a ser uma dessas pessoas, caberá ao juiz, quando conhecer o vício, deixar de expedir a carta de arrematação.

O credor, também, pode licitar. Não existe mais o direito de adjudicação após a arrematação, com preferência para o exequente, preço a preço (art. 981 do Código revogado). Só existe, agora, a possibilidade de adjudicação quando não houver lançador (art. 714). Nos demais casos, o credor tem que disputar a licitação, se tiver interesse na aquisição dos bens penhorados. Mas não fica obrigado a exibir o preço, como os demais licitantes (art. 690, § 2º).

A dispensa pressupõe, porém, que a execução seja feita apenas no interesse do credor e que não haja excesso de valor do bem sobre o crédito, nem privilégios de terceiros. Terá, assim, de depositar o preço, ou a diferença, quando:

a) o valor da arrematação superar seu crédito (art. 690, § 2º);

b) houver prelação de estranhos sobre os bens arrematados (art. 709, nº II);

c) a execução for contra devedor insolvente (arts. 748 e segs.).

A falta de depósito do lance do credor (ou da diferença) nos casos enumerados dá lugar ao desfazimento da arrematação, voltando os bens à praça ou leilão à custa do exequente (art. 690, § 2º).

Esboçou-se na jurisprudência o entendimento de que, à luz do art. 690, § 2º, que fala em valor dos bens e não em preço da arrematação, que o credor estaria sempre obrigado, mesmo na segunda licitação, a arrematar pelo valor mínimo da avaliação.

Mas o Supremo Tribunal Federal superou a divergência e fixou o entendimento de que não há discriminação legal contra o exequente, que, também, pode perfeitamente, em pé de igualdade com os demais pretendentes, licitar abaixo do preço de avaliação, no segundo leilão ou segunda praça.

Portanto, "o depósito que o credor arrematante está obrigado a fazer, é o correspondente à diferença entre o crédito e o valor do lance vencedor. Em se tratando de segunda praça, não há falar em valor de avaliação, pois a venda se faz a quem mais der".(7)

Se a hasta pública for de diversos bens e houver mais de um lançador, será preferido aquele que se propuser arrematá-los englobadamente, oferecendo para os que não tiverem licitamente preço igual ao da avaliação e para os demais o de maior lance (art. 691).

Quando os bens forem sendo parceladamente arrematados, será suspensa a hasta pública, logo que o produto da alienação já se mostrar suficiente para o pagamento do credor (art. 692, parágrafo único).

#### **859. Forma de pagamento da arrematação**

A arrematação é, normalmente, feita com dinheiro à vista. Mas, pode, também, ser com prazo de três dias, desde que o arrematante ofereça caução idônea (art. 690). Essa caução pode ser real ou fidejussória e deve ser prestada ao final do pregão por termos nos autos, obrigando o arrematante e seu fiador ao pagamento ao lance no prazo de três dias, sob pena de multa de 20% e desfazimento da arrematação, se o credor não preferir executá-los pelo preço licitado e multa (art. 695).

A multa em questão é imposta a benefício do credor, como compensação pelo prejuízo sofrido pela procrastinação da execução por culpa do arrematante remisso. Assim, o valor da multa não é considerado produto da execução e, conseqüentemente, não é abatido do montante da dívida exequenda.

#### **860. Auto de arrematação**

O aperfeiçoamento da arrematação ocorre com a assinatura do auto respectivo, que é lavrado pelo escrivão do processo e é firmado pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro (art. 694).

A lei, todavia, não permite que o auto seja assinado logo após o encerramento da licitação. Só depois de 24 horas é que tal se dará (art. 693). Esse interregno, o Código, reserva para a prática do direito de remição (art. 788).

Como, no entanto, não é seguro ficar em branco a conclusão do ato solene que é a alienação judicial, até que se passe o prazo acima, caberá ao oficial ou leiloeiro certificar ou documentar a hora do encerramento do pregão, bem como o valor do maior lance e o nome do respectivo lançador, que ficará intimado a comparecer em cartório para a oportuna assinatura do auto. A importância da arrematação, também, será de imediato recolhida, salvo se for o caso de caução para pagamento em três dias.

Se assim não for, além da insegurança do ato, o eventual remidor não terá base no processo para apresentar seu pedido, que pressupõe fixação de prazo em horas e conhecimento exato do maior lance.

Além disso é princípio elementar que todo ato do processo deve ser documentado e não seria lógico que um evento tão importante como o encerramento da hasta pública não ficasse registrado nos autos, enquanto se aguarda o transcurso do prazo do art. 693.

#### **861. Arrematação de imóveis**

Existem regras especiais sobre a arrematação de *imóveis*, que compreendem a alienação por meio de proposta escrita, a proteção especial ao proprietário incapaz e a alienação fracionada do imóvel divisível.

Vejamos cada uma delas:

I – *Proposta escrita prévia*: A alienação judicial dos imóveis é feita em praça, no átrio do fórum, pelo oficial porteiro (arts. 686, § 2º, e 698), seguindo, ordinariamente, a regra do pagamento à vista, ou em três dias mediante caução (art. 690).

Admite-se, porém, que, paralelamente, à designação da hasta pública, possa a alienação ser atribuída, também, a serviços de corretagem (art. 700, com a redação da Lei nº 6.851/80). Nesse caso, os editais serão divulgados normalmente, mas os interessados poderão diretamente formular propostas escritas ao juiz, até cinco dias antes da praça, propondo arrematar o imóvel com



pagamento à vista de pelo menos 40% da avaliação e o restante a prazo, com garantia hipotecária do próprio prédio em aquisição.

A comissão do corretor, que no máximo atingirá 5% do valor da alienação, segundo estipulação do Juiz, ou acordo das partes com o intermediário, ficará por conta do arrematante (art. 700, § 2º).

A proposta deverá indicar o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo (art. 700, § 1º). Sobre ela serão ouvidos devedor e credor, antes da hasta pública. Havendo aprovação de ambos, o juiz a homologará, mandando suspender a praça (art. 700, § 2º). Rejeitada a proposta, a praça será realizada normalmente.

Ao arrematante por proposta, fornecer-se-á carta de arrematação (art. 700, § 3º), contendo, além dos requisitos normais das cartas da espécie, a proposta e a decisão do juiz. Essa mesma carta servirá de título para o registro hipotecário.

A falta de depósito da parcela inicial, no prazo que o Juiz fixar, importará na recusa da alienação ao proponente e na imposição de multa de 20% sobre a proposta, valendo a decisão que impuser a penalidade como título executivo em favor do credor (art. 700, § 3º).

II – *Imóvel de incapaz*: Quando a segunda praça referir-se a imóvel de incapaz e o preço atingido não alcançar, pelo menos 80% da avaliação, a hasta pública não se ultimar. O bem será confiado à guarda e administração de depositário idôneo, ficando a alienação adiada por prazo fixado pelo juiz, não superior a um ano (art. 701).

Será lícito ao juiz, também, autorizar a locação do imóvel durante o prazo do adiamento (art. 701, § 3º), caso em que as rendas se aplicarão na amortização do crédito exequendo.

Aparecendo, durante o adiamento, pretendente que assegure, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará, de imediato, a alienação em praça (art. 701, § 1º). Se vier a arrepender-se da proposta e o imóvel não for arrematado por outrem, o juiz imporá ao proponente multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo (art. 701, § 2º).

Só depois de vencido o prazo do adiamento é que a alienação do imóvel de incapaz poderá ser feita por qualquer preço, conforme a regra geral do art. 686, nº VI (art. 701, § 4º).

III – *Imóvel divisível*: Quando o imóvel penhorado admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do devedor, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para pagar o credor (art. 702).

Se, contudo, não houver lançador para a parte desmembrada, a alienação será feita sobre o imóvel em sua integridade (art. 702, parágrafo único).

Essa modalidade de arrematação de imóvel por partes depende, outrossim, de avaliação prévia, também, por partes, nos termos do art. 681, parágrafo único.

## **862. Desfazimento ou retratação da arrematação**

Com a assinatura do *auto*, vinte e quatro horas após o encerramento da hasta pública, a *arrematação* é considerada perfeita, acabada e irretroatável (art. 694).

Assinam o *auto* o juiz, o escrivão, o arrematante e o porteiro ou o leiloeiro.

Excepcionalmente, no entanto, pode-se desfazer a arrematação, mesmo após a assinatura do *auto*. E isto se dá quando (art. 694, parágrafo único):

I – ocorrer vício de *nulidade* como, por exemplo, no caso de licitante impedido (art. 690, § 1º), de falta de intimação do devedor (art. 687, § 3º) etc.;

II – não for prestada imediatamente a caução, ou não for pago o preço em três dias, nas arrematações a prazo (art. 690). A falta de pagamento, além de propiciar o desfazimento do ato, importa na aplicação, pelo juiz, de multa de 20% sobre o lance, em favor do exequente (art. 695). Ressalva-se, porém, a possibilidade de optar o credor pela subsistência da alienação e execução do preço, acrescido da multa de 20%, contra o arrematante e seu fiador (art. 695, § 1º);

III – o arrematante provar, nos três dias seguintes à assinatura do auto, a existência de ônus real não mencionado no edital; caso em que o desfazimento só será feito se o requerer o arrematante;

IV – ocorrer os casos previstos no Código (arts. 698 e 699).

O primeiro caso (art. 698) refere-se à necessidade de serem intimados, com dez dias de antecedência, pelo menos, o credor hipotecário e o senhorio direto, que não forem de qualquer modo parte na execução.

O segundo (art. 699) se dá nas execuções de hipoteca de vias férreas, nas quais mesmo após a arrematação persiste o direito de preferência da Fazenda Pública Nacional ou Estadual, conforme a origem da concessão. Daí não poder passar-se a carta de arrematação, nem a de adjudicação, sem antes intimar a Fazenda Pública para usar, querendo seu direito de preferência dentro de trinta dias, mediante pagamento do preço alcançado na arrematação ou adjudicação.

As duas intimações (arts. 698 e 699) são indispensáveis e sua omissão enseja desfazimento da arrematação, promovível pelo terceiro prejudicado.

Nota-se, porém, uma certa contradição entre o art. 619, que dispõe ser *ineficaz* a alienação do bem aforado ou hipotecado, sem intimação do senhorio, direito ou do credor hipotecário, e o art. 694, parágrafo único, nº IV, que permite o desfazimento da arrematação no mesmo caso. Ora, é sabido que as duas figuras não se confundem e são mesmo visceralmente distintas.

O negócio nulo ou o que foi anulado é despojado de *validade*: não produz os efeitos a que se destinou. Já na hipótese de ineficácia, "o ato é bifronte: válido, em face de determinadas pessoas e ineficaz perante outras".<sup>(8)</sup>

A nulidade parte de uma deficiência *intrínseca*, ao passo que a *ineficácia* decorre de uma deficiência extrínseca do ato jurídico.<sup>(9)</sup> Sabido que nem todo negócio privado de efeito é necessariamente *nulo* ou *anulável*, pode-se afirmar que invalidade tem valor objetivo, retirando ao ato seus efeitos em todas as circunstâncias, enquanto que "só para a ineficácia se pode falar de uma atitude diferente em relação aos diversos sujeitos a quem se dirige",<sup>(10)</sup> dissocia-se o feixe de seus efeitos, de modo que o negócio jurídico subsiste perante os que os realizaram mas não subsiste *erga omnes*.<sup>(11)</sup>

No ato ineficaz o atacável são os efeitos, e não o negócio ou contrato, que "não é genericamente alterado", isto porque "o vício refere-se à função e não à estrutura".<sup>(12)</sup> Com propriedade, a questão da eficácia ou ineficácia não chega a situar-se no campo dos vícios do negócio jurídico. "São instantes em que o ato é, ou não, capaz de produzir efeitos jurídicos".<sup>(13)</sup>

Se a arrematação é *ineficaz* perante o credor hipotecário ou o senhorio direto não intimados dela, não seria o caso de desfazimento da alienação forçada, porque esta medida faz pressupor um vício intrínseco do negócio jurídico, o que é incompatível com a noção técnica de ineficácia.

Colocada a situação em seus devidos termos, a função da intimação prévia estaria relacionada com a possibilidade de extinguir, ou não, a hipoteca ou o direito de preferência do senhorio direto. Feita a prévia intimação, a arrematação seria *eficaz* e o imóvel passaria livre da hipoteca (sub-rogação no preço) e da preferência do senhorio. Omitida a intimação, dar-se-ia a *ineficácia* perante os terceiros interessados, passando o imóvel ao arrematante com o gravame hipotecário e subsistindo o direito de preferência do senhorio direto.

Tendo, contudo, o art. 694, parágrafo único, nº IV, permitido o desfazimento da arrematação, a pureza da figura da ineficácia ficou comprometida, porquanto a dissolução do negócio jurídico vai atingir não apenas seus efeitos, mas a própria estrutura ou essência do ato.

Conciliando-se o dispositivo do artigo comentado com o do art. 619, deve-se entender como válida para os participantes do ato a arrematação de imóvel hipotecado ou aforado, sem intimação do titular do *jus in re aliena*, desde que esse terceiro não se disponha a desfazer a alienação, hipótese em que o gravame subsistirá, acompanhando o imóvel em poder do arrematante.

Em outras palavras, caberá ao credor hipotecário e ao senhorio direto optar entre conservar seu direito real perante o novo proprietário (ineficácia) ou rescindir a arrematação (anulabilidade).

O desfazimento da arrematação, nos casos do art. 694, não depende de processo especial e poderá ser promovido mediante simples petição do interessado nos próprios autos da execução. Se, porém, já houver verificado expedição da carta de arrematação e sua transcrição no Registro Imobiliário, a pretensão só poderá ser examinada em ação própria.

No caso de falta de pagamento do preço ou da prestação de caução, não deve o juiz desfazer *ex officio* a arrematação. Incumbe-lhe, outrossim, ouvir previamente o credor, pois pode convir a este manter a arrematação e executar o arrematante pelo preço do lance acrescido da multa legal (art. 695, § 1º).

É lícito, ainda, ao credor hipotecário opor embargos de terceiro para obter a exclusão do bem gravado em seu favor, da penhora (art. [1.047](#), nº II), mas somente enquanto não houver sido assinada a carta de arrematação (art. [1.048](#)).

### 863. Carta de arrematação

Com a assinatura do auto de arrematação pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro, a alienação judicial considera-se perfeita, acabada e irrevogável (art. [694](#)).

A arrematação, como já ficou demonstrado, não é ato contratual, é ato processual de transferência coativa, daí a sua irrevogabilidade.<sup>(14)</sup>

Também, não é sentença, de maneira que não pode ser objeto nem de recurso, nem de ação rescisória.<sup>(15)</sup> Enseja, porém, embargos do devedor e de terceiros, nos casos dos arts. [746](#) e [1.046](#), oponíveis nos prazos de dez e cinco dias, respectivamente, contados da assinatura do auto. Da sentença proferida nesses embargos é que caberá recurso.

A arrematação é *título de domínio*, em sentido material, do arrematante sobre os bens adquiridos na hasta pública. O auto de arrematação funciona como título em sentido *formal*.

Mas como a transferência de domínio, em nosso sistema jurídico se opera pela tradição, além do auto é necessária a *entrega* das coisas móveis, quando a arrematação versar sobre tais bens,<sup>(16)</sup> ou a *transcrição* no Registro Imobiliário quando se tratar de bens imóveis.<sup>(17)</sup>

No primeiro caso, a tradição é feita em cumprimento de mandado expedido pelo juiz da execução, determinando ao depositário que entregue os bens ao arrematante. No segundo, a transferência forçada aperfeiçoa-se com a expedição da *carta de arrematação*, que é o instrumento dela,<sup>(18)</sup> como o traslado é o instrumento da escritura lavrada nas notas do tabelião.

A carta de arrematação, que se destina à transcrição no Registro Imobiliário, é redigida pelo escrivão e subscrita pelo Juiz, devendo conter:

I – a descrição do imóvel, constante do título, ou à sua falta, da avaliação;

II – a prova da quitação dos impostos;

III – o auto de arrematação;

IV – o título executivo.

As despesas da arrematação, da extração da carta, bem como os impostos devidos pela transmissão do imóvel são ônus do arrematante. Os impostos devidos pelo executado não são, porém, cobráveis do arrematante, pois, segundo a sistemática do Código Tributário Nacional, sub-rogam-se no preço da arrematação (art. [130](#), parágrafo único).<sup>(19)</sup>

A prova de quitação dos impostos mencionados no art. [703](#), nº II, só se refere aos tributos devidos pelo próprio ato da transmissão forçada do bem levado à hasta pública, pois na verdade, "o arrematante não está obrigado a pagar os tributos incidentes sobre o imóvel arrematado, para obter a expedição da carta de arrematação, uma vez que o preço depositado responde pelos impostos e taxas devidos".<sup>(20)</sup>

### 864. Efeitos da arrematação

A arrematação perfeita e acabada produz os seguintes efeitos:

a) *Transfere o domínio do bem ao arrematante.*<sup>(21)</sup>

A transferência é feita, porém, com as limitações que oneravam o direito do devedor sobre a coisa penhorada, como usufruto, servidões, enfiteuse etc. Se o bem não pertencia ao executado, o legítimo dono conservará contra o arrematante o direito de reivindicação, exercitável por embargos de terceiro até cinco dias após a arrematação ou, depois, por ação reivindicatória.<sup>(22)</sup>

b) *Transfere ao arrematante direito aos frutos pendentes*, com a obrigação de indenizar as despesas havidas com os mesmos.(23)

c) *Torna o arrematante e seu fiador devedores do preço*, nos casos em que a arrematação é feita a prazo (arts. 690 e 700).

d) *Obriga o depositário judicial ou particular, ou eventualmente o devedor a transferir ao arrematante a posse dos bens arrematados*.(24)

e) *Extingue as hipotecas inscritas sobre o imóvel* (Código Civil, art. 849, nº VII): O vínculo hipotecário sub-roga-se no preço da arrematação.(25)

A extinção, *in casu*, ocorre, desde que a execução tenha sido promovida pelo próprio credor hipotecário ou, caso contrário, quando tenha ocorrido sua intimação na forma dos arts. 615, nº II, 619 e 698. A omissão dessa intimação, na execução promovida por terceiro, acarreta a *ineficácia* da arrematação perante o titular do direito real e lhe dá, ainda, a opção de desfazer a transferência forçada do imóvel hipotecário, como já se demonstrou.

f) *Transfere para o preço depositado pelo arrematante o vínculo da penhora*. O dinheiro *succedit in loco rei*.(26) "O dinheiro pago toma, com efeito, o lugar dos bens arrematados, entra provisoriamente para o patrimônio do executado, mas no mesmo momento fica sujeito ao vínculo da penhora, porque deverá ser distribuído entre os credores depois de pagas as custas; o que sobrar eventualmente será devolvido à livre disposição do devedor".(27)

Sobre o procedimento da entrega dos bens arrematados ao arrematante, veja-se o nº 845, *retro*.

#### **865. Evicção e arrematação**

Consiste a evicção na "perda, total ou parcial, da posse de uma coisa, em virtude de sentença que a garante a alguém que a ela tenha direito anterior".(28)

Nos contratos onerosos traslativos de domínio, o alienante é obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção (Código Civil, art. 1.107) e quando ela ocorre, o prejudicado tem direito à restituição integral do preço, mais as indenizações previstas nos incisos I a III do art. 1.109 do Estatuto Civil.

A arrematação, no entanto, não é um contrato, mas uma desapropriação, de sorte que não se pode falar em responsabilidade contratual como é a da garantia da evicção.

Mas como a alienação forçada não exclui a ação reivindicatória de titulares do domínio sobre o bem arrematado, desde que estranhos à execução, há de se dar solução ao problema do arrematante que vem a ser privado do bem adquirido em hasta pública.

Trata-se de indenizar quem efetuou um pagamento sem causa, com injustificado enriquecimento do devedor que teve uma dívida quitada, e do credor que recebeu seu crédito, de quem não era obrigado pela dívida.(29)

É inegável, portanto, o direito do arrematante a recuperar o preço indevidamente pago.

A solução mais plausível é, sem dúvida, a oferecida por Frederico Marques, apoiada em Micheli e Liebman; embora não haja compra e venda na arrematação, o executado responde pela evicção, porque se o seu patrimônio é garantia comum de todos os credores, seria injusto, caso o bem arrematado não lhe pertencesse, fosse o arrematante obrigado a arcar com todo o peso da execução, beneficiando os credores com um enriquecimento injustificado porque obtido à custa de algo que não era devido.(30)

Daí a conclusão de Liebman, de que o primeiro responsável pela reparação do prejuízo do arrematante é o executado e, subsidiariamente, o credor. Para o notável mestre peninsular, "embora não se possa falar de garantia da evicção propriamente dita, porque o executado não vendeu, é inegável o direito do arrematante de reaver o que pagou sem causa. Quem se enriqueceu indevidamente foi o executado que se livrou das dívidas à custa de bens alheios; é ele obrigado a indenizar o arrematante. Mas, às vezes, ele é insolvente; o arrematante poderá, então, repetir dos credores o que receberam, porque, embora tivessem direito ao pagamento, não o tinham a ser pagos pela alienação de bens de terceiros".(31)

#### **866. Vícios redibitórios**

Em se tratando de alienação forçada e não de transferência contratual, o arrematante adquire a propriedade do bem praceado na situação em que ele se encontra, não havendo lugar para a reclamação contra eventuais vícios redibitórios.(32)

Em outras palavras, na arrematação, o "arrematante não adquire nenhuma ação de garantia".(33)

#### **867. Ação anulatória da arrematação**

Quando não for mais possível a anulação da arrematação dentro dos próprios autos da execução, a parte interessada terá de propor ação anulatória pelas vias ordinárias.

Não há sentença no procedimento da arrematação, de sorte que o ato processual em causa é daqueles que se anulam por ação comum, como os atos jurídicos em geral, e não pela via especial da ação rescisória (art. 486).(34)

Por outro lado, encerrada a execução, nenhum vínculo guarda a ação anulatória da arrematação com o juízo em que ela se realizou. Não há conexão, porque tal não ocorre entre processo atual e outro já findo, e não há acessoriedade, porque o art. 108 do atual Código não inclui mais, entre as causas de prevenção de competência, a circunstância de ser a ação atual oriunda de ato de outro processo.(35)

Versando, outrossim, a ação anulatória sobre carta de arrematação de imóvel já transcrita no Registro Imobiliário, a competência será do juízo da situação do bem e não daquele do local onde se deu a alienação judicial. A jurisprudência do STF tem reiteradamente afirmado que, para os fins do art. 95 do Código de Processo Civil, se considera como ação fundada em direito real sobre imóvel a que se volta para a anulação de atos jurídicos e conseqüente cancelamento de transcrições do Registro Imobiliário; pelo que é de prevalecer, na espécie, a competência do foro da situação do imóvel sobre qualquer outro.(36)

Se, porém, houve embargos à arrematação, à adjudicação ou à remição, e o feito se encerrou por sentença de mérito, confirmatória da validade da alienação judicial, é claro que, então, somente por meio da ação rescisória se admitirá reabertura de discussão sobre a matéria. Isto porque ditos embargos representam ação de conhecimento, de natureza contenciosa, cujo julgamento tem aptidão para gerar a *res judicata* material.

### **§ 128. REMIÇÃO**

**Sumário:** 868. Remição de bens. 869. Remição de bens e remição da execução. 870. Mecanismo da remição de bens. 871. Bens passíveis de remição. 872. Legitimação. 873. Oportunidade. 874. Preço. 875. Sentença de remição. 876. Carta de remição.

#### **868. Remição de bens**

No procedimento expropriatório da arrematação pode ocorrer o incidente denominado *remição de bens*, através do qual os parentes do executado exercem um autêntico direito de preferência em face do terceiro arrematante.

A remição é, no caso, uma forma de aquisição exercitável dentro do mecanismo da alienação judicial dos bens penhorados. Sua ocorrência é possível tanto na execução singular do devedor solvente como na execução coletiva do insolvente.

#### **869. Remição de bens e remição da execução**

Deve-se distinguir entre *remição da execução* (art. 651) e *remição de bens* (art. 787). Ambas são institutos liberatórios específicos da execução por quantia certa e atuam sobre a constrição patrimonial.

*Remição da execução* é, porém, o resgate da dívida exequiênda, mediante pagamento ou depósito do principal, mais juros, custas e honorários advocatícios, o que é motivo de extinção do processo executivo (art. 794, n° I), e pode se dar a todo tempo, antes da arrematação ou adjudicação dos bens penhorados (art. 651). Libera a penhora em razão de desaparecimento do próprio processo executivo.

São admitidos a remir a execução tanto o devedor (art. 651, do CPC), como qualquer terceiro, interessado ou não (art. 930 e parágrafo único, do Código Civil).(37) E esse direito pode ser exercitado enquanto não assinado o auto de arrematação ou de adjudicação, ou não publicada a sentença de adjudicação, pois até então não se consideram arrematados ou adjudicados os bens penhorados.(38)

A *remição de bens*, por sua vez, é forma apenas de "salvar" da alienação forçada a estranhos os bens penhorados.(39) Trata-se de instituto processual "inspirado na equidade, para evitar que os bens de estimação saiam da família, enquanto isso seja possível, sem prejudicar a execução".(40) É benefício criado *pietatis causa* para permitir que, em condições de igualdade, o bem penhorado se transfira para membro da família do devedor e não para estranho.

## 870. Mecanismo da remição de bens

Segundo o Código atual a remição de bens consiste na aquisição preferencial dos bens penhorados, feita pelo cônjuge, o descendente ou o ascendente do devedor, após a arrematação ou a adjudicação (mas antes da assinatura do auto ou publicação da sentença), mediante depósito do preço por que foram alienados ou adjudicados. O direito a essa aquisição é assegurado pelo art. [787](#) do novo Estatuto Processual.

O fim visado pelo Código é a um só tempo permitir que os bens permaneçam em poder da família do devedor e assegurar à execução o mesmo proveito que adviria da transferência forçada a estranho. É, portanto, forma também de alienação onerosa, sem qualquer prejuízo para a satisfação do crédito exequendo.

No Código revogado permitia-se ao próprio devedor, além dos parentes, o exercício da remição de bens, o que era motivo para infundáveis polêmicas a respeito da possibilidade ou não de renovação de penhora sobre a coisa resgatada.

O Código de 1973 eliminou a controvérsia, restringindo aos parentes e ao cônjuge o direito de remir os bens excutidos.<sup>(41)</sup> Ao devedor, portanto, só cabe agora o direito de remir a execução, o que se faz mediante resgate integral da dívida e acessórios (art. [651](#)).

Não há de pensar-se, outrossim, na remição de bens de sociedade por parte de sócio, como se falava ao tempo do Código anterior, porque, agora, "o direito de remição é nitidamente um benefício de caráter familiar".<sup>(42)</sup>

## 871. Bens passíveis de remição

No regime do Código, a remição pode ser *total* ou *parcial*, ou seja, pode versar sobre todos os bens penhorados ou apenas sobre alguns deles.

No entanto, somente se admite a remição parcial quando a arrematação também houver sido parcial. Dessa maneira, se houve licitante que arrematou a integralidade dos bens postos em hasta pública, não é lícito pretender-se a remição de parte deles, apenas. Em outras palavras, a remição não pode ser menor do que a arrematação (art. [787](#), parágrafo único).

## 872. Legitimação

O direito de remição é exercitável pelo cônjuge, pelos descendentes e pelos ascendentes do devedor (art. [787](#), *caput*).

Se mais de um legitimado manifesta o propósito de remir, observar-se-á a preferência do que oferecer maior preço; e a oferta de remição total prevalecerá sobre a parcial.

Sendo iguais as ofertas, deferir-se-á a remição dentro da seguinte escala de preferência (art. [789](#)):

I – cônjuge;

II – descendente;

III – ascendente.

Entre descendentes, bem como entre ascendentes, os de grau mais próximo preferem aos de grau mais remoto (art. 789, parágrafo único). Assim, a proposta do filho prefere à do neto do executado, e a do pai prefere à do avô.

Se os pretendentes em condição de igualdade pertencerem ao mesmo grau de parentesco, deverão disputar entre si mediante licitação, preferindo o que, afinal, oferecer maior preço (art. 789, parágrafo único).

O remidor deve provar seu parentesco com o devedor mediante certidão do Registro Civil, ou documento equivalente. A morte do devedor, pelo fato da sucessão hereditária não retira aos herdeiros o direito próprio de remir bens penhorados ao *de cujus*.

Para os descendentes e ascendentes, não se distingue entre o parentesco legítimo ou ilegítimo.

Trata-se, outrossim, de direito *personalíssimo*, não sujeito à cessão ou sucessão.(43)

Nos casos de execução sobre bens de terceiro responsável, mas não devedor (art. 592), admite-se, também, que seus parentes e cônjuge exerçam o direito remição, porque a posição do responsabilizado, na execução, é idêntica à do devedor.(44)

Não há, finalmente, disputa entre o pretendente à adjudicação e o postulante da remição. O direito do remidor é eminentemente preferencial frente ao arrematante e ao adjudicatário.

### 873. Oportunidade

O momento adequado para exercício do direito de remição fica situado nas 24 horas compreendidas (art. 788):

I – entre a arrematação dos bens em praça ou leilão e a assinatura do auto (art. 693);

II – entre o pedido de adjudicação e assinatura do auto, havendo um só pretendente (art. 715, § 1º); ou

III – entre o pedido de adjudicação e a publicação da sentença, havendo vários pretendentes (art. 715, § 2º).

Não pode, de tal sorte, haver remição sem o pressuposto da prévia hasta pública (praça ou leilão). Nem será possível o exercício desse direito após a assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação, ou da publicação da sentença de adjudicação, quando esta se fizer necessária. A verificação dos referidos atos processuais importa preclusão do direito de remir.

A jurisprudência, todavia, não considera fatal o prazo de 24 horas a que alude o art. 788, mas apenas o trata como o prazo mínimo dentro do qual não se pode assinar o auto de arrematação, sem ferir o direito do remidor. Se, por isso, houve atraso do cartório e o auto não for pontualmente assinado ao fim das 24 horas sucessivas à arrematação, tem-se decidido que continuará exercitável o direito de remição. Dessa maneira, enquanto não assinado o auto de arrematação é, ainda, oportuno o pedido de remição do bem praceado.(45)

### 874. Preço

O preço oferecido pelo remidor tem que ser igual ao da arrematação (maior lance) ou da adjudicação (preço de avaliação ou maior lance atingido entre os adjudicatários concorrentes). Deve ser depositado imediatamente, isto é, junto com o pedido de remição. Não há mais o prazo de 48 horas para depositá-lo, como se passava ao tempo do código revogado. O atraso do serviço forense, porém, na expedição da guia de recolhimento, ou no despacho da petição do remidor, não deve prejudicar sua pretensão.

### 875. Sentença de remição

A remição é deferida por *sentença*, conforme se vê do art. 790, *caput*. Na verdade, porém, não se trata realmente de sentença, segundo a definição do art. 162, § 1º, visto que dela não decorre a terminação do processo, mas simplesmente a solução de questão incidente. O caso é, pois, típico de "decisão interlocutória", que desafia recurso de agravo de instrumento, como, aliás, está claro no art. 558.(46)

### 876. Carta de remição

A remição fica assegurada mediante o pedido do remidor e o depósito imediato do preço (art. 787). Deve, no entanto, ser objeto de sentença que lhe dá eficácia e a torna irrevogável, como ato executivo de alienação forçada de bens.

Após a sentença, para que opere a transferência da propriedade ao remidor, torna-se necessária a tradição dos bens remidos. Se se tratar de *móveis*, expedir-se-á mandado para que o depositário judicial os entregue ao remidor, realizando a *tradição efetiva*.

Se o caso, todavia, versar sobre *imóveis*, ser-lhe-á passada *carta de remição*, que se destinará à transcrição no Registro Imobiliário, funcionando como *instrumento* do título de propriedade do remidor.

Da carta de remição, que é similar à carta de adjudicação, constará o traslado das seguintes peças processuais (art. 790):

- I – a autuação;
- II – o título executivo;
- III – o auto de penhora;
- IV – a avaliação;
- V – a quitação de impostos;
- VI – a sentença da remição.

## Capítulo XXXVIII - FASE DE SATISFAÇÃO

### § 129. PAGAMENTO AO CREDOR

Sumário: 877. *Satisfação do direito do credor.*

#### **877. Satisfação do direito do credor**

A fase final da execução por quantia certa compreende o pagamento que o órgão judicial efetuará ao credor através dos meios obtidos na expropriação dos bens penhorados ao devedor.

Normalmente a fase de *instrução* encerra-se com a arrematação e a fase de satisfação resume-se na entrega, ao credor, da importância arrecadada na alienação judicial, até o suficiente para cobrir o principal e seus acessórios, tal como ocorreria no *cumprimento voluntário* da obrigação pelo devedor. Com esse pagamento forçado extingue-se a obrigação e, conseqüentemente, a execução (art. [794](#), n° I).

A entrega do dinheiro ao credor, porém, não é a única forma de *pagamento* prevista no sistema da execução por quantia certa. Representa a realização da *obrigação originária*, ou seja, o pagamento da *quantia* a que se obrigou o devedor, na mesma substância prevista no título executivo. Mas o Código prevê formas alternativas de satisfazer o direito do credor, mesmo sem lhe entregar a importância de dinheiro inicialmente reclamada em juízo.

Assim é que o art. [708](#) indica três maneiras de pagamento, com que se pode encerrar essa modalidade de execução, a saber:

- I – a entrega do dinheiro;
- II – a adjudicação dos bens penhorados;
- III – o usufruto de bem imóvel ou de empresa.

### § 130. PAGAMENTO POR ENTREGA DO DINHEIRO

Sumário: 878. *Entrega do dinheiro.* 879. *Concurso de preferência sobre o produto da execução.* 880. *Procedimento do concurso particular.*

#### **878. Entrega do dinheiro**

O pagamento do credor, pela entrega do dinheiro, que é a forma mais autêntica de concluir a execução por quantia certa, pressupõe, naturalmente, a prévia expropriação dos bens penhorados, através de arrematação ou remição, da qual tenha resultado o depósito do preço à ordem judicial. Pode também ocorrer, essa forma de pagamento, quando a penhora inicialmente tenha recaído sobre dinheiro, ou quando o devedor tenha efetuado, no curso do processo, o depósito da quantia correspondente à dívida exequenda.

Os demais meios de satisfação do art. [708](#) só têm cabimento quando se torna inviável, para o juízo, o pagamento em dinheiro, diante da frustração da arrematação dos bens penhorados.



O levantamento se faz em cumprimento de ordem ou mandado do juiz e ao credor compete firmar termo de quitação nos autos (art. [709](#), parágrafo único).

O direito do credor, de levantar o dinheiro depositado, não compreende toda a soma existente, mas apenas o correspondente ao principal da dívida, juros, custas e honorários advocatícios. Com o advento da Lei nº 6.899/81, o valor do principal será sempre corrigido monetariamente e, sobre o seu *quantum* atualizado é que se calcularão os juros e os honorários. As custas e despesas efetuadas pelo credor no curso da execução também serão corrigidas monetariamente. Efetuado o pagamento, se houver remanescente, deverá ser restituído ao devedor.

#### **879. Concurso de preferência sobre o produto da execução**

O juiz só autoriza o credor a levantar, imediatamente, o produto da expropriação executiva, se a execução houver corrido a exclusivo benefício do exeqüente e não houver privilégio ou preferência de terceiros sobre os bens penhorados, anterior à penhora (art. [709](#)).

Assim, não poderá dar-se o imediato levantamento:

a) quando ocorrer a decretação de insolvência do devedor, porque, em tal situação, o produto da execução singular é arrecadado em prol da comunidade dos credores, para posterior rateio no concurso universal do insolvente (art. [762](#), § 2º); e

b) quando existir qualquer outro privilégio sobre os bens alienados judicialmente, como hipoteca, penhor, outra penhora etc., desde que constituídos anteriormente à penhora do exeqüente (art. 709, nº II).

Na última hipótese, instaura-se uma espécie de "concurso particular de preferência", cujo objeto é tão-somente o produto da arrematação e cujos participantes são apenas o exeqüente e o credor ou credores que se apresentem como detentores de preferência ou privilégio, por causa jurídica anterior à penhora.

Um dos motivos desse concurso é a intercorrência de penhoras de credores diversos sobre os mesmos bens, caso em que as diversas execuções singulares são reunidas por apensamento, a fim de unificarem-se os atos executivos e promover-se o concurso de preferências nos autos em que se der a arrematação.

Esse concurso é sumariamente processado como incidente da fase de pagamento, dentro dos próprios autos da execução (art. [711](#)).

As preferências, entre credores quirografários, dependem da *ordem das penhoras*. Já as que decorrem de garantias reais, são respeitadas no concurso particular *independentemente* de penhora em favor do titular do *ius in re*.<sup>(1)</sup>

A classificação dos credores, para pagamento, será feita, portanto, dentro do seguinte critério:

a) independentemente de penhora, devem ser satisfeitos, em primeiro lugar, os que tiverem título legal de preferência, e possuírem, naturalmente, título executivo ("credores com garantia real sobre os bens arrematados");

b) não havendo preferências legais anteriores, ou depois de satisfeitas estas, os demais credores serão escalonados segundo a ordem cronológica das penhoras.

Não havendo mais o protesto por rateio de que cogitava o Código de 1939, os credores quirografários só podem participar do produto da execução de outrem quando houver também obtido penhora sobre os mesmos bens do devedor comum.

O credor quirografário que recebe o pagamento em primeiro lugar não é necessariamente o que promove a execução, em cujos autos se deu a arrematação, mas sim o que efetuou a primeira penhora, pois pode acontecer que, por embaraços procedimentais, sua execução sofra atraso com relação a outras de credores com penhora de grau inferior. O que importa é respeitar a ordem das penhoras e não o andamento das diversas execuções concorrentes.<sup>(2)</sup>

#### **880. Procedimento do concurso particular**

Os credores interessados devem formular suas pretensões de preferência em petição, nos autos em que ocorreu a alienação forçada, indicando, quando for o caso, as provas que irão produzir em audiência (art. [712](#)). A disputa entre os credores concorrentes só poderá versar sobre o direito de preferência ou sobre a anterioridade da penhora (art. 712, *in fine*).

Quando surgir questão de alta indagação entre devedores e credores, ou entre os vários credores – como a discussão em torno da validade do próprio título do credor concorrente, vícios do contrato, extinção do crédito etc. – o juiz poderá sustar o pagamento e remeter os interessados para as vias ordinárias.

Havendo acordo entre os interessados, inclusive o devedor, o juiz simplesmente determinará que o contador prepare o plano de pagamento, segundo a ordem de preferências, autorizando, a seguir, os respectivos levantamentos.

Se houver divergência, promover-se-á uma audiência em que os credores provarão suas preferências de direito material e disputarão as questões atinentes à ordem das penhoras (art. 712). Concluído o debate oral, o juiz proferirá sua sentença na própria audiência (art. 713), apreciando exclusivamente os "privilégios" disputados e as "preferências decorrentes da anterioridade de cada penhora". Não haverá necessidade de audiência, quando a matéria discutida for apenas de direito ou baseada somente em prova documental (artigos 330, nº I, c/c 598).

O art. 713 prevê o julgamento do concurso por *sentença*. Em se tratando, todavia, de solução de um incidente da execução, que não põe fim necessariamente ao processo, o ato configura, na verdade, apenas *decisão interlocutória* (art. 162, § 2º).

### § 131. PAGAMENTO POR ADJUDICAÇÃO DE BENS

Sumário: 881. *Adjudicação*. 882. *Pressupostos da adjudicação*. 883. *Multiplicidade de pretendentes à adjudicação*. 884. *Depósito do preço da adjudicação*. 885. *Sentença e carta de adjudicação*.

#### 881. Adjudicação

A adjudicação é uma figura assemelhada à *ação em pagamento*, uma forma *indireta* de satisfação do crédito do exequente, que se realiza pela transferência do próprio bem penhorado ao credor, para extinção de seu direito.<sup>(3)</sup>

Em lugar da soma de dinheiro, que é objeto específico da execução por quantia certa, na adjudicação o credor recebe bens outros do executado, numa operação, porém, que nada tem de contratual, pois participa da mesma natureza da arrematação, como ato executivo ou de transferência forçada de bens, sob a forma de expropriação.

Conceitua-se, portanto, a *adjudicação* como ato de expropriação executiva em que o bem penhorado se transfere *in natura* para o credor, fora da arrematação.

Pressupõe sempre a iniciativa do próprio credor, já que tendo direito a receber *quantia certa de dinheiro* não pode ser compelido, contra sua vontade, a receber coisa diversa para solução de seu crédito.

O Código, ao enunciar as formas de pagamento ao credor, mencionou, genericamente, entre elas, a "adjudicação dos bens penhorados" (art. 708, nº II). No entanto, ao disciplinar particularmente cada uma dessas formas, apenas regulou a "adjudicação de imóvel" (arts. 714 e 715).

Já se pensou, por isso, que só admitiria o Código a adjudicação de bens imóveis.<sup>(4)</sup> No entanto, a exegese que tem prevalecido, doutrinária e jurisprudencialmente, é a de que não se deve excluir a possibilidade de adjudicação, também, das coisas móveis. Se não houve regulamentação legal especificada para a adjudicação desses bens foi porque o legislador a considerou singela a ponto de dispensar maior disciplinamento. Além disso, a lacuna da lei pode, perfeitamente, ser suprida pela analogia, visto que inexistindo vedação à adjudicação dos móveis, nada impede que se lhes apliquem as regras pertinentes aos imóveis, no que for cabível.<sup>(5)</sup>

#### 882. Pressuposto da adjudicação

A legitimidade para pretender a adjudicação cabe ao *credor exequente*, outro *credor concorrente* que também tenha penhora sobre o bem, e, ainda, ao *credor hipotecário* (art. 714, § 1º).

A legitimação do credor hipotecário decorre da preferência que emana de seu direito real, de maneira que não depende de penhora.

Daí a necessidade de sua intimação prévia, para que a hasta pública tenha eficácia contra ele (arts. [615](#), nº II, [619](#) e [698](#)).

Dois são os requisitos básicos para tornar-se admissível a adjudicação, qualquer que seja o credor que a requeira, a saber:

a) é preciso que tenha ocorrido a realização de praça ou leilão, *sem lançador*; e

b) é necessário que o preço oferecido para a adjudicação *não seja inferior ao do edital* (art. 714, *caput*).

Não se tolera mais o pedido de adjudicação em concorrência com a licitação de arrematante, tal como ocorria ao tempo do Código de 1939. No sistema do Código atual, só quando a praça findar sem lançador é que será lícito ao credor pleitear a adjudicação.[\(6\)](#)

Mesmo que em segunda praça ou leilão, o maior lance não atinja o preço de avaliação, se houve lançador não é mais lícito ao credor pretender, posteriormente, exercer preferência sobre o arrematante, oferecendo o valor do edital, se não concorreu, como lhe competia, na licitação realizada.[\(7\)](#)

Em resumo, "havendo arrematação, não poderá haver adjudicação".[\(8\)](#)

O pedido de adjudicação, outrossim, não depende de maiores formalidades e deve apontar o preço pelo qual o credor aceita adjudicar os bens penhorados, que nunca será inferior ao de avaliação.

Tal pedido pode ser formulado oralmente ao encerrar a hasta pública, caso, em que constará do auto negativo de praça; ou em petição dirigida ao juiz. O advogado do pretendente não necessita de poderes especiais para tanto, bastando os comuns da cláusula *ad judicium*.[\(9\)](#)

É lícito, por fim, o pedido de adjudicação tanto logo após a primeira licitação, como depois da segunda. Não há, pois, obrigatoriedade de aguardar-se as duas licitações, já que o credor terá de oferecer preço pelo menos igual ao da avaliação e já se comprovou, com a frustração da primeira hasta pública, que não há candidato à arrematação por semelhante preço.

### **883. Multiplicidade de pretendentes à adjudicação**

A adjudicação pode ser requerida em três situações diferentes:

a) por um só credor;

b) por vários credores, com ofertas de preços diferentes;

c) por vários credores, pelo mesmo preço.

No caso de um só pretendente, a solução é simples e resume-se em, deferindo o pedido, lavrar-se um auto, após cuja assinatura pelo escrivão, pelo juiz e pelo adjudicatário, ter-se-á a adjudicação por perfeita e acabada, independentemente de sentença (art. [715](#)).

Havendo pluralidade de pretendentes, examinar-se-á primeiro o valor das ofertas. Se alguma superar as demais, naturalmente será preferida, deferindo-se-lhe a adjudicação.

Quando, porém, forem do mesmo preço, realizar-se-á entre os pretendentes uma licitação ou concorrência, que se processará em audiência (art. [714](#), § 2º).

Como orientação prática, sempre que houver mais de um credor em condições de postular a adjudicação, os pedidos dos interessados não devem mencionar apenas um preço certo, como o da avaliação ou outro qualquer superior àquele, pois correrão o risco de verem sua proposta superada pelo pedido seguinte. Será de toda conveniência que além do preço mínimo ofertado, manifesta o requerente a pretensão de licitar com outros concorrentes, caso o preço proposto seja ultrapassado. Com essa providência, evitar-se-ão surpresas de última hora.

### **884. Depósito do preço da adjudicação**

Quando apenas um credor é o interessado na execução, seu pedido de adjudicação não importará necessidade de depósito do preço

do bem adjudicado, salvo se a avaliação superar seu crédito (principal, juros, custas, honorários), caso em que terá de repor o excesso.

Em se tratando, porém, de devedor insolvente ou quando houver concurso de preferência, o preço será depositado pelo adjudicatário (se não for credor hipotecário de 1º grau), para sofrer o necessário rateio. Esse depósito deverá anteceder a lavratura do auto ou a prolação da sentença de adjudicação.

#### **885. Sentença e carta de adjudicação**

A adjudicação às vezes reclama *sentença*, outras vezes apenas um *auto* similar ao da arrematação.

Se apenas há um pretendente, com a lavratura do auto de adjudicação, estará perfeita e acabada a transferência forçada, podendo ser expedida a respectiva carta (art. [715](#)). Não há sentença na espécie (art. 715, *caput*).

Mas se houver disputa entre vários concorrentes, a adjudicação será deferida por sentença (art. 715, § 2º). Na verdade, embora o Código use o *nomen juris* sentença, o que se dá é uma *decisão interlocutória*, visto que o julgamento da adjudicação não põe termo ao processo de execução, mas apenas resolve questão incidente (art. [162](#), § 2º). Tanto isto é verdade que o recurso interponível na espécie, segundo o próprio Código, é o agravo de instrumento, e não a apelação (art. [558](#)).

Deferido o pedido do pretendente único de adjudicação, o auto só será assinado vinte e quatro horas depois (art. 715, § 1º), prazo esse que fica reservado ao exercício do direito de remição dos bens pelos familiares do devedor (art. [788](#), nº II). Igual prazo deve mediar entre o término da licitação e a publicação da sentença de adjudicação, quando são vários os pretendentes (arts. 715, § 2º, e [788](#), nº II).

A sentença de adjudicação, como o auto de adjudicação ou o auto de arrematação, é de natureza *constitutiva*, gerando para o interessado um direito novo sobre os bens expropriados ao devedor.[\(10\)](#)

A jurisprudência entende, todavia, e com razão (por não se tratar de sentença de mérito), que a adjudicação é anulável por ação ordinária e não por rescisória.[\(11\)](#)

A carta de adjudicação é o instrumento que se fornece ao adjudicatário para prova de seu direito e para aperfeiçoar a transferência da propriedade sobre o imóvel mediante transcrição no Registro Imobiliário.

Essa carta é semelhante à de arrematação e deve conter os mesmos requisitos do art. [703](#), isto é, a descrição do imóvel, a prova de quitação dos impostos, o auto de adjudicação, o título executivo e, quando for o caso de licitação, a sentença de adjudicação (art. 715, § 2º).

Na execução de hipoteca de vias férreas, deve-se respeitar a preferência do Poder Público concedente, de modo que a carta de adjudicação só poderá ser expedida depois de intimado o representante da Fazenda Nacional ou do Estado, e de escoado o prazo de trinta dias para exercício do direito de preferência, preço a preço (art. [699](#)).

### **§ 132. PAGAMENTO POR USUFRUTO FORÇADO**

**Sumário:** 886. *Usufruto de imóvel ou empresa*. 887. *Usufruto forçado de empresa*.

#### **886. Usufruto de imóvel ou empresa**

Quando a penhora recair sobre o imóvel ou empresa (estabelecimentos comerciais, industriais e agrícolas), prevê o Código a possibilidade de substituir a alienação forçada pela instituição de usufruto em favor do credor (art. [716](#)), que durará até que os rendimentos auferidos sejam suficientes para resgatar o principal, juros, custas e honorários advocatícios (art. [717](#)).

Consiste, portanto, o *usufruto forçado* num ato de expropriação executiva em que se institui direito real temporário sobre o bem penhorado em favor do credor, a fim de que este possa receber seu crédito através das rendas que vier a auferir.

Essa forma de expropriação depende sempre de pedido do credor, já que este tem o direito de exigir sempre que a execução termine, desde logo, pela entrega da soma de dinheiro a que corresponde a obrigação. Uma vez formulado o pedido pelo credor, em se tratando de empresa, poderá o juiz impor o usufruto forçado contra a vontade do devedor. Mas, no caso de penhora de imóvel, a medida dependerá sempre de consentimento do executado.

Em qualquer caso, porém, será lícito às partes instituir o usufruto em questão, por meio de convenção para pôr fim à execução,<sup>(12)</sup> caso em que o ajuste assumirá feição de transação e deverá ser homologado pelo juiz.

A finalidade do instituto é realizar a execução segundo o princípio da menor onerosidade para o devedor (art. 620), preservando-lhe, quanto possível, a propriedade ou domínio sobre a empresa.

Trata-se de uma forma aperfeiçoada da antiga *adjudicação de rendimentos* (art. 982, do Código revogado), assemelhada à arrematação de real a real, do velho direito português e que Lopes da Costa, com propriedade, denominava de "execução mediante administração forçada".<sup>(13)</sup>

Seus pressupostos, segundo o art. 716, são:

I – versar a penhora sobre imóvel ou empresa;

II – realizar a execução pelo meio menos gravos o para o devedor;

III – ser a medida eficiente para a satisfação do direito do credor.

Com a decretação do *usufruto forçado*, investe-se o credor no exercício de um direito real temporário, perdendo o devedor o gozo do imóvel ou da empresa até que o usufrutuário seja inteiramente pago com os frutos auferidos (art. 717).

Tratando-se de um direito real, de origem judicial, a eficácia desse usufruto é *erga omnes*, de maneira que, após a publicação da sentença que o institui, é oponível tanto ao devedor como a terceiros (art. 718). No caso de imóvel, além da publicação da sentença haverá também a inscrição da carta de usufruto no Registro Imobiliário, como medida de aperfeiçoamento do direito real e de sua eficácia (art. 722, § 3º, do CPC; art. 175, do Código Civil; e art. 168, I, "g", da Lei nº 6.015/73).

Na sentença de instituição do usufruto, o juiz deverá nomear, se necessário, um administrador, que será investido nos poderes que concernem ao usufrutuário (art. 719). Poderá a nomeação recair no credor e até no próprio devedor, desde que haja acordo dos interessados (art. 719, parágrafo único), ou em terceiro.

Essa nomeação, entretanto, não é obrigatória em casos de imóveis alugados, como se depreende do art. 723, que permite ao próprio usufrutuário receber os aluguéis.

Se o bem penhorado for cota ideal, como a do comunheiro no imóvel em condomínio, ou a do sócio na empresa, ainda assim será possível a instrução do usufruto forçado, cabendo ao administrador exercer "os direitos que numa e noutra cabiam ao devedor" (art. 720).

Aceito o pedido do credor, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do imóvel e calcular o tempo necessário para a liquidação da dívida (art. 722).

Ouvidas as partes sobre o laudo, o juiz proferirá sentença, que quando deferir o usufruto forçado, fixará sua duração e determinará a expedição de *carta de constituição de usufruto* (art. 722, § 1º), para inscrição no Registro Imobiliário (art. 722, § 3º). Dela deverão constar os elementos da carta de arrematação (art. 703), além da sentença que deferiu o usufruto e cálculo dos frutos e rendimentos feitos pelo perito (art. 722, § 2º).

A constituição do usufruto é *pro solvendo* e não *pro soluto*, de maneira que o prazo fixado na sentença não é fatal e pode ser abreviado quando o credor for satisfeito com antecipação, ou prorrogado quando se findar sem que os rendimentos efetivamente auferidos tenham sido suficientes para o resgate total do débito.<sup>(14)</sup>

Quando a renda do imóvel for obtida através de locação, e esta preexistir à decretação do usufruto, o inquilino passará a pagar o aluguel diretamente ao usufrutuário, ou ao administrador, se houver (art. 723).

No caso de locações novas, a serem contratadas pelo usufrutuário, deverá ser ouvido o devedor sobre todas as cláusulas propostas para o contrato. Havendo divergências entre o credor e o devedor, caberá ao juiz decidir, podendo aprovar a proposta, se a julgar conveniente, ou determinar que a locação se faça por meio de concorrência em hasta pública (art. 724).

O usufruto forçado não torna inalienável ou impenhorável o imóvel, de modo que outros credores poderão vir a executá-lo, promovendo sua alienação judicial. O direito real do usufrutuário ficará, porém, ressaltado durante o prazo de duração do

usufruto (art. [725](#)).

Ao arrematante será lícito, por outro lado, resgatar o imóvel, pagando ao credor o saldo a que tiver direito e obtendo, assim, a extinção do usufruto (art. 725, parágrafo único), que será declarada por sentença a seu requerimento.

### **887. Usufruto forçado de empresa**

Caberá o usufruto forçado, na forma dos arts. [726 a 729](#), nos casos de penhora sobre estabelecimentos comerciais, industriais ou agrícolas, bem como sobre semoventes, plantações ou edifícios em construção (art. [677](#)), ou de execução contra empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público (art. [678](#)).

O usufruto, *in casu*, depende de requerimento do credor, formulado antes do leilão (art. [726](#)), e não é condicionado à concordância do devedor, mas apenas ao prudente arbítrio do juiz, que ponderará sobre a conveniência e eficiência da medida, em cada caso.

O devedor, naturalmente, será ouvido e poderá opor-se, provando que o usufruto não atende, no caso concreto, aos fins colimados pelo art. [716](#), isto é, não é o meio menos gravoso e mais eficiente para ultimar a execução.

A nomeação de um administrador é obrigatória e será feita com observância das normas dos arts. 677 e 678. Seus direitos e deveres constam dos arts. [148 a 150](#), sendo-lhe assegurada remuneração arbitrada pelo juiz, de acordo com as particularidades de cada caso.

Assinado o termo de compromisso e recebida a empresa do devedor, cumpre ao administrador (art. [728](#)):

I – comunicar à Junta Comercial (se se tratar de empresa industrial ou comercial) que entrou no exercício das suas funções, remetendo-lhe certidão do despacho que o nomeou;

II – submeter à apreciação judicial a forma de administração (art. 677);

III – prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida em execução (art. [717](#)).

FLUXOGRAMA Nº 34: EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE  
(arts. [646-729](#))



Capítulo XXXIX - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA  
**§ 133. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA O PODER PÚBLICO**

**Sumário:** 888. Execução forçada contra a Fazenda Pública. 889. O atraso no cumprimento dos precatórios e seus consectários. 890. Execução de obrigação de dar.

**888. Execução forçada contra a Fazenda Pública**

Os bens, isto é, os bens pertencentes à União, Estado e Município, são legalmente *impenhoráveis*. Daí a impossibilidade de execução contra a Fazenda nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora e expropriação.

Prevê o Código de Processo Civil, por isso, um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens.

Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os artigos [730](#) e [731](#) do Código de Processo Civil.

Na verdade, há tão-somente uma *execução imprópria*, na espécie, cujo procedimento é, sinteticamente, o seguinte:

a) Seja judicial ou não o título executivo, a citação da Fazenda será feita sem cominação de penhora, limitando-se à convocação para opor embargos em dez dias (art. 730, *caput*).<sup>(1)</sup>

b) Não havendo a oposição de embargos, ou sendo estes rejeitados, o juiz, através do Presidente do Tribunal Superior, expedirá a requisição de pagamento, que tem o nome de *precatório*. O juiz de primeiro grau não requisita diretamente o pagamento, mas dirige-se, a requerimento do credor, ao Tribunal que detém a competência recursal ordinária (Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada, Tribunal Regional Federal etc.), cabendo ao respectivo presidente formular a requisição à Fazenda Pública executada (art. 730, nº I). É obrigatória a inclusão, no orçamento, da verba necessária ao pagamento dos débitos constantes dos precatórios, apresentados até 1º de julho do ano anterior (Constituição Federal, art. [100](#), § 1º).

c) As importâncias orçamentárias destinadas ao cumprimento dos precatórios ficarão *consignados* ao Poder Judiciário, recolhidas nas repartições competentes (Constituição Federal, art. 100, § 2º).

d) O pagamento será feito ao credor na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (Código de Processo Civil, art. 730, nº II). Não se sujeitam a essa ordem cronológica os créditos de natureza alimentícia (CF, art. 100, *caput*), compreendendo-se nessa categoria os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (CF, art. 100, § 1º-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30, de 13.09.2000).

e) Se o credor for preterido no seu direito de preferência, mediante pagamento direto pela Fazenda a outro exeqüente, poderá requerer ao Presidente do Tribunal que expediu a ordem de pagamento que, depois de ouvido o Chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da Justiça, ou equivalente), ordene o *seqüestro* da quantia necessária para satisfazer o débito (Código de Processo Civil, art. [731](#)).

f) Esse seqüestro, segundo melhor entendimento doutrinário, não é voltado diretamente contra a Fazenda, porque sendo seus bens impenhoráveis, são também inseqüestráveis. Dirige-se contra o credor que tenha recebido pagamento fora da ordem legal, atingindo as importâncias irregularmente embolsadas.<sup>(2)</sup> O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em decisão de seu Pleno, já admitiu a possibilidade de que tal seqüestro pudesse recair diretamente sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, em quantia suficiente para satisfazer o crédito exeqüendo.<sup>(3)</sup>

g) Quando houver oposição de embargos pela Fazenda Pública, o seu processamento será feito de conformidade com o disposto no art. [740](#) e seu parágrafo único. Se a sentença desacolher a pretensão fazendária, ensejará o duplo grau necessário de jurisdição (Código de Processo Civil, art. [475](#), III).

Não haverá, naturalmente, o reexame necessário de segunda instância, quando a Fazenda Pública deixar de oferecer embargos, posto que, então, nenhuma sentença será proferida, seguindo-se apenas os atos tendentes à expedição do precatório, de modo a não se poder cogitar de sucumbência ou de parte vencida, *in casu*.<sup>(4)</sup>

O procedimento codificado de execução contra a fazenda pública não é observado nas ações de desapropriação, onde os



precatórios são logo processados sem passar pelo contraditório exigido pelo art. 730.(5) Não se sujeitam ao regime dos precatórios os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 100, § 3º); cabe, pois, à lei ordinária estipular os parâmetros para identificação das causas de pequeno valor, admitindo-se a possibilidade de diferenciação conforme a capacidade de pagamento das entidades de direito público (CF, art. 100, § 4º).

#### 889. O atraso no cumprimento dos precatórios e seus consectários

Um problema que aflige partes e juízes é o da demora no cumprimento dos precatórios pela Administração Pública. É natural que, estando a Administração sujeita a rígido controle orçamentário no que diz respeito à aplicação das Rendas Públicas, o pagamento das execuções só possa se fazer dentro de um prazo mais ou menos longo. Surge, então, uma diferença de acessórios (juros e correção monetária) em detrimento do credor.

Sendo inevitável um espaço de tempo entre a expedição e o cumprimento do precatório, parece-me curial que o credor não deverá arcar com o prejuízo decorrente dessa defasagem. Mas, também, não é possível admitir que a liquidação e solução da execução se tornem infundáveis, graças a uma sucessiva e infinita apuração de diferenças.

Para uma antiga jurisprudência do STF não se concebia que houvesse, dentro do processo, uma sucessão indefinida de liquidações e precatórios. Sendo impossível a satisfação imediata do precatório, o direito do credor haveria de restringir-se tão-somente ao espaço de tempo normalmente compreendido entre a expedição do requisitório e o seu efetivo cumprimento pela Administração Pública.

Assim, numa mesma execução de sentença contra a Fazenda, só deveria, em princípio, haver dois requisitórios:

- 1) o *primitivo*, expedido logo após apuração do *quantum* da dívida exequenda; e
- 2) o *complementar*, expedido após o pagamento do primitivo, e compreendendo tão apenas os acessórios vencidos entre o cálculo originário e a data do efetivo pagamento ao credor.(6)

A melhor solução, porém, era a que se adotava nos Tribunais de S. Paulo e Minas Gerais, segundo a qual os precatórios deveriam ser expedidos com valor expresso em ORTN, ou seja, com cláusula de correção monetária automática. Dessa maneira, desapareceria o problema da defasagem entre o cálculo e o cumprimento do precatório, porque a Fazenda depositaria, em juízo, o valor das ORTN's no dia do recolhimento.(7)

O STF já admitiu, por outro lado, que "não ofende o § 3º do art. 153 da Constituição Federal, nem o art. 1.064 do Código Civil, decisão segundo a qual, cumprido o precatório, a cobrança de juros, em complementação a ele, somente pode ser pleiteada em ação ordinária".(8) Trata-se, porém, de entendimento superado.

De fato, não há inconveniente em que a diferença seja apurada pelo procedimento de liquidação nos próprios autos do processo originário. Não há litígio novo, fora daquele que já foi definitivamente julgado pela sentença exequenda que justifique a perda de tempo e de energia processual representada pela instauração de um novo processo ordinário apenas para atualizar acessórios da sentença cumprida com atraso pelo Poder Público.

O quadro jurisprudencial, todavia, mudou-se completamente, de sorte que a orientação atual da jurisprudência é a seguinte:

- 1) admitem-se sucessivos precatórios complementares enquanto houver defasagem de juros e correção monetária entre o requisitório e o efetivo adimplemento da obrigação pelo Poder Público,(9) porque "*a expedição do precatório não produz o efeito de pagamento*"; os juros moratórios continuarão incidindo, "*enquanto não solvida a obrigação*",(10)
- 2) firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de não permitir a expedição de precatório em que o valor da obrigação seja expresso em certa quantidade de ORTNs, para assegurar sua correção monetária automática. O valor do precatório somente pode ser expresso em moeda nacional.(11) Não se impede, porém, que, no precatório, além do valor da obrigação em moeda corrente, se mencione também o seu equivalente em título público capaz de permitir sua ulterior atualização.(12)

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 30, de 13.09.2000, solucionou de vez o problema da demora no cumprimento, alterando o texto dos parágrafos do art. 100 da Constituição Federal e instituindo as seguintes regras novas:

- a) o pagamento do precatório deve ser realizado até o final do exercício seguinte ao de sua tempestiva apresentação (§ 1º);
- b) os precatórios terão seus valores atualizados monetariamente na época do pagamento (§ 1º);

c) o presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou remissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade (§ 5º).

#### **890. Execução de obrigação de dar**

Note-se, por fim, que as regras especiais de execução imprópria, via requisitório, só se referem à execução por quantia certa, como expressamente dispõe o art. [730](#) do CPC.

Isto porque só esta modalidade de execução forçada importa, ordinariamente, expropriação de bens patrimoniais do devedor inadimplente, atingindo, assim, bens e receitas do Tesouro Público.

Na Execução para entrega de coisa certa, ou incerta, não há que se cogitar do procedimento dos arts. 730 e [731](#) do CPC, visto que a atividade *jurissatisfativa* se refere, na espécie, aos bens do próprio credor e não da Fazenda Pública. Esta, conforme os termos da sentença, tem apenas a posse ou detenção de bens de outrem, competindo-lhe, por isso, restituí-los ao legítimo dono, ou a quem de direito.

Aqui, portanto, a execução é feita *in natura*, sem nenhum privilégio, mediante o procedimento normal dos arts. [621 a 631](#) do Código de Processo Civil, que resultará, no caso de recalcitrância do Poder Público, em imissão na posse, se a coisa for imóvel, ou em busca e apreensão, se se tratar de móvel.

### **Capítulo XL - EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS**

#### **§ 134. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM MATÉRIA DE ALIMENTOS**

Sumário: 891. Execução da prestação alimentícia. 892. Averbação em folha de pagamento. 893. Prisão civil do devedor. 894. Execução de alimentos provisionais e alimentos definitivos. 895. Opção entre a execução comum por quantia certa e a execução especial de alimentos (art. 733).

#### **891. Execução da prestação alimentícia**

A execução de sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, subordinada, em princípio, ao mesmo procedimento das demais dívidas de dinheiro (art. [732](#), *caput*).

Dada a relevância do crédito por alimentos e as particularidades das prestações a ele relativas, o Código acrescenta ao procedimento comum algumas medidas tendentes a tornar mais pronta a execução e a atender certos requisitos da obrigação alimentícia.

A primeira delas refere-se à hipótese de recair a penhora em dinheiro, caso em que o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação (art. 732, parágrafo único), o que será feito independentemente de caução.

Outras são a possibilidade de prisão civil do devedor e o desconto da pensão em folhas de pagamento, o que, evidentemente, importa certas alterações no procedimento comum da execução por quantia certa.

#### **892. Averbação em folha de pagamento**

Em se tratando de devedor que exerça cargo público, militar ou civil, direção ou gerência de empresa, bem como emprego sujeito à legislação do trabalho, a execução de alimentos será feita mediante ordem judicial de desconto em folha de pagamento (art. [734](#)).

Nestes casos, "a comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador, por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração" (art. 734, parágrafo único).

Uma vez averbada a prestação em folha, considera-se seguro o juízo, como se penhora houvesse, podendo o credor oferecer embargos à execução, se for caso. [\(1\)](#)

#### **893. Prisão civil do devedor**

Quando não for possível o desconto em folha de pagamento, o devedor será citado para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que já o fez, ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo (art. [733](#)).

Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão por prazo de um a três meses (art. 733, § 1º).

Essa prisão civil não é meio de *execução*, mas apenas de coação, de maneira que não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos.

Por isso mesmo, o cumprimento da pena privativa de liberdade "não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas" (art. 733, § 2º).

De acordo com a antiga redação do § 2º, do art. 733, cumprida a prisão, vedado era ao juiz outra imposição de pena ao mesmo devedor, ainda que houvesse inadimplemento posteriormente de outras prestações da dívida de alimentos.

Essa ressalva, todavia, foi excluída pela nova redação que a Lei nº 6.515/77 deu ao dispositivo, de modo que, agora, o devedor é passível de tantas prisões, quantos sejam os inadimplementos, desde, é claro, que não prove sua incapacidade para cumprir a prestação alimentícia a seu cargo.

Se, porém, no curso da prisão, a prestação vier a ser paga, o juiz mandará pôr em liberdade o devedor imediatamente (art. 733, § 3º).

A prisão civil, é importante lembrar, não deve ser decretada *ex officio*. É o credor que "sempre estará em melhores condições que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade". Deixa-se, pois, ao exeqüente "a liberdade de pedir, ou não, a aplicação desse meio executivo de coação, quando, no caso concreto, veja que lhe vai ser de utilidade, pois pode bem acontecer que o exeqüente, maior interessado na questão, por qualquer motivo, não julgue oportuna e até considere inconveniente a prisão do executado".<sup>(2)</sup> Por se tratar de medida de exclusiva iniciativa do credor, tampouco tem o Ministério Público legitimidade para requerê-la.<sup>(3)</sup>

Por fim, a dívida que autorize a imposição da pena de prisão é aquela diretamente ligada ao pensionamento em atraso. Não se pode, pois, incluir na cominação de prisão verbas como custas processuais e honorários de advogado.<sup>(4)</sup>

Nos termos da jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça, "em princípio apenas na execução de dívida alimentar atual, quando necessária a preservação da sobrevivência do alimentando, se mostra justificável a cominação de pena de prisão do devedor. Em outras palavras, a dívida pretérita, sem o escopo de assegurar no presente a subsistência do alimentando, é insusceptível de embasar decreto de prisão. Em linha de princípio, doutrina e jurisprudência admitem a incidência do procedimento previsto no art. 733, CPC, quando se trata de execução referente às últimas prestações, processando-se a cobrança da dívida pretérita pelo rito do art. 723, CPC (execução por quantia certa). Tem-se por 'dívidas pretéritas' aquelas anteriores a sentença ou a acordo que as tenha estabelecido, não sendo razoável favorecer aquele que está a merecer a coerção pessoal".<sup>(5)</sup>

#### **894. Execução de alimentos provisionais e alimentos definitivos**

A execução por quantia certa, com as particularidades do artigo 733, aplica-se tanto à sentença condenatória definitiva, como à decisão interlocutória que impõe alimentos provisionais (arts. 732, 733 e 735).

Pontes de Miranda, porém, defende a tese de que "os arts. 733 e 735 são relativos às prestações de *alimentos provisionais*. Assim, hoje – para o mestre – a prisão somente ocorre se há *sentença ou decisão* que fixe os alimentos provisionais. Nas ações de alimentos, se não são provisionais, não há prisão, porque só aos alimentos provisionais se referem os textos dos arts. 733 e 735".<sup>(6)</sup>

Realmente o texto do art. 733 é ambíguo e pode ensejar, numa interpretação puramente literal, a conclusão a que chegou o grande processualista. Mas este não é o melhor critério de hermenêutica legal. Se se admite a prisão civil de um devedor de alimentos sujeito apenas a uma condenação provisória, como se explicaria, dentro da lógica e do bom senso, que a mesma medida seria inadmissível perante uma condenação definitiva?

Aliás existe um dispositivo legal posterior ao Código que, numa interpretação autêntica, declarou justamente o contrário da conclusão de Pontes de Miranda. Com efeito, a Lei nº 6.014, de 17.12.73, que fez a adaptação da Lei de Alimentos ao Código de Processo Civil, ao tratar da sentença definitiva que julga a ação de alimentos (principal), dispôs que, não sendo possível a averbação em folha de pagamento, "poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos arts. 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil". Também, para Moura Bittencourt, o Código atual não dá lugar a dúvidas, sendo certo que "a pena de prisão tem lugar para assegurar a prestação alimentícia de qualquer natureza, seja provisional, provisória ou definitiva, originária ou revista".<sup>(7)</sup>

Essa é, igualmente, a orientação da jurisprudência.(8)

O prazo de duração da prisão, todavia, é diferente: na execução da prestação de alimentos provisionais, pode variar de um até três meses (CPC, art. 733, § 1º); e no caso de alimentos definitivos, só poderá ir até o máximo de sessenta dias (Lei nº 5.478/68, art. 19).(9)

#### **895. Opção entre a execução comum por quantia certa e a execução especial de alimentos (art. 733)**

Cabe ao credor, na abertura da execução de alimentos, optar entre requerer a citação com cominação de prisão (art. 733), ou apenas de penhora (arts. 732 e 735). Mas a escolha da primeira opção não lhe veda o direito de, após a prisão ou a justificativa do devedor, pleitear o prosseguimento da execução por quantia certa, sob o rito comum das obrigações dessa natureza (art. 733, § 2º), caso ainda persista o inadimplemento.

Nem o Código, nem a Lei nº 5.478/68, impõe ao credor de alimentos a obrigação de primeiro executar o alimentando pelas vias comuns da execução por quantia para depois requerer as medidas coativas do art. 733, de sorte que pode perfeitamente iniciar-se o processo executivo por qualquer dos dois caminhos legais.(10)

### **Parte XI - OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO FORÇADA**

#### **Capítulo XLI - RESISTÊNCIA DO DEVEDOR E DE TERCEIROS**

#### **§ 135. EMBARGOS DO DEVEDOR**

**Sumário:** 896. Resistência à execução. 897. Natureza jurídica dos embargos à execução. 898. Classificação dos embargos do devedor. 899. Legitimação. 900. Autonomia dos embargos de cada co-executado. 901. Competência. 902. Generalidades sobre o processamento dos embargos. 903. Segurança do juízo como condição da ação de embargos do devedor. 904. Prazo para propositura dos embargos do devedor. 905. Rejeição liminar dos embargos. 906. Procedimento. 907. Revelia nos embargos. 908. Efeito suspensivo dos embargos. 909. Embargos à execução de sentença. 910. Embargos de retenção por benfeitorias. 911. Embargos à execução fundada em título extrajudicial. 912. Autonomia da ação de embargos do devedor. 913. Embargos à arrematação e à adjudicação.

#### **896. Resistência à execução**

Não é a execução um processo dialético. Sua índole não se mostra voltada para o contraditório. Quando se cumpre o mandado executivo, a citação do devedor é para pagar a dívida representada no título do credor e não para se defender. Dessa maneira, o transcurso do prazo de citação tem como eficácia imediata a confirmação do inadimplemento, em lugar da revelia que se registra no processo de conhecimento.

Esse caráter específico do processo executivo, todavia, não impede que interesses do devedor ou de terceiro sejam prejudicados ou lesados pela execução. Daí a existência de remédios especiais para defesa de tais interesses e, através dos quais, pode-se atacar o processo de execução em razão de nulidades ou de direitos materiais oponíveis ao do credor.

São os *embargos* a via para opor-se à execução forçada. Configuram eles *incidentes* em que o devedor, ou terceiro, procura defender-se dos efeitos da execução, não só visando evitar a deformação dos atos executivos e o descumprimento de regras processuais, como também resguardar direitos materiais supervenientes ou contrários ao título executivo, capazes de neutralizá-lo ou de reduzir-lhe a eficácia, como pagamento, novação, compensação, remissão, ausência de responsabilidade patrimonial etc.

No sistema do nosso Código de Processo Civil, os embargos oponíveis à execução podem ser:

a) *embargos do devedor* (arts. 736 a 747); e

b) *embargos de terceiro* (arts. 1.046 a 1.054).

Os embargos do devedor, outrossim, acham-se subdivididos, por especialização procedimental, em três tipos diferentes:

a) embargos à execução de *título judicial* (arts. 741 a 744);

b) embargos à execução de *título extrajudicial* (art. 745);

c) embargos à *arrematação* e à *adjudicação* (art. 746).

Os embargos do devedor acham-se regulados dentro da parte que o Código reserva para o processo de execução, visto que representam incidente só ocorível em face da execução forçada. Já os embargos de terceiro estão disciplinados no Livro IV, relativo aos "procedimentos especiais", porquanto são ação incidental que se pode opor a qualquer tipo de ação onde posse ou direito de estranho sofre moléstia ou turbação por ato judicial, mesmo fora do âmbito da execução forçada em sentido estrito.

#### 897. Natureza jurídica dos embargos à execução

Os embargos, tal como indica o léxico, são obstáculos ou impedimentos que o devedor procura antepor à execução proposta pelo credor.

"Enquanto o título estiver de pé, o respectivo beneficiário dispõe da ação executiva, quer tenha quer não tenha, na realidade, o direito de crédito. Para que o direito à ação executiva se extinga, é necessário anular o título, fazê-lo cair, e para conseguir tal fim, tem o executado de mover *uma verdadeira ação declarativa*,<sup>(1)</sup> ou de cognição, que são os embargos do devedor.

Sua natureza jurídica é a de uma *ação de cognição* incidental<sup>(2)</sup> de caráter *constitutivo*, conexa à execução por estabelecer, como ensina Chiovenda, uma "relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução".<sup>(3)</sup>

Não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento. Só aparentemente podem ser tidos como resposta do devedor ao pedido do credor. Na verdade, o embargante toma uma posição ativa ou de ataque, exercitando contra o credor o *direito de ação* à procura de uma sentença que possa extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo.

Por visar a desconstituição da relação jurídica líquida e certa retratada no título é que se diz que os embargos são uma *ação constitutiva*, uma nova relação processual,<sup>(4)</sup> em que o devedor é o autor e o credor o réu.<sup>(5)</sup>

#### 898. Classificação dos embargos do devedor

Classificam-se os embargos do devedor em:

a) embargos ao direito de execução; e

b) embargos aos atos de execução.

Nos primeiros, o devedor impugna, ao credor, como no caso de pagamento, novação ou remissão da dívida, o direito de propor a execução forçada. "Na essência, com esta oposição procura-se fazer declarar a *inexistência da ação executiva*".<sup>(6)</sup>

Nos embargos aos atos executivos, o devedor contesta a regularidade formal do título, da citação, ou de algum ato sucessivo do processo, ou sua oportunidade. São, pois, embargos de *rito* ou de *forma*, não de mérito, como ocorre, por exemplo, com os embargos à arrematação.<sup>(7)</sup> Podem ser subdivididos em:

a) *embargos de ordem*, os que visam a anulação do processo, como os que tratam da impropriedade de forma, a falta do direito de postular em juízo, a ausência do título executivo etc.; e

b) *embargos elisivos, supressivos ou modificativos dos efeitos da execução*, como os que tratam da impenhorabilidade, do benefício de ordem, do excesso de penhora, da litispendência, do direito de retenção etc.<sup>(8)</sup>

#### 899. Legitimação

Pode propor os embargos o sujeito passivo da execução forçada, ou seja, o *devedor* contra quem se expediu o mandado executivo. Será ele ordinariamente o *vencido* na ação de condenação (título judicial), ou o apontado como *devedor* no título extrajudicial, bem como o seu sucessor. São, também, legitimados os terceiros com responsabilidade executiva (fiador, sócio, sucessor, sub-rogado etc.), desde que, atingidos pelos atos de execução, assumam a posição de parte na relação processual criada pela ação proposta pelo credor.

O réu da execução (devedor) é o autor dos embargos; e o autor (credor) passa a ser o réu no incidente.

O terceiro não responsável pela execução e que não é parte no feito e nem pode pretender, a qualquer título, a posição da parte na relação processual executiva, não é legitimado para opor embargos de devedor. Se atingido por atos executivos, caberá defender-se através de *embargos de terceiro*, que são o remédio processual próprio para repelir os esbulhos judiciais não só na execução como em qualquer outro procedimento (art. [1.046](#)).

Se são vários os devedores, mas a penhora só atingiu bens de um deles, antiga jurisprudência entendia, em nosso ponto de vista, com acerto, que só contra este prosseguirá a execução, de modo que apenas ele poderá interpor embargos.

"Não há executiva sem penhora. Nela a defesa consiste nos embargos à penhora. Assim, os réus contra os quais esta não ocorreu, incidindo só em bens dos outros, não são partes na ação executiva que se caracteriza, exatamente, por se iniciar pela providência enérgica da tomada da posse dos bens."<sup>(9)</sup>

A nosso ver, o co-devedor citado que não teve bens penhorados só poderá embargar a execução se o fizer juntamente com aquele que propiciou a segurança do juízo, pois não é razoável que, não sendo proprietário dos bens penhorados, venha a comprometê-los, ainda mais, com o ônus da protelação do desfecho da execução e com os gravames eventuais da sucumbência dos embargos.

Ademais, feita a penhora, a intimação se faz na pessoa do dono dos bens penhorados, de modo que o prazo de embargos só começa a fluir para o referido proprietário.

Por outro lado, se as defesas manejadas pelos co-executados forem diversas, inadmissível será considerar o juízo da execução garantido ou seguro pela penhora de apenas um dos embargantes. Basta imaginar a hipótese de vir o executado proprietário do bem penhorado a lograr êxito em seus embargos, com a conseqüente liberação da penhora, para concluir que o segundo embargante vencido (sem bens penhorados) terá conseguido resistir injustamente à execução, sem ter atendido ao pressuposto indispensável da segurança do juízo executivo.

Na realidade não se pode deixar de reconhecer que o processo de execução não se destina à definição dos direitos das partes, mas à realização de créditos previamente evidenciados como líquidos, certos e exigíveis. Por isso, os embargos não são meios de solucionar divergência entre o devedor executado e o credor, mas apenas remédio para resistir a uma execução indevida. Os embargos, por isso mesmo, são a reação contra a penhora, que é o primeiro ato executivo da execução por quantia certa, a preparar a expropriação ou alienação forçada dos bens do devedor. Se não houve penhora contra um dos co-devedores, não está ele sofrendo execução (agressão patrimonial), e logo não há a que resistir. Só aqueles que têm bens penhorados é que sofrem, efetivamente, execução, e somente eles, portanto, é que têm legitimidade para embargar a execução.<sup>(10)</sup>

No entanto, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça tem seguido entendimento diverso.

#### **900. Autonomia dos embargos de cada co-executado**

O litisconsórcio passivo na execução não reflete obrigatoriamente sobre a legitimidade e demais condições da ação incidental de embargos.

Deve-se lembrar que sendo os embargos *ação* e não simples *contestação* do executado, a esse tipo de ação incidental não se aplicam as regras e princípios que só dizem respeito à resposta típica dos processo de conhecimento.

Sendo, outrossim, a penhora a condição de admissibilidade dos embargos, cada co-devedor se legitima à propositura deles à medida que seus próprios bens são penhorados.<sup>(11)</sup>

Assim, os embargos de cada devedor têm caráter autônomo e independente, de modo que a falta de citação de um deles na execução, por exemplo, é irrelevante em face da ação incidental, seja no tocante à *regularidade* da relação processual, seja quanto à contagem do prazo de defesa.<sup>(12)</sup> Vale dizer: "estabelecido litisconsórcio passivo facultativo entre dois coobrigados solidários, a falta de citação de um deles não obsta o prosseguimento da execução em relação ao outro, que, citado, deve pagar ou nomear bens à penhora".<sup>(13)</sup>

Da autonomia dos embargos de cada co-executado decorrem as seguintes conseqüências:

a) a ação de cada executado é particular, não estando por isso mesmo subordinada a litisconsórcio ou anuência dos outros co-devedores.

b) o prazo para embargar é individual e nasce, para cada co-executado, a partir da intimação pessoal da penhora sobre seus bens;

c) a circunstância de não terem sido citados todos os co-devedores é irrelevante, por não ser condição para o prosseguimento da execução sobre os bens de outros litisconsortes passivos, de sorte que aquele que já sofreu a penhora tem de ajuizar logo seus embargos, sem cogitar da situação dos demais;

d) da autonomia dos embargos de cada co-devedor, e da circunstância de não se tratar de contestação, nem de simples fala nos autos, não se aplica à espécie a contagem de prazo em dobro quando vários são os executados e diversos os seus advogados (art. [191](#)).

Dessa autonomia dos embargos, decorre a regra de que "o oferecimento dos embargos por um dos devedores não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante" (§ 3º, do art. [739](#), redigido pela Lei nº 8.953/94).

Por fim, admite a lei que os embargos sejam apenas sobre parte do crédito exequendo, caso em que o seu efeito suspensivo não impedirá o prosseguimento da execução quanto à parte não embargada (§ 2º, do art. 739, incluído pela Lei nº 8.953/94).

## 901. Competência

O juízo da ação de embargos, que é feito incidental, é o mesmo da execução (arts. [108](#) e [109](#)).

Quando, porém, a penhora é realizada em comarca estranha ao foro da causa (art. [658](#)), diz o Código que se dará "a execução por carta" e a competência para processar e julgar os embargos caberá ora ao juízo deprecado, ora ao deprecante, conforme a matéria debatida (art. [747](#), com a nova redação da Lei nº 8.953, de 13.12.94).

Será o objetivo visado pelos embargos que, em suma, determinará qual o juízo competente para o respectivo processamento e julgamento.

Se a matéria debatida referir-se "apenas a irregularidades da penhora, da avaliação, ou da alienação", isto é, dos atos delegados ao deprecado, a decisão dos embargos a este caberá. Se disser respeito, contudo, "ao âmago da execução, às exceções ou ao título executivo", a competência "não pode deixar de caber ao juízo deprecante".([14](#))

Trata-se, portanto, de distinguir entre embargos à *execução* (*mérito* ou *exceções* ligadas ao juízo da ação principal, como a de suspeição, impedimento etc.) e embargos *aos atos executivos* (defesa formal contra irregularidades da penhora, avaliação e praxeamento).

Outra inovação introduzida pela Lei nº 8.953, foi a de facultar, em qualquer hipótese, a apresentação dos embargos de devedor, tanto no juízo deprecado como no deprecante. Se a competência para julgá-los, por exemplo, não for do deprecado, este após recebê-los procederá à remessa ao deprecante, juntamente com a carta precatória cumprida. Se a matéria alegada incluir-se em sua competência, o juiz deprecado os processará e após julgá-los remetê-los-á ao juízo da execução.([15](#))

Convém notar que a competência do juiz deprecado é excepcional e somente ocorrerá no caso de defesa limitada "unicamente a vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens". Logo, se tal matéria vier a ser alegada em conjunto com outras arguições, a competência a prevalecer será a do juiz da execução (isto é, o deprecante).

## 902. Generalidades sobre o processamento dos embargos

Em se tratando de uma *nova ação*, sujeita-se à distribuição, registro e autuação próprios (arts. [166](#) e [251](#)), devendo, também, receber valor de causa, na respectiva petição inicial, como determina o art. [258](#).

Diante da inegável conexão que se nota entre a execução e os embargos, a distribuição destes é feita por dependência (art. [253](#)).

Submete-se, outrossim, a ação de embargos, como qualquer outra, à exigência de preparo prévio, de sorte que o não-pagamento das custas iniciais em trinta dias importa cancelamento da distribuição e extinção do processo em seu nascedouro (art. [257](#)).([16](#))

Os embargos são sempre autuados separadamente, trata-se de outra ação, outra relação processual, ficando seus autos em apenso aos da execução (art. [736](#)) ou da carta precatória (art. [747](#)), seja a espécie fundada em título judicial ou não.

Iniciam-se, pois, através de *petição inicial* do devedor-embargante, que deve satisfazer os requisitos do art. [282](#).

Não deve haver dispensamento dos embargos para subida de recursos à instância superior.

### 903. Segurança do juízo como condição da ação de embargos do devedor

Segurar o juízo, na linguagem própria do processo executivo, é *garantir a execução*, mediante depósito à ordem judicial de um bem apto a dar-lhe satisfação, caso a defesa do executado venha a ser repelida.

Nas execuções por quantia certa ou para entrega de coisa, a admissibilidade dos embargos do devedor é condicionada à prévia *segurança do juízo*, que se faz pela penhora, no primeiro caso, e pelo depósito da coisa, no segundo (art. [737](#)).

Quer isto dizer que, para se valer dos embargos, não basta ao devedor demonstrar a existência de um processo de execução contra ele ajuizado. A segurança do juízo, na espécie, é uma *condição de procedibilidade*, ou seja, uma condição da ação, a cuja falta o pedido do devedor se torna juridicamente impossível.

Devedor, pois, que ainda não sofreu penhora é devedor *carente de ação*, em matéria de embargos.

Por isso mesmo e porque são autônomas as ações de cada executado, se há listiconsórcio passivo na execução, mas nem todos sofrem penhora em bens próprios, os legitimados para a propositura dos embargos serão apenas os atingidos pelo gravame executivo, conforme já demonstramos no nº [900](#), *retro* (ver nota ao citado tópico, relativa à jurisprudência atual sob o assunto).

Por outro lado, não exige a lei que a segurança seja total ou completa. Pode, muitas vezes, acontecer que inexistam bens do executado para cobrir todo o valor da dívida exequenda. Nem por isso a execução deixará de prosseguir para alcançar, pelos menos, o resgate parcial do título executivo.

A circunstância, pois, de os bens encontrados e penhorados não cobrirem toda a dívida exequenda não inibe o devedor de opor seus embargos. Se sofre ele execução, tanto que penhora existe, aberta se acha a possibilidade da via processual dos embargos.

Note-se que incorre a exigência da segurança do juízo para a oposição de embargos à execução das obrigações de fazer. A condição em causa é feita apenas para as execuções de quantia certa e de entrega de coisa (art. 737, nºs I e II).

### 904. Prazo para propositura dos embargos do devedor

De conformidade com o art. [738](#), os embargos do devedor devem ser opostos no prazo de dez dias, a contar:

I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora (art. 738, I, com a redação da Lei nº 8.953/94);

II – do termo de depósito (art. [622](#)); ou da juntada do mandado de imissão de posse ou de busca e apreensão, na execução para a entrega da coisa (art. [625](#));

III – da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer (arts. [632](#) e [642](#)).

A penhora é ato processual que se pode realizar de várias maneiras, ou seja, por termo do escrivão (art. [657](#)), por auto do oficial de justiça (art. [659](#) e [664](#)), ou em cumprimento de carta precatória (art. [658](#)). Logo, sua intimação, também, será feita de modo diverso conforme tenha sido o tipo de ato processual que a realizou.

E, como se sabe, a contagem dos prazos no processo segue regras que levam em conta o tipo do ato de comunicação processual (art. [241](#)).

Assim é que:

I – nas intimações pessoais, por mandado, o *dies a quo* do prazo é a juntada do mandado;

II – nos casos de *edital*, é o termo da dilação assinada pelo juiz; e



III – nas hipóteses de precatória, é a data da sua juntada aos autos, depois de realizada a diligência.

Essas regras gerais haveriam de prevalecer para o processamento dos embargos, mesmo porque inexistem, na regulamentação do processo de execução, outras normas particulares que as derroguem. Assim, feita a intimação da penhora por mandado, o prazo para embargar teria de ser contado a partir de sua juntada aos autos (art. 241, nº I); e feita por precatória, ter-se-ia de contar o mesmo prazo a partir da juntada da carta devidamente cumprida (art. 241, nº IV).

Na verdade, os atos processuais cumpridos fora da sede do juízo configuram *atos complexos*, cujo aperfeiçoamento só se perfaz quando se opera sua documentação no bojo dos autos. Destarte, a intimação por mandado começa quando é expedida a ordem judicial de comunicação processual e somente se consuma quando o último ato da diligência se realiza, ou seja, quando o escrivão, pelo termo de juntada, certifica nos autos o retorno do mandado cumprido pelo oficial de justiça.<sup>(17)</sup>

Não obstante, o entendimento adotado pela jurisprudência do STF era o de que o prazo de embargos, na execução por quantia certa, é de ser contado do momento em que o executado recebe a ciência da penhora, pela comunicação do oficial de justiça, pouco importando a data da juntada do mandado ou da carta precatória

Com a nova redação do art. 738, inc. I, dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, a polêmica foi eliminada, ficando superada a jurisprudência que literalmente mandava contar o prazo de embargos a partir da intimação da penhora, mesmo antes de sua certificação nos autos. Agora, o novo texto legal restabeleceu a uniformidade do sistema de contagem de prazo em relação aos atos praticados fora dos autos, determinando que, também os embargos à execução por quantia certa sejam admitidos no prazo de 10 dias contados "da juntada aos autos da prova da intimação da penhora" (art. 738, I). Esta a regra que se terá de observar nas penhoras por mandado e por carta precatória.<sup>(18)</sup>

Deve-se, outrossim, observar que o prazo de embargos do devedor é único, pouco importando a eventual multiplicidade de penhoras. A contagem do decêndio do art. 738, nº I, far-se-á sempre e apenas a partir da primeira penhora. As modificações, substituições ou complementações da penhora, para fins de embargos do devedor, são irrelevantes.<sup>(19)</sup> Na execução de títulos pertinentes a obrigações de trato sucessivo, porém, a regra deve ser mitigada. As ampliações de penhora para acobertar prestações supervenientemente acrescidas podem ensejar novos embargos desde que limitados a questões ligadas apenas aos acréscimos do *quantum* inicialmente exigido.<sup>(20)</sup> No caso, também, de invalidação ou nulidade da penhora, a realização de novo gravame deverá reabrir o prazo para embargos, pois somente então se terá, de fato, a segurança do juízo.

#### **905. Rejeição liminar dos embargos**

Permite-se a rejeição liminar dos embargos do devedor quando (art. 739):

I – apresentados fora do prazo legal;

II – não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741, desde que a execução se baseie em sentença. Se o título executivo é extrajudicial, a matéria discutível é ampla (art. 745);

III – e nos casos de indeferimento da petição inicial previstos no art. 295, ou seja: inépcia da inicial (art. 295, parágrafo único), ilegitimidade manifesta de parte, carência de interesse processual, decadência ou prescrição, inadequação do tipo de procedimento à natureza da causa, ausência de indicação do endereço do advogado para intimações e não-preenchimento dos requisitos dos arts. 282 e 283.

As deficiências ou irregularidades da inicial, quando supráveis, não deverão motivar de pronto a rejeição dos embargos. O juiz deverá conceder, primeiro, o prazo de dez dias para que o devedor emende ou complete a petição inicial (art. 284), decretando a rejeição liminar somente após transcurso do referido lapso sem a necessária providência do devedor (art. 284, parágrafo único).

A rejeição dos embargos é, na espécie, medida preliminar e unilateral que se faz de plano, fora do contraditório, de maneira que o juiz não tem necessidade sequer de ouvir o credor embargado.<sup>(21)</sup>

Essa rejeição liminar é forma de indeferimento de petição inicial. Tem força de sentença, por extinguir o processo da ação de embargos do devedor. O recurso cabível, portanto, é o de apelação, nos termos dos arts. 513 e 296 do novo Código.<sup>(22)</sup>

A apelação, *in casu*, não afeta o andamento da execução, mesmo porque, repelidos *in limine*, os embargos nem sequer chegaram, em momento algum, a suspender a ação principal.

## 906. Procedimento

O procedimento dos embargos do devedor acha-se sintetizado no art. 740 e seu parágrafo único, onde se lê que "recebidos os embargos" – o que ocorre quando não se verifica a rejeição liminar – "o juiz mandará intimar o credor para impugná-los em dez dias, designando em seguida a audiência de instrução e julgamento" (*caput*).

Os embargos são ação de conhecimento e a impugnação é realmente uma *contestação* do credor, que passa a ser réu no incidente.

No seu curso normal, registram-se as mesmas fases que caracterizam o procedimento de cognição, ou seja: a *postulação* (petição inicial e impugnação), o *saneamento* (eliminação de vícios procedimentais), a *instrução* (coleta dos elementos de convicção) e a *sentença* (solução judicial para a lide).

O rito previsto pelo Código, no entanto, é bastante simplificado, de molde a superar o mais rápido possível o empecilho que os embargos representam para o andamento da execução.

Assim, há casos em que o Código dispensa a fase de saneamento e mesmo a de instrução e julgamento e passa da postulação diretamente à sentença.

Segundo o art. 740, parágrafo único, não haverá audiência quando os embargos:

- a) versarem apenas sobre matéria de direito; ou
- b) versando sobre direito e fato, a prova for exclusivamente documental.

Diante da impugnação do credor, pode ocorrer necessidade da fase de "providências preliminares", prevista nos arts. 323 a 328, que se aplica ao processo de execução, nos termos do art. 598. Haverá, até mesmo, o "saneamento do processo", se for o caso de conduzir o feito à audiência de instrução e julgamento (art. 331).

## 907. Revelia nos embargos

Não ocorre, perante os embargos do devedor, os efeitos da revelia, nos termos do art. 319, se o credor deixa de produzir sua impugnação no prazo do art. 740.

Primeiro, porque o credor não recebe uma citação tal como se dá no processo de conhecimento, em que lhe é feita a convocação para se defender, sob a expressa cominação de presumirem-se verdadeiros os fatos articulados pelo autor, caso não seja contestada a ação (arts. 285 e 225, n° II).

Segundo, porque a posição do credor, na execução, é especialíssima, pois, para fazer valer seu direito nada tem que provar, já que o título executivo de que dispõe é prova cabal de seu crédito e razão suficiente para levar a execução forçada até às últimas consequências. Para pretender desconstituí-lo, diante da presunção legal de legitimidade que o ampara, toca ao devedor-embargante todo o ônus da prova.

Assim, a não ser nos casos em que o embargante ofereça documentos e/ou prova indiciária e circunstancial capaz de permitir o imediato julgamento da ação de embargos não impugnada, a conduta a observar pelo juiz será a do art. 324, isto é, mesmo no silêncio do embargado, mandará intimar o embargante para especificar suas provas em cinco dias.(23)

A sentença dos embargos, dessa maneira, é sempre proferida com base no que prova o devedor, e nunca por decorrência de silêncio ou inércia do credor.

## 908. Efeito suspensivo dos embargos

Não podem prosseguir os atos executivos após a interposição dos embargos do devedor.

No que tange à execução de sentença, sempre houve texto expresso prevendo a suspensividade dos embargos em todos os casos enunciados nos diversos itens do art. 741; e fora deles, manda o art. 739, n° II, sejam os embargos liminarmente indeferidos.

Quanto à execução do título extrajudicial, não havia norma expressa, mas a mesma eficácia se impunha por razão de um princípio lógico-jurídico, cuja atuação se dá mesmo na ausência de norma legal direta.<sup>(24)</sup>

É que, na essência da atividade jurisdicional, a cognição precede necessária e logicamente à execução. Assim, "o processo de cognição de impugnação do título é *prejudicial* à execução forçada, posto que se a impugnação vem a ser acolhida e o título fica sem efeito, a execução não se pode realizar".<sup>(25)</sup>

A autonomia da ação de execução diante da ação de cognição, é apenas *formal e relativa*, porque jamais poderá excluir o nexo lógico entre o título executivo e as questões tratadas na ação de conhecimento, nem a imprescindível ordem técnico-jurídica dos dois juízes.

Merece, pois, inteira acolhida a lição de Carlo Furno, segundo a qual impõe-se reconhecer que (sob a orientação da distribuição da matéria no sistema de nossa lei) "o momento da *cognição* é geralmente *prejudicial* ao momento da *execução forçada*".<sup>(26)</sup>

Dentro dessa ordem de idéias, a suspensão da execução decorre, em nosso Código, da regra geral que manda suspender o processo sempre que o provimento jurisdicional de mérito "depende do julgamento de outra causa" (causa *prejudicial*) (art. 265, IV, a).

Ao contrário, a não-suspensão da execução diante da propositura da ação prejudicial de embargos é que dependeria sempre de texto expresso, para abrir exceção à regra geral que decorre da prejudicialidade.

A Lei nº 8.953, de 13.12.94, eliminou a lacuna do Código, incluindo no art. 739 o § 1º, onde se dispõe que "os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo", qualquer que seja o título sob execução.

A suspensividade dos embargos quer dizer que, uma vez recebidos, não se praticarão na execução, até final julgamento do incidente, os atos de expropriação, de levantamento das coisas apreendidas ou de realização da obra a que se refere o título da obrigação de fazer ou não fazer.

## **909. Embargos à execução de sentença**

Os fundamentos admitidos para embargar a execução de sentença são restritos porque não se pode voltar a discutir o mérito da causa, atuando a decisão do processo condenatório como lei para as partes (art. 468).

Esses fundamentos, que podem ser de conteúdo *formal*, referindo-se a defeitos de forma do processo, como os vícios da citação, a incompetência, a cumulação indevida etc., ou de conteúdo *material*, quando se relacionam com a existência do próprio crédito (pagamento, novação, etc.), estão assim relacionados no art. 741 de forma exaustiva (redação da Lei nº 8.953/94):

I – *Falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação ocorreu à revelia do demandado:*

A falta ou nulidade da citação impede a formação da relação processual e contamina todo o processo, inclusive a sentença nele proferida. Essa nulidade ocorre, porém, apenas nos casos de *revelia*, porque nos demais o comparecimento do réu para defender-se supre a citação (art. 214, § 1º).

II – *Inexigibilidade do título:*

Os pressupostos específicos da execução forçada são o título executivo e o inadimplemento do devedor (arts. 580 e 583). Não se pode, portanto, manejar validamente a ação executiva sem que esteja em mora o devedor, isto é, sem que seja exigível a dívida. A inexigibilidade, no caso do título judicial, pode decorrer da pendência de recurso de efeito suspensivo ou de subordinar-se o direito do credor a termo ainda não alcançado ou a condição não verificada (art. 572).

Em outras palavras, e como regra geral, só a dívida *vencida* pode ser *exigida* através da execução forçada.

III – *Ilegitimidade de parte:*

A ilegitimidade pode ser tanto da parte ativa como da passiva e decorre de não ser ela o vencedor ou o vencido na ação de conhecimento, nem seu sucessor. Pode, também, ser *ad causam* ou *ad processum*, conforme diga respeito à titularidade da obrigação ou à capacidade para agir em juízo.

Nos casos de incapazes, além da representação legal da parte por quem de direito, impõe-se a participação do Ministério Público no processo, sob pena de nulidade (arts. [82](#), nº I, e [84](#)).

#### IV – *Cumulação indevida de execuções:*

A cumulação num só processo de execuções fundadas em diversos títulos só é possível quando ocorra identidade de partes, de competência e de forma processual (art. [574](#)). Fora disso, será ilícita a união de execuções e o devedor prejudicado poderá opor, com êxito, seus embargos, que, todavia, serão de natureza e eficácia meramente *formais*, pois só atacam o ato processual de cumulação, não impedindo que o credor volte a propor as execuções separadamente.

#### V – *Excesso de execução ou nulidade desta até a penhora:*

Há excesso de execução quando o pedido do credor esteja em desconformidade com o título, o que pode ocorrer, segundo o art. [743](#):

##### a) Quando o credor pleiteia quantia superior à do título:

Aqui a procedência dos embargos não exclui integralmente a viabilidade da execução, mas apenas a reduz ao *quantum* compatível com o título.

##### b) Quando recai a execução sobre coisa diversa daquela declarada no título:

A diversidade pode dizer respeito à quantidade ou à qualidade das coisas devidas nas obrigações de dar coisas certas ou incertas (arts. [621](#) e [629](#)). E os embargos, quando procedentes, podem conduzir à anulação de toda a execução ou apenas à redução dela à quantidade compatível com a força do título.

##### c) Quando se processa a execução de modo diferente do que foi determinado na sentença:

Não se pode executar a coisa *in natura*, quando a sentença condenou apenas à indenização de seu equivalente. Nem se pode, desde logo, executar como obrigação de pagar quantia certa aquela que for objeto de condenação a prestação de fazer ou de dar coisa certa ou incerta. As sentenças devem ser executadas fielmente, sem ampliação ou restrição do que nelas estiver disposto (art. 891, do Código de Processo Civil de 1939).

##### d) Quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor:

É carente da ação o credor que não cumpre previamente a contraprestação a que está subordinada a eficácia do negócio sinalagmático retratado no título (art. [582](#)).

Trata-se da exceção *non adimpleti contractus*, que é de natureza substancial, e paralisa a eficácia do direito do credor, tornando prematura a execução intentada sem cumprimento ou oferecimento da prestação do credor, por atentar contra o disposto no art. [1.092](#), do Código Civil.

##### e) Se o credor não provar que a condição se realizou:

A condição *suspensiva* impede que o negócio jurídico produza seus efeitos enquanto não ocorrido o evento a que sua eficácia ficou subordinada (Código Civil, art. [118](#)). Dessa forma, quando a sentença decidir relação jurídica sujeita a uma condição dessa natureza, o credor não poderá executá-la sem provar que se realizou o evento previsto como necessário à produção dos efeitos da condenação (art. [572](#)).

Será carecedor da ação executiva o credor que não fizer previamente essa prova, cabendo ao devedor os embargos de excesso de execução para ilidir a pretensão executiva.

É, finalmente, embargável, segundo o art. 741, nº V, a execução de sentença em que houver nulidade processual dos atos praticados no juízo executivo até a penhora. Compreende o inciso as nulidades da citação do devedor e do próprio ato da penhora, como os casos em que a convocação inicial se fez sem os requisitos de legitimidade de parte ou de sua representação, bem como quando a penhora atingiu bens impenhoráveis ou importou prejuízo do direito de nomeação pelo executado, segundo a gradação legal.

#### VI – *Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação:*

O pagamento, a novação, a compensação com outra execução aparelhada, a transação ou a prescrição, e outros fatos jurídicos semelhantes, fazem extinguir o direito do credor retratado na sentença, e podem ser invocados em embargos à execução, desde que tenham se verificado posteriormente ao julgamento do processo de cognição. Se anteriores à formação do título executivo, estará preclusa a possibilidade de invocá-los por incompatibilidade com a sentença que os exclui, definitivamente, segundo o princípio do art. [474](#).

A enumeração do art. 741, nº VI, é exemplificativa, existindo outros casos impeditivos da execução singular como, por exemplo, a concordata e a falência do comerciante e a declaração de insolvência do devedor civil.

A ocorrência do fato extintivo do direito do credor deve ser cumpridamente provada, correndo o ônus da prova por inteiro a cargo do devedor embargante, tendo em vista a presunção legal de certeza e liquidez que ampara o título executivo devidamente formalizado.

Quanto à compensação, só é admissível quando operada com crédito do embargante que se revista das mesmas características do título do embargado, o que vale dizer que "não é possível admitir-se compensação de dívida líquida e certa por crédito ilíquido ou pendente de apuração judicial".<sup>(27)</sup>

Aliás, o Código Civil é expresso em determinar que "a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis" (art. [1.010](#)).

VII – *A incompetência do juízo da execução, bem como a suspeição ou impedimento do juiz:*

As exceções de incompetência do juízo assim como as de suspeição ou impedimento do juiz devem ser oferecidas juntamente com os embargos (art. [742](#)).

A competência do juízo da ação condenatória para execução da sentença é *funcional e inderrogável*, como já se demonstrou.

Os casos de suspeição e de impedimento do juiz estão arrolados nos arts. [134](#) e [135](#). A competência é impessoal e diz respeito ao órgão judicial apontado pela Organização Judiciária como o encarregado da prestação jurisdicional. Já a suspeição e o impedimento relacionam com a pessoa do Juiz, mas não afastam o processo do juízo. O substituto legal assumirá o comando do processo em lugar do impedido ou do suspeito.

Não se deve, outrossim, elaborar numa só peça os embargos e a exceção, embora as duas petições sejam apresentadas a um só tempo (art. [742](#)), salvo, naturalmente, se o único objeto dos embargos for a exceção. É que as exceções devem ser autuadas separadamente conforme a regra geral do art. [299](#).<sup>(28)</sup>

Se, porém, o devedor não apresentar simultaneamente a exceção e os embargos, limitando-se apenas à primeira defesa, o prazo de embargos "continuará a fluir até o término de decênio legal. Não opostos embargos nesse prazo, mesmo com a anterior exceção, estará referido prazo irremediavelmente extinto sem possibilidade de restituição".<sup>(29)</sup>

#### **910. Embargos de retenção por benfeitorias**

Prevê o Código uma espécie de embargo à execução de sentença, com conteúdo particular e algumas especializações procedimentais, para o fim de exercitar-se o direito de retenção perante a execução para entrega de coisa certa.

Dispõe-se, a propósito, no art. [744](#) que "na execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou direito pessoal sobre a coisa, é lícito ao devedor deduzir também embargos de retenção por benfeitorias" (art. 744).

Esses embargos fundam-se no *jus retentionis*, que é o direito assegurado ao possuidor de boa-fé de reter a coisa em que tenha feito benfeitorias necessárias ou úteis até ser indenizado devidamente (Código Civil, art. [516](#)).

Não existe no direito material o direito de retenção por benfeitorias voluptuárias.

Ao possuidor de má-fé nega, outrossim, a lei o direito de retenção, mesmo que sejam úteis ou necessárias as benfeitorias por ele realizada na coisa alheia (art. [517](#), do Código Civil).

Embora não o diga expressamente o Código, os embargos de retenção também são providos de efeito suspensivo frente à execução,

dada a própria índole desse remédio processual, que é preservar a posse dos bens em poder do executado, como meio de compelir o dono a fazer as indenizações devidas.

Como tem entendido a jurisprudência, sujeitam-se os embargos de retenção por benfeitorias à regra geral da prévia segurança do juízo, de sorte que para sua admissão o embargante deverá, preliminarmente, depositar em juízo o bem retido (art. 737, nº II),<sup>(30)</sup> o que, obviamente, não anula a posse do embargante, posto que o depósito judicial cria apenas a posse direta do juízo que, como se sabe, pode perfeitamente coexistir com a indireta que lhe preexistia (Código Civil, art. 486).

Por outro lado, "o fato de não haver o réu formulado pedido de retenção do imóvel por benfeitorias na fase da cognição não impede de fazê-lo por meio de embargos à execução".<sup>(31)</sup>

Mas, se a sentença exequiênda já rejeitou a retenção por benfeitorias, sua reiteração, nos embargos, será inadmissível por afrontar a autoridade da *coisa julgada*.<sup>(32)</sup>

Nesses embargos, sob pena de rejeição liminar, o devedor terá de especificar (art. 744, § 1º):

I – as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, conforme a conceituação do art. 63 do Código Civil;

II – o estado anterior e atual da coisa;

III – o custo das benfeitorias e o seu valor atual;

IV – a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias.

Embora tecnicamente as construções e plantações não sejam benfeitorias, mas acessões industriais, a jurisprudência tem equiparado as duas hipóteses para reconhecer a aplicabilidade do *jus retentionis* também no segundo caso.<sup>(33)</sup>

O Código Civil assegura ao dono da coisa a opção entre o valor atual e o custo para efeito de indenização das benfeitorias (art. 519) e só obriga ao ressarcimento daquelas ainda existentes ao tempo da restituição (art. 518). Daí a necessidade de discriminar os elementos apontados pelo art. 744, § 1º, do Estatuto Processual.

Por outro lado, ao exequente é reconhecido o direito de compensar o crédito do retentor com os danos que este tenha que reparar (art. 518 do Código Civil). Assim, ao impugnar os embargos, o credor pode oferecer artigos de liquidação de frutos ou de danos, a fim de operar a compensação destes com as benfeitorias (art. 744, § 2º).

Mediante caução ou depósito da importância respectiva, ao credor será sempre possível imitir-se na posse da coisa retida pelo devedor. Esse depósito deverá corresponder ao "preço das benfeitorias" ou à "diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos ou dos danos, que já tiverem sido liquidados" (art. 744, § 3º).

Atendida essa exigência, extingue-se para o executado o direito de retenção, e torna-se indiscutível o direito do credor à imissão de posse.

#### **911. Embargos à execução fundada em título extrajudicial**

Aboliu o novo Código a ação executiva, equiparando a execução dos títulos extra-judiciais à de sentença.

Como, entretanto, o direito do credor, nos casos de títulos extrajudiciais, ainda não foi discutido em juízo, admite-se que nos embargos o devedor se defenda da maneira mais ampla possível, sem aquelas limitações próprias da execução de sentença (art. 741).

Destarte, "quando a execução se funda em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento" (art. 745).

O devedor será, todavia, o autor da ação de embargos, podendo discutir amplamente o negócio jurídico criador do título executivo, mas terá a seu cargo o ônus da prova que só será desincumbido mediante produção de elementos de convencimento robustos e concludentes, dada a presunção de legitimidade e certeza que milita em prol do título executivo.

Observe-se, por último, que o título extrajudicial, quando submetido à execução forçada, não depende de sentença para ter assegurada sua eficácia, como acontecia no regime da "ação executiva" do Código revogado.

Os embargos do devedor, quando opostos, é que são submetidos a um julgamento do mérito, tendo por objeto a pretensão de desconstituir a eficácia do título do credor. Eles é que serão julgados procedentes ou improcedentes, nunca a execução que estará sempre aparelhada, seja com base em sentença, seja com fundamento em título extrajudicial.

Tanto é assim que, não opostos os embargos em tempo hábil, o juiz simplesmente determina a avaliação dos bens penhorados e promove a alienação forçada para pagar o credor (art. 680), sem qualquer julgamento sobre a procedência da ação ou a subsistência da penhora.

## 912. Autonomia da ação de embargos do devedor

Os embargos, como já se afirmou, não são mera resistência passiva como a contestação. Sua natureza é de verdadeira ação de conhecimento. É, na verdade, uma espécie de reconvenção em que o devedor, aproveitando-se da iniciativa do credor, de instaurar a relação processual, tenta desconstituir o título executivo.

A melhor doutrina destaca, como uma das principais características dos embargos, a sua autonomia, que se mostra evidente no caso de desistência da execução pelo credor.

Assim, o fato de extinguir o processo de execução por desistência do exeqüente não afeta a ação conexa do executado, que pode perfeitamente prosseguir nos embargos à busca de uma sentença que anule o título ou declare a inexigibilidade da dívida nele documentada.(34)

O parágrafo único do art. 569, acrescentado pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, faz uma distinção entre os embargos puramente processuais (de forma) e aqueles que suscitam questões substanciais (de mérito). No primeiro caso, a desistência da execução acarreta também a extinção dos embargos do devedor, mesmo porque extinta a relação processual executiva ficaria sem objeto a ação de embargos. Ao credor, porém, serão imputados os encargos sucumbenciais, isto é, a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios. No segundo caso, ou seja, nos embargos de mérito, a desistência da execução não afeta a ação do embargante, justamente porque lhe assiste o direito de prosseguir na ação incidental para encontrar uma solução judicial definitiva para o vínculo obrigacional litigioso.

Ainda em razão da autonomia dos embargos e porque a eles se aplicam as regras do processo de conhecimento (art. 598), cabe a sua extinção sem julgamento de mérito, quando o embargante abandonar a causa por mais de trinta dias (art. 267, nº III), hipótese em que cessa a suspensão da execução, retomando essa seu curso normal.(35)

## 913. Embargos à arrematação e à adjudicação

Após a arrematação e a adjudicação (atos de expropriação ou alienação forçada) é, ainda, lícito ao devedor oferecer embargos "fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora" (art. 746).

Nos embargos dos arts. 741 e 745 discutem-se fatos anteriores ou concomitantes à penhora e posteriores à constituição do título executivo. Nos embargos à arrematação ou adjudicação, a disputa judicial trava-se sobre acontecimentos verificados após o ajuizamento da execução e posteriores à penhora.

O parágrafo único do art. 746 manda aplicar aos últimos embargos o disposto nos Capítulos I e II do mesmo Título, isto é, o procedimento dos embargos comuns do devedor. Logo, deve-se considerar como sendo de dez dias o prazo para sua interposição, a contar do auto de arrematação ou de adjudicação.(36)

### 913-a. Exceção de pré-executividade

Não apenas por meio dos embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual, a arguição pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo.

A esse incidente Pontes de Miranda deu o nome de "exceção de pré-executividade".(37) Atualmente, a doutrina tem preferido o *nomen iuris* de "objeção de pré-executividade".(38)

Explica Cândido Dinamarco que o mito de ser os embargos à execução o único remédio à disposição do devedor para se defender contra o processo executivo, já não vigora mais, principalmente quando a objeção a ser feita ao cabimento da execução tenha como fundamento matéria que ao juiz incumba conhecer e decidir de ofício.<sup>(39)</sup> Essa matéria, sendo de ordem pública, não pode ter sua apreciação condicionada à ação incidental de embargos.<sup>(40)</sup>

Entre os casos que podem ser cogitados na execução de pré-executividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o privam da força executiva, como por exemplo, as questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva.<sup>(41)</sup>

É uma questão de lógica e bom senso. Se o processo de execução somente pode ter curso dentro da fiel observância de suas condições legais, evidente é que não pode o juiz condicionar a objeção pertinente a estas preliminares à realização dos atos executivos. Somente conhecer das bases de legitimidade do ato depois de consumado "afigura-se injusto e mesmo odioso".<sup>(42)</sup> "Soa no mínimo, como um contra-senso exigir que o demandado se submeta a um ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ser praticado".<sup>(43)</sup>

É assim que está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais.<sup>(44)</sup>

O que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versá-la sobre questão de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade. As matérias de maior complexidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis dentro do procedimento regular dos embargos.

#### **FLUXOGRAMA Nº 35: EMBARGOS DO DEVEDOR** (arts. [736-744](#))





## § 136. EMBARGOS DE TERCEIRO

**Sumário:** 914. Conceito. 915. Legitimação ativa. 916. Legitimação passiva. 917. Valor da causa. 918. Competência. 919. Oportunidade. 920. Julgamento e recurso. 921 Procedimento. 922. Embargos de terceiro opostos por credor com garantia real. 923. Sucumbência na ação de embargos de terceiro.

### 914. Conceito

O princípio geral é que somente o patrimônio do devedor fica sujeito à execução (art. [591](#)), embora haja as exceções de responsabilidade de terceiros contempladas no art. [592](#).

Por isso, quando a execução ultrapassar os limites patrimoniais da responsabilidade pela obrigação ajuizada, o terceiro prejudicado pelo esbulho judicial tem a seu dispor o remédio dos *embargos de terceiro* (art. [1.046](#)).

No conceito de Liebman esses embargos são ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias.[\(45\)](#)

No direito pátrio, os embargos de terceiro visam a proteger tanto a propriedade como a posse e podem fundamentar-se quer em direito real quer em direito pessoal, dando lugar apenas a uma cognição sumária sobre a legitimidade ou não da apreensão judicial.

"A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido."[\(46\)](#)

Não se compreende em sua função declarar o direito do embargante sobre os bens apreendidos com a eficácia de *res judicata*,<sup>(47)</sup> de sorte que o que ficar decidido no incidente "não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário",<sup>(48)</sup> como a ação reivindicatória.

A melhor conceituação dos embargos de terceiro é, portanto, a que vê nesse remédio processual uma ação de natureza constitutiva, que busca *desconstituir* o ato judicial abusivo, restituindo as partes ao estado anterior à apreensão impugnada.<sup>(49)</sup>

### 915. Legitimação ativa

Legitimado ativo dos embargos de terceiro é aquele que, não sendo parte no processo, vem a sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (art. 1.046).

Equipara-se ao terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2º).

Considera-se, também, terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação (art. 1.046, § 3º). Nessa circunstância, não importa o fato de ter sido, ou não, a mulher intimada da penhora, já que seu comparecimento nos embargos se dá a título jurídico diverso daquele com que se lhe fez a intimação. Por isso, ao contemplar a defesa da meação em posição particular, dentre os casos de embargos de terceiro, o Código teve a evidente intenção de reconhecer à esposa, em qualquer tempo, a qualidade de terceiro para demandar a exclusão de seus bens da injusta apreensão judicial.<sup>(50)</sup>

Numa só hipótese a mulher casada não poderá interpor embargos de terceiros em defesa de meação ou dos bens reservados: é quando a ação for proposta diretamente contra ela, na qualidade de *litisconsorte*, sob a afirmação, na inicial, de que se trata de dívida contraída pelo marido a bem da família (art. 10, § 1º, nº III). É que, nesse caso, a questão da responsabilidade da meação ou dos bens reservados já, de início, integra o objeto da lide, de maneira que não poderá ser subtraído ao alcance do julgamento da causa principal. Aqui, sim, estará a mulher jungida a defender-se apenas nos embargos de devedor.

Também o credor com garantia real pode usar os embargos de terceiros para obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (art. 1.047, nº II).

A mesma faculdade assiste ao compromissário comprador, desde que possua contrato devidamente formalizado, celebrado e inscrito no Registro Público em data anterior à apreensão judicial,<sup>(51)</sup> com fundamento em seu *direito real de aquisição*. Mesmo que não esteja registrado o compromisso, viável será o manejo dos embargos se o compromissário comprovar posse efetiva sobre o imóvel desde época anterior à penhora.<sup>(52)</sup>

### 916. Legitimação passiva

Legitimado passivo é o exequente e, às vezes também o executado, quando a nomeação de bens partir dele. A participação do devedor, em qualquer caso, é de ser sempre admitida, desde que postulada como assistente, na forma dos arts. 50 a 55.

### 917. Valor da causa

O valor da causa, nos embargos de terceiro, deve ser o dos bens pretendidos e não o valor dado à causa onde foram eles objeto de apreensão judicial, consoante jurisprudência fixada por nossos tribunais.<sup>(53)</sup> Não poderá, entretanto, superar o valor do débito exequendo, já que, em caso de eventual alienação judicial, o que ultrapassar esse valor será destinado ao embargante e não ao exequente embargado.<sup>(54)</sup>

Como, porém, os embargos de terceiro participam da natureza da reivindicatória, com cujo objetivo guardam estreitas semelhanças de ordem prática, cremos que o modo de estimar o valor dos bens tutelados, nos embargos deva ser o mesmo seguido na ação de reivindicação. Vale dizer, o valor a considerar será o da "estimativa oficial para lançamento do imposto" que incidir sobre o bem (art. 259, nº VII).

### 918. Competência

A competência para processamento e julgamento dos embargos de terceiros é do juiz que ordenou a apreensão (art. 1.049), isto é, do que expediu o mandado de penhora ou de apreensão judicial. Nos casos de carta precatória, a competência é do juiz deprecado.<sup>(55)</sup>

Quando, porém, a designação do bem a penhorar é feita, expressamente, pelo juiz deprecante, como, por exemplo, se dá nas

execuções de garantia reais, falece ao juiz deprecado competência para examinar e decidir embargos de terceiros que tenham por objetivo o bem penhorado. Só o próprio juiz deprecante poderá rever seu ato executivo.

#### 919. Oportunidade

A oportunidade para interposição dos embargos de terceiro ocorre a qualquer tempo no curso da execução, desde a determinação da apreensão judicial até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. [1.048](#)).

#### 920. Julgamento e recurso

A decisão que julga os embargos de terceiro põe fim a um processo incidente, mas de objeto próprio: é sentença (art. [162](#), § 1º). Desafia, portanto, apelação (art. [513](#)), que terá apenas efeito devolutivo no caso de improcedência (art. [520](#), nº V).([56](#))

#### 921. Procedimento

O procedimento dos embargos de terceiro é semelhante ao das ações possessórias podendo haver até justificação sumária da posse com possibilidade de reintegração liminar em favor do embargante (arts. [1.050](#) e [1.051](#)).

O embargado deve ser citado regularmente, pois os embargos são formas de *ação*.([57](#))

Pode haver julgamento de plano, nos casos de revelia e quando as questões a decidir forem apenas de direito ou quando as provas forem puramente documentais.

Havendo contestação, o rito a observar é o das medidas cautelares, previsto no art. [803](#) (art. [1.053](#)).

Se houver necessidade de coleta de provas orais em audiência, observar-se-á o disposto nos arts. [444 a 457](#), inclusive no tocante à conciliação das partes (arts. [447 a 449](#)).

Realizada a produção de prova oral, não poderá o juiz suprimir a fase dos debates ou alegações finais dos litigantes. ([58](#))

O efeito dos embargos sobre a execução forçada é de suspensão do processo, quando versarem sobre todos os bens apreendidos. Se forem parciais, a execução prosseguirá com referência aos bens não embargados (art. [1.052](#)).

#### 922. Embargos de terceiro opostos por credor com garantia real

Permite a lei que o credor hipotecário ou pignoratício embargue a alienação judicial do bem gravado, quando penhorado por outro credor. Não se trata, porém, de instituir a impenhorabilidade do bem hipotecado ou apenhado, mas apenas de evitar que se penhore tal bem quando outros livres existam em condições de garantir as execuções dos credores quirografários.

No caso de embargos do credor com garantia real, por isso, o Código limita a defesa do credor embargado, que só poderá alegar que (art. [1.054](#)):

I – o devedor comum é *insolvente*;

I – o título é nulo ou não obriga a terceiro;

II – outra é a coisa dada em garantia.

Para a hipótese do 1º item, que é a mais polêmica, não é preciso que esteja o devedor sofrendo a "execução por quantia certa contra o devedor insolvente" (arts. [748](#) e segs.), porque, se isto se der, nem sequer haverá penhora, mas sim arrecadação de todos os bens do insolvente, livres e onerados. Para repelir os embargos do credor hipotecário ou pignoratício, bastará ao embargado demonstrar a situação patrimonial deficitária do executado, ou a inexistência de outros bens a penhorar, como sempre ensinou, com maestria, Pontes de Miranda. ([59](#)) Aliás, pelo próprio Código, o simples fato de só possuir o devedor bens gravados já funciona como presunção legal de insolvência (art. [750](#), nº I).

### 923. Sucumbência na ação de embargos de terceiro

O reconhecimento da procedência dos embargos de terceiros gera para o embargado os ônus da sucumbência (custas e honorários advocatícios), mesmo que não tenha contestado a ação ou tenha concordado com o levantamento da penhora (reconhecimento do pedido), na forma dos arts. [20](#) e [26](#).<sup>(60)</sup>

Se, porém, a penhora foi realizada por iniciativa apenas do Oficial de Justiça, sem nomeação ou mesmo sem ciência do exequente, e este, logo ao tomar conhecimento dos embargos, reconhece o direito do embargante e pede o levantamento da penhora, não é justo imputar, em tal circunstância, ao embargado o ônus da sucumbência, porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser imputado, a título algum. A falha, *in casu*, seria apenas do aparelhamento judiciário e só o Poder Público há de responder por suas consequências.<sup>(61)</sup>

Para obviar problemas como esse ou mesmo para evitar inúteis ou desnecessários ajuizamentos de embargos de terceiro, de *lege ferenda* seria recomendável condicionar o manejo desse remédio processual a um prévio pedido de liberação do bem, formulado pelo terceiro através de simples petição, nos autos principais. Só quando o exequente não concordasse com a liberação sumária é que o terceiro estaria legitimado a propor a sua ação de embargos. Com isso, atender-se-ia ao princípio da economia processual, tão valorizado pelo direito formal de nossos tempos. A jurisprudência, aliás, tem sido sensível a esse problema, decidindo que se o exequente não tiver contribuído com culpa para que a penhora recaísse sobre bens de terceiro, não se lhe pode impor os honorários sucumbenciais, mesmo porque em casos de simples e involuntário equívoco, bastaria uma simples petição do interessado para liberar o bem indevidamente constrito.<sup>(62)</sup>

## Parte XII - INSOLVÊNCIA CIVIL

### Capítulo XLII - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR INSOLVENTE

#### § 137. EXECUÇÃO CONCURSAL

**Sumário:** 924. Execução coletiva e execução singular. 925. Pressupostos da execução coletiva. 926. Efeitos da declaração de insolvência. 927. Características da execução coletiva. 928. Algumas diferenças entre a falência e a insolvência civil.

### 924. Execução coletiva e execução singular

O novo Código de Processo Civil, sob o *nomen juris* de "execução por quantia certa contra o devedor insolvente", instituiu o concurso universal de credores com feição de verdadeira falência civil.

Diversamente do que se passava ao tempo do Código de 1939 o concurso creditório deixou de ser mero incidente da execução singular, para assumir a posição de processo principal, autônomo, independente, figurando no rol das várias formas especiais de execução catalogadas pelo legislador.<sup>(1)</sup>

Trata-se, porém, de um juízo universal, com características peculiares, marcado pelos pressupostos básicos da situação patrimonial deficitária do devedor e da disputa geral de todos os seus credores num só processo.

Como espécie da execução forçada por quantia certa, subordina-se a execução do insolvente aos mesmos princípios fundamentais que lastreiam aquela forma de atuação jurisdicional,<sup>(2)</sup> quais sejam:

- a) Responsabilidade patrimonial incidindo sobre bens presentes e futuros do devedor (art. [591](#));
- b) Objetivo da execução consistente na expropriação de bens do devedor para satisfação dos direitos dos credores (art. [646](#)); e
- c) Fundamentação do processo sempre em título executivo, judicial ou extrajudicial (art. [583](#)).

Mas a estrutura e os objetivos práticos da execução concursal são bem diversos dos da execução singular. Enquanto nesta última, o ato expropriatório executivo se inicia pela penhora e se restringe aos bens estritamente necessários à solução da dívida ajuizada, na executiva universal, há, *ad instar* da falência do comerciante, uma arrecadação geral de todos os bens penhoráveis do insolvente para satisfação também da universidade dos credores.

Além disso, o critério de tratamento dos diversos credores é feito pelo Código de maneira diferente, conforme a situação econômico-financeira do devedor comum. Se o executado é *solvente*, o procedimento é de índole individualista, realizado no interesse particular do credor, assegurando-lhe a penhora direito de preferência perante os demais credores quirografários, segundo a máxima *prior tempore potior jure* (art. [612](#)). Mas se o devedor é insolvente, o princípio que rege a execução já se inspira na solidariedade e universalidade, dispensando o legislador um tratamento igualitário a todos os credores concorrentes, tendente a

realizar o ideal de *par condicio creditorum*.

Inspira-se essa modalidade de execução, segundo Prieto-Castro, num princípio de justiça distributiva que exigiu do legislador a criação de um processo que fosse apto a evitar que credores mais diligentes ou espertos viessem a agir arbitrariamente, antecipando-se em execuções singulares ruinosas e prejudiciais à comunidade dos credores do devedor comum.<sup>(3)</sup>

Dessa forma, por meio do processo executivo concursal, impõe-se um princípio de ordem, fazendo com que todos os bens do devedor comum se integram numa massa para responder pelo conjunto de créditos, até onde alcance o produto da execução, de modo a assegurar a observância de regras eqüitativas de distribuição, capazes de evitar que o patrimônio do insolvente seja dilapidado inútil ou nocivamente, com desigualdade e prejuízos à ordem econômica geral. Daí, a conclusão do mesmo Prieto-Castro de que essa execução coletiva atua como garantia do princípio de comunhão de perdas a observar entre vários credores do insolvente.<sup>(4)</sup>

## 925. Pressupostos da execução coletiva

Pode-se definir a execução coletiva ou concursal como o processo "que se observa quando existe um patrimônio que há de responder por um conjunto de dívidas, constitutivas de outros tantos créditos em favor de uma pluralidade de credores, e é insuficiente, no momento, para satisfazer a todos esses créditos em sua integralidade."<sup>(5)</sup>

Em se tratando de procedimento executivo, subordina-se, em princípio, aos pressupostos ou requisitos necessários a toda e qualquer execução, ou seja: o título executivo (art. 583) e o inadimplemento do devedor (art. 580).

Mas, em se cuidando de forma especial de execução, há um pressuposto, igualmente extraordinário, reclamado para sua admissibilidade, que é o estado de insolvência do executado, verificável sempre que "as dívidas excederem à importância dos bens do devedor" (art. 748).

Não bastam, portanto, o título e o inadimplemento. Três são, de tal sorte, os pressupostos da execução coletiva: o título, a mora e a declaração judicial de insolvência,<sup>(6)</sup> reveladora da situação patrimonial do devedor de *impotência* para satisfazer integralmente todas as obrigações exigíveis.

Esse pressuposto específico é definido pelo Código de maneira puramente *objetiva* e sob critério diverso daquele seguido pela legislação falimentar. Enquanto o Decreto-Lei nº 7.661/45 considera configurada a insolvência do comerciante pela simples falta de pagamento, no vencimento, de obrigação constante de título que autorize a execução forçada, ainda que o ativo do devedor possa superar seu passivo (art. 1º), para o Código de Processo Civil a insolvência não pode basear-se tão-somente no inadimplemento de obrigação documentada em título executivo.<sup>(7)</sup> Diversamente, o Código exige o pressuposto efetivo do desequilíbrio patrimonial, "decorrente de um ativo inferior ao passivo, sem o qual a execução jamais seria contra devedor insolvente."<sup>(8)</sup> Para a insolvência civil, de tal forma, o inadimplemento nada mais é do que um dos requisitos de admissibilidade, mas não condição suficiente.

Aliás, em muitos casos, pode-se até dispensar o inadimplemento como pressuposto da execução coletiva.

Assim é que Moura Rocha lembra que mesmo "havendo o devedor suspenso os seus pagamentos, mas sendo o seu ativo superior ao seu passivo, não será declarada a insolvência. Contrariamente, se não suspendeu os pagamentos, existindo fatos outros indicativos da sua insolvência, então será esta declarada e dará lugar à execução coletiva."<sup>(9)</sup>

Como exemplos de situação em que a insolvência pode ser declarada na ausência de títulos vencidos, podemos arrolar: a) a auto-insolvência, porquanto o art. 759 assegura ser lícito ao devedor ou ao seu espólio requerê-la *a todo tempo*;<sup>(10)</sup> e b) a insolvência requerida após serem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, nºs I, II e III, já que a medida cautelar, nas circunstâncias em foco, não depende de vencimento da dívida e autoriza a decretação de insolvência, conforme dispõe o art. 750, nº II.<sup>(11)</sup>

Note-se, outrossim, que mesmo existindo a situação fática da insolvência, não está o credor obrigado a lançar mão da execução concursal. Assiste-lhe o direito de optar entre os dois remédios previstos em lei, de sorte que poderá "buscar a satisfação de seus direitos de crédito tanto com o processo de execução singular quanto através de um processo de execução concursal."<sup>(12)</sup>

É claro que a opção vigora apenas enquanto inexistir sentença declaratória do estado de insolvência do devedor, porquanto esta é de eficácia constitutiva *erga omnes*, gerando para o devedor a privação da administração dos próprios bens e para os credores a vinculação obrigatória ao juízo universal do concurso.

Na verdade, antes da declaração de insolvência não existe execução contra o insolvente, mas apenas um processo de cognição tendente a verificar a existência ou não da insolvibilidade. Como lembra Moniz Aragão, "o processo da execução se inicia, como resulta do art. 751, nº III, através da declaração da insolvência."<sup>(13)</sup> É assim, a partir do citado momento que se ingressa no campo da execução propriamente dita, com agressão ao patrimônio do devedor, visando sua partilha entre os credores segundo a força dos

títulos de cada um deles.

Por último, há de atender-se, para a insolvência civil, um requisito de *ordem subjetiva*: a qualidade *civil* do devedor. Isto porque só pode haver a execução coletiva universal regulada pelo Código de Processo Civil quando o insolvente não for comerciante.

## 926. Efeitos da declaração de insolvência

Da declaração de insolvência decorrem efeitos análogos ao da falência do comerciante, que se fazem sentir objetiva e subjetivamente, tanto para o devedor como para seus credores.

Efeitos objetivos são o vencimento antecipado de todas as dívidas; a arrecadação de todos os seus bens penhoráveis, tanto os atuais como aqueles que vieram a ser adquiridos no curso do processo; e a execução coletiva ou juízo universal do concurso dos credores.

Esses efeitos atingem os credores de várias maneiras, merecendo maior destaque a perda de eficácia das penhoras existentes, pois a força atrativa do juízo universal da insolvência não só arrasta para seu bojo todas as execuções singulares existentes, como impede que outras sejam iniciadas.

As próprias execuções em curso são obstadas em seus efeitos porque as penhoras individuais perdem toda eficácia e privilégio diante da arrecadação geral dos bens do devedor.

O maior efeito da declaração de insolvência é, porém, o de caráter *subjetivo* e que se faz sentir sobre a pessoa do devedor. Trata-se da perda do direito de administrar os seus bens e dispor deles, até a liquidação total da massa (art. 752), interdição essa que, na verdade, perdura até a sentença declaratória de extinção de todas as obrigações do insolvente, conforme esclarece o art. 782.

Com a abertura da insolvência, o patrimônio do devedor passa a representar uma massa vinculada à satisfação da universalidade de credores e, por isso mesmo, submetida à administração judicial. A figura do administrador não é, assim, a de um representante do insolvente, mas a de um auxiliar da justiça que atua no interesse geral dos credores comuns, exercendo função pública.

A situação do insolvente é a mesma do falido. A perda da administração, no entanto, não pode ser equiparada à perda da capacidade ou da personalidade do insolvente, posto que conserva ele a plenitude da aptidão para exercer todos os direitos não patrimoniais e mesmo os de natureza patrimonial que se refiram a bens não penhoráveis. Nem sequer a arrecadação importa em perda da propriedade do devedor sobre os bens confiados à gestão do administrador. A perda, enquanto não ocorre a expropriação executiva final, refere-se apenas e tão-somente à disponibilidade e administração dos mesmos bens.(14)

Não só a gestão administrativa e financeira é afastada do devedor, mas também a atividade judicial lhe é restringida. Embora possa assistir e fiscalizar as ações em que tenha interesse patrimonial, o insolvente perde a capacidade processual ou a de ser parte.(15) Não pode, por isso, estar em juízo, nem na qualidade de autor, nem na de réu,(16) já que toda a representação da massa compete ao administrador (art. 766, nº II).

Questão não abordada pelo Código foi a da eficácia da declaração de insolvência sobre os contratos bilaterais do devedor. Na Lei de Falências existe dispositivo expresso que exclui a resolução dos contratos bilaterais da eficácia da sentença declaratória da quebra. Mas diante da identidade de situações, a doutrina já reconhece que, *ad instar* do art. 43, do Decreto-Lei nº 7.661/45, também a declaração de insolvência não resolve os contratos bilaterais, competindo ao administrador dar-lhe cumprimento, se houver conveniência para a massa.(17)

Interessante aplicação desse entendimento é o que se refere ao contrato de alienação fiduciária, regulada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1969, que, conforme a lição de Paulo Restiffo Neto, não deve ser considerado antecipadamente vencido, da mesma maneira que se dá nos casos de falência. Inexistindo mora do devedor, "poderá o administrador, se achar conveniente para a massa, prosseguir na execução normal do contrato, pagando em dia as prestações vincendas."(18)

## 927. Característica da execução coletiva

As principais características do processo de insolvência(19) são:

a) a *universalidade* por alcançar a execução a totalidade dos bens do devedor, constituindo a *massa* de bens do insolvente;

b) o caráter de *execução coletiva*, pois "ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum" (art. 762) e nele será realizada a transferência forçada de toda a massa para pagamento, em rateio, dos concorrentes, com observância da *par*

*condicio creditorum*;

c) a convocação geral dos credores, por editais (*provocatio ad agendum*) (art. 761, nº II), como medida de ampla publicidade do estado de insolvência do devedor e como elemento delimitador da oportunidade de os credores reclamarem seus direitos no juízo universal da insolvência, sob pena de perda de preferências e de direito a cotas na realização do ativo;

d) a nomeação de *administrador* para a massa, com poderes de representação, ativa e passiva, em juízo e fora dele, e com exclusão do devedor da gestão e disponibilidade de seus bens (arts. 752 e 763);

e) a *extinção das obrigações* do insolvente, ainda que não inteiramente resgatadas (art. 778).

## 928. Algumas diferenças entre a falência e a insolvência civil

Muito embora a insolvência, no âmbito do Código de Processo Civil, seja similar à falência, desempenhando, de fato, função análoga à do processo falimentar, notam-se algumas diferenças entre o tratamento legal da insolvência mercantil e da insolvência civil, que em linhas gerais podem ser assim resumidas:

a) Enquanto a falência produz efeitos diversos, conforme seja classificada em *fraudulenta* ou *fortuita*, a insolvência civil não sofre influência de tal classificação. Apenas no direito ao pensionamento durante o processo é que o Código cogita da falta de culpa do devedor por sua ruína financeira (art. 785).

b) Como decorrência da irrelevância de ter sido fortuita ou fraudulenta a insolvência civil, não institui o legislador figuras penais análogas aos crimes falimentares para o devedor civil. E por isso mesmo inexistente o inquérito judicial, que é obrigatório na falência.

c) Diversamente do que se passa com a falência, a sentença de declaração de insolvência não estipula um período suspeito, nem goza de eficácia retroativa e muito menos gera para os credores remédios processuais revocatórios especiais de atos do insolvente. Assim, a impugnação ou desconstituição de negócios jurídicos fraudulentos ou lesivos do devedor, realizados anteriormente à sentença declaratória, só podem ser postuladas segundo as normas gerais do Direito Civil referentes a ações comuns de fraude de credores. (20)

d) O comerciante insolvente tem o dever de requerer a autofalência (Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 8º). Já o devedor civil desconhece tal obrigação, pois o que o Código lhe dá é a *faculdade* de lançar mão do processo de insolvência (art. 759).

e) A falência pode ser impedida mediante recurso à concordata preventiva. Na regulamentação da insolvência civil inexistente figura análoga.

f) Porque, ao contrário da falência, não se baseia a insolvência civil na cessação de pagamentos ou na impontualidade do devedor, não há obrigatoriedade de ser a petição inicial instruída com o *protesto* do título insatisfeito.

## § 138. PRIMEIRA FASE DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

**Sumário:** 929. *Apuração ou verificação da insolvência. Natureza jurídica do processo.* 930. *Caracterização da insolvência.*

### 929. Apuração ou verificação da insolvência. Natureza jurídica do processo

Tal como ocorre no processo falimentar, a execução do devedor insolvente compreende duas fases: uma inicial, que tende à verificação do estado de insolvência do devedor, e uma subsequente em que são executados seus bens para saldar os créditos concorrentes.

Como ensina Prieto-Castro, o processo concursal está convocado a realizar fins que são próprios de processo de cognição, de processo de execução e até de processo cautelar. (21)

Com efeito, o estado de insolvência, com seus efeitos inerentes, não o pode criar o devedor por si mesmo e só a sentença judicial tem poderes para produzir semelhante *status*, como se passa, aliás, em todos os casos em que no mundo jurídico se reclama uma sentença constitutiva. (22)

Por isso, na primeira fase do processo de insolvência não se pode, ainda, falar em execução forçada, pois a atividade jurisdicional então desenvolvida é tipicamente de cognição, encontrando sua culminância na sentença que declara, ou não, o estado de insolvência do devedor.

Se não se prova o *deficit* patrimonial, a demanda será rejeitada por improcedência e a sentença terá a natureza de decisão declaratória negativa. Se o pedido é acolhido, com o reconhecimento da insolvência, a sentença terá, segundo o melhor entendimento, força *constitutiva*, donde nascerá o processo de execução coletiva do insolvente.

Daí dizer Celso Neves que "à atividade *jurisdicional* que culmina com a sentença declaratória da insolvabilidade segue-se, *incontinenti*, a atividade *juris satisfativa* própria da execução concursal", que se inicia com a nomeação de administrador, a arrecadação de bens e a convocação geral dos credores.(23)

Na primeira fase da insolvência não há sequer universalidade, já que o pronunciamento jurisdicional se dá apenas diante de um pedido unilateral do devedor (jurisdição voluntária) ou de uma lide travada entre um credor e o devedor (jurisdição contenciosa).

É, pois, a sentença que decreta a insolvência que abre ou inicia a execução, gerando nova relação processual, já então aberta à participação da generalidade dos credores.

Do reconhecimento do estado de insolvência, decorrem várias medidas de resguardo aos interesses da massa, como o afastamento do devedor da administração dos bens e a entrega destes a um administrador judicial, medidas essas a que Prieto-Castro reconhece o cunho de providências cautelares ou preventivas.(24)

A constitutividade da sentença de decretação da insolvência é preponderante, pois, "após ela, há um estado jurídico que antes não existia."(25) Basta lembrar que por força dela ocorre o vencimento antecipado das dívidas do insolvente, a arrecadação de seus bens, e a perda da administração e disponibilidade do devedor sobre os mesmos bens.

Aberta a insolvência, cria-se um juízo duplamente universal, por abranger a universalidade dos bens do devedor e a universalidade de seus credores. Diz-se, por isso, que a universalidade da insolvência é tanto objetiva como subjetiva.(26)

Nessa execução coletiva, "liquida-se para que todos os credores sejam satisfeitos com todos os bens e para que se saiba o que restou de bens ou o que faltou para que a satisfação fosse completa. Parte-se do princípio da *par condicio creditorum* ou princípio do igual tratamento dos credores e somente se atendem as exceções que a lei crie a esse princípio", (27) com os direitos reais de garantia e os privilégios especiais de certos credores.

A universalidade objetiva consiste na *expropriação* ou *transferência forçada* de todo o patrimônio do insolvente para apurar-se o numerário com que pagar os credores concorrentes. Naturalmente, só os bens alienáveis podem ser penhorados, de maneira que o concurso universal não atinge aqueles legalmente inalienáveis, nem os restritamente impenhoráveis (art. 751, nº II).

Nos processos de execução coletiva, como a falência e a insolvência, não há apenas uma relação processual, mas várias e sucessivas, enfileiradas numa relação maior, que é a iniciada com a decretação do estado de quebra ou insolvência e que só vai terminar com a sentença final de encerramento do processo. Essa relação maior é, no dizer de Pontes de Miranda, "a estrada larga" aberta pela decretação de insolvência, em cujo leito caminharão outras relações menores como a de verificação de contas, a dos procedimentos para a admissão de credores, as concordatas etc.

O concurso de credores, propriamente dito, é apenas um incidente da execução do devedor insolvente, no qual os credores disputarão entre si o direito ao rateio e suas preferências, culminando com o julgamento do quadro geral. Sua natureza é de processo de cognição, pois visa apreciar, discutir e definir direitos dos concorrentes.(28)

### 930. Caracterização da insolvência

A insolvência, como pressuposto da execução concursal, para o Código, pode ser *real* ou *presumida*.

É *real* aquela definida pelo art. 748 e que se dá, efetivamente, "toda vez que as dívidas excederem a importância dos bens do devedor". Revela-se através do balanço concreto da situação patrimonial do obrigado.

A insolvência é *presumida* pela lei, nos casos do art. 750, isto é, quando:

I – o devedor, ao ser executado, não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora, o que se verifica por já estarem todos os seus bens penhorados em outras execuções ou por não possuir bens penhoráveis; ou, ainda, por estarem onerados



todos os seus bens;

II – forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. [813](#), nºs I, II e III, ou seja:

1) quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

2) quando o devedor, que tem domicílio: *a)* se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; *b)* caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

3) quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas.

Nas hipóteses de admissibilidade de arresto já apontadas, o credor de título não vencido poderá legitimar-se extraordinariamente a propor a insolvência do devedor, mediante utilização do procedimento cautelar como preparatório (art. 750, nº II). "Obtido o arresto e efetivado este, o credor terá o prazo do art. [806](#) do CPC (30 dias) para ajuizar o pedido de decretação da insolvência."([29](#))

Cabe ao credor promovente o ônus de provar o fato de que decorre a presunção de insolvência. E mesmo diante dessa prova, a presunção, em todos os casos, é *juris tantum*, sendo lícito ao devedor ilidi-la mediante produção de prova em contrário que consistirá em demonstrar que seu ativo supera o passivo.

A prova efetiva do balanço patrimonial do devedor é impossível de ser exigida do credor. Por isso o que lhe compete é apenas a demonstração de fatos que façam presumir a situação deficitária do devedor. ([30](#))

Diante do interesse social envolvido nas ações de insolvência, pois a decretação tem eficácia *erga omnes* e atinge credores que não figuram na relação processual inicial, admite-se que o juiz desenvolva investigação *inquisitória* e não fique vinculado aos princípios comuns de ônus da prova para a solução do caso. ([31](#))

## § 139. ESPÉCIES DE PROCEDIMENTOS CONCURSAIS E INICIATIVA DO PROCESSO

**Sumário:** 931. *Legitimação*. 932. *Insolvência requerida pelo credor*. 933. *Caráter facultativo da ação concursal*. 934. *Insolvência de cônjuges*. 935. *Ausência de bens penhoráveis do devedor*.

### 931. Legitimação

Tomando por base a provocação inicial do processo, a insolvência pode ser, segundo a classificação de Prieto-Castro, *voluntária* ou *necessária*, conforme sua decretação se dê em virtude de manifestação do próprio devedor, ou seja, requerida pelos credores. ([32](#))

Nosso Código conhece as duas espécies de insolvência, pois o art. [753](#) admite que sua declaração possa ser requerida:

I – por qualquer credor quirografário;

II – pelo devedor; e

III – pelo inventariante do espólio devedor.

No caso de iniciativa do credor estabelece-se um contraditório, ficando o credor promovente como sujeito ativo e devedor como passivo, indo culminar a cognição numa sentença de mérito que, acolhendo o pedido, constituirá para o demandado uma nova situação jurídica: a de insolvente, com todos os consectários de direito.

Nos casos dos itens II e III, não há controvérsia ou contraditório, pois o próprio devedor, ou seu espólio, reconhece o estado deficitário de seu patrimônio e pede a declaração judicial a respeito com a posterior convocação geral dos credores. Trata-se da *auto-insolvência*, similar da *autofalência*, em que a relação processual inicial é apenas bilateral (devedor-juiz), configurando, assim, uma espécie de procedimento de jurisdição voluntária.

Por outro lado, para os fins de legitimação ao juízo concursal, a expressão *devedor* há de ser tomada em sentido amplo, de modo a abranger não só o devedor *stricto sensu*, mas também o apenas *responsável* por obrigação alheia, como fiador, sócio solidário e equivalentes.

O Código não prevê a decretação de insolvência *ex officio* pelo juiz, nem como iniciativa originária de processo, nem como incidentes de execução singular. Prova disso é que o fato de não serem encontrados bens a penhorar não conduz ao reconhecimento da insolvência do devedor, mas apenas à suspensão da execução singular, como dispõe expressamente o art. 791, nº III.

Dessarte, e tendo presente o princípio geral do *ne proceda iudex ex officio*, esposado pelo art. 2º, a possibilidade de iniciativa do juiz para a declaração de ofício de insolvência deve ser repelida.

"Nula", portanto – como decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – "se revela a decisão que admite a transformação do processo de ação iniciada como execução contra devedor solvente em execução contra devedor insolvente, transformação esta alicerçada no simples fundamento de não se encontrarem bens ou forem estes insuficientes para satisfação da dívida executada. É que a declaração de insolvência exige processo de conhecimento que não é processo de execução, e cujo rito se inscreve na lei como procedimento ordinário", o que torna "incabível a transformação." (33)

Por fim, somente os não comerciantes, pessoas físicas e jurídicas, é que se submetem ao regime da insolvência civil, sob o rito da execução por quantia certa contra devedor insolvente.

### 932. Insolvência requerida pelo credor

Só o credor quirografário (isto é, o que não possui garantia de direito real ou privilégio especial) é legitimado a requerer a insolvência do devedor. O credor privilegiado carece de interesse processual para propô-la, visto que sua preferência é resguardada e executável independente do juízo universal, bastando lançar mão de execução singular ou de simples incidente na fase de pagamento, caso algum credor quirografário tenha se antecipado na propositura de ação executiva singular (arts. 711 a 713). Contra as preferências de direito material, não prevalece a da penhora (art. 709, nº II).

O credor privilegiado, porém, pode vir a requerer a insolvência desde que tenha previamente renunciado à sua qualidade ou à garantia real, mediante expressa comunicação ao devedor, caso em que se transformará em quirografário.

A insolvência integra o processo de execução por quantia certa, como de início se demonstrou. Por isso, o credor, ao intentar sua decretação, há de satisfazer os seus pressupostos, instruindo o pedido com título executivo judicial ou extrajudicial (art. 754), pelo qual se verifique ser o crédito líquido, certo e exigível (art. 586). (34)

Mas a execução concursal é de natureza especial, de modo que não bastam os pressupostos ordinários da execução por quantia certa: título executivo e inadimplemento. É indispensável a verificação de um terceiro requisito, que é o estado de insolvência do devedor (art. 748).

Esse último requisito, todavia, não depende de prova pré-constituída. Sua apuração pode ser feita na fase de cognição, dentro da própria ação de insolvência civil.

Com relação à insolvência existem duas situações reconhecidas pelo Código: a *real*, apurável pelo efetivo balanço patrimonial (art. 748) e a *presumida*, que se apóia em situações concretas que façam induzir a impotência patrimonial do devedor para satisfazer a totalidade dos credores, como é o caso do executado, com bens penhorados, que não disponha de outros bens livres para nova penhora (art. 750, nº I).

Somente nos casos de insolvência presumida é que tem o credor condições de demonstrar *initio litis* a situação patrimonial deficitária do devedor, mas o Código não restringe a decretação de insolvência aos casos em que esta se presume.

Daí ter o Código instituído um juízo de conhecimento prévio, onde, "a fim de verificar se o devedor é ou não é insolvente, está-se examinando uma das condições da ação no processo da insolvência", segundo o magistério de Moniz de Aragão. (35)

Por não ser a insolvência civil incidente da execução singular, mas processo autônomo e diverso, inadmissível é exigir-se que o credor primeiro promova a execução singular para comprovar a inexistência de bens livres a penhorar e só depois requeira a execução coletiva. A falta de bens livres é presunção de insolvência, mas nunca requisito ou pressuposto obrigatório da declaração de insolvência no regime do Código de Processo Civil. (36)

### 933. Caráter facultativo da ação concursal

Não há, outrossim, obrigatoriedade para o credor de promover a execução concursal, mesmo que o devedor esteja notoriamente insolvente. Conforme a lição de Provinciali, inexistente "qualquer diferenciação entre a promoção da execução singular e a concursal", de modo que "o credor pode, para a recuperação do seu crédito, adotar, entre os meios que a lei lhe põe à disposição, aquele que mais convém ou interessa."(37)

Naturalmente, se a opção foi pelo processo concursal, ocorre para o credor a impossibilidade de voltar a utilizar a execução singular contra o mesmo devedor, posto que a sentença declaratória de insolvência é constitutiva e gera um estado novo e irreversível para o devedor.(38)

#### **934. Insolvência de cônjuges**

No sistema introduzido pela Lei nº 4.121, de 1962, as dívidas individuais de cada cônjuge não obrigam os bens do outro nem os comuns além da meação do devedor (art. 3º).

Mas o cônjuge não-devedor pode assumir responsabilidade pela obrigação do consorte, quer tomando-a para si na própria origem da dívida, quer aderindo ao vínculo obrigacional por meio de garantias como o aval e a fiança, ou por posterior assunção do débito.

Há, ainda, a responsabilidade comum provinda da própria natureza da obrigação, pois as dívidas contraídas individualmente, mas a benefício da família, sempre se comunicam e afetam toda a comunhão e até os bens reservados de ambos os cônjuges, como se deduz do disposto no Código Civil, art. 246, parágrafo único.

O art. 749 permite que a declaração de insolvência de ambos os cônjuges seja feita no mesmo processo, desde que:

- a) o outro esposo tenha assumido a dívida, legal ou voluntariamente; e
- b) os bens próprios do devedor direto não sejam suficientes para o resgate do débito.

A insolvência conjunta dos cônjuges, todavia, é exceção e não regra, de maneira que, ordinariamente, apenas o devedor será declarado insolvente e terá os seus bens arrecadados, provocando uma verdadeira *dissolução* da comunhão universal, posto que a meação do outro consorte deverá ser apartada e excluída do processo concursal executivo.

Para obter a exclusão de sua meação da insolvência do marido, a mulher, se não atendida voluntariamente pelos credores, poderá se valer dos embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º).

#### **935. Ausência de bens penhoráveis do devedor**

Tem-se afirmado que não seria admissível o processamento da insolvência civil quando, anteriormente, em execução singular tivesse sido comprovada a inexistência de bens penhoráveis. Isto porque não se concebe execução sem objeto, e o objetivo da execução, seja do devedor solvente ou do insolvente, é o de expropriar bens para satisfazer o direito dos credores.

A tese não merece acolhida, a nosso ver. O processo de insolvência civil não nasce como uma execução forçada, mas como um procedimento típico de cognição, que nada tem a ver com a existência ou inexistência de bens do devedor. Na primeira fase, o que se busca é a decretação de um estado jurídico novo para o devedor, com consequências de direito processual e material, tanto para o insolvente como para seus credores.

Não se pode, portanto, falar em ausência de interesse das partes, pelo simples fato da ausência de bens penhoráveis. Da declaração de insolvência decorrem consequências importantes como a eliminação de preferência por gradação de penhoras, enquanto durar o estado declarado, o vencimento antecipado de todas as dívidas; e, ainda, o afastamento do devedor da gestão patrimonial, dos bens presentes e futuros, o que evitará a disposição sub-reptícia de valores acaso adquiridos após a sentença, a qualquer título, inclusive *causa mortis*; e a mais importante de todas, que é a extinção das dívidas do insolvente.

Só isto já é mais do que suficiente para demonstrar que o processo da insolvência civil, em sua primeira fase, não pode ser obstado pela simples inexistência de bens penhoráveis. Apenas na segunda fase, que se abre com a arrecadação, é que o processo de insolvência se torna executivo. Ai, então, à falta de bens penhoráveis, ocorrerá a suspensão dos atos executivos e a declaração de encerramento do feito, para contagem do prazo de extinção das obrigações do insolvente.

Como se vê, a inexistência de bens penhoráveis não impede o ajuizamento nem da auto-insolvência nem da insolvência requerida pelos credores.(39)

## § 140. PROCEDIMENTOS DA EXECUÇÃO COLETIVA

**Sumário:** 936. *Procedimento da insolvência requerida pelo credor.* 937. *Insolvência requerida pelo devedor ou seu espólio.*

### 936. Procedimento da insolvência requerida pelo credor

O procedimento da insolvência, quando promovida pelo credor, tem início com a citação do devedor para opor embargos em 10 (dez) dias (art. 755). Em se tratando de procedimento de cognição, melhor teria sido qualificar a resposta do réu, *in casu*, como *contestação*, posto que embargos representam, tecnicamente, ação cognitiva do devedor ou terceiro incidentemente instaurada no curso da execução.

A opção do legislador, no entanto, pela defesa através de embargos simplifica o problema dos ônus da prova. Assim, sendo o devedor o autor da ação de embargos, a ele caberá o ônus da prova sempre que se opuser à pretensão do credor, mediante afirmação de ser superavitário o seu patrimônio.

Cumprida a citação, podem ocorrer cinco situações diferentes, com conseqüências naturalmente diversas, a saber:

I – O devedor *paga a dívida* em que se baseia o promovente, o que, além de demonstrar sua solvabilidade, importa em extinção da execução no próprio nascedouro (art. 794, nº I);

II – o devedor *silencia-se*, deixando de opor embargos no prazo legal: o juiz proferirá, então, em dez dias, sua sentença (art. 755), que ordinariamente acolherá o pedido, pois, pela sistemática do Código, basta a revelia para terem-se como verdadeiros os fatos arrolados pelo autor (art. 319). Pode, no entanto, ocorrer que o título exibido pelo credor não satisfaça os requisitos de certeza, liquidez ou exigibilidade, ou que o próprio enunciado da inicial evidencie que o caso não é de insolvência. Nessas hipóteses, malgrado a revelia, o juiz denegará o pedido de insolvência.<sup>(40)</sup> Ressalva-se, também, e mais uma vez, o poder inquisitório do juiz em tais procedimentos, o qual não fica obrigatoriamente jungido ao sistema de ônus da prova e sempre que julgar conveniente pode exigir ou promover *ex officio* a investigação da veracidade dos fatos alegados;

III – o devedor formula *embargos*, visando o não-pagamento da dívida, caso em que poderá manejar a matéria cabível nos embargos comuns do devedor solvente (arts. 741, 742, 745 e 756, nº I). Não está obrigado a nomear bens à penhora, nem a depositar o valor da dívida, mas se for vencido, a insolvência fatalmente será decretada;

IV – o devedor opõe *embargos* apenas para provar que seu passivo é menor do que o ativo, vale dizer, procura ilidir o pedido demonstrando sua solvabilidade (art. 756, nº II). Aqui, também, não está obrigado a garantir a execução, sujeitando-se, porém, à decretação da insolvência, caso seus embargos sejam improcedentes;

V – no prazo de embargos, o devedor *deposita* a importância do crédito do requerente, para discutir-lhe a legitimidade ou o valor, caso em que a insolvência já estará, desde logo, ilidida (art. 757).

Com o depósito prévio terá o devedor evidenciado seu estado de solvência, de maneira que, qualquer que seja o resultado dos embargos, não será mais possível a decretação da insolvência.

Trata-se de depósito *pro solvendo*, que desfigura a lide inicialmente posta em juízo, passando a controvérsia a girar não mais em torno da insolvibilidade do devedor, mas em torno da matéria exposta nos embargos, que assumem feição de ação declaratória incidental sobre "a relação creditícia que se torna, então, litigiosa."<sup>(41)</sup>

Se julgados procedentes os embargos, o devedor levantará o depósito, sendo o credor condenado nas custas e honorários advocatícios, em virtude da sucumbência. Se rejeitados, ao credor será deferido o levantamento do depósito, correndo os ônus da sucumbência a cargo do devedor, mas não haverá a decretação de insolvência.

Em todos os casos de embargos, o juiz tem dez dias para sentenciar, desde que não se faça necessária a produção de provas (art. 758, 1ª parte), circunstância que ocorre quando a discussão gira em torno apenas de questões de direito ou quando a prova documental existente é suficiente para formar a convicção do julgador.

Havendo, contudo, necessidade de outras provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, com as formalidades do procedimento ordinário (art. 758, 2ª parte).

Da sentença que decide os embargos, caberá recurso de apelação, que não terá efeito suspensivo se a decisão for de rejeição da defesa (art. 520, nº V).

### 937. Insolvência requerida pelo devedor ou seu espólio

Inexiste para o devedor civil a obrigação de promover a própria insolvência.<sup>(42)</sup> Diversamente do que se passa com o comerciante, que é *obrigado* a requerer a *autofalência* (Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 8º), o devedor civil, ou seu espólio, tem apenas a *faculdade* de requerer a *auto-insolvência*, segundo se depreende do art. 759, onde se lê que "*é lícito* ao devedor ou ao seu espólio, a todo tempo, requerer a declaração de insolvência."

Deve a petição inicial conter, além dos requisitos comuns, mais os seguintes dados (art. 760, nºs I a III):

I – a relação nominal de todos os credores, com a indicação do domicílio de cada um, bem como da importância e da natureza dos respectivos créditos;

II – a individuação de todos os bens, com a estimativa do valor de cada um;

III – o relatório do estado patrimonial, como a exposição das causas que determinam a insolvência.

Em se tratando de uma confissão de insolvência é preciso, como se vê, que a petição do devedor contenha todos os elementos caracterizadores de seu estado patrimonial deficitário. Pois será com base nela que a sentença declaratória de insolvência será proferida (art. 761).

A confissão de insolvência importa, ainda, renúncia implícita à administração e disponibilidade dos próprios bens. De modo que a procuração outorgada para seu procedimento depende de poderes especiais.<sup>(43)</sup>

Muito se tem discutido, em doutrina, a propósito da natureza jurídica do pedido de auto-insolvência.

Em seus recentes "Comentários ao Código de Processo Civil", o douto Professor Celso Neves ensina que no sistema do código de 1973, o requerimento do devedor, de declaração da própria insolvabilidade, denota exercício de direito de ação, de que resulta o procedimento preambular, tipicamente jurisdicional, a que se segue, uma vez acolhido o pedido, "a execução por concurso universal" (art. 751, nº III).<sup>(44)</sup>

O Ministro Buzaid, escrevendo ao tempo do Código revogado, mas em termos que se aplicam perfeitamente à sistemática do código atual, ensinava que "o executado não exerce *ação*, antes pede o reconhecimento judicial do seu estado de insolvência, a fim de permitir que os credores compareçam e deduzam os seus direitos. O poder de pedir a abertura do concurso não lhe confere a qualidade de *autor*. Deverá continuar como executado. Provoca a execução coletiva, mas não a dirige."<sup>(45)</sup>

Em lição atualizadíssima, Moura Rocha invoca a opinião de Adolfo Parry para afirmar que "a iniciativa do insolvente é o modo normal de abertura do juízo de concurso". Porém, "a declaração do devedor é considerada não como uma verdadeira instância processual, mas uma denúncia do próprio estado de insolvência, a fim de dar oportunidade ao juiz para decretar, se diria de ofício, a abertura do concurso."<sup>(46)</sup>

No direito italiano, Bonelli sustenta, por isso, que a autofalência tem antes a natureza de *jurisdição voluntária*, já que o devedor pratica um ato de disposição análogo ao da *cessio bonorum*.<sup>(47)</sup>

Consideram-na também procedimento de jurisdição voluntária, entre outros, Carnelutti, Oetker e Redenti.<sup>(48)</sup>

A objeção que se faz à conceituação da autofalência como medida de jurisdição voluntária consistiu unicamente em dizer que o devedor comerciante não dispõe de liberdade para exercer uma manifestação voluntária, que seria necessária para a efetiva configuração do procedimento em tela; isto porque a lei falimentar lhe impõe o *dever de pedir* a abertura da própria falência.<sup>(49)</sup> O argumento, no entanto, não atinge a insolvência civil, porque a auto-insolvência, em nosso sistema, é realmente uma *faculdade* e não um dever, como já se demonstrou.

Fala Celso Neves em uma figura especial de ação, em que a pretensão à tutela jurisdicional se apresentaria sem angularidade. "A relação aí", segundo o eminente processualista, "seria *linear*: do devedor ao juiz e do juiz ao devedor, sem a *in ius vocatio*, imprescindível, apenas, nos casos de angularidade necessária."<sup>(50)</sup>

O próprio enunciador da tese, todavia, reconhece que a figura "é de difícil explicação doutrinária". E a nós nos parece mesmo que a melhor posição é a que vê na auto-insolvência uma forma de procedimento de jurisdição voluntária.

Falar em *ação* sem partes, ou em relação processual litigiosa sem angularidade ou sem contraditório se me afigura tentativa de construção de imagem que não se amolda bem aos padrões ordinariamente seguidos em Direito Processual.

Uma das funções precípua, senão a verdadeira função, da ação de cognição é gerar a *coisa julgada*. E isto jamais seria possível numa relação linear, visto que a *res judicata* limita sua eficácia subjetiva aos sujeitos da relação processual (art. 472). A quem o devedor poderia opor o caso julgado?

O que, segundo a mais atual doutrina, distingue a atividade da jurisdição voluntária das ações constitutivas é justamente a presença, nestas, da *contenda*, ou da pretensão ao exercício de um direito *contra outrem*, ao passo que "na jurisdição voluntária não existe parte adversária e só se trata de uma *fixação*, de valor substancial em si e por si." (51)

Frederico Marques aponta as seguintes características para a jurisdição voluntária: "a) como função estatal, ela tem natureza administrativa, sob o aspecto material, e é ato judiciário, no plano subjetivo-orgânico; b) em relação às suas finalidades, é função preventiva e também constitutiva." (52)

Pressuposto da jurisdição voluntária é, no dizer do mesmo processualista, "um negócio ou ato jurídico, e não, como acontece na jurisdição contenciosa, uma *lide* ou *situação litigiosa*. O contraditório entre as partes é traço exterior da jurisdição contenciosa... Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes." (53)

Daí a conclusão de Alcalá-Zamora de que na jurisdição voluntária não há litígio, mas negócio jurídico; não há partes, mas simples participantes; nem há ação, mas apenas pedido. (54)

Em conclusão, há procedimento de jurisdição voluntária, quando, conforme Prieto-Castro, os órgãos judiciais são convocados a desempenhar uma função administrativa destinada "a tutelar a ordem jurídica mediante a constituição, asseguramento, desenvolvimento e modificação de estados e relações jurídicas com caráter geral, ou seja, frente a todos." (55)

É justamente o que se passa com o pedido de insolvência dirigido unilateralmente pelo devedor ao juiz: não há parte contrária e da sentença surge um estado jurídico novo, com efeitos *erga omnes*.

Sem contraditório, sem partes, sem litígio ou lide, mas com simples relação processual linear, não se pode ver em tal pedido o exercício de pretensão jurisdicional configurador de *ação*, tudo não passando de mero e típico procedimento de jurisdição voluntária ou graciosa.

A conceituação da auto-insolvência como um procedimento de jurisdição voluntária tem a relevante consequência de permitir a anulação da sentença que a decretar irregularmente por meio de ação ordinária, dispensando-se a rescisória (art. 486), pois "os atos de jurisdição graciosa ou voluntária, como não produzem coisa julgada, não podem ser objeto de ação rescisória"; de modo que, "na lição de Chiovenda, os interessados podem sempre obter a revogação deles dirigindo-se aos mesmos órgãos que os prolataram, desde que os convençam de haverem errado." (56)

## § 141. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO CONCURSAL

**Sumário:** 938. Competência.

### 938. Competência

A competência para processamento da *auto-insolvência* está expressamente determinada pelo Código e cabe ao juízo da Comarca onde o devedor tem seu domicílio (art. 760, *caput*). Não o prejudica o foro contratual, nem a convenção de local diverso para pagamento de dívidas. (57)

Com relação ao pedido de insolvência formulado por credor, a competência é fixada pela regra geral de que o réu deve ser demandado em seu domicílio (art. 94). Também aqui não influi o foro contratual nem o local de cumprimento da obrigação, visto que o procedimento de declaração de insolvência não se confunde com a ação de cobrança, por ter objeto e finalidade diversos. Como lembra Prieto-Castro, a doutrina jurisprudencial estabelece como foro o do domicílio do insolvente presuntivo. E "a competência territorial, no processo de insolvência, não pode ter o caráter dispositivo, no sentido de que não são admissíveis os pactos de prorrogação ou submissão." (58) É fácil de compreender que assim o seja, dada a circunstância de que os efeitos da insolvência não se restringem aos participantes da relação de conhecimento inicialmente travada em juízo entre credor e devedor, mas atingem, ao contrário, toda a universidade subjetiva dos credores do insolvente.

Observe-se que, consoante o art. [92](#), n° I, só os *juizes de direito*, isto é, os *togados*, com as garantias constitucionais, é que podem funcionar nos processos de insolvência.

Uma vez decretada a insolvência, ocorre o mesmo fenômeno que se dá com a falência: o juízo concursal exerce *vis atractiva* sobre todas as ações patrimoniais contra o insolvente.

"O desígnio fundamental do processo de execução coletiva se frustraria se à margem dele continuassem subsistindo outros processos singulares anteriores contra o insolvente, de conteúdo patrimonial, que afetassem à massa passiva (de credores) e chegassem a seu fim com execução separada, consagrando discriminação contrária à regra da *par conditio creditorum*. Este resultado insatisfatório é evitado mediante a aplicação de uma norma de cumulação que atende à conexão que se origina entre os processos pendentes e o concursal."([59](#))

Ademais, perdendo o devedor insolvente a capacidade processual, as ações passam a correr contra o administrador da massa, que atua sob a supervisão permanente do juiz do concurso.

## § 142. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE INSOLVÊNCIA

**Sumário:** 939. *Declaração judicial de insolvência.*

### 939. Declaração judicial de insolvência

Acolhido o pedido do credor ou do próprio devedor (ou de seu espólio), o juiz proferirá sentença, encerrando a fase preliminar ou de cognição do processo de insolvência.

Essa sentença, embora tenha a função evidente de declarar um estado de fato do devedor (a insuficiência patrimonial para cobrir todas as dívidas), reveste-se, também, de preponderante eficácia constitutiva, criando uma situação jurídica nova para o devedor e para os credores.

Basta dizer que, por força da sentença de insolvência, o devedor perde a administração e disponibilidade dos bens e que os credores perdem os privilégios decorrentes de penhoras anteriores e são arrastados pela força atrativa do concurso universal.

Ensina Celso Neves que os efeitos questionados dependem do trânsito em julgado da sentença, ou, excepcionalmente, da pendência de apelação apenas devolutiva.[\(60\)](#)

Como, no entanto, das sentenças que julgam improcedentes os embargos, a apelação sempre tem apenas o efeito devolutivo (art. [520](#), n° V), força é convir em que a decretação de insolvência, ordinariamente, produzirá eficácia imediata.

Desde que a execução coletiva não pode ser instaurada sem a sentença declaratória da insolvência, exerce ela, além da função de encerrar a fase vestibular do processo, a importantíssima eficácia de produzir a "execução por concurso universal."[\(61\)](#) Pois é com ela que se iniciam os autos executivos propriamente ditos, representados pela apreensão de bens para preparar a transferência forçada e a satisfação dos direitos dos credores.

Dai a procedência da lição de Satta e Provinciali no sentido de que em tal sentença há "uma declaração constitutiva, onde se encontra caráter probatório de título executivo",[\(62\)](#) isto é, a sentença de insolvência "exercita a função que na execução singular tem o título executivo, para abertura de expropriação coletiva, enquanto lhe declara as condições de legitimidade."[\(63\)](#)

Na mesma sentença, o juiz, ao declarar a insolvência, nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa (art. [761](#), n° I) e mandará expedir edital, convocando todos os credores para que apresentem, no prazo de vinte dias, a declaração de crédito acompanhada do respectivo título (art. [761](#), n° II).

Embora não conste expressamente do Código, é intuitivo que os credores domiciliados no foro da causa devem ser preferidos para a administração da massa. A publicação do edital será feita segundo a regra geral do art. [232](#), n° III: uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver.

A universalidade do juízo da insolvência, como já ficou ressaltado, atrai para seu âmbito todos os credores do insolvente, sejam privilegiados ou quirografários (art. [762](#)). A execução é coletiva e concursal. Excetuam-se unicamente os créditos fiscais, que não se sujeitam aos juízos universais por expressa disposição de lei (CTN, art. [187](#)), mas que devem, contudo, ser reclamados perante o

administrador da massa e não em face do devedor insolvente.

Mesmo os credores de cédulas rurais hipotecárias e pignoratícias, cujas garantias se revestem de impenhorabilidade perante os credores quirografários do devedor comum (Dec.-Lei nº 167, de 14.02.67, art. [69](#)), não se excluem do juízo universal da insolvência.[\(64\)](#)

Todas as execuções individuais serão remetidas para o juízo comum da insolvência (art. 762, § 1º). As penhoras perdem a eficácia e os exequentes os privilégios de ordem de penhora. As execuções são neutralizadas, cessando os respectivos cursos, salvo apenas no caso de existir praça ou leilão já designados, quando, então, a alienação judicial será realizada, mas o produto não beneficiará mais o exequente singular, visto que entrará para a massa (art. 762, § 2º).

A perda da capacidade processual do devedor e a representação da massa pelo administrador judicial fazem com que a universalidade do juízo concursal atinja toda e qualquer ação patrimonial instaurada contra o insolvente, inclusive aquelas em que haja intervenção da União ou Território, na forma do art. [99](#), nº I.[\(65\)](#)

### § 143. ADMINISTRAÇÃO DA MASSA

**Sumário:** 940. *O administrador da massa.* 941. *Atribuições do administrador.*

#### 940. O administrador da massa

Com a decretação de insolvência, o devedor perde a administração e disponibilidade de seu patrimônio, sendo todos os bens penhoráveis arrecadados e entregues a um *administrador* designado pelo juiz da execução (art. [761](#)).

A arrecadação é ato de natureza e eficácia similares às da penhora na execução singular, isto é, apresenta-se como medida processual executiva tendente a vincular os bens ao processo executivo, preparando a expropriação com que se apurará o numerário para resgate dos créditos concorrentes.

Com a arrecadação, opera-se a subtração dos bens à disponibilidade física do devedor, já que a indisponibilidade jurídica decorre simplesmente de sentença de insolvência.[\(66\)](#)

A função do administrador na insolvência é a mesma do síndico na falência. Incumbe-lhe conservar e administrar com diligência os bens da massa, procurando assegurar que produzam as rendas, frutos ou produtos habituais, até que chegue o momento da alienação forçada. Sua administração é feita sob direção e superintendência do juiz (art. [763](#)).

Exerce o administrador uma função pública, de natureza processual, agindo como um auxiliar extraordinário do juízo. Substitui o devedor na administração dos bens arrecadados, mas não é representante dele. É, na verdade, um órgão do processo de execução coletiva, agindo mais propriamente como um "delegado da autoridade judiciária."[\(67\)](#) De tal arte, não há representação nem do devedor nem dos credores, mas exercício de função própria, visando o interesse comum da universidade dos credores e até mesmo do devedor.

Com a perda da gestão e disponibilidade de bens sofrida pelo insolvente, compete ao administrador a representação ativa e passiva da *massa*, mas não desfruta de liberdade de deliberação, pois seu cargo é exercido sob a direção e superintendência do juiz. Seus planos e decisões, por isso, devem ser submetidos à apreciação judicial, antes de postos em prática. A última palavra é do juiz.[\(68\)](#)

Logo após a publicação da sentença de declaração da insolvência, e independentemente de trânsito em julgado, o escrivão intimará o administrador nomeado a firmar, em vinte e quatro horas, o termo de compromisso de desempenhar bem e fielmente o cargo (art. [764](#)).

O compromisso, que constará de termo assinado pelo juiz e pelo escrivão, é exigência que provém do caráter público da função a ser exercida e da ausência de pré-vinculação judicial do administrador.[\(69\)](#) Dele decorrem direitos, deveres e proibições.

As obrigações mais evidentes são as de bem administrar e conservar os bens arrecadados e a de prestar contas da gestão. Pela atividade desenvolvida no processo, o administrador faz jus a uma remuneração que será arbitrada pelo juiz, atendendo à diligência do gestor, ao trabalho e à responsabilidade da função, e à importância da massa (art. [767](#)). A lei não fixa limites máximos nem mínimos, de modo que a remuneração dependerá do prudente arbítrio do juiz.[\(70\)](#) E é da massa que deverão ser extraídos os recursos para remunerar o administrador. Do arbitramento, podem os credores ou o próprio administrador recorrer por meio de agravo de instrumento (art. [522](#)).



Pelos prejuízos que causar à massa, por dolo ou culpa, o administrador responderá civilmente, além de perder a remuneração que lhe foi arbitrada (art. [150](#)).

Como proibição decorrente do exercício do cargo de administrador, cita-se a de não poder participar da arrematação dos bens arrecada dos (art. [690](#), § 1º, nº I).

No próprio ato da assinatura do compromisso, caberá ao administrador entregar sua declaração de crédito, acompanhada do título executivo. Pode ocorrer, todavia, que o título de crédito não esteja em seu poder. Se isto se der, a apresentação imediata da declaração terá de ser feita, mas permitir-se-á a juntada do título posteriormente, no prazo de vinte dias previsto para as habilitações dos demais credores (art. [765](#)). Não será viável, contudo, a assunção do cargo sem a concomitante declaração de crédito. Será, outrossim, destituído o administrador que se compromissou sem o título e não o exibiu posteriormente no prazo legal.

#### **941. Atribuições do administrador**

Investido no *munus*, cumprirá ao administrador (art. [766](#)):

I – *arrecadar todos os bens do* devedor, onde quer que estejam, requerendo para esse fim as medidas judiciais que se fizerem necessárias, como busca e apreensão, arresto, carta precatória etc. Com exclusão dos impenhoráveis, todos os bens patrimoniais do insolvente são recolhidos pelo administrador para sujeitarem-se à alienação forçada e ao concurso universal dos credores.

II – representar a massa, ativa e passivamente: deverá, naturalmente, contratar advogado, cujos honorários, no entanto, serão previamente ajustados e submetidos à aprovação do juiz da execução;

III – *praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações*, bem como promover a cobrança das dívidas ativas;

IV – alienar em praça ou em leilão, com autorização judicial, os *bens da massa*: a praça é a forma de alienação dos imóveis, e o leilão a dos móveis, conforme dispõem os arts. [697](#) e [704](#).

O Código não estipula o momento certo da alienação, cuja escolha, em cada caso concreto, ficará, assim, a critério do administrador, sob a supervisão do juiz. Normalmente ocorrerá após a aprovação do Quadro Geral de Credores porque é nessa fase que se permite o acordo do devedor com os credores para suspender a execução com estabelecimento de uma forma especial de pagamento (art. [783](#)).

No entanto, desde a arrecadação já existe a possibilidade de alienação dos bens, que não depende obrigatoriamente da finalização do concurso de credores, tanto assim que o art. [770](#) prevê que no Quadro Geral já possa figurar a cota que no rateio caberá a cada concorrente. Esta medida, sem dúvida, é a melhor quando a massa compuser-se de bens móveis ou perecíveis, ou de onerosa custódia.

### **§ 144. CONCURSO DE CREDITORES**

**Sumário:** 942. *Verificação e classificação dos créditos*. 943. *Credores retardatários e credores sem título executivo*. 944. *Quadro Geral de Credores*.

#### **942. Verificação e classificação dos créditos**

Todos os credores do insolvente devem concorrer na execução coletiva, declarando seus créditos e suas preferências no prazo de vinte dias contados do edital a que se refere o art. [761](#), nº II.

Mesmo os credores com garantia real e os demais privilegiados estão sujeitos ao juízo universal da insolvência.<sup>(71)</sup> O mesmo acontece com os credores de ação executiva singular anterior, que não ficam isentos de habilitar os créditos na insolvência. Só a Fazenda Pública não está obrigada a declarar a dívida ativa na insolvência.<sup>(72)</sup>

Sobre a forma da habilitação, nada dispôs o Código, a não ser que deverá ser instruída com o respectivo título executivo (arts. [765](#) e [768](#)). Será feita, portanto, segundo a forma habitual de petição, firmada por advogado, contendo os requisitos indispensáveis do nome e qualificação dos interessados (devedor e credor), a origem e natureza do crédito, assim como seu valor e sua classificação.<sup>(73)</sup>

Vencido o prazo de habilitação, que é de vinte dias (art. 761, nº II), o escrivão colocará em ordem as declarações de crédito, autuando-as, separadamente, cada uma com seu respectivo título (art. 768). Na verdade, cada habilitação tem o conteúdo de uma ação incidente contra a massa. Depois dos competentes registros (art. 251), as diversas autuações serão apensadas ao processo principal.

Isto feito, providenciará o escrivão a intimação, por edital, de todos os credores para, no prazo de vinte dias, que lhes é comum, alegarem as suas preferências ou apresentarem suas impugnações aos créditos declarados, que poderão versar sobre nulidade, simulação, fraude ou falsidade de dívidas e contratos (art. 768).

Cada impugnação funciona como um contraditório gerando ações incidentais de cognição. Aos credores abre-se oportunidade de ampla pesquisa sobre a legitimidade dos créditos concorrentes, para evitar burlas, fraudes ou conluíus maliciosos tendentes a frustrar a *par condicio creditorum*. O próprio título judicial (sentença condenatória) pode ser atacado pelos credores na impugnação de crédito.<sup>(74)</sup> Como ensina Buzaid, "o executado não pode impugnar a sentença, porque lhe veda a autoridade da coisa julgada; não assim o terceiro, que só está obrigado a reconhecer o julgado, quando este é legítimo. Mas se a sentença é proferida em processo simulado, que resultou de colusão entre credor e devedor, o terceiro tem legitimidade para impugnar os seus efeitos."<sup>(75)</sup>

#### 943. Credores retardatários e credores sem título executivo

Só os credores com título executivo podem habilitar-se na execução do insolvente. E deverão fazê-lo no prazo legal (art. 761, nº II), sob pena de não serem admitidos ao rateio, ainda que gozem de direito real de preferência ou de algum privilégio especial.

Permite, porém, o Código que o retardatário demande a massa, em ação direta, desde que o faça antes do rateio final, para obter o reconhecimento do direito de prelação ou de cota proporcional ao seu crédito (art. 784). Essa pretensão, todavia, será pleiteada em processo à parte, fora da execução, observado o procedimento comum (ordinário ou sumário), de maneira a não suspender nem prejudicar a marcha do concurso.

Realizado o rateio, nenhum direito contra os concorrentes terá o credor retardatário que permaneceu inerte, mesmo que seu crédito gozasse de privilégio legal.<sup>(76)</sup> Daí ensinar Celso Neves que a inação tem "consequência de índole *processual e material*."<sup>(77)</sup>

Mas, se julgada procedente a ação direta proposta antes do rateio, o retardatário terá assegurada sua participação na massa, inclusive com a prelação que lhe conferir a natureza jurídica do seu crédito.

A situação do credor sem título executivo é análoga à do retardatário: não goza de acesso ao concurso universal. Para tanto terá de lançar mão de ação direta, em tudo semelhante à do retardatário.<sup>(78)</sup> Uma vez obtida a sentença condenatória estará habilitado a participar do rateio.

#### 944. Quadro geral de credores

Findo o prazo das declarações de crédito, incumbe sejam definidos quais os credores que, realmente, têm direito de participar na execução coletiva. Para tanto, organizar-se-á o Quadro Geral de Credores, que, uma vez homologado por sentença, dará aos nele figurantes a habilitação necessária para o concurso.

Com a sentença homologatória do Quadro Geral, finda-se uma das várias relações processuais de cognição que, incidentemente, se enfeixam no processo principal da insolvência, qual seja, a do concurso de credores.

Contra ela o recurso interponível é a apelação, no duplo efeito de direito.

A execução coletiva, portanto, depende de dois títulos judiciais sucessivos: a sentença de abertura com que se declara a insolvência do devedor, cuja força é de *título executivo geral*, em prol da comunidade dos credores diante do devedor comum insolvente; e a sentença do Quadro Geral, que opera como *título executivo especial e particular* de cada credor habilitado, de molde a legitimar a respectiva atuação dentro da execução coletiva.

A maneira de elaborar o Quadro de Credores é mais ou menos complexa, conforme haja ou não impugnação a créditos declarados:

I – *Quando não há impugnação de créditos:*

Na falência, todas as declarações de crédito são julgadas individualmente, com ou sem impugnação. Na insolvência civil, só há julgamento da habilitação quando ocorre impugnação.

Dessa forma, inexistindo impugnação no prazo legal, os autos das diversas declarações de crédito são encaminhados diretamente ao contador, que se encarregará de organizar o quadro geral dos credores, observando, quanto à classificação dos créditos e dos títulos legais de preferência, o que dispõe a lei civil (art. 769). Se os concorrentes forem todos os credores quirografários, a formulação do quadro observará a ordem alfabética apenas (art. 769, parágrafo único).

## II – Quando há impugnação de crédito:

Se, todavia, algum credor ou o devedor impugnar crédito concorrente, o contador não poderá organizar o quadro geral antes de solucionado o caso por decisão judicial.

Versando a impugnação sobre questão de direito tão-somente, ou apoiada em prova documental suficiente, o juiz, ouvido o credor impugnado, proferirá de plano sua sentença, deferindo ou não a habilitação (art. 772).

Se, porém, se fizer necessária a produção de outras provas, o juiz as autorizará e só depois da sua apreciação proferirá a decisão. Quando a prova deferida for oral (depoimento de partes, inquirição de testemunhas, esclarecimentos de peritos etc.), haverá designação de audiência de instrução e julgamento (art. 772, § 1º), na qual, além de coleta dos elementos probatórios, proceder-se-á ao debate oral e à prolação da sentença.

Cada crédito habilitado terá de ser impugnado separadamente, correndo a disputa nos autos da respectiva declaração. Haverá, em consequência, uma instrução e uma sentença para cada impugnação.

Só após o trânsito em julgado de todas as sentenças é que será organizado, pelo contador, o quadro geral dos credores (art. 772, § 2º).

Ao organizar o quadro, em qualquer das duas hipóteses expostas, se os bens da massa já tiverem sido alienados, o contador indicará a percentagem que caberá a cada credor no rateio (art. 770).

Sobre o quadro geral, poderão opinar todos os interessados (devedor e credores concorrentes). Para tanto, o juiz mandará abrir vista, em cartório, pelo prazo comum de dez dias, a todos eles (art. 771). Não há, como na falência, publicação do quadro por edital.

As eventuais reclamações só poderão versar sobre equívocos ou incorreções materiais ocorridas na feitura do quadro, como erro de conta ou de classificação dos concorrentes, já que as questões de mérito estão preclusas desde o encerramento da fase das impugnações. O juiz apreciará de plano as alegações.

Haja ou não impugnação, o Quadro Geral será objeto de sentença (art. 771), que se limitará ao reconhecimento do direito de participarem os credores habilitados do rateio sobre o produto da execução coletiva, segundo a força e na proporção de cada crédito admitido. Nessa altura, já não mais se questiona sobre o deferimento ou não das habilitações, mas apenas sobre a posição de cada credor no rateio.

## § 145. SATISFAÇÃO DOS DIREITOS DOS CREDITORES E FINALIZAÇÃO DO PROCESSO

**Sumário:** 945. *Apuração do ativo e pagamento dos credores.* 946. *Encerramento e suspensão do processo.* 947. *Saldo devedor.* 948. *Extinção das obrigações.*

### 945. Apuração do ativo e pagamento dos credores

Compete ao administrador apurar o ativo da massa, promovendo a alienação dos bens arrecadados, com prévia anuência do juiz da causa (art. 766, nº IV). A praça, realizada pelo oficial porteiro, é o meio próprio para a transferência forçada dos bens imóveis (art. 697), e o leilão, efetuado por leiloeiro (agente comercial), é a forma de alienação judicial dos bens móveis (art. 704).

A hasta pública realizar-se-á com observância das regras ordinárias das arrematações, previstas nos arts. 686 a 707.

O fim último da execução concursal é a satisfação, quando possível, dos direitos dos credores. Diferentemente da execução singular, que admite meios indiretos de satisfação (adjudicação de imóveis ou usufruto de empresas), a execução coletiva só conhece a transferência forçada como meio de obter os recursos para ultimar seus objetivos.(79)

Apurado o preço das arrematações, e atendidos previamente os encargos da massa como custas, remuneração do administrador, débitos fiscais etc., segue-se, *incontinenti*, o pagamento dos credores que observará a gradação de preferência e os quocientes estabelecidos no quadro geral de credores. Assim como a realização do ativo pode ser fracionada em vários atos de disposição, também o pagamento aos credores não é obrigatoriamente efetuado numa só oportunidade e pode ser levado a efeito paulatinamente à medida das disponibilidades do juízo concursal.

O Código não fixa um momento certo e determinado para a alienação. O art. 770 admite expressamente a possibilidade de ter a arrematação ocorrido antes da elaboração do quadro geral dos credores. E do conteúdo do art. 773, conclui-se que o juiz determinará a realização de praça e leilão dos bens da massa após o julgamento do quadro, somente quando a alienação não tiver ocorrido antes de sua organização.

Deduz, assim, que a arrematação é ato de administração da massa, que não se subordina à resolução das questões jurídicas a serem solucionadas no curso do processo. Ultimada a arrecadação e avaliação dos bens, se nada contra-indicar, estará o administrador preparado para realizar a apuração do ativo. Obtida a anuência do juiz, poderá realizar a hasta pública, segundo a sistemática das "arrematações" (arts. 686 a 707) e "alienações judiciais" (arts. 1.113 a 1.119).

Não havendo razões especiais, porém, deve-se aguardar o julgamento do Quadro Geral de Credores, porque é nessa fase que se enseja oportunidade ao devedor de se compor com os credores habilitados para negociar um plano de pagamento, evitando a alienação forçada do patrimônio arrecadado.

#### **946. Encerramento e suspensão do processo**

O processo de insolvência pode terminar de três maneiras diversas:

- 1) sem chegar à execução coletiva, quando os embargos do devedor são acolhidos, na primeira fase do processo;
- 2) pelo cumprimento do acordo de pagamento ajustado entre devedor e credores, na forma do art. 783; e
- 3) por ter atingido o seu fim próprio e específico que é a liquidação total do ativo e rateio de todo o produto apurado entre os credores concorrentes.

Qualquer que seja a forma de término da insolvência, há sempre uma sentença de encerramento, cujo trânsito em julgado, nos casos de incompleta satisfação dos credores, funcionará como marco do reinício do curso das prescrições (art. 777) e como ponto de partida do prazo de extinção das obrigações do insolvente (art. 778).

Seria conveniente que tal sentença fosse publicada por edital, como acontece na falência. No entanto, o Código não instituiu essa modalidade de publicação, de forma que os credores terão de ser intimados na forma usual.

A suspensão da execução concursal se dá, segundo Prieto-Castro, em três oportunidades diferentes, todas elas caracterizadas pela paralisação momentânea do processo, com possibilidade de reinício posterior do respectivo curso, a saber:

- 1) quando ocorre a convenção entre devedor e credores para estabelecimento de um plano de pagamento (art. 783);
- 2) de uma maneira geral, quando o produto da realização do ativo não é suficiente para a solução integral dos créditos concorrentes, dada a possibilidade de reabertura da execução caso o devedor venha a adquirir novos bens penhoráveis (arts. 775 e 776);(80)
- 3) e, finalmente, quando não se encontram bens a arrecadar ou o ativo da massa não se mostra suficiente sequer para atender os gastos processuais da insolvência (arts. 659, § 2º, e 791, nº III).(81)

Equivale, também, a uma suspensão a falta de habilitação de credores no prazo legal. A execução não pode ter andamento sem os sujeitos ativos. A reabertura, se aparecer algum futuro interessado, será feita sob a forma de habilitação retardatária de crédito, após o que a insolvência retomará o curso normal.

#### **947. Saldo devedor**

A sentença de encerramento, embora ponha momentaneamente fim à execução, não desobriga, de pronto, o devedor pelo remanescente dos débitos da insolvência. Continua ele, pois, obrigado pelo saldo (art. 774).

Diante do princípio de que o devedor responde pelas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros (art. 591), dispõe o Código que pelo pagamento do saldo insatisfeito responderão os bens que o insolvente vier a adquirir enquanto não declarada a extinção de suas obrigações, na forma do art. 778, desde que sejam bens penhoráveis (art. 775).

Não há início de outra execução contra o devedor. Aparecendo novos bens, a arrecadação deles será feita nos próprios autos da insolvência, que serão reabertos a requerimento de qualquer dos credores incluídos no quadro geral (art. 776). Enquanto não satisfeitos todos os créditos ou não extintas as obrigações, pode-se dizer que "subsiste o processo concursal." (82)

Não é lícito, porém, o procedimento *ex officio* do juiz da execução. E também os terceiros, ainda que interessados, não são legitimados a promover a medida do art. 776, se não figuraram no quadro geral dos credores.

Pode, naturalmente, o devedor defender-se contra essas novas arrecadações arguindo, por exemplo, a impenhorabilidade dos bens supervenientes, a inexistência de saldo de seu débito ou a prescrição dos direitos dos credores. O incidente será sumariamente processado, e se improcedente, seguir-se-á a alienação judicial para imediata distribuição do produto, entre os credores, na proporção de seus saldos (art. 776), conforme plano que o contador do juízo organizará.

O administrador, para a reabertura do feito, salvo impedimento, continuará a ser o que figurou na fase primitiva do processo de insolvência. (83)

#### 948. Extinção das obrigações

A execução por quantia certa contra o insolvente é uma autêntica falência civil, culminando, por isso, com a extinção das obrigações, ainda que não inteiramente satisfeitas, tal como ocorre com o comerciante submetido ao regime falimentar típico.

Como advertia o Min. Buzaid, nenhuma razão justificava o tratamento desigual antigamente dispensado ao devedor civil e ao comerciante, em matéria de extinção de dívidas quando verificada a insolvência. Com a equiparação feita pelo novo Código, decorridos cinco anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência, "consideram-se extintas as obrigações do devedor" (art. 778).

O *dies a quo* da contagem deste prazo é, portanto, o do trânsito em julgado da sentença proferida após o pagamento dos credores concorrentes com o produto apurado na arrematação dos bens arrecadados. (84)

Com a instauração do concurso universal de credores, interrompe-se a prescrição de todas as obrigações do insolvente. Só a partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento é que se reinicia a fluência do prazo prescricional (art. 777), com referência aos saldos insatisfeitos na execução.

Esses prazos são variáveis, conforme a natureza do título de cada credor e decorrem de disposições do direito material. Podem, outrossim, ser novamente suspensos ou interrompidos conforme prevê o Código Civil (arts. 168 e 176).

Mas, ultrapassado o prazo de cinco anos da referida sentença, haja ou não verificado a prescrição, todas as obrigações do devedor insolvente serão consideradas extintas (art. 778). Esse prazo é decadencial, ou fatal, de modo que não admite nem suspensão nem interrupção, preterindo qualquer outro mais longo previsto de maneira específica para o crédito de algum concorrente à execução.

A extinção alcança todos os créditos que concorreram no processo de insolvência, privilegiados ou não, e também aqueles outros que tinham condições de concorrer mas não foram habilitados pelos interessados.

A extinção no caso é direito inconteste do devedor, e resulta do simples decurso do prazo legal, (85) mas depende de declaração judicial para operar seus efeitos jurídicos (art. 782).

Não pode o juiz declará-la *ex officio*, nem de plano. Caberá ao devedor requerer ao juiz da insolvência a extinção de suas obrigações, o qual, apreciando o pedido, junto aos autos da execução, determinará a expedição de edital, com prazo de trinta dias a ser publicado no órgão oficial e em outro jornal de grande circulação (art. 779). Abre-se, assim, mais um procedimento de cognição incidental na execução coletiva. (86)

O pedido de extinção, de ordinário, será fundado no transcurso do prazo decadencial de cinco anos previstos no art. 778; mas não é esse o único fundamento invocável, pois as obrigações podem extinguir-se em prazo prescricional menor, ou mediante resgate integral antes do termo questionado. Nessas hipóteses especiais, o pedido poderá ser feito antes dos cinco anos.

Publicado o edital, e sendo o fundamento do pedido o simples decurso do prazo do art. 778, poderão os credores, em trinta dias, impugnar a pretensão, arguindo:

I – o não-transcurso de cinco anos da data do encerramento da insolvência;

II – a aquisição de bens pelo devedor, sujeitos à arrecadação: A aquisição de bens penhoráveis pelo insolvente, após o encerramento da execução, sem a competente arrecadação é fato impeditivo da decretação de extinção das obrigações não prescritas e não inteiramente resgatadas. Carecerá, porém, de interesse processual, para obstar a extinção, o impugnante já satisfeito em seu direito, bem como o cujo crédito já prescreveu.<sup>(87)</sup>

O incidente será processado sumariamente: o juiz ouvirá o devedor sobre a impugnação, em dez dias, e decidirá de plano. Somente quando houver necessidade de provas é que designará audiência de instrução e julgamento (art. 781).

A sentença poderá acolher o pedido do devedor, caso em que julgará extintas todas as suas obrigações, ou receber a impugnação, denegando a extinção, caso em que o insolvente terá de aguardar a complementação do prazo de cinco anos submeter-se à arrecadação dos bens adquiridos para só então poder voltar a pleitear o provimento judicial extintivo.

Observe-se que, enquanto não declaradas extintas suas obrigações, o devedor está privado da livre gestão de seus bens (art. 782). As alienações porventura feitas após o encerramento do processo, mas antes da sentença liberatória, serão, portanto, ineficazes, configurando fraude de execução e propiciando aos credores o direito de arrecadar os bens em poder dos terceiros adquirentes, sem necessidade de prévia ação anulatória.

O fato de ter sido a insolvência fraudulenta, e mesmo o de ter sido o devedor condenado criminalmente pela fraude, não foram contemplados pelo código como obstativos da extinção das dívidas do insolvente, ao cabo do prazo do art. 778.

A sentença, que declarar extintas as obrigações, será publicada por edital e só transitará em julgado, se não houver recurso, após a ultrapassagem do prazo estipulado na publicação, que será o comum das intimações-editais (art. 232, nº IV).

Trata-se de sentença *constitutiva* e não meramente declarativa, pois dependem dela a eficácia da extinção das dívidas do insolvente e a reabilitação do devedor para praticar livremente todos os atos da vida civil (art. 782).<sup>(88)</sup>

Do exposto, é de concluir-se que, na verdade, "o processo de execução só se encerra com a sentença declaratória que tenha por objeto a extinção das obrigações do devedor."<sup>(89)</sup>

## § 146. DISPOSIÇÕES GERAIS

**Sumário:** 949. Concordata civil. 950. Pensão para o devedor. 951. Insolvência de pessoas jurídicas.

### 949. Concordata civil

A insolvência levada às últimas conseqüências gera a ruína do devedor. Para obviar esse mal, quando ainda remediável, a Lei de Falências prevê a possibilidade da concordata (preventiva ou suspensiva), que é a moratória deferida ao devedor para lhe propiciar exoneração das dívidas sem encerramento da atividade comercial e sem ruína total da empresa.

Para o devedor civil, o art. 783 prevê também um sucedâneo da concordata suspensiva, como uma forma especial de reabilitar-se o devedor antes que a insolvência atinja a liquidação de todo o ativo. Segundo aquele dispositivo, o devedor insolvente poderá, depois da aprovação do quadro geral, acordar com seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento.

Apresentada a proposta de liquidação, o juiz ouvirá todos os credores habilitados, assinando-lhes prazo razoável para pronunciamento. Se não houver oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença (art. 783), aperfeiçoando-se, assim, "a concordata do devedor civil, mediante negócio jurídico processual."<sup>(90)</sup>

Não se requer a concordância expressa dos credores, pois basta a tácita, representada pela ausência de oposição, conforme se deduz do art. 783, *in fine*. Mas será suficiente a oposição de um ou alguns credores, ainda que em minoria, para que fique frustrada a concordata do devedor civil.<sup>(91)</sup> Sua admissibilidade e estruturação pelo Código foram, como se vê, tímidas e pouco práticas.

A sentença de aprovação da concordata na insolvência é homologatória apenas, de sorte que não extingue, por si só, as obrigações

do devedor, nem elimina a possibilidade de ser restabelecida a execução, caso haja descumprimento do acordo.<sup>(92)</sup> Provoca, portanto, a suspensão apenas da execução coletiva.

#### **950. Pensão para o devedor**

"O devedor que caiu em estado de insolvência sem culpa sua, pode requerer ao juiz, se a massa o comportar, que lhe arbitre uma pensão, até a alienação dos bens" (art. 785).

Trata-se de regalia *pietatis causa* semelhante à do art. 38 da Lei Falimentar, cujos pressupostos são:

- a) a ausência de culpa do devedor pela insolvência; e
- b) a capacidade da massa para comportar o pensionamento.

Sua duração vai apenas até a alienação dos bens arrecadados. E sobre o pedido do devedor, o juiz ouvirá os credores concorrentes e proferirá, em seguida, decisão, concedendo ou não a pensão (art. 785).

É bastante difícil apurar quando a massa comporta tal encargo, pois em se tratando de insolvente, em princípio os bens já não são suficientes sequer para o pagamento integral das dívidas existentes.

A nosso ver, a pensão será cabível apenas quando a massa possuir capacidade de produzir frutos ou rendimentos, dos quais se possa destacar a ajuda para o devedor, sem diminuição efetiva dos bens arrecadados. Não será deferida, a *contrario sensu*, quando importar necessidade de dispor de bens arrecadados, em prejuízo imediato da massa.<sup>(93)</sup>

#### **951. Insolvência de pessoas jurídicas**

As pessoas jurídicas que não se dediquem às práticas mercantis – sociedades civis *lato sensu* – não são incluídas no âmbito da Lei Falimentar, cuja aplicação se restringe aos comerciantes.

Daí ter o Código estendido o instituto da insolvência também às *sociedades civis*, qualquer que seja a sua forma (art. 786).

Com a expressão "sociedades civis" quis o legislador abranger genericamente todos os entes morais de direito privado não compreendidos no âmbito de incidência da falência e da liquidação extrajudicial prevista em certas leis especiais.<sup>(94)</sup>

Dentre estas podem ser citadas as sociedades de prestação de serviços, as associações de fins recreativos, culturais, assistenciais ou religiosos e as fundações de direito privado.

O processamento da insolvência dessas pessoas jurídicas será feito segundo o mesmo rito preconizado para a execução concursal da pessoa natural.

FLUXOGRAMA Nº 36: EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA O DEVEDOR INSOLVENTE  
(arts. 748-773)





**FLUXOGRAMA Nº 37: EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO INSOLVENTE**  
(arts. [777-782](#))



**Parte XIII - CRISES DA EXECUÇÃO E SISTEMA RECURSAL**  
**Capítulo XLIII - SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO**  
**§ 147. VICISSITUDES DO PROCESSO EXECUTIVO**

**Sumário:** 952. *Suspensão da execução.* 953. *Casos de suspensão.* 954. *Suspensão provocada por embargos.* 955. *Suspensão prevista no art. 265, nos I a III.* 956. *Suspensão por inexistência de bens penhoráveis.* 957. *Efeitos da suspensão.* 958. *Extinção da execução.* 959. *Extinção por satisfação do direito do credor.* 960. *Extinção por remissão da dívida.* 961. *Extinção por renúncia.* 962. *Outros casos de extinção da execução.* 963. *Sentença de extinção.* 964. *Coisa julgada.*

**952. Suspensão da execução**

Consiste a *suspensão da execução* numa situação jurídica provisória e temporária, durante a qual o processo não deixa de existir e produzir seus efeitos normais, mas sofre uma paralisação em seu curso, não se permitindo que nenhum ato processual novo seja praticado enquanto dure a referida crise.<sup>(1)</sup> A eficácia da suspensão é, pois, a de "congelar o processo",<sup>(2)</sup> de sorte que, cessada a causa que a motivou, o procedimento retoma, automaticamente, seu curso normal, a partir da fase ou momento processual em que se deu a paralisação.

Às vezes, no entanto, a causa de suspensão pode, ao seu termo, transmutar-se em causa de extinção da execução, como, por exemplo, se dá quando os embargos do devedor são julgados procedentes.

Classifica-se a suspensão da execução em:

a) necessária; e

b) voluntária.

É *necessária* ou *ex lege* a suspensão imposta pela lei, de forma cogente, diante de uma determinada situação processual, como nos casos de interposição de embargos (art. [741](#)) ou de exceção (art. [306](#)).

É *voluntária* ou *convencional* a que decorre de ato de vontade ou ajuste entre as partes (art. [792](#)).

A suspensão de que se trata ocorre após o ajuizamento do feito e a jurisprudência tem repellido a possibilidade de uso de medida cautelar inominada (arts. [798](#) e [799](#)) para suspender, preventivamente, o direito de ajuizar a execução forçada antes mesmo de sua propositura. Semelhante medida importaria restrição incabível ao direito de ação, que goza da condição de garantia constitucional, de maneira que, dispondo o credor de título executivo, será direito seu irrecusável o de propor a respectiva execução forçada. A suspensão incidental somente ocorrerá nos casos expressamente previstos em lei.<sup>(3)</sup>

### 953. Casos de suspensão

Os casos comuns de suspensão do processo previstos para o processo de cognição aplicam-se, também, à execução forçada; mas há casos particulares que só ocorrem com referência a esta última espécie de processo.

Dáí prever o art. [791](#) a suspensão da execução nas seguintes hipóteses:

I – no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. [739](#), § 2º) (*inciso I com a redação da Lei nº 8.953, de 13.12.1994*);

II – nas hipóteses previstas no art. [265](#), I a III;

III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

Examiná-lo-emos, a seguir, separadamente.

### 954. Suspensão provocada por embargos

Os embargos do devedor são sempre de efeito suspensivo, seja a execução fundada em título judicial ou em título extrajudicial (art. [739](#), § 1º, com a redação da Lei nº 8.953, de 13.12.94).

Há, porém, possibilidade de os embargos serem parciais, ou seja, versar apenas sobre parte do crédito sob execução. Quando tal se der, o efeito suspensivo abrangerá tão-somente a parte impugnada da obrigação, e a execução prosseguirá normalmente quanto ao mais (art. [739](#), § 2º, com a redação da Lei nº 8.953/94).

Os embargos de terceiro, embora não arrolados pelo art. [791](#), têm, também, força de suspensão do processo executivo, na forma e nos casos do art. [1.052](#).

### 955. Suspensão prevista no art. 265, nos I a III

As hipóteses do art. [265](#), n.ºs I a III, para o processo de conhecimento, e que o art. [791](#), n.º II, manda aplicar, também, ao processo de execução, compreendem:

I – a *morte* ou *perda da capacidade processual* de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador, caso em que a suspensão durará no máximo um ano (art. [265](#), § 5º);

II – a *convenção das partes*, pelo prazo máximo de seis meses (art. [265](#), § 3º). Na execução forçada, todavia, o art. [792](#) prevê a suspensão do processo por acordo das partes, sem a restrição de prazo desde que a convenção vise a estabelecer um prazo, determinado para cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor;

III – a oposição de *execução de incompetência do juízo*, da câmara ou do tribunal, bem como de *suspeição ou impedimento do juiz*.

Sobre as consequências e peculiaridades das suspensões em cogitação, veja-se o que ficou exposto no volume I, nºs [303 a 312](#), deste *Curso*.

Na hipótese de suspensão para concessão de prazo ao devedor para realizar o adimplemento da dívida, se tal de fato ocorrer, a execução se extinguirá definitivamente. Se, porém, a dilação concedida pelo credor transcorrer sem que o devedor resgate o débito, o processo executivo simplesmente retomará o seu curso (art. 792, parágrafo único, com a redação da Lei nº 8.953/94).

#### **956. Suspensão por inexistência de bens penhoráveis**

O objeto da execução forçada são os bens do devedor, dos quais se procura extrair os meios de resgatar a dívida exequenda. Não há, no processo de execução, provas a examinar, nem sentença a proferir. E sem penhora, nem mesmo os embargos à execução podem ser opostos. Daí por que a falta de bens penhoráveis do devedor importa suspensão *sine die* da execução (art. [791](#), III).

Inviável, outrossim, se apresenta, agora o antigo expediente recomendado pela jurisprudência formada ao tempo do Código de 1939, que permitia o prosseguimento da ação executiva sem penhora, a fim de obter sentença condenatória contra o executado. No atual processo de execução, seja de título judicial ou extrajudicial, não há mais resquícios de procedimentos de cognição.<sup>(4)</sup>

Quanto à duração da suspensão há quem defenda sua persistência até o momento em que se dê a prescrição. Aí então o processo seria extinto e arquivado. A orientação, contudo, não é a melhor, já que não é lícito ao juiz decretar prescrição *ex officio* em questões patrimoniais (Código Civil, art. [166](#)).

A melhor solução é manter suspenso *sine die* o processo, arquivando-o provisoriamente, à espera de que o credor encontre bens penhoráveis. Vencido o prazo prescricional, será permitido ao *devedor* requerer a declaração de prescrição e a consequente extinção da execução forçada, o que, naturalmente, não será feito sem prévia audiência do credor.

#### **957. Efeitos da suspensão**

"Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes" (art. 793).

Durante a suspensão nenhum ato executivo novo pode ser praticado, sob pena de nulidade.<sup>(5)</sup> Subsistem, contudo, os efeitos do processo no que diz respeito à relação processual pendente e aos atos processuais já praticados, como, por exemplo, a penhora e depósito dos bens executados.<sup>(6)</sup>

Além disso, em caráter excepcional, pode o juiz determinar medidas cautelares de urgência, como a alienação de bens avariados, ou perecíveis, a remoção de bens, a prestação de caução etc., medidas essas adotáveis *ex officio* ou por provocação da parte.

A eficácia da suspensão é *ex nunc*. Atinge o processo na fase ou situação em que se encontrar, projetando seus efeitos a partir de então e só para o futuro. Inibe o prosseguimento da marcha processual, mas preserva intactos os atos já realizados.

Ao final da crise de suspensão, o processo retoma seu curso normal a partir da fase em que se deu a paralisação, salvo se, como ficou ressalvado no número anterior, a causa de suspensão transmutar-se, a seu termo, em causa de extinção da execução.

#### **958. Extinção da execução**

A execução forçada termina normalmente com a exaustão de seus atos e com a satisfação do seu objeto, que é o pagamento do credor.<sup>(7)</sup> Pode, porém, encontrar termo de maneira anômala e antecipada, como nos casos em que se extingue o próprio direito de crédito do exequente, por qualquer dos meios liberatórios previstos no direito material, ainda que ocorridos fora do processo (ex: pagamento, novação, remissão, prescrição etc.).

O art. [794](#) prevê, expressamente, a extinção da execução, quando:

I – o devedor satisfaz a obrigação;

II – o devedor obtém por transação, ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida;

III – o credor renuncia ao crédito.

#### 959. Extinção por satisfação do direito do credor

O fim da execução é a satisfação coativa do direito do credor. Se o pagamento é obtido, seja voluntária ou forçadamente, exaurida está a missão do processo. O pagamento, no curso da ação, quando se trata de execução por quantia certa, faz-se por meio da *remissão da execução*, e deve compreender o principal, juros, custas e honorários advocatícios (art. [651](#)), bem como a correção monetária prevista pela Lei nº 6.899, de 08.04.81.

#### 960. Extinção por remissão da dívida

Fala o art. [794](#), nº II, que a execução se extingue por *transação*, ou qualquer outro meio que importe *remissão* total da dívida.

*Transação* é meio liberatório que consiste em prevenir ou terminar o litígio mediante concessões mútuas dos interessados (art. [1.025](#) do Código Civil). *Remissão* é forma de perdão ou de liberação gratuita do devedor, ou seja, *renúncia* de direito. No texto legal, todavia, foi empregada ao lado de transação para indicar, em forma de gênero, todos os meios extintivos anômalos ou indiretos das obrigações, como, por exemplo, a compensação, a novação, a confusão, a dação em pagamento etc.

Extinguindo-se o direito material de crédito do exeqüente, é lógico que também desaparece a ação de execução, que se destinava justamente a realizá-lo.

#### 961. Extinção por renúncia

A renúncia, em sentido lato, é o ato de abandono voluntário de um direito; é o desligamento espontâneo do titular em face de seu direito subjetivo.

Nesse aspecto, é a forma mais completa de remissão de dívida, e assim já se acha compreendida nos termos amplos e genéricos do art. [704](#), inciso II, pelo que foi ociosa sua menção no inciso III.

#### 962. Outros casos de extinção da execução

Faltaram, na enumeração do art. [794](#), dois casos muito comuns da extinção do processo executivo, ou seja:

a) a *desistência da execução*, que é uma faculdade expressamente assegurada ao credor pelo art. [569](#);

b) a *improcedência da execução*, por decorrência de acolhimento de embargos do devedor.

Com a *renúncia ao crédito* não se confunde a *desistência do processo*. Enquanto a primeira é a de direito material, fazendo extinguir o próprio direito à prestação obrigacional, a segunda é um ato meramente formal, que apenas põe fim à relação processual pendente, sem atingir o direito substancial da parte. Quem *renuncia* não pode mais voltar a demandar a obrigação que definitivamente se extinguiu. Mas quem *desiste* pode voltar a disputar a mesma prestação em nova relação processual.

A desistência da execução é faculdade unilateral do credor exercitável, pois, sem prévio consentimento do devedor. Pode ser total ou parcial, isto é, referente a toda pretensão executiva ou apenas parte dela (V. *retro*, ns. [641](#) e [641-a](#)).

Por outro lado, a ação de embargos, que é um incidente do processo de execução, "tem por objeto obter a declaração de improcedência, total ou em parte, da execução com base no título apresentado pelo credor."<sup>(8)</sup>

Por isso, "a ação de execução, enquanto direito de justiça material, extingue-se, também, pelo desaparecimento da ação civil que lhe serve de base", o que o devedor consegue por meio da "ação de embargos."<sup>(9)</sup>

É verdade que na maioria dos casos o que se reconhece nos embargos é a satisfação da dívida ou a liberação do devedor por alguma forma especial de resgate ou remissão do débito, hipóteses essas que já estariam compreendidas nos itens do art. 794. Acontece,

porém, que se admite o acolhimento de embargos e a rejeição do processo executivo por motivos outros, muito diversos da satisfação ou resgate da obrigação, como, *verbi gratia*, a falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, a inexigibilidade do título, a ilegitimidade de parte, a cumulação indevida de execuções (art. 741) e alguns casos de excesso de execução (art. 743, nos IV e V).

Além dos casos já enumerados, que são típicos do processo executivo, pode ele extinguir-se em outras hipóteses previstas para o processo de conhecimentos, mas que também se aplicam à execução forçada (art. 598), como as de:

- a) indeferimento da inicial (art. 267, I);
- b) paralisação do feito por desídia do credor ou de ambas as partes (art. 267, II e III);
- c) ausência de pressupostos processuais (art. 267, IV);
- d) carência de ação (art. 267, VI).

Em todos esses exemplos, a extinção pode ser provocada por simples petição da parte, independentemente de embargos, e o juiz tem poderes para decretá-la mesmo de ofício, já que se relacionam com requisitos procedimentais de ordem pública.

### 963. Sentença de extinção

Qualquer que seja o motivo, a extinção da execução só produz efeitos quando declarada por sentença (art. 795). No caso de embargos, a declaração fica contida na própria sentença de acolhimento da ação do devedor, que é constitutiva e importa na declaração de inexistência da ação de direito material ou da executiva, bem como na expedição de um mandamento proibitório da execução, no dizer de Goldschmidt.<sup>(10)</sup>

Nos demais casos, a sentença é meramente declaratória e visa apenas a produzir efeitos processuais perante a execução.

Não há, realmente, nenhum provimento de mérito, na espécie, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual se exauriu, nada mais havendo que realizar no processo, em termos de execução forçada.

O recurso cabível é, outrossim, a apelação.

### 964. Coisa julgada

A sentença que extingue a execução, a teor do art. 795, não assume a autoridade de coisa julgada material, a respeito do direito do credor, porque este em nenhum momento esteve em litígio dentro da execução forçada, mesmo porque esta não gera um processo de índole contraditória, nem se destina a julgamento ou acerto de relações jurídicas controvertidas.

A indiscutibilidade e imutabilidade da sentença transita em julgado são fenômenos que dizem respeito ao elemento declaratório das sentenças de mérito, que só podem se localizar no processo de conhecimento.<sup>(11)</sup>

O resultado da execução é em tudo equivalente ao pagamento voluntário da obrigação pelo devedor. Sua perfeição e eficácia subordinam-se, portanto, aos mesmos princípios da validade do pagamento.

Por isso, se uma execução foi promovida com base em título ilegítimo, do ponto de vista do direito material, mesmo depois de extinto o processo por sentença, lícito será ao devedor intentar contra o exequente uma ação de *repetição do indébito*, na forma do art. 964 do Código Civil.

Só não se poderá mais discutir o pagamento executivo quando a matéria de legitimidade da dívida houver sido debatida em embargos, porque aí a sentença da ação incidental será de mérito e, como tal, fará coisa julgada material (art. 467), tornando imutável e indiscutível a solução dada à lide e às questões apreciadas (art. 468).

Na ausência de embargos, contudo, nada há que impeça o devedor de vir a juízo, em ação de repetição de indébito, reclamar a reposição do prejuízo que lhe acarretou uma execução injusta.

Semelhante ação não ataca os atos executivos, nem a eficácia propriamente dita da execução forçada.<sup>(12)</sup> Não é a nulidade da execução que se busca, mas o reembolso apenas daquilo que reverteu em enriquecimento ilícito do credor.<sup>(13)</sup> Os atos de expropriação, como a arrematação, permanecerão íntegros, porque realizados dentro de um processo executivo formalmente perfeito. A nova ação limitar-se-á à lide do enriquecimento sem causa, estritamente entre devedor e credor.

Aliás, a possibilidade dessa ação de repetição do indébito encontra lastro no art. 574 do CPC, onde se estatui que "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."<sup>(14)</sup>

## § 148. RECURSOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

**Sumário:** 965. O problema recursal na execução. 966. Sentenças e decisões em matéria de execução e seus incidentes. 967. Casos de cabimento da apelação. 968. Casos de agravo de instrumento. 969. Efeitos dos recursos. 970. Causas de alçada.

### 965. O problema recursal na execução

Não há regras específicas para o tema dos recursos no processo de execução. Rege-se ele, pois, pelas normas comuns do processo de cognição, que, como se sabe, atua no Código atual com a função de parte geral.

O sistema recursal em tela é bastante singelo e, quanto ao primeiro grau de jurisdição, pode ser resumido em 3 proposições fundamentais:

- a) contra as *sentenças*, o recurso é a *apelação*, qualquer que seja a matéria decidida (art. 513);
- b) contra toda e qualquer *decisão interlocutória* sempre se admitirá o *agravo de instrumento* (art. 522);
- c) contra os *despachos de expediente* nenhum recurso é admitido (art. 504).

A conceituação, outrossim, do que seja sentença, decisão interlocutória e despacho de expediente é fornecida pelo próprio Código, no art. 162 e seus parágrafos.

Destarte, para aplicar-se o sistema recursal do processo de conhecimento à execução forçada, impõe-se classificar, antes de mais nada, as deliberações que o juiz da execução forçada normalmente profere, seja no processo principal, seja nos seus incidentes.

### 966. Sentenças e decisões em matéria de execução e seus incidentes

Na execução forçada propriamente dita não há sentença, a não ser a que declara extinto o processo, que, entretanto, é meramente formal e não contém julgamento de mérito. É que a prestação jurisdicional na espécie não é de declaração, mas de realização de direito do credor.

Os incidentes da execução geralmente são discutidos em processos à parte, como os embargos do devedor e de terceiros. Estes sim, como ações de conhecimento, terminam por verdadeiras sentenças de mérito, quase sempre de natureza constitutiva (quando procedentes), por atacarem e modificarem atos jurídicos processuais como a penhora, a arrematação e adjudicação, ou situações jurídicas de direito material como o próprio título executivo.

Há, no entanto, algumas decisões de valor que ocorrem incidentemente nos próprios autos da execução, como, por exemplo, as relativas à ampliação ou redução da penhora, à prestação de caução, à adjudicação, à remição etc.

A liquidação de sentença não é propriamente um incidente, mas um processo preparatório da execução, pois seu processamento e julgamento antecedem à citação executiva (art. 611).

A liquidação termina, destarte, por verdadeira *sentença*, como aliás mencionam os arts. 605, parágrafo único, e 607, parágrafo único.

Nos casos de adjudicação (art. 715, § 1º) e de remição (art. 790), o Código fala em *sentença*. Mas, na realidade, há uma imprecisão

terminológica, pois o caso não configura sentença, tal como a conceitua o art. 162, § 1º, eis que não ocorre o encerramento do processo pelo simples fato de ser deferida a remição ou a adjudicação. Dessa maneira, sem embargo da denominação *sentença* utilizada pelo Código, a espécie é, efetivamente, de *decisão interlocutória*, posto que tão-somente "resolve questão incidente" (art. 162, § 2º).

Aliás, a qualidade de decisão interlocutória emprestada ao julgamento dos pedidos de remição e adjudicação, acha-se implicitamente reconhecida pelo próprio Código, que admite a toda evidência, no art. 558, que o recurso interponível no caso é o agravo de instrumento, com possibilidade excepcional de eficácia suspensiva.

Na execução por quantia certa contra o devedor insolvente há, na verdade, dois grandes processos cumulados: um de declaração do estado de insolvência (de cognição) e outro executivo concursal, subsequente. A declaração de insolvência é, pois, uma sentença, visto que encerra o processo preliminar de conhecimento.

Cada declaração de crédito funciona, outrossim, como uma ação incidente, passível de julgamento por sentença caso haja impugnação. Também o julgamento do quadro geral dos credores resolve outra ação incidental de conhecimento, que é a do concurso universal de credores propriamente dito, declarando por *sentença* o direito de cada concorrente ao produto de execução coletiva (art. 771).

Por outro lado, sem constituir ações, várias questões incidentes são igualmente resolvidas no correr da insolvência, através de decisões interlocutórias, como as relativas à substituição de administrador, à remição de bens, ao pedido de pensão para o devedor etc.

#### **967. Casos de cabimento da apelação**

Toda vez que o julgamento tiver o objetivo de encerrar a relação processual, sua natureza processual será a de *sentença* (art. 162, § 1º) e, por conseguinte, desafiará o recurso de *apelação* (art. 513).

Diante dessa visão simplificada do problema, podem ser apontados como sentenças que, durante a execução, ou em função dela, ensejarão o recurso de apelação: o julgamento da liquidação do título judicial, a declaração de extinção da execução, a homologação da desistência do credor, o julgamento dos embargos do devedor ou de terceiros, a declaração de insolvência, o julgamento da impugnação de crédito declarado na insolvência, a homologação do quadro geral dos credores, a decretação de extinção das obrigações do insolvente, a homologação da proposta de pagamento (concordata suspensiva) etc. Contra todas estas, o recurso admissível é a apelação.

#### **968. Casos de agravo de instrumento**

Se o juiz resolve qualquer questão que lhe é proposta no curso do feito, mas não põe fim ao processo, seu ato decisório é uma *decisão interlocutória* (art. 162, § 2º), e o recurso oponível, o *agravo de instrumento* (art. 522).

São exemplos de decisões interlocutórias no processo de execução e seus incidentes: as que determinam ampliação ou redução de penhora, deferem a remição e a adjudicação, resolvem a impugnação à avaliação, decidem sobre o pedido de pensão do insolvente, autorizam levantamento de dinheiro etc., todas elas impugnáveis por meio de agravo de instrumento.

É caso, também, de agravo, o da decisão em torno da atualização do valor do crédito, nas execuções de título extrajudicial, porque aí não ocorre o processo de liquidação de sentença (que termina por uma autêntica sentença), mas simples decisão interlocutória sobre o valor de momento do título, que já era líquido e certo desde a propositura da ação.

#### **969. Efeitos dos recursos**

Quanto aos efeitos dos recursos na execução, verificam-se as seguintes particularidades:

a) O agravo de instrumento corre à parte e não obsta ao andamento do processo (art. 497). Nos casos de adjudicação e remição de bens, ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, o agravante poderá, excepcionalmente, requerer ao relator que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara competente para decidir o recurso (art. 558).

b) A apelação normalmente tem efeito suspensivo e devolutivo (art. 520). Será, entretanto, recebida só no efeito devolutivo e por isso não impedirá o prosseguimento da execução (em caráter provisório), quando interposta da sentença que: I – julgar a liquidação de sentença; ou II – julgar improcedentes os embargos opostos à execução (art. 520, n.ºs III e V).

Ficam sob a dupla eficácia, por isso, a decisão que julga procedentes os embargos, a que indefere o pedido de insolvência, a que homologa a concordata proposta pelo insolvente, a que julga extinto o processo, a que declara a extinção das obrigações do insolvente etc.

Acarreta apenas a devolução do conhecimento da causa ao Tribunal a apelação interposta da sentença que rejeita embargos opostos à execução pelo devedor ou por terceiros, bem como a que decreta a insolvência, a que rejeita impugnação ao crédito habilitado no concurso de credores e a que aprova o quadro geral de credores, por que são da mesma natureza da que conclui para improcedência dos embargos (art. 520, nº V).

Havendo apelação da sentença que julga improcedentes os embargos do devedor, não deve ocorrer o desapensamento para subida apenas dos autos dos embargos, "uma vez que a execução provisória facultada ao exequente se deverá fazer nos autos suplementares ou na carta da sentença (arts. 521 e 589 do CPC)". O inconveniente do aludido desapensamento, que tem sido determinado por alguns juízes se estampou num caso apreciado pelo 1º TA Civ. de São Paulo, em que a apelação subiu sem que ao menos se soubesse o valor da causa para efeitos de alçada, recurso apropriado, distribuição e outros. Havia, outrossim, no referido recurso, alegações das partes sobre fatos e pormenores cujas provas ficaram nos autos principais.<sup>(15)</sup>

Entre os inconvenientes que desaconselham o desapensamento aludido, convém citar que só se verificam requisitos básicos de admissibilidade dos embargos, como a prévia segurança do juízo e a tempestividade da oposição, mediante compulsão dos autos principais.

Além disso, muitas matérias importantes para o julgamento da maioria dos embargos ficam restritas aos autos principais, como as referentes a defeitos ou dados do título executivo, particularidades da pretensão do credor, como o pedido de acessórios, multas etc.

Devem, portanto, subir apensados os autos da execução e dos embargos para julgamento da apelação.

#### **970. Causas de alçada**

Em matéria de execução fiscal, o sistema de recursos do Código sofreu alteração introduzida pela Lei nº 6.830/80, art. 34, que eliminou a apelação nos processos de valor igual ou inferior a 50 ORTN, caso em que os únicos recursos cabíveis serão os embargos de declaração e os embargos infringentes, cujo efeito não é devolutivo, cabendo o julgamento, portanto, ao próprio juiz da causa.

Nessas execuções não vigora a dualidade de instâncias, de sorte que nem o agravo de instrumento, nem o duplo grau necessário de jurisdição (recurso *ex officio*) tem cabimento.

A Lei nº 6.825/80 introduziu ainda outra novidade ao elevar o limite do recurso *ex officio* para causas de valor superior a 100 ORTN, quando a execução fiscal for movida pela Fazenda Pública Federal e suas autarquias. Nas execuções estaduais e municipais, todavia, o reexame oficial se fará a partir do valor de 50 ORTN, apurado esse, em qualquer hipótese, na data do ajuizamento do executivo fiscal.

### **Parte XIV - PROCESSO CAUTELAR**

#### **Capítulo XLIV - NOÇÕES GERAIS**

#### **§ 149. PREVENÇÃO CONTRA O PERIGO DE DANO NO CURSO DO PROCESSO**

**Sumário:** 971. *Processo e tempo*. 972. *Processo principal e processo cautelar*. 973. *A ação cautelar*. 974. *Medidas cautelares*. 975. *Peculiaridades da atividade cautelar. Instrumentalidade*. 976. *Provisoriedade*. 977. *Revogabilidade*. 978. *Autonomia*. 979. *Classificação das medidas cautelares*. 980. *Classificação do direito positivo*. 981. *Gráfico da classificação das medidas cautelares nominadas previstas no Código de Processo Civil*. 982. *Medidas cautelares contenciosas e não-contenciosas*. 982-a. *Medidas cautelares e outras medidas provisórias: tutela cautelar e tutela antecipatória*.

#### **971. Processo e tempo**

Sob duas formas distintas, realiza o Estado a jurisdição:

a) pela "cognição", que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e

b) pela "execução", que torna efetiva (real) essa mesma vontade.

Em tese, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional.



Acontece, todavia, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingida mediante sequência de vários atos essenciais que sejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contrato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

Não obstante essa necessária "demora" do processo, é intuitivo que o ideal é que a "lide" seja composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo, tanto que se atribui à função declarativa das sentenças o efeito retroativo ao momento da propositura da ação.<sup>(1)</sup>

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação.

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução "justa" da lide.

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente "justa", isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar à fase instrutória do processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

É intuitivo, destarte, que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.

## 972. Processo principal e processo cautelar

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em provimento inócuo e inútil.

Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo "a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução", e tendo por elemento específico "a prevenção."<sup>(2)</sup>

Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

Ambos os processos giram em torno da "lide", pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquanto a lide e sua composição apresentam-se como o objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar.

A este cabe uma função "auxiliar e subsidiária" de servir à "tutela do processo principal", onde será protegido o direito e eliminado o litígio, na lição de Carnelutti.<sup>(3)</sup>

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, anota Ronaldo Cunha Campos que "a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do 'instrumento' criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo."<sup>(4)</sup>

O acerto da tese parece-me evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.

Eliminando o perigo antevisto e que não pode ser impedido pelo provimento do processo principal, em razão de sua natural e necessária demora, o destino do processo cautelar é, em suma, "fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva", nas palavras de Micheli.<sup>(5)</sup>

### 973. A ação cautelar

Processo e ação são idéias ligadas em forma circular em torno de um núcleo, que é a jurisdição.

Processo é o método de atuar a jurisdição e ação é o direito da parte de fazer atuar o processo.

A tutela cautelar é parte integrante da jurisdição, já que sem ela fracassaria em grande parte a missão de pacificar, adequadamente, os litígios.

Logo, se existe um processo cautelar, como forma de exercício da jurisdição, existe, também, uma *ação cautelar*, no sentido processual da expressão, ou seja, no sentido de direito subjetivo à tutela jurisdicional *lato sensu*; só que a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito, não é definitiva, mas *provisória* e *subsidiária*.

Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de "assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil."<sup>(6)</sup>

### 974. Medidas cautelares

A relação processual envolve elementos subjetivos e objetivos, todos importantes para a consecução final da meta do processo: a justa composição da lide.

São elementos "subjetivos", além do juiz que soberanamente representa o poder estatal, as partes envolvidas na lide; e são elementos "objetivos", ora as provas (processo de conhecimento), ora os bens (processo de execução).

Todos esses elementos (pessoas, provas e bens) podem, na duração ou demora do processo principal, enfrentar situação de risco de dano, por conduta de um dos litigantes ou por evento ocasional. Para proteção provisória de todos eles, tem cabimento a atuação da função cautelar.

Mas, essa função não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Por isso é que se diz que o processo principal é de natureza "satisfativa", porque redundaria na satisfação efetiva do direito da parte, quando esta sai vitoriosa no pleito forense. Mas, a tutela cautelar é apenas de "prevenção" ou "garantia", porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação de seu pretensão direito, que continua na dependência da solução do processo principal. Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal, caso lhe venha a ser favorável.

Dá consideração Ugo Rocco as medidas cautelares como meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade ou probabilidade de um dano.

Assim visto o problema, podemos definir a medida cautelar como a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.<sup>(7)</sup>

#### 975. Peculiaridades da atividade cautelar. Instrumentalidade

As medidas cautelares não têm um fim em si mesmas, já que toda sua eficácia opera em relação a outras providências que hão de advir em outro processo.

Nesse sentido dispõe o art. 796 que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e *deste é sempre dependente*".

Não se trata, porém, de antecipar o resultado do processo principal, porque os objetivos do processo cautelar são diversos daqueles procurados por este.

Assim, o principal tem por escopo a definitiva composição da lide, enquanto o cautelar apenas visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide.

Na verdade, o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo cautelar a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante.<sup>(8)</sup>

Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, posto que as medidas preventivas não são *satisfativas*, mas apenas *preservativas* de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil.

É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva.<sup>(9)</sup> As medidas urgentes de natureza satisfativa regem-se pelo instituto da antecipação de tutela (arts. 273 e 461).

#### 976. Provisoriedade

Toda medida cautelar é caracterizada pela *provisoriedade*, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, se destina a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim.<sup>(10)</sup>

Significa essa provisoriedade, mais precisamente, que as medidas cautelares têm duração *temporal limitada* àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo.<sup>(11)</sup> Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva do mérito.<sup>(12)</sup>

Nem toda medida provisória é, contudo, medida cautelar. Caso típico de medida provisória não cautelar são as liminares que se admitem em certos procedimentos especiais de mérito, como os interditos possessórios e os mandados de segurança.

Essas liminares, ao contrário da providência propriamente cautelar, já se apresentam como "entrega provisória e antecipada do pedido", já são "decisão satisfativa do direito, embora precária."<sup>(13)</sup> Destinam-se a transformar em definitivas com a sentença final.

Já com as medidas cautelares isto jamais ocorrerá, pois são neutras diante do resultado do processo principal, "muito embora visem a resguardar as pessoas e coisas do processo e a assegurar o êxito da futura execução."<sup>(14)</sup> Não perdem jamais a condição preventiva e a feição de provisoriedade, cuidando apenas de evitar que o processo corra em vão e seja inócuo na sua missão de composição efetiva da lide, já que, fatalmente, terão de extinguir-se com o advento da medida jurisdicional definitiva.<sup>(15)</sup>

Assim, por exemplo, o arresto desaparece e é substituído pela penhora; o seqüestro, pela imissão de posse ou pelo depósito executivo; e a prova antecipada exaure sua finalidade com a utilidade prestada à sentença.

## 977. Revogabilidade

A sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada material, que é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito não mais sujeita a recurso (art. [467](#)).

É característica da medida cautelar como provimento emergencial de segurança, a possibilidade de sua *substituição* (art. [805](#)), *modificação* ou *revogação*, a qualquer tempo (art. [807](#)).

E, além do mais, é inadmissível falar em decisão de mérito nas ações cautelares, porque não versam elas sobre a lide.

Decorrem, outrossim, a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução.

As medidas cautelares como ensinava Lopes da Costa, "são concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação", de maneira que "o juiz resolve então *sic rebus stantibus*."([16](#))

Além do mais não se pode argüir, *in casu*, o empecilho da *res judicata*, pois, como é sabido, só existe coisa julgada sobre o mérito (art. [468](#)), e a decisão da ação cautelar nunca é de mérito, porque não atinge a lide.([17](#))

A revogação ou modificação, todavia, não são atos livres de forma nem decisões de mero arbítrio do juiz.

Surgidas as medidas em *processo de ação*, gera situação jurídica definida e estável para as partes, de modo que "podem ser revogadas ou modificadas, não *ex officio* ou a requerimento simples e por mero despacho, mas com obediência ao procedimento cautelar comum. Cabe ao que sofreu a medida alegar e provar que as coisas e as circunstâncias mudaram. Esse processo é ainda contencioso. Será uma ação cautelar em sentido inverso."([18](#))

## 978. Autonomia

Sem embargo do caráter *instrumental*, pois o processo cautelar serve à realização prática de outro processo – e de sua reconhecida *acessoriedade* pois sempre depende da existência ou da probabilidade de um processo principal (art. [796](#)), é inegável a *autonomia* técnica do processo cautelar.

Essa autonomia decorre dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.

Inegável perante a mais atualizada doutrina, que a jurisdição compreende três espécies distintas de atividade, a cognição, a execução e a cautela, de modo que "o processo cautelar se introduz assim qual *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e de execução."([19](#))

De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais.([20](#))

Pode-se, assim, entrever no processo cautelar frente ao processo definitivo, a mesma autonomia que se divisa no confronto entre um processo de execução de sentença e o prévio processo de cognição.

Isto porque "o poder jurídico de obter uma das medidas assecuratórias, ensina Chiovenda, é por si próprio uma forma de ação, e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe."([21](#))

Todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas.([22](#))

O poder instrumental manipulado pela parte na ação cautelar não assenta na pretensão material, que é objeto do processo chamado principal, mas na necessidade de garantir a estabilidade ou preservação de uma situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a prestação jurisdicional.

A autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal, ou vice-versa.

A ação cautelar é, de tal sorte, acolhida ou rejeitada por seus próprios fundamentos e não em razão do mérito da ação principal.(23)

Nesse sentido é claríssimo o art. 810 ao dispor que o indeferimento da medida cautelar não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta.

### 979. Classificação das medidas cautelares

Há várias classificações das medidas cautelares na doutrina, conforme o ponto de vista particular de cada autor.

Reputamos mais interessante, por seu caráter prático e objetivo a de Ramiro Podetti, que leva em conta não puramente o caráter finalístico da medida, mas faz uma conjugação entre a finalidade e o objeto sobre que deva incidir o provimento.

Assim, podem-se encontrar *três espécies* de providências cautelares:

a) *Medidas para assegurar bens*, compreendendo as que visam a garantir uma futura execução forçada e as que apenas procuram manter um estado de coisa.(24)

b) *Medidas para assegurar pessoas*, compreendendo providências relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes.(25)

c) *Medidas para assegurar provas*, compreendendo antecipação de coleta de elementos de convicção a serem utilizadas na futura instrução do processo principal.(26)

### 980. Classificação do direito positivo

Nosso Código admite qualquer das classificações usuais. Existem, em seu bojo, porém, claramente reveladas duas importantes classificações.

I – A primeira divide as ações cautelares em:

a) medidas cautelares *típicas* ou *nominadas*: são as ações cautelares reguladas sob a denominação de "procedimentos cautelares específicos" (Capítulo II, Livro III);

b) medidas cautelares *atípicas* ou *inominadas*, compreendendo o poder geral de cautela admitido pelo art. 798.

II – A segunda classificação legal divide as medidas cautelares, conforme o momento em que são deferidas (art. 796), em:

a) *Medidas preparatórias*, conforme a nomenclatura do art. 800, são as que antecedem à propositura da ação principal. Melhor seria qualificá-las de *antecedentes* ou *precedentes*, porque a expressão "preparatória" não se harmoniza bem com o conceito da atividade cautelar. A *cautela*, em essência, não se destina a preparar o processo principal (mas a assegurar sua eficácia e utilidade) e as medidas realmente preparatórias não são medidas de segurança, mas sim requisitos ou condições da ação principal, como ocorre com "o depósito preparatório de ação", que o novo Código, aliás, excluiu do elenco das ações cautelares.

b) *Medidas incidentes*: são as que surgem no curso do processo principal, como incidentes dele.

Outro aspecto relevante para a classificação das medidas cautelares em nosso atual direito positivo, reside no fato de ter o Código arrolado dentro dos limites do Livro III medidas que, realmente, não participam da natureza específica do processo cautelar.

À luz de nosso direito positivo e seguindo a orientação prática de Ramiro Podetti, podemos, finalmente, classificar as medidas cautelares codificadas segundo o seguinte esquema (vide gráfico adiante):

I – *Poder geral de cautela* – medidas inominadas.

II – *Medidas específicas* – medidas nominadas, subdivididas em:

*a)* medidas sobre bens;

*b)* medidas sobre provas;

*c)* medidas sobre pessoas;

*d)* Medidas conservativas e outras não cautelares, e apenas submetidas ao procedimento cautelar.

981. Gráfico da classificação das medidas cautelares nominadas previstas no Código de Processo Civil



O exercício do poder cautelar pode ser provocado, e quase sempre o é, dentro do exercício do direito de ação, gerando, assim, procedimento contencioso, em tudo semelhante ao do processo principal.

Mas as medidas cautelares podem, também, acontecer em clima isento de qualquer litigiosidade entre as partes, no plano da tutela de prevenção. Diz-se, por isso que há medidas cautelares de cunho administrativo ou voluntário e medidas cautelares realmente contenciosas ou jurisdicionais.

Toda e qualquer medida cautelar pressupõe um processo principal, ordinariamente contencioso. Quanto à medida preventiva, contudo, nem sempre há controvérsia ou disputa entre as partes, que, não raro, estão ambas interessadas na sua efetivação. As vistorias *ad perpetuam rei memoriam* e os depósitos espontâneos de bens litigiosos são exemplos frequentes de medidas que, normalmente, não geram disputas entre os litigantes e que se deferem como simples providências administrativas do juízo cautelar.

Quando, porém, o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, tem-se um conflito de interesses a solucionar, mesmo que tal se passe em âmbito que não se confunda com o mérito da ação principal, pois se limita apenas ao plano da prevenção ou segurança como, por exemplo, a disputa, sobre o cabimento ou necessidade (ou não) *in concreto* da medida cautelar requerida. Depara-se, então, o juiz com uma verdadeira lide (a lide cautelar), cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos arts. [801 a 804](#).

Há, como se vê, possibilidade de *lide cautelar*, ao lado da *lide principal*, muito embora a tutela e prevenção nem sempre pressuponha a litigiosidade em torno da segurança em si mesma.

Essa distinção de medidas contenciosas e não-contenciosas, que pode facilmente ser feita pela existência ou não de contestação dentro do procedimento cautelar, é importante, principalmente, para o efeito da sucumbência: nestas últimas, os gastos processuais são encargos do requerente, que se somarão às custas do processo principal, para os fins de direito; nas primeiras, são ônus do vencido na ação cautelar, segundo a regra geral do Código, que se aplica a qualquer feito contencioso, inclusive no tocante aos honorários advocatícios. Nas medidas não-contenciosas não há que se cogitar da verba advocatícia, porque não há vencido, nem vencedor, na área da tutela cautelar.

#### **982-a. Medidas cautelares e outras medidas provisórias: tutela cautelar e tutela antecipatória**

Registra-se nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar, destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal.

Assim, fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho satisfativo, e aquelas de cunho apenas preventivo.

Entre nós, várias leis recentes têm previsto, sob a forma de liminares, deferíveis *inaudita altera parte*, a tutela antecipatória, como, por exemplo, se dá na ação popular, nas ações locatícias, na ação civil pública, na ação declaratória direta de inconstitucionalidade etc.

Agora, com a Lei nº 8.952, de 13.12.94, que alterou a redação do art. [273](#), do CPC, está sendo introduzida a antecipação de tutela em caráter genérico, ou seja, para aplicação, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares.

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) requerimento da parte;
- b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e



f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.<sup>(27)</sup>

Urge, pois, não confundir o regime legal das medidas cautelares (sempre não satisfativas) com as medidas liminares de antecipação da tutela de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei (*vide* item [372-b](#), vol. I).

Para maior aprofundamento no tema, consultar no Apêndice deste volume o estudo nº IV, sob o título "Tutela Antecipada".

## § 150. REQUISITOS ESPECÍFICOS DA TUTELA JURISDICIONAL CAUTELAR

**Sumário:** 983. *Requisitos da tutela cautelar.* 984. *O "fumus boni iuris".* 985. *"Periculum in mora".* 986. *Oportunidade da providência cautelar.* 987. *Tutela cautelar "ex officio".* 988. *Caráter incidental da medida cautelar "ex officio".*

### 983. Requisitos da tutela cautelar

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:

I – *Um dano potencial*, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II – *A plausibilidade do direito substancial* invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

### 984. O "fumus boni iuris"

Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o "direito de ação", ou seja, o direito ao processo de mérito.

É claro que deve ser revelado como um "interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial", como ensina Ugo Rocco.<sup>(28)</sup>

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar. Mesmo porque, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, sua petição inicial, no processo de mérito, é inepta e deve liminarmente ser indeferida (CPC, art. [295](#), parágrafo único, nº II).

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito.

Ensina Ronaldo Cunha Campos que é o *direito de ação*, como direito a um processo eficaz, que se defende no processo cautelar, pelo que não se há de transformá-lo num veículo de indagação do direito subjetivo material do promovente. O que se perquire, na espécie, é apenas a ocorrência das *condições do direito de ação*, portanto.<sup>(29)</sup>

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.

Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que só incorre o *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295).

Fora daí, há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar.

#### 985. "Periculum in mora"

Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela.<sup>(30)</sup> E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal.<sup>(31)</sup>

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido.

Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia – ou seja, do surgimento da lide – que é ocorrência anterior ao processo.

Diz a lei que o *perigo*, justificador da atuação do poder geral de cautela, deve ser:

- a) "fundado";
- b) relacionado a um dano "próximo"; e
- c) que seja "grave" e de "difícil reparação" (art. 798).

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito.<sup>(32)</sup>

Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica é preciso que seja irreparável sua consequência, ou pelo menos de difícil reparação.

Essa irreparabilidade ou problemática reparabilidade pode ser aferida tanto do ponto de vista "objetivo", como do "subjetivo". No primeiro caso, é de considerar-se irreparável, ou dificilmente reparável, o dano que não permita, por sua natureza, nem a reparação específica, nem a do respectivo equivalente (indenização).

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano, quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la.<sup>(33)</sup>

Por outro lado, deve-se ter como "grave" todo dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha a prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal.<sup>(34)</sup>

Não se deve, outrossim, afastar, nas ações reais ou reipersecutórias, a gravidade do perigo, somente porque o sujeito passivo tem patrimônio suficiente para indenizar o prejuízo do requerente. O direito real assegura ao titular o uso e gozo da própria coisa e se essas faculdades vão se inviabilizar diante do risco de destruição ou desaparecimento do objeto litigioso, haverá, sem dúvida, lugar para a medida cautelar destinada à sua preservação, qualquer que seja a potência patrimonial do requerido.

#### 986. Oportunidade da providência cautelar

Dispõe o art. 796 que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

A primeira virtude desse dispositivo é eliminar de vez as dúvidas que pairavam, no regime do Código anterior, sobre a oportunidade de cabimento das medidas cautelares. Como lembra Ovídio Baptista da Silva, a doutrina e especialmente a jurisprudência de nossos tribunais, à míngua de fundamentação teórica, vacilavam sobre a aplicação do art. 675 do Código revogado às hipóteses em que a providência cautelar fosse proposta *antes* da instauração do processo principal. O próprio Liebman participava dessas dúvidas sobre a exercitabilidade dos poderes conferidos ao Juiz para provimentos cautelares inominados *antes* da propositura da demanda.<sup>(35)</sup>

O novo Código veio, coerente como princípio de autonomia do processo cautelar, consagrado pela melhor doutrina, esclarecer definitivamente que a tutela jurisdicional preventiva ou de segurança tanto pode ser reclamada incidentalmente, no curso da ação de mérito, como previamente, isto é, antes de ser a pretensão material deduzida em juízo.

Temos assim: *a)* medidas cautelares *precedentes* (ou preparatórias); e *b)* medidas cautelares *incidentes*.

### 987. Tutela cautelar "ex officio"

Um dos maiores anseios da jurisdição é a imparcialidade dos órgãos julgadores. O juiz, necessariamente, tem de ser neutro em face dos interesses conflitantes. Seu único compromisso há de ser com a ordem jurídica e com os princípios que a informam.

É, ainda, para assegurar a imparcialidade do juiz que não se permite sua atuação de iniciativa própria, pois quem age inquisitorialmente acaba se apaixonando pelo interesse que despertou sua investigação e, assim, perde a neutralidade indispensável para determinar a solução final da contenda.

Daí a repulsa geral do direito moderno à jurisdição civil autoritária ou de ofício.

*Ne procedat iudex ex officio*, ou, como proclama o CPC, "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais" (art. 2º).

A *ação* da parte é, nessa ordem de idéias, a *condição* e o *limite* da jurisdição. É condição, porque sem a ação, o juiz não atua na composição do litígio; e é limite, porque a prestação do juiz nunca pode ser maior ou diversa daquela que a parte lhe requerer (arts. 128 e 460).

Esse princípio dogmático vigora também, como norma geral, no campo da tutela cautelar. Sofre, contudo, abrandamento em duas circunstâncias peculiares aos juízos de segurança ou prevenção, a saber: *a)* pela previsão excepcional de medidas cautelares *ex officio* (art. 797); e *b)* pelo poder reconhecido, implicitamente, ao juiz de modificar a medida cautelar que lhe foi requerida pela parte, ou de eleger a medida que julgar adequada diante do caso concreto (arts. 798 e 807).

A permissão, porém, de medidas cautelares de ofício encontra rigorosas limitações no direito positivo. O art. 797 só as admite em "casos excepcionais" e desde que "expressamente autorizados por lei".

Esse poder nunca compreende o de abrir um verdadeiro processo cautelar; mas apenas consiste em tomar medidas cautelares avulsas, dentro de outros processos já existentes, em situações adremente reguladas pela lei.

Realmente, encontram-se na sistemática do CPC medidas tipicamente cautelares, algumas facultadas outras impostas obrigatoriamente ao órgão Judicial.

Assim, o art. 653, na execução por quantia certa, manda que sejam arrestados bens do devedor, caso o oficial de Justiça não o encontre para a citação, e na execução provisória de sentença, o art. 588, I, manda que se exija caução do credor; o art. 588, nº II, na mesma execução provisória, exige caução para levantamento de depósito de dinheiro; o art. 804 faculta ao juiz exigir caução nos casos de medidas cautelares *inaudita altera parte*; no processo de inventário, quando a impugnação à qualidade de herdeiro for remetida para as vias ordinárias, o juiz sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido (art. 1.000, parágrafo único); quanto ao herdeiro preterido, mandado para as vias ordinárias, também o juiz mandará reservar, seu quinhão, em poder do inventariante, até que se decida o litígio (art. 1.001); ainda no inventário, quando a habilitação de crédito é rejeitada, o juiz mandará reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação (art. 1.018, parágrafo único).

Caso especial de medida cautelar *ex officio* é também a autorizada, expressamente, pelo art. 12, § 4º, da Lei de Falência (Dec. 7.661/45), relativa ao seqüestro dos livros, correspondência e bens do devedor, bem como à proibição de qualquer alienação destes, durante o processo preparativo da declaração de falência.

#### 988. Caráter incidental da medida cautelar "ex officio"

Uma característica da medida cautelar *ex officio*, quando admissível, consiste no seu caráter obrigatoriamente incidental.

Como jamais pode o juiz iniciar qualquer relação processual de ofício, a excepcional faculdade do exercício da função cautelar *ex officio* há de integrar, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisionais se tornaram necessárias.

Tais providências, que carecem da qualidade de processo e ação, apresentam-se essencialmente como *acessórias* do processo principal. Não devem sequer ensejar autuação apartada ou em apenso, mesmo porque faltaria a petição inicial para iniciar os novos autos. "São, assim, medidas anômalas, embora previstas em lei, pois procedimentos incidentais sem vida processual autônoma, haja vista sua regulamentação fora do livro III."(36)

A seu respeito, não se pode falar, nem de uma ação, nem de um processo autônomo, como adverte Liebman.(37)

### § 151. PODER GERAL DE CAUTELA

**Sumário:** 989. Medidas típicas e medidas atípicas. 990. Poder discricionário na tutela cautelar genérica. 991. Requisitos das medidas cautelares atípicas. 992. Forma e conteúdo das medidas atípicas. 993. A discricionariedade do poder geral de cautela e a escolha da medida atípica. 994. Opção entre medida típica e medida atípica. 995. Aplicação prática de medidas atípicas. 996. Limites do poder geral de cautela.

#### 989. Medidas típicas e medidas atípicas

Ao regular o poder cautelar do juiz, a lei, segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas atribui-se a denominação de medidas cautelares "típicas" ou "nominadas". É o caso, por exemplo, do arresto, do seqüestro, das antecipações de prova, do atentado etc. (arts. 813 a 889 do CPC).

Mas a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e difícil reparação (CPC, art. 798).

Há, destarte, medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei.

Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de "poder geral de cautela".

É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância.

Em todos os casos – adverte Rocco – os órgãos judicantes desempenham a mesma função de natureza cautelar, ou seja, a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito.(38)

Diante, porém, do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apóia-se em "poderes indeterminados", porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo isto está adredemente previsto e regulado pela lei.

Eis por que, conclui Rocco, a diferença entre as medidas típicas e as atípicas é apenas a maior ou menor determinação de especificidade.(39)

## 990. Poder discricionário na tutela cautelar genérica

Deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões.

Apreciando o tema, observa Galeno Lacerda que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as 'medidas provisórias que julgar adequadas' para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*." (40) Mas, impõe-se reconhecer, desde logo, que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei. Na verdade a outorga de um poder discricional resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não porém num *bill* para desvencilhá-los dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga.

Assim, o Código, em seu art. 798, ao instituir o poder geral de cautela, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for necessária para coibir risco de lesão grave e de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou solução do processo principal.

Vê-se, pois, que ao mesmo tempo em que o poder discricionário foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais.

## 991. Requisitos das medidas cautelares atípicas

Pelo texto do art. 798 do CPC, fácil é concluir que os requisitos das medidas atípicas são os mesmos das medidas cautelares típicas, isto é, para obter-se a proteção do poder geral de cautela é preciso que concorram:

- a) um interesse em jogo num processo principal (direito plausível ou *fumus boni iuris*); e o
- b) fundado receio de dano, que há de ser grave e de difícil reparação, e que se tema possa ocorrer antes da solução definitiva da lide, a ser encontrada no processo principal (*periculum in mora*).

Sobre o conceito de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e dos elementos que os integram, vejamos-se, *retro*, os ns. 984 e 985.

## 992. Forma e conteúdo das medidas atípicas

Dispõe o art. 799 do Código de Processo Civil que no exercício do poder geral de cautela, "poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução".

Essa enumeração tem sido interpretada, pela doutrina, como meramente exemplificativa, sem caráter exaustivo, (41) já que qualquer que seja a situação de perigo que venha a antepor-se ao interesse da parte, enquanto não solucionado o processo principal, é de ser provisoriamente coibida através de medidas adequadas, criadas e aperfeiçoadas dentro do poder geral e cautela.

Aliás, não é preciso nem sequer fugir da enumeração da lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. É que dentro do permissivo genérico utilizado pelo legislador em expressões elásticas como "autorizar ou vedar a prática de determinados atos", cabe, sem dúvida, uma quase infundável sequência de medidas.

Qualquer, porém, que seja a medida atípica, apresentar-se-á sempre como uma "ordem", um "comando", ou uma "injunção" imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito.

Essas ordens podem ser de caráter ou conteúdo "positivo" (ordens de fazer), ou "negativo" (ordens de não fazer), e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito. (42)

É certo que a ordem de não fazer é sempre destinada ao adversário do promovente da medida cautelar. Já a ordem positiva, tanto pode dirigir-se a um como a outro dos interessados, posto que, muitas vezes o ato a praticar é do interesse do próprio requerente, a

qual se vale da ação cautelar inominada apenas para obter a autorização necessária. Nessa hipótese, o comando positivo que franqueia o *facere* ao promovente corresponde, naturalmente, a um preceito contrário em relação ao promovido, qual seja, o de ter-se de impedir o promovente de realizar o ato que o juiz permitiu dentro do exercício do poder geral de cautela.

### 993. A discricionariedade do poder geral de cautela e a escolha da medida atípica

As ordens ou injunções de fazer, não fazer, ou de prestar, que, no exercício do poder geral de cautela, podem assumir o conteúdo mais variado possível, segundo as situações de fato ou de direito sobre as quais terão de incidir, para preservar ou tutelar o interesse em risco de lesão. Mas, uma vez requeridas por uma das partes, terão de ser valoradas pelo juiz no que diz respeito não só à sua necessidade, como também à sua adequação ou capacidade para eliminar o perigo evidenciado.

É certo que, em regra, o juiz não tem a iniciativa da tutela cautelar, como, aliás, ocorre com a tutela de mérito, já que ambas só devem ser prestadas quando requeridas pela parte, nos casos e forma legais (CPC, arts. 2º e 801). Mas, uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, dentro do âmbito de todo o processo cautelar e, especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção.

Nesse passo, o poder discricionário do juiz atua:

- a) no que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladoras do interesse a proteger;
- b) no que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e à oportunidade de providenciar a eliminação do perigo; e, também;
- c) relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide.(43)

Como se vê, a discricionariedade de que se cogita em matéria de poder cautelar não é aquela típica do direito administrativo, onde o agente público tem poder discricionário quando pode optar em praticar ou não determinado ato de seu ofício, segundo um juízo de oportunidade e conveniência. O juiz, no processo, nunca pode deixar de praticar o ato necessário, segundo a regra legal. A conveniência e oportunidade decorrem da própria vontade da lei. Ao juiz cabe apenas a liberdade restrita de traçar-lhe o conteúdo prático.(44)

### 994. Opção entre medida típica e medida atípica

As medidas "típicas", como o seqüestro e o arresto, referem-se apenas a certos interesses ou direitos subjetivos bem determinados pela lei, na própria regulamentação dessas medidas. Já o direito subjetivo que se procura tutelar através do poder geral de cautela é o mais indeterminado possível, isto é, "pode consistir em 'qualquer direito subjetivo,' suscetível de tutela por via de ação."(45)

Isso, contudo, não importa excluir da área de incidência das medidas específicas a admissibilidade também das medidas atípicas. Na verdade, não há incompatibilidade entre elas. Um crédito que normalmente se protege com o arresto, ou um bem litigioso que se ampara com o seqüestro, em certas circunstâncias pode, perfeitamente, ser também objeto de alguma medida provisória atípica, como exemplo a interdição de dispor, o depósito, a caução etc.

Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica ou não específica, desde que reclamem proteção preventiva não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao juiz pelo art. 798 do CPC.(46)

### 995. Aplicação prática de medidas atípicas

Pela amplitude do poder geral de cautela, é praticamente ilimitada a possibilidade de seu desdobramento em figuras práticas, diante do infinito e imprevisível número de situações de perigo que podem surgir antes do julgamento das diversas causas que o Poder Judiciário tem de dirimir.

Apenas para ilustrar e para lembrar os casos mais freqüentes, em nossa experiência e na do direito europeu, podem-se arrolar os seguintes exemplos de medidas atípicas:

- a) a sustação do protesto cambiário, antes da ação anulatória do título ou de desconstituição do negócio subjacente, para evitar o

notório prejuízo comercial que a medida acarreta ao devedor;

b) a suspensão provisória de deliberação social, quando a minoria ou algum sócio vencido pretenda mover ação principal para anular a decisão tomada pela assembléia da sociedade civil ou comercial;

c) a proibição de dispor, como medida menor do que o seqüestro e o arresto, pois conserva a posse do dono, e apenas interdita a possibilidade de alienação da coisa;

d) o depósito, quando a parte litigante quer se desonerar do risco de continuar com a guarda do objeto litigioso e há recusa em recebê-lo por parte do adversário;

e) a proibição de fabricar determinado produto, enquanto pende o juízo de tutela ao direito de invenção;

f) a proibição de usar nome ou marca comercial, que se confunda com outro ou outra;

g) admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio;

h) autorização para o locador prover por meios próprios a cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultivava convenientemente;

i) suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidade na convocação da assembléia;

j) autorização ao parceiro-proprietário para fazer a colheita da lavoura e depositar os frutos para posterior partilha, tendo em vista o abandono da plantação pelo parceiro-agricultor;

k) suspensão de mandato social e nomeação de administrador judicial;

l) condicionamento de certos atos de administração de bens litigiosos à prévia autorização judicial;

m) suspensão de atos de disposição do interditando, durante o processo de interdição.

Diante desse variado mostruário, é fácil ter uma idéia de quão amplo e, até mesmo ilimitado, é o campo de aplicação das medidas cautelares atípicas, que, na realidade, se multiplicam infinitamente, diante das necessidades universais dos casos concretos.

#### **996. Limites do poder geral de cautela**

Se o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, nem por isso é ilimitado e arbitrário.

A primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria do poder geral de cautela, localiza-se no requisito da "necessidade", pois somente a medida realmente "necessária", dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida.

A propósito, adverte Calvosa que a situação substancial, para justificar a medida atípica, deve ser, por sua natureza, suscetível de modificações no tempo e que tais modificações prováveis possam acarretar prejuízo, por ato de outrem.

Fora daí a medida preventiva fica sem ambiente adequado sobre que possa influir. A decisão de mérito, por si só, será capaz de compor a lide, sem necessidade de proteção ou auxílio da tutela cautelar genérica.<sup>(47)</sup>

Por outro lado, como bem ressalta Lopes da Costa, "a medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória."<sup>(48)</sup>

As injunções, positivas ou negativas, que se emitem o exercício do poder geral de cautela, têm como finalidade natural e necessária, apenas a "conservação do estado de fato e de direito" a que se vinculam os interesses que se vão defender no processo principal.<sup>(49)</sup> Não podem essas medidas, portanto, assumir feição "satisfativa", pois seu escopo não é mais do que "garantir" a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional de mérito, esta sim de natureza satisfativa, no que diz respeito ao direito substancial da parte.

Precisamente porque têm caráter apenas "conservativo", as medidas atípicas não deverão ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. Com elas lembram Rocco e Calvosa, não se obtém uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do promovente.(50)

Nem mesmo a imposição de cláusula ou condição de posterior reposição ao *statu quo ante*, caso haja sucumbência no processo principal, deve permitir ao juiz o deferimento de medidas satisfativas, que corresponderiam a uma execução provisória de uma sentença ainda não proferida, porque tal ultrapassaria evidentemente a área da prevenção ou segurança, de que não podem fugir as providências cautelares.

Por força dessa limitação das medidas cautelares, isto é, por importar antecipação de solução do verdadeiro mérito do processo principal:

a) em ação cautelar, não são possíveis alterações de inscrição e transcrição do Registro Imobiliário, porque afetariam e modificariam diretamente o direito material da parte promovida;

b) pela mesma razão, não se permite que se possa cancelar inscrição de hipoteca ou outro ônus;(51)

c) nem se toleraria que, num litígio sobre compra e venda ou locação, o detentor da coisa fosse, cautelarmente, compelido a entregá-la ou restituí-la à outra parte.(52)

"A verdade é que – na advertência de Rocco – nenhuma providência cautelar, seja específica e determinada, seja genérica e indeterminada (atípica), constitui, em hipótese alguma, uma antecipação provisional da resolução do conflito de interesses."(53)

O juízo de plena cognição, que há de permitir a composição da lide em torno da questão substancial de mérito, nada tem que ver com o juízo mediante cognição inteiramente sumária e superficial da provável existência do direito substancial e do perigo que o ameaça, a fim de justificar e abrir ao interessado a via da tutela cautelar.(54)

Tendo, como é sabido, as providências cautelares e as de mérito, conteúdo e funções totalmente diferentes, não pode a medida preventiva ser considerada, em nenhum caso, uma antecipação da providência de mérito, já que a primeira não resolve, de nenhum modo, nem mesmo provisionalmente o conflito que persiste e deverá ser solucionado no processo principal.(55)

Aliás, é texto de lei que as medidas cautelares não devem influir na solução da ação principal (CPC, art. 810), de maneira que esta tanto pode vir a ser, no final, favorável ou não ao promovente da ação cautelar. Daí por que conclui Rocco que não se pode pretender ver na medida cautelar antecipação provisional de efeitos da decisão de mérito.

Sob o aspecto do alcance da medida cautelar, é forçoso reconhecer que deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no processo de mérito.

Anota Lopes da Costa, a propósito do tema, que "a medida deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar, providências a que o requerente, mesmo que vencesse na causa principal, não teria direito, não lhe podem ser concedidas. Se, por exemplo, tem ele um direito de uso comum, este não pode ser garantido como medida que conceda uso exclusivo. Não se concede, finalmente, medida preventiva que se possa aplicar em execução de sentença em ação satisfativa. Por exemplo, o restabelecimento da vida conjugal; a prestação de serviços; a prisão, para obrigar a exibição de bens para arresto."(56)

Por último, doutrina e jurisprudência estão acordes em que não se admite que, a pretexto de medida provisória atípica, seja decretada a suspensão de eficácia ou executoriedade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Aliás, é texto legal expresso a regra de que nem mesmo a interposição de ação rescisória suspende a execução do decisório trânsito em julgado (CPC, art. 489).(57)

Partindo da exigência do *fumus boni iuris*, como pressuposto de qualquer medida cautelar, Calvosa faz, ainda, as seguintes restrições ao poder geral de cautela:

a) só o direito que, pelo menos aparentemente, se pode fazer valer em juízo é que merece a tutela das medidas atípicas;

b) não cabe essa tutela quando a situação substancial for constituída de um direito natural, insuscetível de exigência ou realização coativa no processo principal;

c) não cabe, também, a proteção de simples expectativa de direito; o que se garante é o exercício de um direito já adquirido (o que,



todavia, não exclui o direito exigível a termo);

d) não protege um direito que depende do acolhimento de uma ação constitutiva (aqui, porém, Rocco discorda, a meu ver com razão, já que não há motivo para negar a tutela de segurança àquele que revela o *fumus boni iuris* do direito potestativo de desconstituir uma situação jurídica);

e) por último, não impede a configuração do *fumus boni iuris* e, conseqüentemente, a tutela do poder geral de cautela, a circunstância de ser incerta ou controvertida a relação jurídica existente entre as partes. Basta que, em tese, o direito invocado pela parte seja tutelável nas vias ordinárias.

Deve-se ponderar que o problema da medida cautelar não comportar efeitos satisfativos perdeu relevância depois da reforma do CPC instituidora da antecipação de tutela (arts. 273 e 461). É que aquilo que não se pode alcançar por meio de ação cautelar pode ser obtido através de pedido incidental no próprio processo principal, desde que presentes os requisitos legais da tutela antecipada (ver *apêndice* deste volume, nº IV – *Tutela antecipada*).

## Capítulo XLV - RELAÇÃO PROCESSUAL CAUTELAR

### § 152. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO PROCESSO CAUTELAR

**Sumário:** 997. *Legitimidade*. 998. *Competência*. 999. *Competência e prevenção do juízo*. 1.000. *Competência cautelar em grau recursal*. 1.000-a. *Intervenção de terceiros*.

#### 997. Legitimidade

Sujeitos principais do processo cautelar, como aliás de qualquer outro processo, são as partes (autor e réu) e o juiz.

Sujeitos secundários podem ser o escrivão, o depositário e outros órgãos auxiliares da justiça que acaso tenham que contribuir para a atuação da providência cautelar.

São partes legítimas para a ação cautelar os mesmos sujeitos perante os quais deve desenvolver-se a relação processual do juízo de mérito.<sup>(1)</sup>

Não se discute o mérito ou a lide na ação cautelar. Por isso e porque a medida preventiva é urgente, admite-se, excepcionalmente, sua propositura sem a exigência da outorga uxória, mesmo quando se referir a um processo principal em torno de direito real sobre imóveis.

Não só o sujeito ativo da ação de mérito pode manejar a ação cautelar: tanto ele como o réu podem se valer da tutela de segurança.

Os arts. 801, 802, 803 e 811 falam, com relação às medidas cautelares, apenas em *requerente* e *requerido*, evitando as qualificações de *autor* e *réu*, como se elas não fossem adequadas para designar as partes no processo cautelar.

Não há, aparentemente, qualquer razão para essa atitude, que, aliás, não foi observada no art. 804, onde o Código usou adequadamente a palavra *réu* para designar o sujeito passivo da ação cautelar.

Se se reconhece a autonomia do processo cautelar, e sua contenciosidade, e seu manejo através do direito de ação, é claro que o sujeito ativo dessa relação processual contenciosa há de ser chamado *autor* e o passivo *réu*, como é da tradição processual.

A única explicação plausível para a diversidade de denominação com que o Código designa as partes da ação cautelar só poderia ser encontrada, talvez, na preocupação de tratar com nomenclatura própria os sujeitos de cada um dos três tipos diferentes de processo, assim, no processo de conhecimento, teríamos autor e réu; no processo de execução, credor e devedor; e no processo cautelar, requerente e requerido.

#### 998. Competência

Segundo o art. 800 do CPC, a competência para o procedimento cautelar é do juiz que preside a causa principal já em andamento, ou, se ainda não foi esta proposta, é do juiz competente para conhecer dela, futuramente.

A regra decorre do princípio geral da acessoriedade (CPC, art. 108),<sup>(2)</sup> posto que toda ação cautelar está, necessariamente,

vinculada a uma ação de mérito, mesmo que esta ainda não tenha sido proposta, ao tempo do requerimento da medida preventiva (CPC, art. [796](#)).<sup>(3)</sup>

Entre as duas ações ocorre, portanto, o fenômeno da prevenção via de regra, de sorte que a que primeiramente for ajuizada fixará a competência para a que lhe seguir, pouco importando que a primeira seja a principal ou a cautelar.

A norma do art. 800 não prevê, textualmente, exceções, e, em se cuidando de preceito pertinente à competência funcional, deveria redundar em competência *absoluta* e *mutável*. Mas, diante da missão mesma que é destinada à função cautelar, de eliminar, prontamente, o risco de dano, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em sua grande maioria, que tal preceito não é absoluto e inflexível.

Assim, Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva, Lopes da Costa e Pestana de Aguiar, entre outros, ensinam que, em caso de urgência, em que se mostre inviável o requerimento perante o juiz da causa principal, a medida cautelar pode ser requerida ao juiz do local dos bens em risco de lesão. Esse juiz é, natural e logicamente, o único capaz de evitar o dano e eliminar, no momento necessário, o risco concreto e atual.<sup>(4)</sup> Deferida a medida e afastada a situação perigosa, os autos serão remetidos ao juiz da causa principal, para julgamento final e apensamento aos autos do procedimento de mérito (CPC, art. [809](#)).

### 999. Competência e prevenção do juízo

Se já existe a ação principal, nenhuma dificuldade haverá para determinar a competência para a medida cautelar. O juiz da causa principal em curso será, também, o juiz do procedimento acessório. Trata-se de competência absoluta e improrrogável.

Se a medida cautelar é *antecedente*, ou *preparatória*, como fala o Código, a determinação da competência se faz examinando, segundo as regras comuns do processo de cognição ou de execução (arts. [91 a 111](#), e [575 a 579](#)), qual seria o órgão judicial competente para a futura ação de mérito.

Ajuizada a medida cautelar, fica preventa a competência do juiz que dela conheceu para o posterior ajuizamento da ação principal.<sup>(5)</sup> Observa-se a regra de que, entre duas ações conexas, prevalece a competência do juiz que primeiro processou uma delas (art. [106](#)).

A regra da prevenção, todavia, não é de se seguir, quando a medida cautelar for ajuizada, declaradamente, perante juiz incompetente para a ação principal nos casos emergenciais em que se prefere o local dos bens ou do fato para a excepcional realização da providência cautelar, o que é comum acontecer com o arresto, o seqüestro e as antecipações de prova.

Em tais hipóteses, ao postular a medida preventiva em juízo diverso, a parte deverá fazer constar de seu pedido o protesto pelo ajuizamento da ação principal no foro adequado, para evitar a alegação de prorrogação de competência do primeiro juízo.

No caso de medida cautelar urgente, requerida perante juiz sabidamente incompetente, não há sequer cogitar-se de prevenção, posto que o fenômeno processual da prevenção pressupõe a competência a ser fixada, de sorte que só se dá quando, entre vários juízes, todos igualmente competentes, um deles toma conhecimento da causa em primeiro lugar. Por isso que a prevenção *não cria competência*, mas tão-somente fixa competência excludente de outras concorrentes; jamais se poderia cogitar de competência preventa do juiz que, não tendo a da causa principal, tomou conhecimento da medida cautelar, apenas pela impossibilidade de ser o pedido, por sua urgência, formulado no foro adequado.

Nem há de se cogitar, por falta de execução de incompetência do juízo cautelar, de eventual prorrogação da competência para a futura ação principal. É o acessório que segue o principal e nunca o contrário.

A propósito, decidiu o STF que não pode ocorrer prorrogação de competência, na espécie, mesmo sem a interposição da exceção declinatoria do foro cautelar, porque sendo a ação cautelar acessória e dependente da principal, esta é que atrai e não vice-versa, nos termos do art. [800](#), c/c art. [108](#).<sup>(6)</sup>

Escapam, também, à eficácia da prevenção aqueles casos em que a medida preventiva não é propriamente medida cautelar e não tem o caráter de providência preparatória de outra ação, como ocorre em alguns tipos de exame ou exibição de livros contábeis, nos protestos, notificações e interpelações, nas justificações etc.<sup>(7)</sup>

#### 1.000. Competência cautelar em grau recursal

Disponha o art. [800](#), parágrafo único, em sua redação primitiva "nos casos urgentes, se a causa estiver no Tribunal, será competente (para a medida cautelar) o relator do recurso".

Como se tratava de regra de exceção à norma geral, de que a ação cautelar compete ao juiz da causa, ou seja, ao juízo de primeiro grau de jurisdição, por onde corre ou deva correr o processo principal, entendíamos que se devia partir da própria ressalva contida no parágrafo do art. 800, para concluir-se que só excepcionalmente, em casos de real urgência, quando à parte era mais prático dirigir-se ao relator do que ao juiz de primeiro grau, é que aquele se tornaria competente para apreciar a pretensão cautelar incidental.<sup>(8)</sup>

Nosso ponto de vista se prendia ao raciocínio de que a cautela concedida à parte se refere à eficácia da sentença, eficácia que se faz atuar não no processo de conhecimento onde foi proferida a sentença, mas no posterior processo de execução que será movido não perante o tribunal *ad quem*, mas sim perante o juiz *a quo*.

O processo principal que se visava garantir com a cautela não era o processo em que a decisão fora proferida, visto que este já alcançara em boa parte sua finalidade. Se mesmo após a sentença ainda subsistisse a possibilidade de dano ao interesse da parte, é porque a sentença desafiaria a execução e assim o risco de dano passaria a ser enfrentado pelo processo executivo e não mais pelo processo de conhecimento.

Daí por que a competência cautelar seria do juiz de primeiro grau e não do Tribunal, pois é aquele e não este o juiz da execução.

Havia, porém, entendimentos divergentes, que preconizavam ora a competência do relator como regra, ora a do tribunal *ad quem*, afastando a competência do juiz de primeiro grau e admitindo que o relator decidisse apenas sobre a liminar.

Se a questão oferecia dificuldades nas hipóteses normais de recurso com efeito suspensivo, tornava-se singela quando o processo principal se submetia à eficácia apenas devolutiva da impugnação recursal. É que, então, sendo a execução provisória possível, sua competência era exclusiva do juiz da causa e não do Tribunal. Assim, qualquer medida cautelar que viesse a ser processada, com relação ao mesmo processo, seria acessória da aludida execução provisória e competiria ao juiz de primeiro grau de jurisdição, segundo a regra comum do *caput* do art. 800, sem qualquer interferência do disposto no seu parágrafo único.

Um caso em que a competência do Relator se tornava indispensável era aquele em que o juiz de primeiro grau negava precisamente a tutela cautelar (por exemplo, indeferia liminarmente a petição inicial ou a medida requerida *initio litis*). Interposta a apelação ou o agravo, poderia a parte, em caso de urgência, requerer diretamente ao Relator providências cautelares imediatas, enquanto se esperava o julgamento do recurso.

A controvérsia gerada pelo texto primitivo do parág. único do art. 800 foi eliminada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, que deu nova redação ao aludido dispositivo legal, nos seguintes termos: "Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal". Não há mais dúvidas, portanto, de que a competência cautelar, durante a tramitação recursal, é do tribunal e não do juiz de primeiro grau salvo, é claro, o caso em que o recurso, por não ter efeito suspensivo, como o agravo, não impede que o juiz de origem continue a officiar no processo.

#### **1.000-a. Intervenção de terceiros**

Não há empecilho à admissibilidade da *assistência* (arts. [50](#) a [55](#)) no processo cautelar, já que o interesse que justifica a coadjuvância do terceiro para auxiliar a parte a obter sentença favorável na ação principal pode ter início desde o momento da tutela preventiva.

A *oposição*, todavia, não tem maior pertinência com a matéria de segurança discutida no processo cautelar. O que justifica a oposição em processo alheio é o interesse do terceiro opoente em obter uma sentença em seu favor que, no mérito, exclua o direito tanto do autor como do réu sobre o bem litigioso (art. [56](#)). Só, portanto, no processo principal de conhecimento é que se pode aceitar, com propriedade, a intervenção de terceiro a título de oposição, posto que na ação cautelar nem mesmo se chega a apreciar o mérito da causa.

Já a *nomeação à autoria* (arts. [62](#) e [63](#)), que visa a corrigir a pertinência subjetiva da relação processual, mediante indicação da verdadeira parte que tem titularidade para responder pela demanda formulada pelo autor, nada há que contra-indique seu manejo em face da ação cautelar.

Por fim, a *denúnciação da lide* e o *chamamento ao processo* são modalidades interventivas ligadas exclusivamente ao mérito da ação cognitiva principal. Com a denúnciação, busca a parte exercitar direito regressivo contra estranho, de modo a assegurar, junto a este, ressarcimento do prejuízo que a sucumbência eventualmente lhe venha a acarretar (art. [70](#)). E com o chamamento ao processo o que se procura obter é a partilha de co-responsabilidade entre o demandado e seus co-devedores solidários não-acionados, ou o direito de regresso contra o afiançado em caso de demanda direta contra o fiador (art. [77](#)).

O que se apura e se decide, pois, tanto numa como noutra figura interventiva, é a relação jurídica material existente entre uma das partes e o terceiro interveniente. Só se pode, assim, cuidar desses temas em processo principal, já que, como tem sido reiteradamente

afirmado, não se presta o processo cautelar para compor lides. E é claro que se na ação cautelar o juiz não pode dirimir a lide contra uma das partes, não poderá a *fortiori* declarar direito regressivo ou coobrigação de terceiro, que só teriam cabimento quando o sucumbente do processo sofresse condenação de natureza substancial.

Não se nega, é verdade, que quem tenha legitimidade para a denúncia da lide ou para o chamamento ao processo, tenha também para intervir no processo cautelar. Mas essa intervenção não assumirá a força e natureza das figuras previstas nos arts. 70 e 77, e não passará de simples medida preparatória para os futuros denúncias da lide ou chamamento ao processo.<sup>(9)</sup>

## § 153. ELEMENTOS OBJETIVOS DO PROCESSO CAUTELAR

**Sumário:** 1.001. *Objetos da tutela cautelar.* 1.002. *Provas.* 1.003. *Instrução do processo cautelar.* 1.004. *Autonomia da instrução de processo cautelar.*

### 1.001. Objetos da tutela cautelar

A tutela cautelar pode incidir sobre coisas, pessoas e provas, isto é, sobre qualquer dos elementos do processo principal.

A cautela relativa a *coisas* procura impedir que a parte transfira, destrua, desvie ou grave os bens, sobre os quais a futura execução poderá recair; ou visa simplesmente a assegurar o *status quo*, sem outro propósito que o de evitar inovações da situação dos bens litigiosos, em prejuízo da utilidade e eficiência da prestação jurisdicional (exemplos: seqüestro, arresto, depósito etc.).<sup>(10)</sup>

Quanto às medidas cautelares sobre pessoas, o perigo que se intenta evitar refere-se à própria pessoa, dizendo respeito à sua segurança e tranqüilidade (exemplos: afastamento de cônjuge do lar conjugal, guarda provisória de menores ou incapazes etc.). Podem também referir-se à satisfação de necessidades urgentes e imperiosas, e o perigo que, então, se procura afastar, situa-se na própria urgência da satisfação, como se dá nos alimentos provisórios.<sup>(11)</sup>

Medidas cautelares sobre provas são as que visam a garantir ao processo meios de convencimento em risco de desaparecimento e sem os quais o ideal de busca da verdade para realizar a justa composição da lide, poderia ficar prejudicado (exemplos: vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* etc.).

### 1.002. Provas

As provas interessam ao processo cautelar em duas situações distintas: como elemento do processo principal a ser tutelado, e como elemento de convicção do juiz cautelar para apurar as condições de deferir a tutela preventiva.

Na primeira situação, a prova é o *objeto* tutelado contra o risco de desaparecimento, que viria prejudicar a apuração da verdade no processo principal. Na segunda, é o *instrumento* de orientação do juiz para fixar a definição a tomar perante o pedido de tutela cautelar, ou seja, é o caminho através do qual o juiz descobrirá se existem ou não os fatos evidenciadores do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*.

### 1.003. Instrução do processo cautelar

*Instruir* um processo é dotá-lo dos elementos necessários para que o juiz realize a prestação jurisdicional adequadamente. A instrução probatória consiste, pois, no fornecimento ao órgão judicial dos elementos evidenciadores da verdade dos fatos alegados.

A instrução das causas cautelares é necessariamente sumária em razão da *emergência de perigo* que o provimento procura obviar. Reduzem-se, por isso, as provas "a informações sumárias, fundadas em critérios de mera plausibilidade."<sup>(12)</sup>

Enquanto o processo principal cuida do *bem*, o processo cautelar cuida da *segurança*. Por isso, como adverte Carnelutti, aquele aspira e este renuncia à infalibilidade. O programa do processo principal, concentra seu objetivo na ambiciosa fórmula da *busca da verdade*; mas o processo cautelar se contenta com o desígnio mais modesto da *busca da probabilidade*.<sup>(13)</sup>

Fala-se, nessa ordem de idéias, que a concessão de um provimento cautelar não é precedida de uma prova, mas de uma *informatio judicis*, de uma *informatio saltem summaria*.<sup>(14)</sup>

Para poder realizar sem demora o provimento cautelar é preciso – ensina Coniglio – suspender a busca da verdade e contentar-se com a mera aparência do direito e do perigo que o ameaça. A má-fé do promovente pode hoje ser refreada somente com a caução, ou reparada, se necessário, com a condenação à reparação do dano.<sup>(15)</sup>

Esse ensinamento, que é de inteira aplicação ao direito pátrio, mereceu os aplausos de Ovídio Baptista da Silva, que acrescentou a oportuna observação de que "para a má-fé do requerente de uma providência cautelar, o remédio não é o indeferimento do pedido, se há dúvida quanto à legitimidade do direito invocado (*fumus boni iuris*), ou inexistem provas a serem apresentadas pelo requerente, na premência do tempo imposto pelas circunstâncias, que demonstrem, ou pelo menos façam plausível, o direito invocado e a *situação perigosa*. Ao invés do indeferimento, pode ser indicado o caminho da concessão da medida, impondo o juiz a obrigação de efetivar o requerente caução prévia e idônea, destinada a indenizar a outra parte, prejudicada pela improcedência da medida."(16)

Não se pode deixar de observar que "o procedimento cautelar se desenvolve sob a insígnia do *urgente* e do *provisório*", de sorte que "a urgência, em matéria cautelar, é o caráter do procedimento; e a provisoriedade, o caráter do provimento."(17)

Em tema de prevenção, ou segurança, "entre o fazer prontamente mas mal, e o fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam acima de tudo a fazer prontamente, deixando que o problema do bem e do mal, que é da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido posteriormente com a necessária ponderação na competente forma do processo ordinário."(18)

Mais vale prevenir do que remediar, de modo que, elevada a conteúdo de ação "a segurança basta-se a si mesma."(19)

Se idealmente, é tão fatal à justiça a decretação injustificada de uma medida preventiva, quanto a sua denegação, ou protelação quando necessária,(20) em face das disposições de novo Código que facultam ao juiz a contracautela (caução), o dano maior residiria na protelação ou denegação e não na sua concessão, ainda que indevidamente.(21)

#### **1.004. Autonomia da instrução do processo cautelar**

A instrução da ação cautelar não se confunde com a da ação principal, por versar sobre fatos diversos e tender a justificar decisão diferente daquela a ser obtida na ação de mérito.

Daí a necessidade de correrem as duas causas em autos próprios, embora apensados, mesmo porque a celeridade no processo cautelar é muito maior.

Chegando, porém, os dois processos, simultaneamente, à fase de instrução oral, mormente quando a providência cautelar já foi deferida *initio litis*, não há inconveniente algum em que a audiência de instrução e julgamento e a sentença sejam unificadas. É, aliás, evidente a economia processual e nenhum o prejuízo para as partes.(22)

Em tais circunstâncias, o juízo de revisão da medida inicialmente deferida se unifica com o juízo de mérito, assumindo a posição de "um item da sentença de mérito."(23)

O que, todavia, não é admissível em hipótese alguma, é que o juiz determine o sobrestamento do procedimento cautelar, quando a medida preventiva ainda não foi deferida, para aguardar a marcha retardada da causa principal.

### **Capítulo XLVI - PROCEDIMENTO** **§ 154. O PROCEDIMENTO DA AÇÃO CAUTELAR**

**Sumário:** 1.005. O procedimento da ação cautelar. 1.006. Procedimentos cautelares. 1.007. Autuação própria. 1.008. Cumulação de pedidos principais e cautelares. 1.009. Estabelecimento da relação jurídica processual.

#### **1.005. O procedimento da ação cautelar**

Reportando-se à lição de Satta, ensina Calvosa que todo provimento cautelar é expressão do exercício de uma "ação cautelar" autônoma, entendida esta como o poder instrumental (direito subjetivo) de provocar um provimento jurisdicional, apto a criar uma situação de garantia, para assegurar uma hipotética situação jurídica contra o perigo de dano iminente.

Daí por que, sem embargo de estar coordenada à ação de mérito, a ação cautelar, inominada ou não, é sempre uma ação distinta e autônoma.(1) Vale dizer que, não obstante sua natureza eminentemente instrumental, a ação de prevenção "tem – como afirma Rocco – *individualidade* própria frente à causa de mérito."(2) É que o método e os objetivos da ação cautelar são próprios e distintos daqueles divisados na ação principal.

Por isso mesmo, não se requer medida cautelar atípica em simples petição avulsa no bojo de processo principal, nem tampouco como simples tópico de petição inicial da ação de mérito.

O rito especial e sumário da ação cautelar é inacumulável com o da ação principal. Aquela aspira à celeridade, contentando-se com notícia sumária e superficial dos fatos autorizadores da medida preventiva; esta anseia pela ampla busca da verdade real, em procedimento de pleno contraditório e ampla e irrestrita defesa.

O procedimento da ação cautelar, embora não possa fugir do sistema contraditório, é restrito apenas à apuração da necessidade ou não da medida de garantia, em caráter provisional.

Na verdade, porém, todas as fases lógicas do procedimento judicial terão de ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente (Código de Processo Civil, art. [801](#)), seguida de citação do promovido (*idem*, art. [802](#)), como oportunidade de contestação, instrução probatória, e encerramento necessário por sentença (*idem*, art. [803](#)).

Há, como se vê, tal como ocorre no processo de mérito, as fases de postulação, de saneamento, de instrução e de decisão.

As medidas cautelares (salvo os casos excepcionais a que alude o art. [797](#) do Código de Processo Civil) não surgem avulsamente no curso do processo principal, ou antes de sua propositura. Todo procedimento cautelar, como ensina Rocco tem um início, um desenvolvimento e um fim.<sup>(3)</sup> Configura, de tal arte, um processo gerado, em concreto, pelo exercício do direito de ação por parte de quem tem o poder de provocar o órgão judicial a fazer atuar a jurisdição.<sup>(4)</sup>

A relação jurídica processual cautelar há de ser instalada entre as mesmas partes que têm legitimidade para o processo principal. E, por ser resultado de procedimento necessariamente contencioso, não se concebe o deferimento de medida cautelar, típica ou atípica, sem determinação do sujeito passivo.

#### **1.006. Procedimentos cautelares**

No sistema do Código atual, há um procedimento cautelar comum (arts. [801 a 803](#)) e vários procedimentos especiais, que a lei chama de "procedimentos específicos" (arts. [813 a 889](#)).

O procedimento comum serve como rito a ser seguido nas medidas cautelares inominadas ou atípicas e como regulamentação subsidiária e genérica para os procedimentos especiais (art. [812](#)).

Os procedimentos específicos, em matéria cautelar, são instituídos pelo Código em três circunstâncias diferentes:

a) para fixar *ritos especiais* para certas pretensões cautelares (ex.: busca e apreensão, caução etc.), sem cogitar de requisitos extraordinários ou individualizados para a medida;

b) apenas para regular *requisitos especiais* para algumas medidas (ex.: arresto, seqüestro etc.), mantido, porém, o rito comum dos arts. [801-804](#); e

c) para estipular, em alguns casos, *ritos e requisitos especiais* (ex.: exibição, antecipação de prova, arrolamento de bens, atentado etc.).

#### **1.007. Autuação própria**

O processo cautelar tem objeto e rito próprios. Seja incidente ou antecedente, nominada ou inominada, a medida cautelar dá sempre lugar a autuação própria, devendo os respectivos autos ser apensados aos da ação principal (art. [809](#)).

Mesmo quando incidental, não se deve, por exemplo, admitir que a medida cautelar seja pedida cumuladamente com a pretensão de direito material, na petição inicial da ação de mérito.

#### **1.008. Cumulação de pedidos principais e cautelares**

Há opinião doutrinária que, com ressalvas, tolera ou admite que o sistema de cumulação de ações, previsto no Código, não seja empecilho à formulação de pedido conjunto da tutela jurisdicional de mérito e da cautelar, desde que não haja risco de tumulto processual.

A cumulação de pedidos, numa só petição, a nosso ver, contudo, pressupõe, em regra, homogeneidade da tutela jurisdicional (todos,

em princípio, devem ser cognitivos, ou todos executivos, ou, ainda, todos cautelares). A promiscuidade de pedidos heterogêneos, uma só relação processual, leva a impasses senão intoleráveis pelo menos indesejáveis, conduzindo, por outro lado, à evidente incompatibilidade de ritos.

As ações cautelares reclamam observância de um rito *célere* seja em benefício do promovente, que se vê numa situação considerada perigosa, seja para o promovido que tem direito a se desvencilhar do embaraço oposto pelo primeiro, com igual celeridades, quando lhe seja possível demonstrar a inexistência de fundamento jurídico para a providência cautelar que lhe foi imposta.

Se se admitisse a cumulação, na mesma petição, e conseqüentemente, nos mesmos autos, do procedimento principal e do cautelar, este último seria conduzido ao rito ordinário (art. 299, § 2º), o que redundaria em imediatos prejuízos para o requerente, caso não obtivesse a medida liminar, e, caso contrário, para o requerido, que só poderia obter o julgamento de sua defesa contra eventual irregularidade ou deficiência da medida preventiva, na sentença final da ação de mérito, de cujo recurso, nem o autor, nem o réu, conseguiria a força de efeito apenas devolutivo, como ocorre com a via recursal específica do processo cautelar (art. 520, nº IV).

Como se vê, nada aconselha e tudo repele a cumulação de pedidos de mérito e de medidas cautelares. Cada processo tem campo, natureza, fundamentos, critérios e objetivos próprios, que não toleram a abordagem e solução simultâneas.

Essas exigências de autos próprios e autuação em apenso (art. 809), como é natural, só diz respeito às *ações cautelares* (nominadas ou inominadas), já que nada tem que ver com os casos de medidas cautelares *ex officio*, ou seja, aquelas que a lei, em casos excepcionais e mediante texto expreso, permite que o juiz tome até mesmo sem requerimento da parte (art. 797). Essas são, por sua própria natureza, diligências integrantes do procedimento principal, como simples incidentes. A elas não corresponde um processo e uma ação cautelares, dado que, como ensina Galeno Lacerda, não passam de providências "administrativas" incidentais.<sup>(5)</sup>

Se o juiz pode decretá-las de ofício, pode a parte, também, provocá-lo, seja na petição inicial da ação de mérito, seja em requerimento posterior, que será incluído nos autos existentes, sem necessidade de autuação apartada, porque não geram nova e distinta relação processual.

É o caso, v.g., do arresto que o juiz pode promover, por sua própria iniciativa, quando no cumprimento do mandado de execução por quantia certa o oficial de justiça não encontra o devedor para a citação (art. 653). Se o credor já sabe que o devedor está ausente ou suspeita de que maliciosamente está se ocultando, nada impede que na petição inicial da execução já venha formulado o requerimento da questionada medida cautelar avulsa. Mas, isto não será, evidentemente, uma cumulação de ação principal e ação cautelar: o arresto *in casu*, não passa de medida "administrativa" incidental, inerente ao poder de polícia do juiz, no comando da execução forçada.

É o que se passa, também, com os alimentos provisionais, que a Lei nº 5.478/68 manda que o juiz fixe no despacho da petição inicial da ação principal alimentária, até mesmo sem postulação expressa do promovente (art. 4º).

### **1.009. Estabelecimento da relação jurídica processual**

Como todo e qualquer processo contencioso, as medidas cautelares são exercitáveis através de *ação* e, assim, sua provocação inicial se dá por meio de petição do titular do direito de ação. Nesse sentido, dispõe o art. 801 que "o requerente (melhor seria, *o autor*) pleiteará a medida cautelar em petição escrita".

Toda ação é bilateral: há quem a promove (autor) e quem suporta as conseqüências da promoção (réu). E conduz, após o seu exercício, ao estabelecimento de uma relação jurídica (a relação jurídica processual), que envolve, também, o Estado como titular do poder-dever jurisdicional.

Essa relação processual que surge do exercício concreto do direito subjetivo público de ação é, destarte, trilateral, autor-juiz-réu.

Com o ajuizamento da petição inicial já existe a primeira fase da relação processual: autor-Estado (juiz). Mas, só com a convocação do réu para integrá-la é que a relação se completa na sua trilateralidade perfeita e indispensável à plena realização da tutela jurisdicional. Isto se dá por meio da citação (*in ius vocatio*).

Há, porém, no procedimento cautelar, uma particularidade que decorre da natureza emergencial da tutela preventiva: é a possibilidade de ser antecipada a providência cautelar à própria citação (art. 804).

Assim, no sistema do Código, temos:

a) procedimento cautelar com citação prévia e cognição sumária antes do deferimento ou indeferimento da medida; e

b) procedimento cautelar com medida preventiva *initio litis* (*inaudita altera parte*), caso em que, antes da citação e da providência cautelar, pode haver ou não justificação unilateral.

## § 155. PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO CAUTELAR

**Sumário:** 1.010. *Petição inicial.* 1.011. *Requisitos da petição inicial: partes e autoridade judiciária.* 1.012. *Lide e seu fundamento.* 1.013. *Exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão.* 1.014. *Provas a produzir.* 1.015. *O pedido.* 1.016. *Despacho da inicial e citação do requerido.*

### 1.010. Petição inicial

Seja medida antecedente (preparatória) ou incidente, a tutela cautelar será sempre provocada mediante *petição inicial*, que, segundo o art. [801](#) deverá conter as seguintes indicações:

I – a autoridade judiciária, a que for dirigida;

II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

III – a lide e seu fundamento;

IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;

V – as provas que serão produzidas.

Dois requisitos básicos foram omitidos na enumeração legal, mas não podem ser dispensados na prática: o pedido de citação do réu, sem cuja convocação não se aperfeiçoa a relação processual, e o valor da causa, que é inerente a toda ação, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato (art. [258](#)).

Além do significado tributário, pois é sobre ele que se recolhe a "taxa judiciária", o valor da causa pode ter reflexos na determinação da competência, mormente quando a medida cautelar é preparatória ou precedente.

Esse valor, como lembra Lopes da Costa, deve corresponder tanto quanto possível ao valor da causa principal, de maneira que no arresto será o valor da dívida; no seqüestro, nos depósitos, na busca e apreensão, no arrolamento de bens etc., será o valor dos bens; na caução, o valor da garantia; nos alimentos provisionais, o valor anual das prestações, e assim por diante.<sup>(6)</sup>

Quando, porém, a cautela se referir apenas a uma parte do interesse em jogo na ação principal, como no caso de garantia dos frutos do imóvel litigioso, o valor da ação cautelar deverá ser calculado naturalmente, em função do montante do risco a ser prevenido e não de todo o valor do interesse patrimonial em litígio.

### 1.011. Requisitos da petição inicial: partes e autoridade judiciária

Os elementos subjetivos da relação processual – partes e órgão judicial – são requisitos essenciais ao regular e válido ajuizamento da ação. Por isso, é intuitivo que a petição seja endereçada a um órgão judiciário específico (juiz, relator, Tribunal etc.) e deva conter não só o nome das partes, mas sua indispensável individualização, mediante dados completos da qualificação civil de cada um dos litigantes (estado civil, profissão e residência).

Sem essa perfeita individualização das partes não se consegue realizar a citação e não se alcança a certeza subjetiva do vínculo processual.

### 1.012. Lide e seu fundamento

Exige-se, na petição, a designação da lide que será composta no processo principal a que vai servir a ação cautelar (art. [801](#), nº III).

O processo cautelar é instrumental, serve à tutela de outro processo, que a doutrina chama de processo principal ou de mérito.

A lide, que é o conflito de interesse qualificado por pretensão resistida, é objeto imediato não da ação cautelar, mas da ação de



mérito.

Mas como a medida cautelar pressupõe um processo principal, exige o Código que aquele que pretende a tutela instrumental preventiva demonstre a existência ou a probabilidade da ação de mérito. E isto se faz mediante descrição, no pedido de cautela, da "lide e seus fundamentos". Esses fundamentos, com mais precisão, referem-se à ação e não propriamente à lide, que, para sua existência, não reclama fundamento algum.

Do ponto de vista prático, esse requisito legal é atendido mediante indicação da ação principal que a parte pretende propor, com explicitação de suas partes, pedido e *causa petendi*. Mas, nem sempre é obrigatória a designação da ação de mérito por um específico *nomen iuris*, mesmo porque pode ocorrer que o requerente da medida cautelar não tenha ainda definido, com exatidão, o remédio processual de mérito a utilizar. Nesses casos, identificará a lide pela designação da sua pretensão e da resistência que lhe opõe o requerido, indicando apenas o resultado prático que espera alcançar no processo de mérito. Às vezes, por exemplo, o vizinho em conflito com seu confinante, a propósito de limites, não sabe de antemão se vai propor uma reivindicatória ou uma demarcatória. Isso não o inibe, porém, de requerer uma antecipação da prova, caso em que historiará a lide existente e os fundamentos de sua pretensão de recuperar a área invadida, sem, contudo, explicitar, diretamente, o nome da causa principal.

O que se há de procurar é a demonstração a que, genericamente, o *fumus boni iuris* do requerente lhe assegura alguma *ação de mérito*, cuja possibilidade jurídica exista e cuja legitimidade de parte corresponda aos sujeitos da ação cautelar.

A demonstração dos fundamentos, portanto, é, *in casu*, destinada a comprovar a existência das *condições da ação*, de mérito. Se estas inexistirem, o processo principal será inviável e a medida cautelar que lhe é acessória também não terá cabimento.

Da carência de ação, em relação à questão de mérito, decorre automaticamente a carência da co-respectiva ação cautelar.

O requisito de mencionar o autor, na inicial, "a lide e seus fundamentos" não tem razão de ser e é, por isso, expressamente dispensado quando a medida cautelar é requerida incidentalmente, no curso do processo principal (parágrafo único do art. 801). É que então, o direito de ação já foi comprovado pelo seu efetivo exercício.

### 1.013. Exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão

Esse requisito da petição inicial corresponde à enunciação dos fundamentos específicos da pretensão cautelar, pois a tutela preventiva é concedida sempre na pressuposição de dois elementos fundamentais:

I – um interesse processual na eficiente atuação de um processo principal (ou de mérito); e

II – o fundado receio de dano jurídico.

O interesse processual tutelado corresponde ao *fumus boni iuris*, contido no suporte jurídico da pretensão que vai ser deduzida no processo principal.

A "exposição sumária do direito ameaçado", a que alude o art. 801, n° IV, é justamente a forma de evidenciar o interesse processual, representado pelo direito a um processo principal (direito de ação), com um mínimo de viabilidade jurídica.

Às vezes, nem se sabe se tal direito material da parte realmente existe, pois sua comprovação efetiva está ainda a depender do resultado do processo de mérito.

Há, contudo, de se demonstrar na inicial da ação cautelar que o *interesse* do autor, envolvido na lide, é relevante, porque pelo menos em princípio, aparenta conter um "bom direito". É preciso, pois, que a descrição desse direito plausível contenha tais elementos que autorizem a convicção do juiz de que, uma vez formulada a propositura da ação de mérito, sua inicial não merecerá indeferimento liminar, e ao contrário, autorizará o desenvolvimento normal do processo até o definitivo provimento de mérito.

Assim, a "exposição sumária do direito ameaçado", a que alude o art. 801, como um dos requisitos da petição inicial da medida cautelar, corresponde exatamente à demonstração que o autor deve fazer de que ele possui um *interesse* tutelável pela ação principal e que esse interesse merece ser resguardado através de um instrumento hábil até que a solução definitiva do litígio seja alcançada.

Em outras palavras, o autor da ação cautelar terá de comprovar que se encontra na situação de titular do interesse que corresponde ao alegado direito que pretende fazer valer contra o réu no processo principal.

O segundo pressuposto que justifica a tutela cautelar é "o receio de lesão", que deve ser explicitado na inicial, conforme exigência

do art. 801, nº IV.

A reparação normal das lesões jurídicas é obtida pela tutela jurisdicional principal, isto é, pela atividade contida nos processos de cognição e execução. Mas, como a duração temporal do desenvolvimento desses processos pode ensejar modificação irreparável, engendrou-se o remédio da tutela cautelar como expediente para assegurar a estabilidade da situação fática sobre a qual deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva, ou de mérito.

Para gozar dessa tutela especial, não basta à parte demonstrar o interesse que legitima o exercício da ação principal (ou como se fala tradicionalmente: o *fumus boni iuris*). Torna-se necessário demonstrar que, por algum fato, existe o "receio de lesão" ao referido interesse.

Essa lesão receada "é tudo quanto, contra direito, impossibilita ou dificulta a satisfação de um interesse garantido por lei." <sup>(7)</sup>

Não é de se admitir o receio como simples fenômeno subjetivo, pois deve corresponder a uma situação de fato, à luz de dados concretos expostos, ainda que perfunctoriamente, mas com força de demonstrar objetivamente o "fundado receio" de dano ao interesse em jogo.

"Ninguém se previne se não teme um prejuízo. De modo que, sem probabilidade da superveniência de uma lesão, não se concede medida preventiva." <sup>(8)</sup>

#### 1.014. Provas a produzir

O mundo do julgador é o processo, de sorte que o que não está nos autos para o juiz não existe.

Não basta alegar e arrazoar, é indispensável provar no processo que os fatos que justificam a medida judicial invocada são reais.

"Na medida cautelar o juiz não entra no mérito do pedido principal, apenas *julga sobre meros fatos* para a concessão da medida. Assim, a prova que a parte deve fazer é sobre os fatos alegados no seu pedido cautelar e não prova sobre a ação principal, salvo se tão entrelaçados que não possam ser separados" <sup>(9)</sup>

A indicação das provas que deve constar da petição inicial refere-se, portanto, a todos os fatos que se relacionem com os pressupostos da ação cautelar: interesse na solução eficaz e útil da causa principal e receio de lesão em face do *periculum in mora*.

Pela sumariedade do rito das ações cautelares, o autor deve requerer todas as suas provas já na petição inicial, porquanto, de ordinário, não terá outra oportunidade para fazê-lo.

#### 1.015. O pedido

O *pedido*, especificando a medida pretendida, é, também, requisito da inicial e está subentendido no *caput* do art. 801 ("o requerente pleiteará a *medida cautelar*...").

Embora tenha o juiz o poder da fungibilidade em matéria de tutela cautelar, esse poder não faculta à parte postular uma tutela indefinida; ao contrário, pressupõe pedido *certo*, ao qual o juiz, se julgar adequada, *admitirá* oportunamente a alternativa por caução (art. 805) ou por outra medida mais consentânea com o caso dos autos (art. 807).

#### 1.016. Despacho da inicial e citação do requerido

Recebida a petição inicial, o juiz verificará se está em ordem e se cabe a liminar.

É possível o indeferimento *initio litis* nos casos do art. 295, observada a forma do art. 284 e seu parágrafo único.

Sanadas as irregularidades, se as houver, promovida a justificação unilateral, se se fizer necessária, e deferida a medida liminar, se cabível, o juiz mandará que o "requerido" (melhor: réu) seja citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir (art. 802).

Essa citação é feita, nos mesmos termos, "qualquer que seja o procedimento cautelar" (art. 802), isto é, tanto nos casos de

procedimento inominados como nos nominados.

A contagem do prazo de contestação se faz com observância das regras do parágrafo único do art. 802, ou seja:

I – nos casos de prévia citação, conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido;

II – e nos casos de medida deferida liminarmente (com ou sem justificção prévia), a contagem se faz a partir "da execução da medida cautelar".

A redação do inciso II do art. 802 é ambígua e deve ser entendida como se referindo à juntada aos autos do mandado de execução (*quod non est in actis non est in mundo*) e, ainda, pressupondo que o requerido tenha sido intimado da medida preventiva realizada. É intuitivo que prazo nenhum pode correr sem a efetiva ciência do interessado.

Na verdade o inciso II do art. 802 é despidido de sentido prático, pois se a citação é necessária como esclarece o *caput* do mesmo artigo, e o requerente pode promovê-la até cinco dias depois da execução da medida liminar (art. 811, nº II), é claro que somente a contar da citação é que correrá o prazo de defesa. Seria o maior absurdo jurídico admitir, em medidas *inaudita altera parte*, a fluência do prazo de resposta antes da convocação do réu para defender-se ou de sua ciência sobre a pretensão do autor.

O que ocorre, na prática, é que o juiz, ao deferir a medida liminar, determina, a um só tempo, a execução da providência cautelar e a citação do réu, devendo os atos processuais realizarem-se em sucessão imediata: primeiro cumpre-se a medida preventiva e, em seguida, a citação, tudo por meio de um único mandado, ou de dois mandados simultâneos.

## § 156. RESPOSTA DO REQUERIDO E AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

**Sumário:** 1.017. A defesa do requerido. 1.018. Contestação, exceção e reconvenção. 1.019. Revelia. 1.020. Audiência de instrução e julgamento.

### 1.017. A defesa do requerido

Em qualquer procedimento cautelar, nominado ou inominado, há, em regra, a possibilidade de contestação e exceção.

Até nas antecipações de prova (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*) verifica-se, agora, a viabilidade de opor-se o réu à pretensão do autor, não para discutir o direito material em litígio, já que isto só será realmente possível no curso da ação principal; mas para opor ao requerente questões ligadas diretamente à pretensão cautelar, como, por exemplo, a desnecessidade do adiantamento da prova, a carência da ação por ilegitimidade de parte, a incompetência do juízo ou a suspeição do juiz, ou qualquer outra preliminar.<sup>(10)</sup>

Nos protestos, notificações e interpelações (art. 871), no protesto e apreensão de título (art. 882) e na justificção (art. 865) não há lugar para contestação, porque, na verdade, não representam ações cautelares esses procedimentos conservativos, sendo até mesmo indevida sua inclusão dentre as medidas do processo cautelar.

### 1.018. Contestação, exceção e reconvenção

Embora o Código, nos arts. 802 e 803, só fale em *contestação*, é claro que, no prazo de defesa, o réu poderá, também, oferecer *exceções* de incompetência, impedimento ou suspeição, na forma disciplinada nos arts. 304 a 314.

A contestação será formulada em petição que observará as formalidades e requisitos dos arts. 300 a 303. E as exceções serão elaboradas em petição separada, com observância dos arts. 304 a 314, com autuação própria, em apenso à medida cautelar (art. 299).

Quanto à *reconvenção*, é remédio processual incabível nos limites do processo cautelar,<sup>(11)</sup> eis que não se destinando à discussão sobre o mérito da controvérsia, "não há direito de base oponível",<sup>(12)</sup> isto é, no direito material que se possa pretender opor por via reconvençional ao autor da ação cautelar.

Por outro lado, não se pode cogitar de pedir providências cautelares contra o autor por meio de reconvenção, porque diante da fungibilidade dessas medidas e do poder que tem o juiz de impor contracautela (caução), até de ofício, o réu pode requerer providências da espécie na própria contestação.

Ademais, a urgência é o traço mais marcante de toda prestação jurisdicional cautelar. Formulado o pedido de determinação

providência preventiva devem seu processamento e solução dar-se no mais curto espaço de tempo possível. A reconvenção, por isso, apresenta-se como incidente incompatível com a sumariedade do procedimento cautelar, mesmo quando verse sobre outras pretensões também cautelares.

Há ainda que se recordar que a ação cautelar não induz litispendência nem faz coisa julgada, de sorte que as partes sempre encontram abertas as portas do pretório para requerer, em ações novas e autônomas, quaisquer medidas de prevenção, que entendam pertinentes e necessárias. Mas essa faculdade, naturalmente, não pode redundar em tumulto ou embaraço de procedimentos cautelares já ajuizados e em tramitação.

#### 1.019. Revelia

A não contestação do pedido importa *revelia* ou *contumácia*, que é a não desincumbência do ônus que toca ao réu de comparecer em juízo para defender-se.

O réu não tem propriamente *obrigação* de defender-se, mas tem o *ônus* de defender-se. E se não se desincumbe dele, deixando de contestar a pretensão do autor, "sofre no seu interesse, e esse sofrimento é precisamente chamado efeito da revelia. Esses efeitos são de ordem processual e às vezes de ordem substancial", como lembra José Olympio de Castro Filho.<sup>(13)</sup>

No caso do processo cautelar, a revelia do demandado provoca:

##### a) Efeitos processuais:

- 1) O processo correrá sem audiência do réu, isto é, sem as intimações a ele dos atos processuais (art. 322); e
- 2) será julgado em cinco dias, independentemente de instrução ou dilação probatória (art. 803, *in fine*);

##### b) Efeitos substanciais:

Todos os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como *verdadeiros* (art. 803).

A revelia não impede, porém, que o demandado venha, em qualquer fase, a intervir no processo, que será recebido por ele "no estado em que se encontra" (art. 322).

#### 1.020. Audiência de instrução e julgamento

O rito sumário das ações cautelares prevê a realização de audiência de instrução e julgamento, mas sua ocorrência nem sempre se dará em todos os casos processados em juízo.

Assim, quando houver contestação no prazo legal e a matéria discutida for daquelas que reclamam prova oral, o juiz, necessariamente, designará a audiência (art. 803, parágrafo único).

Essa audiência, tal como se passa com o processo principal, compreenderá a tentativa de conciliação (art. 447), a coleta dos elementos de convicção (depoimentos de testemunhas e de partes, bem como esclarecimentos periciais, se houver), o debate oral, e ainda a prolação da sentença.

Se, porém, ocorrer revelia, ou se a controvérsia provocada pela contestação girar apenas em torno de questões de direito ou, ainda, se inexistirem provas orais a colher, lugar não haverá para a audiência de instrução e julgamento. O juiz, então, logo após a fase de postulação, proferirá sua sentença, sem mais diligências.

### § 157. MEDIDA LIMINAR E CONTRACAUTELA

**Sumário:** 1.021. Medida cautelar "inaudita altera parte". 1.022. Comprovação dos requisitos da medida liminar. 1.023. Contracautela.

#### 1.021. Medida cautelar "inaudita altera parte"

Incluir-se entre os poderes atribuídos ao juiz do processo cautelar, seja nos procedimentos específicos, seja no exercício do poder geral de cautela, a faculdade de conceder a medida de segurança previamente, ou seja, antes da citação do promovido (Código de Processo Civil, art. [804](#)).

As medidas cautelares representam, quase sempre, restrições de direito e imposição de deveres extraordinários ao requerido.

Reclamam, por isso, demonstração, ainda que sumária, dos requisitos legais previstos para a providência restritiva excepcional que tendem a concretizar, requisitos esses que devem ser apurados em contraditório segundo o princípio geral que norteia todo o espírito do Código.

Muitas vezes, porém, a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente a acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco.

Atento à finalidade preventiva do processo cautelar, o Código permite ao juiz conceder medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804).

Essas medidas excepcionais podem ser autorizadas, tanto na ação cautelar *incidente* como na *precedente* e não dispensam a demonstração sumária dos pressupostos necessários para a tutela preventiva.

Segundo a Lei nº 7.969, de 22.12.89, aplica-se às medidas cautelares o disposto nos arts. 5º, e seu parág. único, e [7º](#) da Lei nº 4.348, de 26.06.64. Isto quer dizer que:

a) não haverá medida liminar quando a ação cautelar tiver como objeto *reclassificação* ou *equiparação* de servidores públicos (Lei nº 4.348, art. [5º](#));

b) nem quando versar sobre concessão de aumento ou extensão de vantagens a ditos servidores (Lei nº 4.348, art. 5º, parág. único);

c) o recurso voluntário, ou *ex officio*, nos casos acima, terá efeito *suspensivo*, de maneira que a sentença final da ação, cautelar somente será executada após o trânsito em julgado (Lei nº 4.348, art. 7º).

Também a Lei nº 8.076, de 23.08.90, que cuida da política econômica do Governo de combate à inflação, previu novas hipóteses de vedação de medidas liminares tanto em mandado de segurança, como em ações cautelares.

Já a Lei nº 8.437, de 30.06.92, cuidando especificamente de medidas cautelares contra atos do Poder Público, determinou, entre outras disposições, que:

a) não caberá liminar em ação cautelar contra o Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º, *caput*). Exs.: Leis nºs 4.348, de 26.06.64, e 8.076, de 23.08.90;

b) não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (art. 1º, § 1º);

c) não será admissível liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º);

d) caberá ao presidente do tribunal, ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar nas ações cautelares intentadas contra o Poder Público, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º);

e) comportará agravo, no prazo de cinco dias, a decisão do presidente, tanto no caso de conceder ou negar a suspensão da liminar (art. 4º, § 3º);

f) as regras sobre suspensão de liminar aplicar-se-ão também à sentença da ação cautelar inominada contra o Poder Público (art. 4º, § 1º).

#### **1.022. Comprovação dos requisitos da medida liminar**

Para deferir-se a medida liminar a cognição sumária dos seus pressupostos pode ser feita à luz de elementos da própria petição

inicial, ou, se insuficientes, de dados apurados em justificação prévia, unilateral, produzida pelo requerente, sem a ciência da parte contrária.

"Essa cognição prévia é incompleta; não dispensa a instrução sumária posterior, em contraditório."(14)

A justificação prévia, quando necessária, não é um procedimento em separado, mas sim parte integrante da própria medida cautelar proposta, como um simples ato de "fluxo normal do processo."(15)

A sumariade de conhecimento inicial nessas medidas não se confunde, porém, com puro arbítrio, do julgador. Não apraz à lei "prodigar medidas preventivas" sem atentar para seus específicos pressupostos, mormente sem sequer ouvir a outra parte interessada. De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 804 só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada.

A medida *inaudita altera parte*, todavia, não exclui a contenciosidade do procedimento, não afetando, por isso mesmo, o direito de defesa do requerido. Uma vez realizada a providência de urgência, o promovido será citado e terá oportunidade de contestar a ação, competindo ao juiz, afinal, decidir a pretensão cautelar, segundo o que restar provado nos autos. A medida tomada liminarmente, assim, será mantida ou cassada, conforme o que se apurar na instrução da causa.

Sendo a tutela cautelar *initio litis* um direito da parte, quando reunidos os seus pressupostos legais, não pode o juiz tratá-la como se fosse objeto de sua discricionariedade. Quer concedendo-a, quer denegando-a, resolve questão incidente e, assim, profere decisão interlocutória a desafiar recurso de agravo, e não simplesmente despacho de expedição irrecorrível.(16)

### 1.023. Contracautela

Atribui o art. 804 ao juiz, que defere a medida liminar, o poder de impor ao requerente a prestação de uma caução, que pode ser real ou fidejussória, e que tem o fito de ressarcir qualquer prejuízo que a providência cautelar possa, eventualmente, acarretar ao requerido, a quem nem sequer se facultou, ainda, o direito de se defender.

A proteção cautelar, como se tem procurado demonstrar, dirige-se predominantemente ao interesse público de preservar a força e utilidade do processo principal para o desempenho da missão de promover a justa composição da lide.

Por isso, não é ela apanágio do promovente da ação cautelar. Muitas vezes, o juiz, ao conceder a garantia pleiteada pelo requerente, sente que também o requerido pode correr algum risco de dano, também merecedor de precaução processual.

Para contornar tais situações, existe a figura da *contracautela*, segundo a qual o juiz, ao conceder determinada providência cautelar a uma parte, condiciona a consecução da medida à prestação de caução, a cargo do requerente (Código de Processo Civil, arts. 799 e 804).

Essa contracautela é de imposição *ex officio* pelo juiz, mas nada impede que seja provocada por requerimento do promovido, se houver inércia do magistrado.

O cabimento da caução é viável tanto perante as medidas específicas como diante das inespecíficas.

Com a contracautela, o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco.(17)

Note-se que a contracautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício dependerá da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa a acautelar.

Trata-se, na verdade, de um grande remédio colocado nas mãos do juiz para agilizar a pronta prestação da tutela preventiva. Assim, nos casos de dúvida ou insuficiência de provas liminares, o juiz, ao invés de indeferir a medida de urgência, deverá, na sistemática da contracautela, impor ao requerente a prestação da competente caução.(18)

É importante observar, contudo, que essa prestação liminar de caução favorece o deferimento *initio litis* da medida cautelar, mas não dispensa o requerente do ônus de provar os fatos constitutivos dos requisitos legais da tutela cautelar, na fase instrutória do processo, se seu pedido vier a ser contestado.

Capítulo XLVII - SENTENÇA E EXECUÇÃO EM PROCESSO CAUTELAR  
§ 158. SENTENÇA CAUTELAR

**Sumário:** 1.024. *Julgamento da pretensão cautelar*. 1.025. *Coisa julgada*. 1.026. *Limites da sentença*. 1.027. *Fundamentação*. 1.028. *Sucumbência e honorários advocatícios*.

**1.024. Julgamento da pretensão cautelar**

A medida cautelar pode ser obtida liminarmente, por força de decisão interlocutória, ou, afinal, em decorrência da sentença que encerra o processo e acolhe o pedido do requerente.

Com ou sem medida liminar, o certo, porém, é que o processo cautelar é de natureza contenciosa e, assim, nunca se pode encerrar sem uma sentença que reconheça a procedência ou improcedência do pedido, salvo, é claro, nas hipóteses de extinção por deficiência ou falta de condições de ação ou de pressupostos processuais.

Há, pois, que se cumprir o itinerário completo das fases procedimentais, que se iniciam com a postulação e só se exaurem com o julgamento.

A sentença cautelar está legalmente prevista no art. [803](#), e para ela há também previsão expressa do recurso de apelação, com o efeito apenas devolutivo (art. [520](#), n° IV).

**1.025. Coisa julgada**

A coisa julgada *material*, na sistemática de nosso Código de Processo Civil, é o fenômeno pelo qual a sentença de *mérito* torna-se imutável e indiscutível, seja no processo em que foi prolatada, seja em qualquer outro que venha futuramente a ser instaurado entre as mesmas partes ou seus sucessores (Código de Processo Civil, arts. [467](#) e [468](#)).

Uma vez que o processo cautelar não cuida de solucionar a lide, nele não há decisão de mérito, de maneira que não se pode cogitar de coisa julgada *material* diante do deferimento ou indeferimento das medidas cautelares. Aqui, portanto, a coisa julgada *formal* é a única que se manifesta, como decorrência do encerramento da relação processual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação recursal.

Além da ausência de julgamento de mérito, a *provisoriidade* é de essência da tutela cautelar, de sorte que, a qualquer tempo, mesmo depois da sentença que formalmente encerra o processo de prevenção, sempre é possível ao juiz, em nova relação processual, rever a medida já deferida, quer para modificá-la, quer para revogá-la (Código de Processo Civil, art. [807](#)).

Num único caso a sentença do processo cautelar adquire a autoridade da coisa julgada *material*: é quando, excepcionalmente, o juiz, entrando no mérito da controvérsia existente entre os litigantes, acolhe, desde logo no julgamento da pretensão preventiva, a exceção material de prescrição ou decadência; nos termos do art. [810](#) do Código de Processo Civil.

Advirta-se, porém, que as questões relativas à prescrição, em matéria patrimonial, não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz (Código Civil, art. [166](#)); de modo que a decretação de que cogita o art. 810 do Estatuto Processual só pode ocorrer mediante provocação adequada do réu.

**1.026. Limites da sentença**

Em razão da predominância do interesse público – pois a medida cautelar se destina a servir a outro processo e não diretamente ao direito da parte –, e diante do princípio da fungibilidade dos provimentos de segurança, não configura decisão *extra petita*, a sentença que defere providência cautelar diversa da postulada pela parte.<sup>(1)</sup>

**1.027. Fundamentação**

Segurança não é sinônimo de arbítrio. O juiz não está, por isso, dispensado de fundamentar a sentença cautelar, que intrinsecamente deve conter todos os requisitos essenciais preconizados pelo art. [458](#): relatório, fundamentação de fato e direito e dispositivo.<sup>(2)</sup>

A instrução sumária que é própria do processo cautelar não necessita gerar para o juiz, a *certeza* de todos os fatos articulados pelo autor, mas deve dar-lhe a idéia da plausibilidade do perigo de dano, levando o julgador a admitir como provável a ocorrência de dano iminente.

Esse juízo há de ser demonstrado com argumentos lógicos na sentença concessiva da medida cautelar.

#### 1.028. Sucumbência e honorários advocatícios

No processo de conhecimento, é obrigatório a inclusão na sentença de dispositivo que condene a parte vencida a pagar as custas e os honorários advocatícios dispendidos pela parte vencedora (art. 20). No mesmo sentido, prevalece no processo executivo a regra de que a remição da execução só se faz mediante resgate do principal da dívida exequenda, acrescido de juros, custas e honorários advocatícios (art. 651).

Séria, no entanto, tem sido a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da imposição de honorários advocatícios ao sucumbente na ação cautelar.

Os que defendem a aplicação completa das regras da sucumbência ao processo cautelar partem do princípio de que, no caso, existe uma *ação*, diversa e autônoma, que não se confunde com a ação principal, tanto que uma mesma parte pode sair vencedora na ação cautelar e vencida na ação principal, ou vice-versa.

A corrente que nega a possibilidade de imposição da verba advocatícia nos procedimentos cautelares baseia-se, a seu turno, no fato de que tais procedimentos seriam meros incidentes do processo principal, onde não se julga o mérito, mas apenas prepara-se o terreno para tal julgamento. Assim, na solução do mérito, isto é, na ação principal, é que se daria aplicação às regras pertinentes à sucumbência.

As duas correntes são extremadas.

O certo é que as ações cautelares não são simples incidentes do processo principal, seja porque seu fundamento e seu objetivo nada têm que ver com iguais elementos do processo principal, seja porque o processo cautelar pode existir e ser julgado antes do principal, não ficando descartada a possibilidade de que este, na realidade, jamais venha a ser proposto; seja porque a solução de um deles, em regra, não influi no julgamento do outro.

Havendo, portando, inegável autonomia lógica e jurídica entre os dois procedimentos (pois o vínculo existente entre eles é apenas instrumental), parece-me claro que o sucumbente em cada um deles terá de arcar com as consequências completas de sua derrota processual, assumindo a responsabilidade integral pelas custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária.

Na própria lei encontra-se dispositivo expresso em que se revela a intenção do legislador de incluir a verba advocatícia entre as responsabilidades do vencido no procedimento cautelar. Trata-se do art. 819 do Código de Processo Civil, onde se prevê que a suspensão de execução do arresto, quer por meio do pagamento da dívida, quer por meio de caução, deve compreender recolhimento ou depósito do principal, custas e honorários advocatícios, que o juiz arbitrar.

Mas o que não se pode deixar de observar é que a *disputa judicial* em torno de uma providência cautelar é sempre objeto de *ação*, como sinônimo de pretensão contenciosa gerada de *processo cautelar*.

As medidas cautelares, porém, nem sempre são alcançadas por via contenciosa, já que muitas vezes são requeridas e concretizadas sem qualquer disputa entre os interessados. Pode até acontecer que ambas as partes tenham igual interesse na providência preventiva que apenas uma delas tomou a iniciativa de requerer.

Na vida prática do foro é muito fácil encontrar inúmeros casos de vistorias, seqüestros, depósitos, suspensão de atos ou efeitos jurídicos de certos atos etc., que, após o requerimento formulado por uma parte não provocam relação contenciosa com o adversário.

É que inexistindo um litígio a dirimir no bojo do procedimento preventivo, e mesmo porque inexistente um direito substancial de cautela, que tenha de estar em controvérsia para autorizar a tutela cautelar, muitas vezes o pedido de providência preventiva assume feição unilateral, provocando procedimento de natureza mais administrativa que jurisdicional.

Cumprido, pois, distinguir entre a medida cautelar e o processo cautelar. Medida cautelar ocorre sempre que se defere qualquer providência de prevenção em face do objeto e demais elementos do processo principal.

Mas processo cautelar, como procedimento verdadeiramente contencioso, só ocorre quando o pedido de medida cautelar é contestado pelo promovido.

Aí sim, estabelecido um conflito efetivo de interesses no campo da tutela preventiva, em razão da resistência do adversário, teremos uma relação processual capaz de provocar a configuração de parte vencedora e parte vencida, ao final do procedimento. E, em



consequência, teremos os consectários da sucumbência processual, previsto no art. 20 do CPC, ou seja, a imposição ao sucumbente da condenação nas custas do processo e honorários advocatícios da parte vencedora.

A imposição da verba advocatícia ao vencido fica na dependência de verificar no caso concreto, se houve, ou não, uma *ação cautelar* no sentido próprio, isto é, como disputa contenciosa em torno de uma providência preventiva.

Sem a *lide cautelar* (isto é, sem o conflito de interesses em torno da providência preventiva), não há *ação cautelar*, mas apenas *medida cautelar*. E não havendo *lide* (o que, praticamente, se revela pela falta de contestação ao pedido do provimento preventivo), não haverá, também, *sucumbência*, o que exclui a condenação de custas e honorários advocatícios.

Feitas estas distinções, parece-me inegável que, sendo contenciosa a ação cautelar, haverá de o vencido sujeitar-se à regra dos ônus da sucumbência, ficando obrigado a reembolsar o vencedor não só das despesas de custas como dos honorários advocatícios. Isto ficou, aliás, bem claro no sistema do Código, quando o art. 819, n<sup>os</sup> I e II, ao cuidar da suspensão da execução do arresto, exigiu que, para tanto, deveria o requerido pagar, consignar ou caucionar "a dívida, honorários do advogado do requerente e custas".

Em síntese:

a) se a tutela cautelar limita-se ao plano de uma simples medida cautelar, de cunho administrativo, não há sucumbência; o requerente paga as custas e não há condenação pertinente a honorários;

b) mas se o pedido cautelar é objeto de contestação e o procedimento (seja preparatório, seja incidental) torna-se contencioso, então o vencido terá de responder por custas e honorários de advogado, perante o vencedor, sem ter de aguardar o resultado do processo principal, em face da autonomia jurídica existente entre ambos.

## § 159. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

**Sumário:** 1.029. Execução em matéria cautelar. 1.030. Figura unitária do processo cautelar. 1.031. Impossibilidade de embargos à execução. 1.032. Prazo para executar a medida cautelar.

### 1.029. Execução em matéria cautelar

Há medidas cautelares restritivas de direito, constritivas de bens e simplesmente conservativas de bens, provas ou direitos.

As medidas conservativas como a antecipação de provas, exaurem em si mesmas toda a sua finalidade. Nada há que se realizar após a ulatimação da sentença final que não passa de mero provimento de extinção processual sem qualquer carga de imposição de ônus ou dever à parte.

Certas medidas restritivas de direito são também de caráter constitutivo e realizam sua finalidade por si mesmas, como a que suspende a eficácia de uma deliberação social ou autoriza um cônjuge a deixar provisoriamente a companhia do outro.

Há, no entanto, sentenças ou decisões cautelares que participam da natureza das condenações, e, embora de eficácia provisória, reclamam execução.

Não se trata, porém, de execução no sentido técnico e específico como a que se dá no verdadeiro processo de execução (Livro II, do Código), que visa a satisfazer uma pretensão a que reconhecidamente tem direito o credor, de modo que, em última análise, o processo estaria tutelando o próprio direito da parte.

Na execução cautelar, ao contrário, como de resto, em todo o processo cautelar, o que se encontra é um conteúdo muito diferente, voltado exclusivamente para a segurança de outro processo, sem cuidar de satisfazer ou proteger um direito de qualquer das partes.

### 1.030. Figura unitária do processo cautelar

Mesmo quando a medida preventiva admite execução forçada, não se pode, ordinariamente, distinguir um processo cautelar de cognição de um processo cautelar de execução. Na maioria dos casos a estrutura do procedimento é tal que a atuação da medida é parte do procedimento e que a fase de cognição não se separa da fase de atuação ou execução.

O arresto e o seqüestro, os mais usuais provimentos cautelares, podem ser executados antes da fase de cognição e quando são posteriores a ela não reclamam qualquer procedimento especial, pois resumem-se na expedição de um mandado para cumprimento

da sentença.

Isto porque a ação cautelar, que não é remédio para composição de litígio, tende diretamente à constituição do estado de segurança ou prevenção, de modo que a medida cautelar é parte integrante do seu próprio procedimento ou simples fase dele.(3)

Diversamente da dicotomia que existe entre o processo de conhecimento e o processo de execução, onde, em torno de uma mesma pretensão de direito material, se estabelecem sucessivamente duas relações jurídicas processuais, no processo cautelar o *conhecer* e o *realizar* se operam numa única relação processual.

Estabelecida, pois, a relação processual cautelar, a atuação do juiz só se exaure quando sua ordem de prevenção seja efetivamente cumprida. Toda a atividade cautelar, desde a definição do direito da parte à prevenção até a execução da tutela preventiva, tudo isto se faz num só processo, numa única relação processual.(4)

#### **1.031. Impossibilidade de embargos à execução**

A execução de medida cautelar não é, como se frisou, execução forçada de sentença, é apenas "movimento processual", ou "situação processual", indispensável a que o processo cautelar se desenvolva e cumpra sua razão de ser.(5)

Por conseguinte, impossível se mostra a oposição de embargos a essa execução, já que inexistente execução forçada em sentido técnico.(6) Qualquer pretensão contrária à medida cautelar determinada em sentença só poderá ser deduzida em juízo através do processo principal, ou por meio do procedimento contencioso separado de modificação ou revogação pelo art. 807 (v., adiante, o nº 1.046).

Apenas no caso de alimentos provisionais, existe uma verdadeira execução forçada, regulada pelos arts. 732 a 735, que se impõe na espécie porque a medida cautelar em tela mais se apresenta como uma condenação antecipada (provisória) do pedido, do que propriamente uma providência de segurança ao processo, como as demais medidas cautelares.

#### **1.032. Prazo para executar a medida cautelar**

Existe, na lei, um prazo de eficácia do decreto de medida cautelar, dentro do qual deve ser a providência tornada efetiva, prazo esse que, obviamente, tem aplicação apenas aos casos de medidas restritivas de direito e constritivas de bens.

Segundo o art. 808, nº II, as medidas cautelares devem ser postas em execução no prazo de trinta (30) dias, prazo que, naturalmente, deve ser contado do decreto que a determinou.

Trata-se de prazo fatal, de sorte que com o simples decurso dele a ordem judicial preventiva deixa de ser realizável e eficaz.(7)

A estipulação de tal prazo decorre do caráter excepcional e emergencial com que se decreta a tutela cautelar. Se a parte beneficiária dela não cuida de concretizá-la, deixando escoar longo tempo, presume-se que a situação de perigo desapareceu e não convém manter o requerido indefinidamente, sob a ameaça de restrições e constrangimentos de necessidade duvidosa.

FLUXOGRAMA Nº 38: PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM  
(arts. 802-803)



## Capítulo XLVIII - VICISSITUDES DAS MEDIDAS CAUTELARES

### § 160. FUNGIBILIDADE

**Sumário:** 1.033. *Fungibilidade das medidas cautelares.* 1.034. *A fungibilidade como evidência da verdadeira natureza do processo cautelar.* 1.035. *Condição de admissibilidade da caução substitutiva.* 1.036. *Procedimento.*

#### 1.033. Fungibilidade das medidas cautelares

Dispõe o art. 805 que "a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente" (redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94).

Com esse dispositivo o Código adotou o princípio da *fungibilidade* das medidas cautelares.

Com o exercício da ação cautelar, a parte provoca a atividade jurisdicional preventiva do Estado, mas, por não corresponder ela à realização de um direito material de cautela (como ocorreria nas hipóteses de garantias reais), o interessado, em regra, não tem especificamente o direito subjetivo a uma determinada prestação.

Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal.

O interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo *genérico* à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por *caução*, sempre que esta for meio adequado para, *in concreto*, cumprir a missão que toca à tutela cautelar.

#### 1.034. A fungibilidade como evidência da verdadeira natureza do processo cautelar

A *fungibilidade* das medidas preventivas (art. 805) e a admissibilidade da contracautela como poder inerente à atividade do órgão que realiza a tutela cautelar (art. 804), são características que tornam imprestável o superado conceito da cautela como antecipação provisória da satisfação do direito substancial. Como bem adverte Pestana de Aguiar, se a caução ataca ou neutraliza a eficácia da medida liminar, a que substitui, não é possível ver nela a natureza de antecipação provisória. "E com mais razão podemos concluir no mesmo modo quanto à caução prevista no art. 804, a favor do requerido que teve a medida contra si deferida."(1)

Isto tudo torna evidente a procedência da lição de Carnelutti de que as medidas cautelares servem ao *processo* e não ao *direito substancial* dos litigantes.

Se uma caução, qualquer que seja ela, tem força para eliminar a situação de perigo que ameaça a eficácia do processo principal, o juiz tem de preferir essa caução à outra providência específica que tenha sido concretamente requerida pelo promovente.

O que se busca, com toda evidência, é a tutela do processo principal, e não o direito subjetivo da parte a essa ou aquela providência de segurança.

#### 1.035. Condição de admissibilidade da caução substitutiva

Para admitir a fungibilidade autorizada pelo art. 805, é claro que o juiz deverá ater-se à idoneidade da caução para substituir a medida inicialmente deferida.

"Assim, os alimentos provisionais concedidos não podem em nenhuma circunstância ser substituídos por caução. Se tal se permitisse, estaria desnaturada a função cautelar, pois a contracautela não evitaria a lesão irreparável a ser sofrida pelo alimentando. O mesmo, de certo modo, se daria na produção antecipada de provas, nas interpelações, notificações e protestos, dentre outros exemplos, pela própria essência de seu fim cautelar."(2)

A idoneidade da caução, nos termos do dispositivo apreciado, reclama, pois, a concorrência de *adequação* e *suficiência* da medida substitutiva.

Por *adequação* compreende-se a aptidão genérica da caução para desempenhar garantia da mesma natureza da medida anterior, ou seja, com a mesma eficiência substancial. Assim, para garantir uma execução por quantia certa, a caução de dinheiro ou de outro valor patrimonial, tem a mesma eficiência prática que o arresto. Mas, se a medida anterior fosse de caráter não patrimonial (tutela cautelar, por exemplo, de pessoa, de prova, ou de coisa infungível), faltaria, obviamente, a adequação da caução para substituí-la.

Por *suficiência* da caução entende-se a sua expressão quantitativa, isto é, o volume apto para, em concreto, cobrir o valor do risco de prejuízo acobertado. Assim, nas medidas de natureza econômica, a caução é sempre *adequada*, mas cumpre também que seja consubstanciada em valor *suficiente*.

#### 1.036. Procedimento

A substituição reclama processo especial(3) e será examinada e solucionada em autos apensados aos da medida cautelar decretada. Não pode o juiz admiti-la sem prévia audiência da parte contrária, pois esta, como é óbvio, poderá ter objeções de ordem prática a fazer quanto à eficiência da cautela no caso concreto ou quanto à idoneidade ou suficiência da garantia oferecida.

Pode até surgir um contraditório incidental que reclamará provas como a documental (título de domínio, negativa de ônus etc.) e a avaliação do bem a caucionar.

Isto tudo será processado sumariamente, conforme o rito dos arts. 826 a 838, mas de modo a resguardar a segurança do processo cautelar e a eficiência de seus objetivos.

A caução substitutiva, naturalmente, pode ser *real* (bens móveis ou imóveis) ou *fidejussória* (fiança), como ocorre com todas as

cauções, de maneira geral (art. [826](#)). E uma vez deferida há de ser reduzida a termo nos autos, confiando-se os bens, se forem corpóreos, à guarda de depositário.

A substituição da medida decretada por caução, finalmente, não suspende nem interrompe o prazo em curso para ajuizamento da ação principal (art. [806](#)).(4)

## § 161. EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR NO TEMPO

**Sumário:** 1.037. *Prazo ordinário de duração da medida cautelar.* 1.038. *A medida preparatória e o prazo de ajuizamento da ação principal.* 1.039. *Inobservância do prazo de ajuizamento da ação principal.* 1.040. *Conclusão.* 1.041. *Suspensão do processo.*

### 1.037. Prazo ordinário de duração da medida cautelar

A medida cautelar é essencialmente temporária e provisória. Nasce sem o cunho da definitividade, pois visa servir à solução prática e eficiente de outro processo, esta sim *definitiva*.

Vinculam-se, pois, os destinos dos dois processos, já que a existência do instrumental pressupõe a do principal. Por conseguinte deve, em princípio, durar a medida cautelar, enquanto estiver sendo útil ao processo principal.

Atingido o objetivo visado, o processo principal terá consumado toda a prestação que dele poderia esperar a parte e as medidas cautelares, eventualmente deferidas ao longo de seu curso, estarão exauridas, naturalmente.

O limite de eficácia da medida cautelar é, pois, o da utilidade desta para o processo de mérito.

Há, no entanto, certas vicissitudes que acarretam sua prematura extinção, como veremos adiante.

### 1.038. A medida preparatória e o prazo de ajuizamento da ação principal

Porque não pode a parte eternizar, a seu bel-prazer, a medida cautelar que obteve, antes mesmo de propor a ação principal, marque-lhe a lei um prazo dentro do qual o juízo de mérito terá de ser instaurado.

Esse prazo, de acordo com o art. [806](#), é de trinta dias, e tem caráter de *fatal* ou *peremptório*, o que quer dizer que se mostra improrrogável.

Mas, por ser fatal esse prazo processual, nem por isso deixará de suspender-se nas férias forenses, se a ação principal a ajuizar não for daquelas que correm durante o recesso do foro.

É preciso não confundir a decadência, como figura do direito material, com a preclusão ou peremptoriedade, figura de direito processual. Num caso e noutro há prazos fatais, mas na sistemática do direito processual, mesmo os prazos fatais ou peremptórios, como aqueles ligados à formação da coisa julgada, não correm nas férias. Em processo, a peremptoriedade está ligada apenas à impossibilidade de prorrogação por acordo de partes ou deliberação do juiz.

O prazo do art. 806 é, outrossim, contado não da decisão que defere a medida mas da data de sua *efetivação*, conforme faz claro o citado art. 806.

Assim, nas medidas deferidas liminarmente, não tem relevância a data da sentença que julgar procedente a ação cautelar, pois o prazo para ajuizamento da ação principal fluirá a partir da execução da providência preventiva.

### 1.039. Inobservância do prazo de ajuizamento da ação principal

Se a ação principal não é proposta nos trinta dias seguintes à efetivação da medida, esta automaticamente perde sua eficácia, independentemente de outra ação ou de sentença para revogá-la. Extingue-se *ipso jure*.(5)

O prazo extintivo de eficácia refere-se naturalmente àquelas medidas de caráter restritivo de direitos ou de constrição de bens, pois nos provimentos meramente conservativos (justificações, protestos, interpelações e notificações) e nos de antecipação de provas (vistoria e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*) não tem, como é óbvio, nenhuma influência o prazo do art. [806](#). Em tais casos, o fato provado ou a pretensão resguardada ou conservada não desaparecem nem se tornam inócuos pelo simples fato de não ser a

ação proposta nos trinta dias seguintes à realização da medida preventiva.

Por isso, "essas medidas preventivas, mesmo preparatórias e necessárias, estão isentas de prazo." <sup>(6)</sup>

#### 1.040. Conclusão

Se a medida for deferida antes do ajuizamento da ação principal, sua eficácia, inicialmente, perdurará pelo prazo de trinta dias a que se refere o art. [806](#).

Qualquer que seja, contudo, o momento do deferimento, desde que observado o prazo do art. 806, se não houver extinção, revogação ou substituição, sua eficácia perdurará enquanto pender o processo principal, conforme dispõe o art. [807](#).

Na verdade, a eficácia muitas vezes deve ultrapassar a pendência da ação, como no caso do seqüestro do bem litigioso, quando a ação reivindicatória é julgada procedente. É claro que esse seqüestro deve subsistir além da ação principal para garantir a subsequente execução.

O próprio arresto, se obtido com base em sentença condenatória ilíquida (art. [814](#), parágrafo único), não se transforma automaticamente em penhora, com o simples trânsito em julgado da decisão de mérito. Encerrado o processo, terá o vencedor de propor outra ação – a de liquidação – e mesmo depois de liquidada a condenação, ainda terá de ajuizar a ação de execução; e só depois da citação do executado é que será possível a conversão do arresto em penhora. É lógico que até então deverá subsistir o arresto.

É claro, porém, que se as mesmas ações (a de reivindicação e a de condenação) fossem julgadas improcedentes, a eficácia do seqüestro ou do arresto desapareceria com o encerramento da causa principal.

Então é lícito concluir que, na realidade, "a medida cautelar *tem efeito enquanto for idônea*", <sup>(7)</sup> isto é, enquanto estiver cumprindo a missão para a qual foi deferida, perdurando, nos casos de sentença de mérito favorável "até ser substituída pelo ato processual que ela visa garantir." <sup>(8)</sup>

O que se impõe admitir é que, em situações como as exemplificadas, o seqüestro e o arresto, quando deferidos, já visavam a outro processo principal além do de cognição, então existente. Sua destinação maior, desde a origem, era assegurar o futuro processo de execução que só adviria depois da sentença do processo de conhecimento. Daí a continuidade de efeitos da medida cautelar, mesmo após a extinção do primeiro processo principal (o de conhecimento), que era apenas veículo ou caminho para chegar-se ao realmente protegido pela tutela cautelar.

#### 1.041. Suspensão do processo

A suspensão do processo (cautelar ou principal) pelos motivos admitidos em lei (arts. [265](#) e [791](#)) não afeta, por si só, a eficácia das medidas cautelares já deferidas. Ressalva-se, porém, a possibilidade de decisão judicial expressa em sentido contrário (art. [807](#), parágrafo único).

Embora a suspensão importe proibição de praticar qualquer ato processual, não impede o exercício da pretensão à tutela cautelar, sendo lícito, durante a sua duração a efetivação de providências cautelares urgentes tanto no regime do processo de cognição (art. [266](#)) como no de execução (art. [793](#)).

### § 162. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

**Sumário:** 1.042. Formas de extinção da medida cautelar. 1.043 Processamento da extinção. 1.044. Impossibilidade de renovar a medida que perdeu a eficácia.

#### 1.042. Formas de extinção da medida cautelar

Há extinção da medida cautelar de forma *normal* e de forma *anômala*.

A forma normal de extinguir-se a medida preventiva consiste na exaustão prática de todo objetivo por ela visado, de tal maneira a desaparecer, dentro de outra medida ou função no bojo do processo principal. Assim, o arresto se extingue quando se converte em penhora, no curso da execução forçada, e o efeito cautelar da prova antecipada se completa quando os elementos coligidos pelo processo preventivo se transformam em meios de convencimento dentro da instrução do processo de mérito.

Além dessa maneira normal de extinguir a medida cautelar pode também perder sua eficácia, anormalmente, nos seguintes casos:

- a) por revogação (art. [807](#));
- b) por falta de ajuizamento da ação principal em trinta dias (art. [808](#), nº I);
- c) por falta de execução da medida deferida em trinta dias (art. 808, nº II);
- d) por declaração de extinção do processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808, nº III);
- e) por desistência da ação cautelar (art. [267](#), nº VIII).

#### **1.043. Processamento da extinção**

A revogação da medida cautelar, após o encerramento do processo em que foi deferida, depende de ação do interessado contra o beneficiário da medida.

A desistência da ação cautelar é feita por simples petição do autor, mas depende de sentença homologatória, depois de ouvido o requerido (arts. [158](#), parágrafo único, e [267](#), § 4º).

Os três casos do art. [808](#) são de extinção *ope legis* de eficácia da medida cautelar. Não há necessidade de *sentença constitutiva* para retirar a eficácia do provimento preventivo, que se torna *ipso facto* inoperante pela simples ocorrência das hipóteses previstas. Reconhecendo sua presença, o juiz simplesmente *declara* a perda de eficácia e determina o levantamento da constrição ou restrição. Não há, também, na espécie, julgamento de improcedência ou de carência da ação cautelar.<sup>(9)</sup>

Ao juiz incumbe apenas ordenar os atos necessários para fazer cessar os efeitos práticos da medida extinta, como ordenar a restituição do bem apreendido, levantar a interdição de direitos etc.

#### **1.044. Impossibilidade de renovar a medida que perdeu a eficácia**

"Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento" (art. 808, parágrafo único).

A medida cautelar regula fatos ao longo da duração do processo principal. Se os fatos apreciados pelo juiz não foram tidos como hábeis a autorizar a cautela, só com base em novos fatos poderá a parte renovar a pretensão de obter medida preventiva.

Também, a provisoriedade e o caráter restritivo de direitos que se entrevê nas medidas cautelares não coadunam com uso reiterado dessas providências, quando a parte sofra, por carência de direito material ou desídia processual, as conseqüências da extinção da eficácia da medida cautelar.

Vem daí a vedação do parágrafo único do art. [808](#), que opera mesmo naquelas hipóteses em que, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, possa o autor renová-lo (art. [268](#)). E a restrição foi tão severa que mesmo renovando a ação dentro dos trinta (30) dias a que alude o art. [806](#), ainda assim não restabelecerá o autor a eficácia da medida extinta, nem poderá renová-la.<sup>(10)</sup>

Se, todavia, o fundamento da renovação da medida cautelar se apóia em fatos novos, diversos daqueles que motivaram a providência extinta, já então inexistirá o óbice à nova ação cautelar, como expressamente ressalva o parágrafo único, *in fine*, do art. 808.

Não cabe, porém, prosseguir na ação cautelar, como se a cessação fosse apenas da medida cautelar. O processo cautelar, por inteiro, se extingue por perda de objeto, já que cessada a medida ela não poderá ser reavivada pela sentença final, em virtude da interdição contida no parágrafo único do art. 808.

### **§ 163. MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

**Sumário:** 1.045. Modificabilidade e revogabilidade. 1.046. Procedimento. 1.047. Revogação de medida cautelar liminar.

#### **1.045. Modificabilidade e revogabilidade**

As medidas cautelares, em regra, conservam sua eficácia enquanto pendente o processo principal; "mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas", como dispõe o art. [807](#).

A decisão de processo cautelar é sempre *provisória* por repousar sobre fatos mutáveis. A permanência de seus efeitos fica, por isso mesmo, subordinada à continuidade do estado de coisas no qual se assentou. [\(11\)](#)

Alterados os fatos, modifica-se a base da decisão cautelar, que ao se amoldar a eles pode exigir *modificação* ou mesmo *revogação* da medida cautelar deferida.

A sentença cautelar, de tal sorte, enquadra-se na categoria das "*sentenças condicionais lato sensu*" ou "incompletas". [\(12\)](#)

A sentença não pode subsistir se o fato que pretende atingir já não é aquele que foi demonstrado anteriormente à sua prolação.

*Modificar* um provimento cautelar é *substituir* uma medida por outra, ou convertê-la em outra, [\(13\)](#) como se dá no caso do art. [805](#) em que o juiz permite a substituição da medida inicialmente decretada por caução, ou ainda, nos casos em que se converte o arresto em seqüestro, ou o depósito em arresto, ou se altera o valor dos alimentos provisionais, ou permite-se a substituição do fiador judicial.

A *revogação* importa, por sua vez, a subtração total da eficácia da medida deferida, retirando à parte toda a tutela cautelar, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.

Admitido que condição imprescindível da medida cautelar é o perigo iminente de um dano irreparável, que ameaça o direito que se pretende fazer valer no juízo principal, é necessário admitir também que vindo a desaparecer o perigo, ou ficando provada a inexistência originária desse perigo, a medida já deferida e realizada terá de ser revogada, porque em tal situação não apenas desaparece a razão de ser do provimento cautelar, mas este, de fato, torna-se ilegítimo e injusto. [\(14\)](#)

#### **1.046. Procedimento**

A modificação e a revogação das medidas cautelares não podem ser determinadas de ofício, nem como simples resposta a pedido unilateralmente formulado por uma das partes, sem forma nem figura de juízo.

Hão de ser pedidas em *ação* com obrigatória audiência da outra parte, [\(15\)](#) em procedimento especial, distinto daquele em que se ordenou a medida. [\(16\)](#)

"O sujeito à medida preventiva tem de requerer e fazer prova de que as circunstâncias mudaram. Tudo está a exigir a participação do titular do direito à providência cautelar. Sem dúvida, processo contencioso. Processo de ação. De ação que tem por finalidade a cessação ou a modificação da medida concedida." [\(17\)](#)

"O procedimento para a revogação deve ser o mesmo utilizado para a decretação", [\(18\)](#) isto é, devem-se observar os mesmos trâmites com que se processou e deferiu o pedido de que resultou a medida.

A revogabilidade e modificabilidade ocorrem tanto com relação às medidas típicas como às atípicas e a competência para operá-las é do próprio órgão judicial que decretou a providência cautelar que se quer alterar ou cancelar.

Quando, porém, se tratar de simples substituição da medida originária por caução ou por outra garantia menos gravosa para o requerido, a providência dispensará procedimento autônomo, podendo ser decretada no bojo do processo já existente, até mesmo de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, como faculta o art. [805](#), com a nova redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94.

#### **1.047. Revogação de medida cautelar liminar**

Em se tratando de medida cautelar deferida *in limine litis* (art. [804](#)), pode sua revogação ocorrer dentro dos próprios autos em que se deu sua decretação.

Isto ocorre quando, após a *summaria cognitio*, a prova dos autos revela ao juiz a inexistência das razões ou dos fatos em que se apoiou o decreto inicial.



Julgando improcedente o pedido cautelar, *ipso facto*, estará o juiz revogando o provimento concedido ao tempo da abertura do processo.

Se, porém, o processo cautelar já se encerrou e a medida foi confirmada pela sentença que lhe pôs fim, só em outro processo será possível pleitear-se a respectiva revogação.

## Capítulo XLIX - RECURSOS NO PROCESSO CAUTELAR

### § 164. REMÉDIOS RECURSAIS

**Sumário:** 1.048. *Apelação*. 1.049. *Agravo de instrumento*. 1.050. *Recurso extraordinário e recurso especial*.

#### 1.048. Apelação

O processo cautelar encerra-se sempre por uma sentença, seja quando acolhe ou rejeita o pedido de medida preventiva, seja quando o extingue por inocorrência de condições da ação ou de pressupostos processuais.

Contra tal decisório, o recurso admissível é sempre a apelação (art. [513](#)).

A particularidade do processo cautelar está em que a apelação, aqui, tem apenas o efeito devolutivo (art. [520](#), n° IV). Importa isto que a sentença em torno do pedido de medida preventiva produz imediatamente toda sua eficácia mesmo que a parte vencida venha a interpor a apelação. E tal prevalecerá tanto para os decisórios que autorizem as medidas de segurança como para os que as revoguem ou deneguem.

Há, porém, um caso em que a lei impõe efeito suspensivo à apelação e ao recurso *ex officio*: trata-se da ação cautelar cuja sentença importe condenar a Fazenda Pública a promover reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem como a concessão de aumento ou a extensão de vantagens a ditos servidores (Lei n° 7.969, de 22.12.89).

#### 1.049. Agravo de instrumento

O agravo de instrumento é manejável, no sistema do Código, contra as decisões interlocutórias, ou seja, contra as decisões de questões incidentes, que o juiz profere no curso do feito, sem, entretanto, pôr fim ao processo (art. [522](#)).

No processo cautelar podem, naturalmente, ocorrer inúmeras decisões que desafiam esse tipo de recurso, mas as que oferecem maior interesse são aquelas relacionadas com a própria medida preventiva.

Assim, são decisões agraváveis:

- a) a que concede a medida cautelar *initio litis*, sem audiência da parte contrária (art. [804](#));
- b) a que determina medidas cautelares *ex officio* (art. [797](#));
- c) a que impõe *caução* como contracautela (art. 804), ou que a autoriza em substituição de outra medida (art. [805](#)).

A interposição do agravo, em caso algum, impedirá a execução ou cumprimento imediato da deliberação cautelar (art. [497](#)).

#### 1.050. Recurso extraordinário e recurso especial

Não se admite a interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal em processo cautelar, a não ser nos casos de ofensa à Constituição Federal. As hipóteses de manifesta divergência com a Súmula do STF ou de relevância da questão federal não mais autorizam o recurso extraordinário (Constituição Federal de 1988, art. [102](#), inc. III)

Para o Superior Tribunal de Justiça é possível a interposição de recurso especial, após o julgamento de segundo grau (Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada ou Tribunal Regional Federal), quando na ação cautelar o acórdão enquadrar-se numa das situações previstas no art. [105](#), inc. III, da Constituição.

Prevê o art. [542](#), § 3º, a modalidade de recurso retido para o extraordinário ou especial sempre que manejados contra decisão interlocutória proferida em processo cautelar. Porém, em casos de urgência, diante do risco de dano grave e imediato, tem-se de

superar a restrição legal, destrancando o recurso e fazendo-o subir de imediato, seja por meio de medida cautelar, seja por qualquer outro meio de provocação direta ao tribunal *ad quem*, pois só assim se assegurará a plena efetividade da tutela jurisdicional a que tem direito todo litigante.

## Capítulo L - RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR

### § 165. REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA MEDIDA CAUTELAR

**Sumário:** 1.051. Responsabilidade civil do promovente. 1.052. Liquidação e execução da indenização.

#### 1.051. Responsabilidade civil do promovente

O autor da ação cautelar, à base de uma sumária e superficial demonstração de seu possível direito, quase sempre impõe restrições mais ou menos graves a direitos do promovido.

O Estado defere essas restrições no pressuposto de que o bom resultado do processo principal, que aparentemente deve ser favorável ao requerente, esteja de fato dependendo das medidas de prevenção.

Nada há, todavia, de certo e definitivo em torno daquilo em que se apóia, na realidade, a tutela preventiva.

Por isso, a lei faz com que o requerente da medida cautelar assumo todo o risco gerado por sua execução.

Nessa ordem de idéias, o art. 811 impõe ao requerente o dever de responder pelo prejuízo que o requerido sofrer, em razão da medida cautelar, nos seguintes casos:

I – se a sentença no processo principal for desfavorável ao autor da ação de prevenção;

II – se, após a obtenção da medida liminar, não for promovida a citação do requerido, em cinco dias;

III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, ou seja:

a) por falta de ajuizamento da ação principal, em 30 dias (art. 808, nº I);

b) por falta de execução da medida deferida, no prazo de 30 dias (art. 808, nº II);

c) por extinção do processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808, nº III), desde que essa extinção importe, naturalmente, sucumbência da parte que requereu a medida de prevenção.

A responsabilidade civil em caso de medida cautelar não executada em trinta dias (art. 808, nº II), na realidade, só poderá ocorrer quando, já ultrapassado o aludido prazo, vier a providência preventiva a ser tardiamente executada. Isto porque, atingido o termo em questão, a medida inexecutada perde, automaticamente, sua eficácia (art. 808, nº II). Se ocorrer, assim mesmo, sua execução, o caso será, sem dúvida, de ato ilegítimo. Claro, contudo, que sem o ato executório não se pode cogitar, em hipótese alguma, da responsabilidade civil em questão, já que o próprio texto do *caput* do art. 811 fala em responsabilidade do requerente perante o requerido, "pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida".

#### 1.052. Liquidação e execução da indenização

O prejudicado pela medida cautelar infundada ou frustrada não precisa de propor ação de indenização contra o requerente para obter o reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. De acordo com o parágrafo único do art. 811, "a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar".

A fonte da obrigação, na espécie, é a própria lei, que a faz assentar sobre dados objetivos, que prescindem de acerto em ação condenatória.

A obrigação, todavia, depende, para tornar-se exequível, de dois requisitos:

a) a ocorrência de prejuízo efetivo causado pela execução da medida cautelar; e

b) a determinação do *quantum líquido* desse prejuízo.

Antes, pois, de executar o autor da ação cautelar, a parte prejudicada terá de promover, por artigos, a competente liquidação (art. [608](#)).

Essa modalidade de liquidação se faz necessária justamente porque a apuração do prejuízo se dá originariamente à base de fatos novos, quais sejam, os que concretamente virão demonstrar em que consistiu o prejuízo e em quanto montou ele.

Liquidado o dano, a execução se processará conforme o rito de quantia certa.<sup>(1)</sup>

Em nenhuma circunstância se exigirá prova de culpa ou dolo do promovente da ação cautelar. A responsabilidade civil, na espécie, é puramente objetiva, de sorte que seus fundamentos são apenas a lesão do requerido, a frustração da medida cautelar nos termos do art. 811 e nexa causal entre a medida e o dano.<sup>(2)</sup>

## **Parte XV - MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS OU NOMINADAS**

### **Capítulo LI - PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS**

#### **§ 166. ARRESTO**

**Sumário:** 1.053. Conceito. 1.054. Arresto e seqüestro. 1.055. Pressupostos para concessão do arresto. 1.056. Prova de dívida líquida e certa. 1.057. Fundado receio de dano. 1.058. Comprovação dos pressupostos do arresto. 1.059. Prova documental. 1.060. Justificação prévia. 1.061. Caução. 1.062. Liquidez e certeza do título do promovente. 1.063. Bens arrestáveis. 1.064. Legitimação para a ação de arresto. 1.065. Competência. 1.066. Procedimento. 1.067. Execução do arresto. 1.068. Depositário. 1.069. Suspensão da execução do arresto. 1.070. Efeitos do arresto. 1.071. Extinção do arresto.

#### **1.053. Conceito**

Arresto, ou embargo, como diziam os antigos praxistas, é a medida cautelar de garantia da futura execução por quantia certa. Consiste na apreensão judicial de bens indeterminados do patrimônio do devedor.<sup>(1)</sup>

Assegura a viabilidade da futura *penhora* (ou *arrecadação*, se se tratar de insolvência), na qual virá a converter-se ao tempo da efetiva execução.

É figura cautelar típica, com as nítidas marcas da prevenção e da provisoriedade, posta a serviço da eliminação do perigo de dano jurídico capaz de pôr em risco a possibilidade de êxito da execução por quantia certa.

Garante, enquanto não chega a oportunidade da penhora, a existência de bens do devedor sobre os quais haverá de incidir a provável execução por quantia certa.

Realiza-se, destarte, através da apreensão e depósito de bens do devedor, com o mencionado fito.<sup>(2)</sup>

Corresponde, conforme a lição de Lopes da Costa, ao *seqüestro conservativo* do direito italiano, à *penhora de segurança* do direito francês, ao *dingliche arrest* do direito alemão, ao *embargo preventivo* do direito espanhol.<sup>(3)</sup>

É exercitado através de *ação*, ou seja, tipicamente, de *ação cautelar*.<sup>(4)</sup> Há casos excepcionais, porém, de arresto *ex officio*, como o previsto no art. [653](#).

Atua, ao instrumentalizar a execução forçada, como meio de preservar a responsabilidade patrimonial a ser efetivada pela execução por quantia certa.<sup>(5)</sup> E isto se faz mediante "inibição (constrição) de bens suficientes para segurança da dívida até que se decida a causa."<sup>(6)</sup>

#### **1.054. Arresto e seqüestro**

Embora o arresto e o seqüestro sejam medidas cautelares que visam igualmente à constrição de bens para assegurar sua conservação até que possam prestar serviço à solução definitiva da causa, há entre eles profunda diversidade de requisitos e conseqüências.

Assim é que o seqüestro atua na tutela da execução para entrega de coisa certa, enquanto o arresto garante a execução por quantia

certa. Em decorrência disto, o sequestro sempre visa um bem especificado, qual seja o "bem litigioso", exatamente aquele sobre cuja posse ou domínio se trava a lide, que é objeto do processo principal. Já o arresto não se preocupa com a especificidade do objeto. Seu escopo é preservar "um valor patrimonial" necessário para o futuro resgate de uma dívida de dinheiro. Qualquer bem patrimonial disponível do devedor, portanto, pode prestar-se ao arresto.

#### 1.055. Pressupostos para concessão do arresto

O direito de obter o arresto não nasce para o credor de sua simples posição de titular de uma obrigação de dinheiro. Hão de ser atendidos requisitos gerais das medidas cautelares e, ainda, requisitos particulares da medida que, *in casu*, é uma providência preventiva *específica*.

Segundo o art. [814](#), são requisitos essenciais para o deferimento do arresto:

I – prova literal de dívida líquida e certa; e

II – prova documental ou justificação de algum dos casos de perigo de dano jurídico mencionados no art. [813](#).

Tais requisitos correspondem respectivamente, aos pressupostos genéricos da tutela cautelar, que são o *fumus boni iuris* (nº I) e o *periculum in mora* (nº II), os quais são individualizados de maneira a amoldar-se às particularidades da medida específica que é o arresto.

Para que se torne viável, portanto, o arresto, mister se faz que os dois requisitos do art. 814 se achem provados cumulativamente.

#### 1.056. Prova de dívida líquida e certa

Exige-se, em primeiro lugar, que o interessado demonstre ser titular da *ação executiva*, que pressupõe sempre título de obrigação líquida e certa (art. [586](#)).

A exigência do título executivo não se refere à possibilidade de ser o crédito líquido e certo satisfeito por meio do arresto, porque esta não é a finalidade da medida cautelar, mas apenas à necessidade de demonstrar o interesse processual do autor na cautela de um provável processo de execução por quantia certa. Correspondente à prova do que em doutrina costuma chamar-se de *fumus boni iuris*. Se o arresto visa garantir uma execução por quantia certa, o requerente, como é óbvio, para legitimar-se ao seu manejo, terá que provar a sua condição de titular do direito de promovê-la, o que será feito mediante exibição da "prova literal de dívida líquida e certa", reclamada pelo art. [814](#), nº I.

Existem, no Código, algumas exceções ao requisito da liquidez da dívida, que serão examinadas adiante. E registra-se, outrossim, uma tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de abrandar-se o rigor na determinação do que seria "prova literal de dívida líquida e certa". Assim, não seria necessário que o credor dispusesse, desde logo, de um título executivo perfeito e completo, bastando contar com prova documental de dívida reconhecida pelo devedor, ou a ele oponível com verossimilhança. Essa posição merece acolhida, diante do fato de a lei autorizar, com toda amplitude, o poder geral de cautela, o que tornaria sem sentido tratar a medida típica sob um rigor formal impróprio aos desígnios da jurisdição preventiva.

#### 1.057. Fundado receio de dano

A segunda exigência reporta-se ao temor de dano (*periculum in mora*): são as *causae arresti*, isto é, os fatos que autorizam a admitir o fundado temor de que a garantia da futura execução pode desaparecer, frustrando-lhe a eficácia e utilidade.

Como se vê, o arresto, na sistemática processual, não é uma faculdade arbitrária do credor, é medida excepcional, condicionada a pressupostos legalmente determinados.

Para o art. [813](#) são situações perigosas autorizadoras do arresto, as seguintes:

I – Hipótese de devedor *sem domicílio certo*:

a) quando esse devedor intenta *ausentar-se*;

b) ou *alienar* os bens que possui; ou

c) *deixa de pagar* a obrigação no prazo estipulado.

II – Hipótese de devedor *com domicílio certo*:

a) quando esse devedor se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; ou

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III – Hipótese de devedor *proprietário de bens de raiz*:

Quando intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV – *Nos demais casos expressos em lei*:

Como os do art. 234 do Código Civil (arresto de rendimentos da mulher que abandona o lar sem motivo); do art. 239 do Código Comercial (arresto para assegurar pagamento de salários de operários de empreitada); art. 116 do mesmo Código (arresto em favor do transportador dos gêneros transportados para garantir o pagamento do frete); arts. 136 e 137 do Código de Processo Penal (arresto de bens do acusado para assegurar a reparação do dano *ex delicto*). Casos especiais de arresto temos, também, no próprio Código de Processo Civil, como, por exemplo, o do art. 653 (devedor que não é encontrado para a citação na execução por quantia certa) e do art. 731 ("sequestro" da importância paga a outro credor da Fazenda Pública em descumprimento da preferência da ordem de entrada dos precatórios de execução na repartição pagadora).

Na Lei nº 5.988, de 1973, que cuida da proteção aos direitos autorais, temos exemplo de arresto no caso de apreensão da receita bruta do espetáculo, para garantir os direitos do autor, quando ocorre reprodução de obra intelectual sem a devida autorização (art. 127).

Em conclusão: os permissivos legais do arresto podem ser resumidos no fundado receio de fuga ou insolvência do devedor, de ocultação ou dilapidação de bens ou de outro artifício tendente a fraudar a execução e nos casos expressos em lei.(7)

#### **1.058. Comprovação dos pressupostos do arresto**

A existência do crédito líquido e certo do requerente só pode ser demonstrada mediante prova documental ("prova literal", no dizer do Código, art. 814, nº I).

Quanto à situação de perigo, de que cogita o art. 818, admite-se que sua ocorrência seja evidenciada ou suprida através de três expedientes:

a) prova documental (art. 814, nº I);

b) justificação prévia (art. 814, nº II);

c) caução (art. 816, nº II).

#### **1.059. Prova documental**

Dada a sumariiedade e urgência da medida cautelar, pode a prova documental ser acolhida com maior liberalidade, admitindo-se, em circunstâncias de real emergência, até mesmo declarações escritas de terceiro, quando não haja motivo para pôr em dúvida a autenticidade do documento e a veracidade de seu conteúdo.(8)

#### **1.060. Justificação prévia**

Consiste a justificação, a que se referem os arts. 814 e 815, na ouvida imediata e em segredo de justiça, do depoimento de pessoas apresentadas ao juiz pelo requerente. Tudo é de se fazer sem maior burocracia, de plano, sem citação ou intimação da parte contrária, com simples termo de depoimento, para juntada aos autos.

Essa justificação será de exigir-se quando não dispuser o credor de prova documental para demonstrar a *causa arresti* ou quando os documentos produzidos não forem suficientes para convencer o julgador do perigo de dano invocado pela parte.

A cognição prévia, destinada a fundamentar a medida liminar, é incompleta e unilateral, e, por isso mesmo, não dispensa a instrução sumária (contraditória) posterior (art. [803](#)).<sup>(9)</sup>

Ocorre dispensa legal da justificação prévia para o arresto (isto é, basta a simples alegação de um dos fatos do art. [813](#)) quando o pedido é formulado pela União, Estado ou Município (art. 816), benefício que, obviamente, deve ser aplicado, também, às respectivas autarquias.

Outro caso que não se faz necessária a justificação é o das medidas preventivas *ex officio*, "previstas em lei" (art. [816](#), nº I, *in fine*), como o do arresto determinado pelo art. [653](#).

#### **1.061. Caução**

Admite o Código que a justificação e a prova documental do perigo de dano sejam dispensadas, em qualquer caso, desde que o pretendente ao arresto preste caução (art. [816](#), nº II), que pode ser real ou fidejussória (art. [804](#)) e deve ser estimada de plano, mas sujeita à posterior revisão, à luz do contraditório.

A caução dispensa, de imediato, o promovente da prova inicial da *causa arresti*, apenas para efeito de obtenção da liminar, mas não o libera do dever de fundamentar sua pretensão cautelar em algum permissivo da tutela preventiva específica nem o dispensa do ônus da prova a ser produzida na *summaria cognitio*, caso ocorra contestação do pedido.

Ao determinar prestação de caução, está o juiz a utilizar o seu poder geral de cautela, consagrado nos arts. [798](#), [799](#) e [804](#), poder esse que é exercível em todas as medidas cautelares restritivas de direito ou constritiva de bens.

Quando isso ocorre, cabe ao juiz indicar o montante da caução (valor), e a espécie dela (real ou fidejussória), bem como o modo de prestá-la.

A caução, *in casu*, exerce a função de *contracautela*, já que o juiz, para conceder o arresto, basear-se-á apenas e tão-somente na informação unilateral do credor sobre o perigo de dano.

Trata-se de um meio de assegurar a solução justa do litígio para ambas as partes, de maneira que, qualquer que seja a solução do processo principal, o interesse das partes estará garantido: se procedente, o arresto transformar-se-á em penhora (art. [818](#)); se improcedente, a caução servirá como garantia da satisfação dos prejuízos sofridos pelo réu (art. [811](#)).

Se a medida foi condicionada à contracautela, a falta da tempestiva prestação da caução impedirá que o arresto seja executado, causando-lhe a perda de eficácia se a demora ultrapassar o prazo do art. [808](#), nº II.

Não se aplica a exigência de caução quando a medida é proposta pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei (art. 816, nº I).

#### **1.062. Liquidez e certeza do título do promovente**

O Código de 1973 conservou a tradição de nosso direito de condicionar o manejo do arresto ao pressuposto da dívida *liquida e certa*, a única que dá lugar à execução por quantia certa, que é o processo a ser assegurado especificamente pela citada medida cautelar (art. [814](#), nº I).

Assim, só as dúvidas que correspondam a uma soma de dinheiro, ou que, no caso do parágrafo único do art. 814, possam converter-se em dinheiro (obrigações equivalentes de dar e fazer) é que podem servir de motivação do arresto.

Dívida *liquida* é a determinada quanto ao seu montante; e *certa*, a que não dá lugar a dúvidas quanto à sua existência.

A dívida para se revestir desses requisitos há de ser obviamente consubstanciada em documento escrito, ou em "prova literal", como dispõe o texto legal (art. 814, nº I).

Em nosso direito positivo há, porém, algumas exceções à regra do art. 814, nº I. O parágrafo único do referido artigo, por exemplo, permite o uso do arresto pelo credor que só tenha em seu favor uma sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor no pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se. Não há, em tal hipótese, nem liquidez nem certeza, mas apenas probabilidade de um crédito.

Também o Código de Processo Penal, arts. [136](#) e [137](#), embora usando indevidamente a expressão *seqüestro*, prevê casos de arresto contra o indicado para garantir o ressarcimento do dano sofrido pela vítima do delito, antes da condenação, caso em que, também, não há, previamente, liquidez da obrigação, nem mesmo certeza dela.

Em regra, as obrigações condicionais não autorizam o arresto, justamente por lhes faltar o requisito da certeza.

Quanto às obrigações *a termo*, não se duvida do cabimento do arresto. O que o Código exige para concessão dessa medida é a prova da certeza e liquidez da dívida, não de sua exigibilidade (art. 814, nº I).

"A *exigibilidade*, condição para o executivo, não o é para o arresto."<sup>(10)</sup>

### 1.063. Bens arrestáveis

Objeto do arresto são os bens patrimoniais do devedor, móveis ou imóveis, desde que satisfeito o requisito da penhorabilidade, porquanto seu fim é converter-se, posteriormente, em penhora.<sup>(11)</sup>

Há um critério de verdadeira paridade entre o arresto, e a penhora, pois o regime legal de ambos é o mesmo (art. [821](#)). Assim, são arrestáveis todos os bens penhoráveis, pois o arresto não tem outra finalidade senão a de tornar viável uma futura penhora.<sup>(12)</sup>

Impõe-se, destarte, na execução do arresto, observar-se, com fidelidade, as distinções que a lei faz entre bens penhoráveis, bens relativamente impenhoráveis (art. [650](#)) e bens absolutamente impenhoráveis (art. [649](#)).<sup>(13)</sup>

Além disso, e ainda em razão do vínculo instrumental que há entre o arresto e a penhora (art. [821](#)), é de observar-se também o limite quantitativo previsto no art. [659](#), ou seja, a constrição deverá cingir-se a tantos bens do devedor quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários de advogado. Ultrapassado esse limite, haverá excesso de cautela, que poderá ensejar a redução do arresto (art. [807](#)).

Evidencia-se, outrossim, o direito do devedor de se opor ao arresto excessivo, pela faculdade que a lei lhe confere de substituir, em qualquer tempo, o bem arrestado por caução idônea, a qual deverá garantir "a dívida, honorários de advogado do requerente e custas" (art. [819](#), II).

O interesse do credor tutelado pela via do arresto não diz respeito, propriamente, ao bem constrito, mas ao valor que ele representa e, portanto, será necessário para cumprir-se a futura penhora. Somente no caso de arresto para preparar concurso universal de credores é que se pode pensar em apreensão judicial de bens que ultrapassem as forças do direito do credor requerente.

### 1.064. Legitimação para a ação de arresto

Cabe a ação de arresto a quem tem legitimação para a ação principal de execução por quantia certa ou àquele que obteve ganho de causa em sentença ilíquida pendente de recurso ou em laudo arbitral pendente de homologação, desde que, nessas duas últimas hipóteses, haja condenação do devedor a pagamento de dinheiro ou de prestação conversível em dinheiro.

A legitimação passiva corresponde àquele que deve ocupar posição de devedor na execução por quantia certa ou ao que foi *condenado* nos casos de sentença e laudo arbitral mencionados no parágrafo único do art. [814](#).

Fiador ou avalista também são passíveis de figurar como sujeitos passivos do arresto. Aplica-se ao arresto contra o fiador a regra do art. [595](#) (*beneficium excussionis personalis*), *ex vi* do art. [821](#).

### 1.065. Competência

Conforme a regra geral do art. [800](#), a competência para o arresto é do juízo da causa principal, ou seja, o *forum executionis*.

Em casos de urgência excepcional, quando a procura do juiz da causa frustraria o objetivo do arresto, é de se admitir o deferimento da medida pelo juiz da situação dos bens, embora incompetente para a execução forçada do crédito.

Quando os bens a arrestar não estiverem situados sob a jurisdição do juiz que deferir a medida, a execução do arresto será realizada, normalmente, por meio de carta precatória ou de ordem, no local em que se encontrarem (arts. [821](#) e [659](#), § 1º). O processamento do feito, a defesa do requerido e o julgamento da ação cautelar terão lugar, no entanto, perante o juiz da causa (deprecante).

O juiz que toma conhecimento do arresto e o defere – salvo no caso excepcional tratado no nº [998](#) – torna-se competente por prevenção para o processamento da execução (causa principal).<sup>(14)</sup>

#### **1.066. Procedimento**

Processa-se o arresto segundo o procedimento comum das medidas cautelares, previsto nos arts. [802](#) e [803](#).

A petição inicial há de satisfazer as exigências do art. [801](#) e ser instruída com a prova literal do crédito do autor (art. [814](#), I).

A medida pode ser decretada liminarmente, *inaudita altera parte*, em decisão interlocutória, ou afinal, após a *summaria cognitio*, em sentença.

Dada a própria natureza da medida e em face dos seus objetivos, o comum é a concessão do arresto *initio litis*, pois, segundo se depreende do casuismo do art. [813](#), não teria sentido aguardar-se o contraditório e a sentença final para obviar a maioria das hipóteses de perigo de dano arroladas pelo Código como *causae arresti*.

Haja ou não medida liminar (art. [804](#)), e sigam ou não contestação e instrução (art. 803), o procedimento do arresto será sempre encerrado por uma *sentença* final que decidirá sobre a procedência ou improcedência da medida preventiva, determinando a subsistência da medida liminar, no primeiro caso, ou mandando que seja levantada a constrição, no último.

Essa sentença, qualquer que seja a solução, por não dizer respeito ao mérito (lide) e ter fins apenas instrumentais, não faz coisa julgada na ação principal, salvo na excepcionalidade de acolher a arguição de prescrição ou decadência do direito do autor.

O objetivo do arresto é apenas garantir a execução de um crédito, não obter seu pagamento. Por conseguinte, a rejeição do pedido não impede o ajuizamento da ação principal, mas apenas a renovação do pedido cautelar, se se fizer com base nas mesmas circunstâncias de fato.<sup>(15)</sup>

#### **1.067. Execução do arresto**

Manda o art. [821](#) que sejam aplicadas ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na seção I do Capítulo II do Livro III.

Harmoniza-se, portanto, o instituto do arresto com o da penhora, já que aquele procura preparar esta, e nela virá converter-se quando julgada procedente a ação principal (art. [818](#)).

A forma de executar-se o arresto, é, por isso, a mesma da penhora, ou seja, "mediante a apreensão e depósito dos bens" com lavratura do respectivo "auto" (art. [664](#)), com os requisitos do art. [665](#). Emprega-se, quando necessário, a força policial (art. [579](#)).

A maior diferença prática entre a execução das duas medidas reside no fato de que o arresto é executado de plano, sem prévia citação ou intimação do réu.<sup>(16)</sup>

A decisão que decreta o arresto, na linguagem de Pontes de Miranda,<sup>(17)</sup> é mandamental. Independentemente do ordinário procedimento de execução forçada, ela se cumpre por si mesma, gerando a imediata expedição do mandado de arresto.

Não há, no mandado de arresto, preceito algum: nem a prévia intimação do réu para adimplir uma obrigação, pois na verdade nem sequer existe, de fato, da parte dele o dever jurídico de acautelar os interesses do credor, nem a citação para solução do débito, pois não tende a ação cautelar à satisfação do crédito do autor. Não ocorre, tampouco, a concessão de um prazo para nomeação de bens pelo devedor.

Por outro lado, na maioria dos casos, o sucesso do procedimento cautelar depende justamente do segredo e da surpresa.<sup>(18)</sup>



Torna-se, porém, *ipso jure* ineficaz o arresto que não for executado, pela parte, no prazo de trinta dias, conforme o art. 808, nº II (ver nºs 1.032 e 1.042). Suspende-se o prazo, todavia, se há obstáculo judicial ou embaraço criado pela parte contrária.(19)

#### 1.068. Depositário

O depósito dos bens arrestados é elemento essencial da medida, *ad instar* do que se passa com a penhora.(20)

O fim da tutela, *in casu* – preservação e conservação de bens para garantir futura execução – ficaria frustrado, não houvesse um responsável pela guarda do objeto afetado.

Observados os critérios do art. 666, a escolha do depositário pode ser feita previamente pelo juiz, caso em que sua indicação constará do mandado de arresto; ou, como é costumeiro, pelo próprio oficial de justiça encarregado da diligência, caso em que a nomeação constará do auto de arresto (art. 665, nº IV).

O réu não está excluído da possibilidade de assumir o encargo de depositário desde que haja concordância do autor (art. 666, *caput*). Nos casos de imóveis, salvo recusa dele, a regra é a escolha do próprio réu para o *munus*, por princípio de economia.(21)

Em qualquer hipótese, o depositário deverá firmar o auto de arresto, dando recibo dos bens confiados à sua guarda.

#### 1.069. Suspensão da execução do arresto

Ocorrerá suspensão do cumprimento do mandado de arresto, conforme o art. 819, se o devedor:

"I – Tanto que intimado, pagar ou depositar em juízo a importância da dívida, mais honorários de advogado que o juiz arbitrar, e custas;

II – Dar fiador idôneo, ou prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas."

O pagamento é forma plena de satisfação que exaure a pretensão do credor à tutela da jurisdição, tanto de mérito, como de cautela. O depósito em dinheiro é forma também de liberação, pois fica o valor da dívida consignado em juízo à disposição do credor.

Em qualquer dos dois casos há desaparecimento do objeto da ação.

O inciso II do art. 819 permite também a suspensão do arresto, quando nas circunstâncias acima, ao invés de pagamento ou consignação, o réu der fiador idôneo ou prestar caução.

Sendo também a fiança uma forma de caução (caução fidejussória, conforme o art. 827), o que permite o dispositivo comentado é a substituição prévia do arresto por *caução* em qualquer de suas duas formas: a real ou a fidejussória.

A previsão do art. 819, outrossim, cuida apenas da suspensão do cumprimento do mandado de arresto já expedido, tão logo ocorra uma das hipóteses nele arroladas, as quais, todavia, nem sempre influirão sobre a continuidade do procedimento rumo às fases ulteriores de instrução e julgamento da causa cautelar.

Os fatos que conduzem à imediata extinção do processo de arresto, e até mesmo da medida já julgada por sentença são aqueles previstos no art. 820.

#### 1.070. Efeitos do arresto

O arresto participa da natureza e finalidade da penhora, embora naquele não exista ainda predominância do cunho de medida satisfativa que já predomina nesta.

Ambos, porém, vinculam o bem apreendido à sorte de um processo, como instrumento de sua eficaz atuação.

Destinando-se o arresto a assegurar substância para a execução, *ad instar* da penhora, produz a retirada da coisa ao poder da *livre*

*disponibilidade* material e jurídica do devedor, para evitar a sua deterioração ou desvio.(22)

Com o arresto surge uma nova situação jurídica para o bem apreendido, que fica materialmente sujeito à guarda judicial e, juridicamente, vinculado à atuação da prestação jurisdicional objeto do processo principal.

Decorrem, portanto, do arresto, dois efeitos importantes:

- a) restrição física à posse do dono, já que o objeto arrestado passa à guarda de depositário judicial;
- b) imposição de *ineficácia* dos atos de transferência dominial frente ao processo em que se deu a constrição.

Observe-se, porém, que *ineficácia* não se confunde com nulidade, nem impede que seja válida a alienação do bem; apenas faz com que o ato praticado seja irrelevante para o processo, ou seja, faz com que o bem transferido, embora integrado no patrimônio do adquirente, conserve a vinculação ao arresto e aos destinos do processo a que serve a medida cautelar.

Gerando a *imobilização jurídica* do bem frente ao processo, o arresto, tal como a hipoteca judicial, é remédio preventivo da fraude.(23)

### **1.071. Extinção do arresto**

Cessa o arresto, segundo o art. 820:

I – pelo *pagamento*;

II – pela *novação*;

III – pela *transação*.

A relação legal refere-se a causas específicas de extinção do arresto. A estas devem ser acrescidas as causas genéricas de cessação de eficácia de todas medidas cautelares previstas no art. 808.

O pagamento, a novação, a remissão, a renúncia e a transação são formas liberatórias da dívida, que extinguem a pretensão de direito material que seria disputada na ação principal. Desaparecendo a ação de mérito, *a fortiori* perde-se o objeto da ação cautelar, que visaria tutelar a eficiência e utilidade daquela. Tal eficácia extintiva opera-se quer o procedimento cautelar esteja em curso, pendente de julgamento, quer já se ache encerrado por sentença passada em julgado.

A enumeração do art. 820 é apenas exemplificativa e poderia muito bem ser substituída por uma forma ampla e genérica como a da "extinção da dívida" ou "satisfação do crédito", visto que há hipóteses de liberação do devedor que não se enquadram bem naquelas arroladas pelo Código, como a remissão, a confusão, a prescrição, a compensação etc.

De qualquer maneira, extinta a dívida ou a exigibilidade, cessa a eficácia do arresto que tutelava sua exequibilidade.

No art. 819 indicou o Código causas de suspensão e no art. 820, as de cessação do arresto, havendo em comum o traço de extinção da dívida pelo pagamento ou pelo depósito da importância a que tem direito o credor.

A diferença entre as duas figuras processuais está em que na suspensão prevista no art. 819 o fato ocorre antes da execução do mandado, e na cessação de que fala o art. 820 a extinção da dívida é fato posterior à constrição dos bens. Assim, na primeira hipótese o devedor impede o cumprimento do mandado e na segunda faz levantar a medida cautelar já cumprida.

Forma especial de cessação do arresto é a da exaustão de seu objetivo, que se dá quando procedente a ação principal, a medida resolve-se em penhora (art. 818).

## **FLUXOGRAMA Nº 39: ARRESTO** (arts. 813-820)



## § 167. SEQÜESTRO

**Sumário:** 1.072. Conceito. 1.073. Ação de seqüestro. 1.074. Procedimento. 1.075. Disciplina comum do arresto e do seqüestro.

1.076. Cabimento do seqüestro. 1.077. Objeto do seqüestro. 1.078. Requisitos de admissibilidade do seqüestro. 1.079. Casuismo legal. 1.080. Receio de rixas e danificações. 1.081. Seqüestro de frutos e rendimentos do imóvel reivindicando. 1.082. Seqüestro a propósito de ações matrimoniais. 1.083. Outras previsões legais de seqüestro. 1.084. Execução e efeitos do seqüestro.

### 1.072. Conceito

*Seqüestro* é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem *determinado*, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa.(24)

Atua o seqüestro, praticamente, através de desapossamento, com o escopo de conservar a integridade de uma coisa sobre que versa a disputa judicial, preservando-a de danos, de depreciação ou deterioração.(25)

Eventualmente, pode assumir a feição de medida protetiva da *integridade física do litigante*, na hipótese de ser decretada para evitar *rixas* (agressões e contendas pessoais) entre as partes por causa da posse do bem litigioso (art. 822, nº I).

Difere do arresto por várias razões, conforme já se demonstrou. Mas a principal diferença situa-se no objeto da medida, que no arresto é qualquer bem do patrimônio do devedor que possa garantir futura execução de obrigação de dinheiro, e no seqüestro é um bem determinado, isto é, exatamente aquele disputado pelas partes, aquele que se apresenta como objeto da demanda.(26)

Assim, enquanto o arresto se vincula a uma execução por quantia certa, o seqüestro é tipicamente garantia de uma execução para entrega de coisa certa.(27)

### 1.073. Ação de seqüestro

É o seqüestro, como a generalidade das medidas cautelares, uma *ação*, com autonomia por seu objetivo específico, que é a tutela à pretensão de segurança.(28)

Dá lugar a uma relação processual contenciosa que culmina numa sentença de acolhimento ou rejeição da pretensão, sem que nenhuma influência tenha sobre o mérito da causa (lide) a ser resolvido na ação principal, salvo apenas se for acolhida a exceção de prescrição ou decadência do direito do autor, prevista no art. 810 e tratada, anteriormente, no nº 1.025.

No direito brasileiro inexistia o seqüestro convencional dos romanos, de modo que a expressão é reservada à medida judicial de depósito forçado do bem litigioso.

Realmente o seqüestro pertence ao gênero depósito judicial, como aliás ocorre também com o arresto, a penhora, a arrecadação etc. Mas não é um simples depósito, porque se caracteriza por fim específico. O puro depósito, mesmo quando preparatório de ação, não tem o fito da prevenção e segurança. Fato também que não é essencial à penhora e à arrecadação.

Difere o seqüestro do depósito, por outro lado, porque este de ordinário é oferecido pela própria parte que detém a posse do objeto, enquanto o seqüestro é resultado de imposição judicial, a requerimento da parte contrária.

O que, porém, caracteriza o seqüestro "é ser garantia forçada da execução futura para entrega de coisa certa."(29)

### 1.074. Procedimento

O procedimento a observar é o comum das medidas cautelares (arts. 802 e 803), podendo ser instaurado antes do processo principal (medida *preparatória* ou *antecedente*) ou no curso dele (medida incidente). Admite deferimento liminar, sem audiência da parte contrária (art. 804), nas mesmas circunstâncias e sob as mesmas cautelas reclamadas para igual providência em matéria de arresto, inclusive, pois, *prova documental* ou *justificação* de algum dos casos que autorizam a medida cautelar, com possibilidade de substituição dessa prova preliminar por *caução* (contra-cautela) (ver nºs 1.058 a 1.061).

### 1.075. Disciplina comum do arresto e do seqüestro

Deve-se destacar que, na verdade, o arresto e o seqüestro subordinam-se a uma única disciplina jurídico-processual,(30) tanto que o art. 823 determina que se deve aplicar ao seqüestro, no que couber, tudo o que o Código estatui acerca do arresto.

Assim, remetemos o leitor para os comentários que fizemos a propósito do arresto e que devem ser aplicados também ao seqüestro em matéria, principalmente de execução da medida (nº [1.067](#)), legitimação (nº [1.064](#)), competência (nº [1.065](#)), procedimento (nº [1.066](#)), efeitos (nº [1.070](#)) e extinção (nº [1.071](#)).

#### 1.076. Cabimento do seqüestro

O seqüestro supõe dúvida sobre o direito material da parte e perigo de desaparecimento da coisa, mas não exige que a *lide* já esteja *sub judice*, pois existe o seqüestro *preparatório* e o seqüestro *incidente*.

Não é simples faculdade da parte; ao contrário, e como regra, "o seqüestro é proibido; e só se admite onde a lei expressamente o permite."[\(31\)](#)

Na jurisprudência é comum a afirmação de que "o seqüestro é uma medida violenta, odiosa e de exceção", e, "por isso, o pedido só deve ser deferido diante de prova segura e convincente de que corre risco, insanável, a conservação da coisa."[\(32\)](#)

Para mais restringir a aplicação prática do seqüestro, o Código de 1973 adotou o sistema casuístico (art. [822](#)), que, todavia, não é o melhor, dentro da moderna concepção da tutela cautelar, como, a seguir, veremos.

#### 1.077. Objeto do seqüestro

Objeto do seqüestro, segundo o texto do Código, são as coisas móveis e imóveis bem como as semoventes, compreendendo-se nesse conceito não só as coisas singulares como as coletivas, a exemplo da empresa e da herança,[\(33\)](#) ou, ainda, do patrimônio do devedor insolvente.

Em nosso sistema processual, o seqüestro é limitado à apreensão judicial de *coisas* (móveis, semoventes ou imóveis); o seqüestro de *pessoas* recebe outras denominações como "depósito" de menores ou incapazes (art. [888](#), nº V), "guarda judicial" de pessoas (art. [799](#)) ou "posse provisória" de filhos (art. 888, III).

É possível o seqüestro de títulos de crédito, públicos e particulares, como documentos formais e autônomos que são, o mesmo ocorrendo com as ações de sociedade anônima.[\(34\)](#) Não se permite, em doutrina, porém, o seqüestro de simples crédito, visto que só se cuida, *in casu*, de medida assecuratória de futura execução para entrega de coisa certa.[\(35\)](#) No caso, porém, de rendas e frutos do imóvel reivindicando, há seqüestro excepcional de bens futuros, ainda indeterminados. A medida, todavia, não desnatura o seqüestro, porque tais rendimentos são atingidos pela tutela cautelar como simples acessórios da coisa litigiosa.

Ordinariamente, contudo, para impedir que uma das partes em litígio receba de terceiro o crédito disputado ou controvertido entre elas, ou para preservar o interesse de uma delas sobre o crédito, o remédio adequado não é o seqüestro, mas uma das medidas cautelares atípicas do art. [798](#), como a caução, o depósito do pagamento etc.[\(36\)](#)

#### 1.078. Requisitos de admissibilidade do seqüestro

O uso do seqüestro não é, como já se afirmou, uma simples faculdade da parte. Incumbe, sempre, ao promovente o ônus de demonstrar, inclusive *initio litis*, nos casos de medida liminar, a ocorrência dos requisitos legais do seqüestro, isto é:

a) o *temor de dano jurídico* iminente, representado pela verificação de algum dos fatos arrolados na lei (art. [822](#), nºs I a IV); e

b) o *interesse* na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao *fumus boni iuris*, segundo a doutrina clássica.

A prova desses requisitos básicos há de ser feita, como no arresto, mediante documentos ou através de justificação prévia em segredo de justiça, admitindo-se, em casos de real urgência, a substituição dela por caução idônea (ver nºs [1.058](#) a [1.061](#) e [1.075](#)).

#### 1.079. Casuismo legal

O seqüestro, que depende sempre de provocação da parte, é cabível nos seguintes casos, conforme o art. [822](#):

I – *sobre bens móveis, semoventes ou imóveis*, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II – *sobre frutos e rendimentos do imóvel reivindicando*, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III – *dos bens do casal*, nas ações de desquite (hoje separação judicial) e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;

IV – nos demais casos expressos em lei.

A solução adotada pelo Código atual de arrolar, especificadamente, os casos em que se admite o seqüestro, na mesma linha com que fez em relação ao arresto, representa um retrocesso em tema de técnica legislativa. Esse critério já havia sido abolido pelo Código de 1939, com aplausos dos doutos.

É que, consoante princípio universalmente aceito, na doutrina e jurisprudência, o seqüestro deve ser admitido "não somente nos casos declarados na lei civil e comercial, mas também sempre que houver necessidade de serem tomadas providências acauteladoras do direito das partes sobre o objeto em litígio."<sup>(37)</sup>

Por isso, a melhor exegese do art. 822 é a que considera sua enumeração como apenas exemplificativa. Dessa maneira, assegura-se ao seqüestro o principal atributo da tutela cautelar, que é a maleabilidade capaz de propiciar socorro ao processo principal nas situações emergenciais, quaisquer que sejam elas, desde que haja necessidade de preservar sua eficiência e utilidade práticas.

Dada a notória superioridade técnica do Código revogado, nesse passo, a admissibilidade do seqüestro poderá continuar a ser condicionada, genericamente, à probabilidade de "ocorrência de fatos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação", como dispunha, com muita propriedade, o texto do antigo art. 676, n° II.

#### **1.080. Receio de rixas e danificações**

Nos termos do inciso I do art. 822, o *bem litigioso* (móvel, imóvel ou semovente) pode ser seqüestrado quando houver fundado receio de:

a) *rixas*, ou

b) *danificações*.

A litigiosidade refere-se tanto à ação já posta em juízo como ao caso ainda a ser submetido à apreciação judicial. E essa ação, *pendente* ou *por ajuizar*, não é, forçosamente, de direito real; para legitimar o uso do seqüestro, basta, muitas vezes, a litigiosidade sobre a posse, que bem pode decorrer de ação pessoal.<sup>(38)</sup>

Caso típico de seqüestro é o que se passa em torno da ação reivindicatória, mormente quando se trata de coisa móvel e perecível.<sup>(39)</sup>

Mas, desde que a coisa litigiosa esteja ao abandono, ou correndo risco de perecimento, não há que se preocupar com a natureza da ação principal e torna-se "perfeitamente lícito que a parte inteteressada lance mão do seqüestro como medida acauteladora do seu direito."<sup>(40)</sup>

Assim, por exemplo, poderá admitir-se o seqüestro diante de ações sobre condomínio, sobre venda com pacto comissório sobre pretensão recuperatória de bens em demanda de anulação de negócios jurídicos ou sobre pretensões contratuais de restituição de coisas como nos casos de locações, comodatos, depósitos etc.<sup>(41)</sup>

Na probabilidade do seqüestro entram, outrossim, as ações hereditárias, como o inventário e partilha, a petição de herança e a colação. Quando concorrerem os pressupostos do art. 822, n° I, herdeiro ou cônjuge interessados na sucessão poderão utilizar o seqüestro contra o próprio inventariante, como meio de garantir ou preservar a integridade dos bens até a partilha.<sup>(42)</sup>

Voltando ao texto legal, vemos que o art. 822, n° I, prevê a admissibilidade do seqüestro da coisa litigiosa em duas circunstâncias bem diferentes: quando houver necessidade de prevenir *rixas* ou evitar *danificações*.

Ao coibir as rixas entre os litigantes, a lei está preocupada com a paz social, objetivo maior do processo.

Aqui "não é a coisa que corre risco, mas as pessoas que ela aproxima. *Ne cives ad arma veniant*. É um caso de verdadeira polícia judiciária."<sup>(43)</sup> A proteção cautelar visa diretamente à tutela das *pessoas*, da qual a medida de apreensão da coisa é, na espécie, apenas instrumento.

O conceito de *danificação* como ameaça sofrida pelo bem litigioso deve ser entendido em sentido lato (danificação jurídica), de modo a compreender não apenas a deterioração física, mas também o seu *desaparecimento* ou desvio, casos em que as danificações referir-se-ão ao direito ou interesse das partes e não à materialidade do bem.

O *receio* de rixas e danificações deve, outrossim, ser "fundado", isto é, sério, inspirado em dados objetivos que autorizem a admissão de sua *probabilidade*.

#### **1.081. Seqüestro de frutos e rendimentos do imóvel reivindicando**

O texto do inciso II do art. [822](#), referente ao seqüestro de frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, remonta às Ordenações Filipinas (§ 2º, tít. 73).<sup>(44)</sup>

O seqüestro aqui pressupõe:

a) sentença que condenou o réu, em ação reivindicatória, a entregar o imóvel, que pode ser urbano ou rural, residencial, comercial ou industrial;

b) pendência de recurso, ou possibilidade de sua interposição de modo a impedir, de pronto, a execução da condenação;

c) risco de dissipação dos frutos e rendimentos, isto é, das rendas civis (foros, aluguéis etc.) e frutos ou produtos naturais (colheitas, crias, produtos minerais etc.).

O réu poderá evitar o seqüestro prestando caução idônea (art. [805](#)).

A competência, ordinariamente, é do juiz do primeiro grau de jurisdição, e, extraordinariamente, do relator, se o processo já estiver no Tribunal (conferir o exposto no nº [1.000](#)).

#### **1.082. Seqüestro a propósito de ações matrimoniais**

O inciso III do art. [822](#) cuida das ações matrimoniais de separação e anulação de casamento.

Nas questões entre cônjuges, a iminência da ruptura da sociedade conjugal gera natural exacerbação dos ânimos em disputa pessoal, motivando, freqüentemente, atos desleais como o aparecimento de dívidas fictícias ou mesmo o esbanjamento da fortuna comum por um só dos consortes.

Aquele que não tem a posse do patrimônio comum ou de alguns bens dele pode prevenir-se contra a malícia ou o desequilíbrio emocional do outro cônjuge, valendo-se do seqüestro dos referidos bens para assegurar a justiça e utilidade prática da futura partilha.

O seqüestro, *in casu*, pressupõe:

a) ação de separação ou *anulação* (também de *nulidade*) de casamento, já proposta ou na iminência de propositura;

b) atos do consorte que demonstrem dilapidação dos bens comuns.

#### **1.083. Outras previsões legais de seqüestro**

No inciso IV, o art. [822](#) menciona como viável o seqüestro nos "demais casos expressos em lei".

Esses casos tanto podem aparecer nas leis processuais como nas substanciais, que muitas vezes não usam linguagem rigorosamente técnica, já que é comum encontrar-se em diplomas legais extravagantes o emprego da palavra seqüestro para designar hipóteses que, a rigor, seriam de arresto, como, por exemplo, se dá com o Código de Processo Penal, quando regula a medida cautelar de garantia da ação de indenização civil pelo dano oriundo do crime (arts. [136](#) e [137](#)).

Entre as inúmeras previsões avulsas de seqüestro, podemos lembrar a do art. [12](#), § 4º, da Lei de Falências, que se refere a livros, documentos e bens do devedor; a do art. [125](#) do Código de Processo Penal, relativa aos produtos do crime; a do bem disputado em interdito possessório, quando as posses de ambos os litigantes forem duvidosas e datarem de menos de ano e dia (Código Civil, art. [507](#)); a de proteção aos privilégios de invenção (Decreto-Lei nº 254/67; e Lei nº 3.502/58) etc.

#### **1.084. Execução e efeitos do seqüestro**

As medidas cautelares são processos *unitários*, onde não se pode fazer dissociação entre cognição e execução, no sentido em que se usam esses conceitos nos processos de mérito.

O procedimento cautelar já nasce visando à consecução de uma situação fática útil ao processo principal. E a tutela cautelar só se completa com a plena atuação da medida preventiva de ordem prática, sem que se possa fracionar a atividade processual em fases diversas e sucessivas.[\(45\)](#)

Por isso, não se procede a um processo especial de execução forçada para cumprir a ordem judicial de seqüestro. O decreto de seqüestro é *auto-exeqüível*, importando imediata expedição do mandado executivo.

Não há citação do réu para a execução, nem possibilidade de embargos, conforme restou demonstrado no capítulo referente ao arresto.

O cumprimento do mandado faz-se até com o emprego de força policial, caso haja resistência (art. [825](#), parágrafo único).

O bem seqüestrado é colocado sob a guarda de um depositário judicial, nomeado pelo juiz, cuja escolha pode recair (art. [824](#)):

I – em terceiro, da confiança do juiz;

II – em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes; ou

III – em uma das próprias partes.

Na última hipótese, a escolha levará em conta as maiores garantias oferecidas e o juiz sujeitará a parte-depositária à prestação de caução (art. 824, nº II), que, naturalmente, pode ser real ou fidejussória (art. [826](#)).

Quando o depositário já detinha anteriormente a posse da coisa litigiosa, a assunção do encargo processual opera a "inversão do título de posse",[\(46\)](#) eis que passará a detê-la em nome e à ordem do juiz.

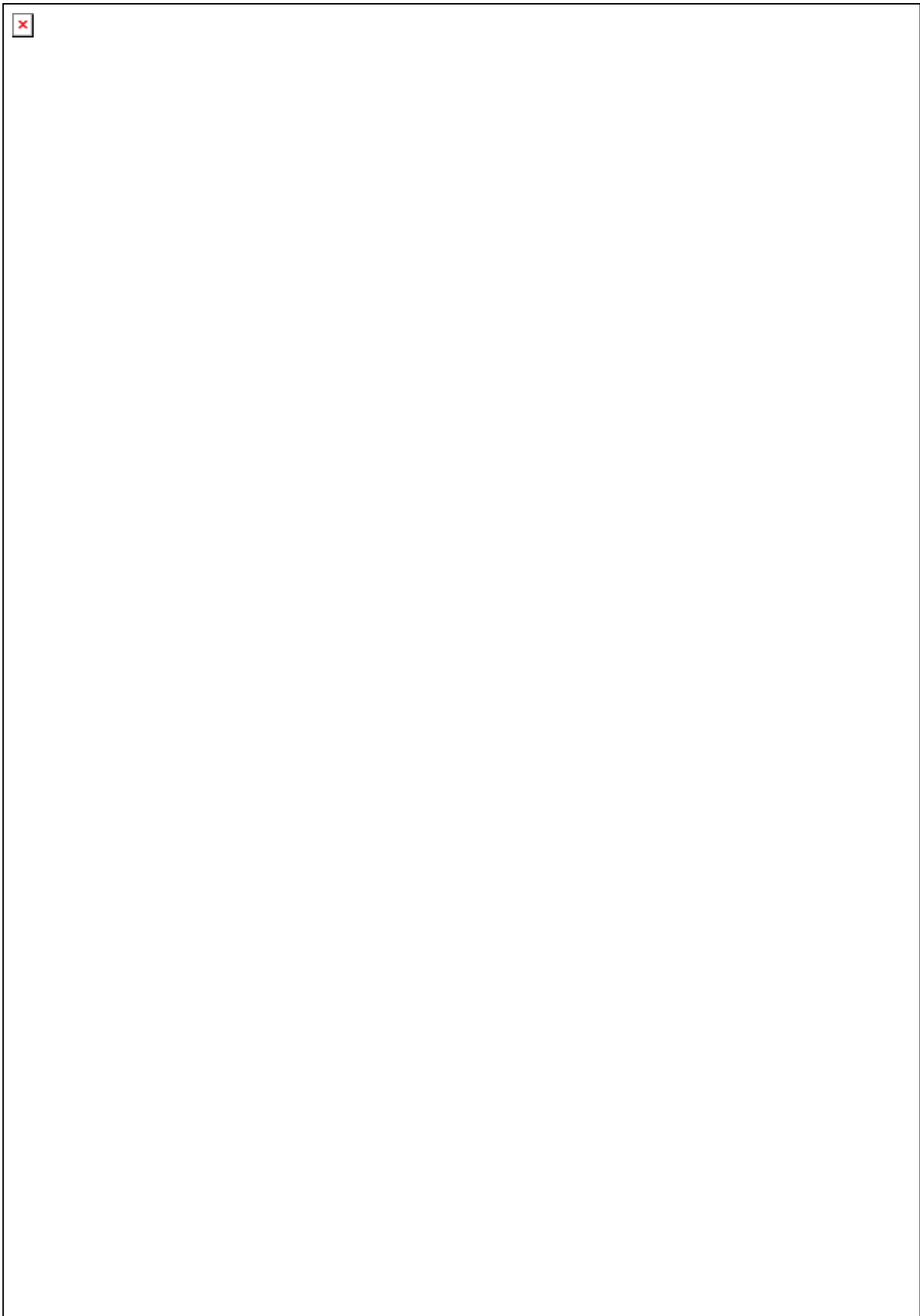
O depositário, qualquer que seja ele, deve prestar compromisso nos autos (art. 825).

O seqüestro afeta, outrossim, a livre disponibilidade física e jurídica da parte sobre o bem apreendido, mas não o torna inalienável, conforme restou demonstrado, atrás, nos nºs [1.070](#) e [1.075](#).

O seqüestro é, finalmente, revogável e modificável como o arresto, segundo o mesmo procedimento e as mesmas condições previstas para este.

#### **FLUXOGRAMA Nº 40: SEQÜESTRO** (art. [823](#))





## § 168. CAUÇÃO

**Sumário:** 1.085. *Conceito.* 1.086. *Classificação.* 1.087. *Cauções legais.* 1.088. *Cauções negociais.* 1.089. *Caução processual.*

1.090. A ação de caução. 1.091. Objeto da caução. 1.092. Legitimação e competência. 1.093. Procedimento. 1.094. Cauções tipicamente cautelares. 1.095. Execução da sentença. 1.096. Caução às custas. 1.097. Reforço da caução.

#### 1.085. Conceito

*Caução* deriva do latim *cautio*, que quer dizer prevenção ou precaução.<sup>(47)</sup> Corresponde à medida tomada para "acautelar-se contra um dano provável."<sup>(48)</sup>

Há caução quando o responsável por uma prestação coloca à disposição do credor um bem jurídico que, no caso de inadimplemento, possa cobrir o valor da obrigação.

Não é figura específica no direito processual, pois sua presença se encontra, freqüentemente, nos mais variados ramos do direito e até sob a forma de cláusulas contratuais em negócios privados e públicos.

Embora, a idéia de prevenção seja inerente a toda caução, nem toda ela é conteúdo de *ação cautelar*, porque esta na dogmática processual tem o objeto próprio do processo cautelar que é *servir* instrumentalmente a outro processo e não tutelar imediatamente o direito.<sup>(49)</sup>

Quando a prevenção se destina a resguardar diretamente direitos substanciais da parte, não se pode falar em função *cautelar*, no sentido técnico, pois a atividade jurisdicional assume características de *satisfação* de pretensão material.

Os arts. [826 a 838](#) cuidam do procedimento específico da ação de caução, cujo objetivo tanto pode ser o de prestar como o de exigir caução.

A especificidade da ação cautelar, *in casu*, não diz respeito aos requisitos ou pressupostos da medida que, na verdade, são os comuns do poder geral de cautela (arts. [978](#) e [979](#)), ou os do direito material pertinente (cauções não-cautelares); mas apenas se relaciona com o *rito* próprio do processamento da pretensão de caução, qualquer que seja sua natureza.

#### 1.086. Classificação

Diante da multiplicidade de natureza e conteúdo que a caução pode assumir, é possível classificá-la da seguinte maneira:

a) *cauções legais*;

b) *cauções negociais*;

c) *cauções processuais*, compreendendo:

1. *ações cautelares*;

2. *medidas incidentais necessárias*, de imposição *ex officio*, pelo juiz.

#### 1.087. Cauções legais

O que caracteriza a caução legal (de natureza *não-cautelar*) é ser de "direito completo", por não depender de outra motivação senão da regra de direito material ou processual que ordena sua prestação.

Já a caução típica do processo cautelar pressupõe a motivação especial da tutela de segurança, isto é, a necessidade ou conveniência da medida para realizar a função do processo cautelar, que é servir à útil e eficiente atuação de outro processo.

Só há, enfim, tutela cautelar típica quando se cuida de proteger o interesse processual (*fumus boni iuris*, ou direito de *ação*) frente ao *periculum in mora*.

São exemplos de exigência de caução legal, no Código de Processo Civil, entre outros, os arts. [588](#), [690](#), [940](#), [1.051](#), [1.166](#) e [634](#), §

§ 2º e 5º. No Código Civil, os arts. [555](#), [729](#), [297](#), [419](#), [529](#), [580](#), [582](#), [1.734](#), parágrafo único etc. No Código Comercial, os arts. [198](#), [263](#), [527](#), [580](#), [595](#), [784](#) etc.

Em toda essa exemplificação, como em inúmeras hipóteses similares, o elemento cautelar específico não se faz presente.<sup>(50)</sup>

O procedimento judicial, no entanto, para se exigir ou prestar a caução é sempre o mesmo, pouco importando a natureza da medida, isto é, é indiferente, para aplicar-se o procedimento dos arts. [826 a 838](#), saber se a caução tem ou não a natureza cautelar.

#### 1.088. Cauções negociais

Caução negocial é a garantia que, por convenção, uma parte dá à outra do fiel cumprimento de um contrato ou um negócio jurídico. São exemplos típicos dessa caução o penhor, a hipoteca, e a fiança, nos mútuos, e os depósitos de dinheiro ou títulos, nos contratos administrativos.

#### 1.089. Caução processual

Com o cunho de garantia ao processo (traço específico da função cautelar), existe a caução como figura integrante do poder geral de cautela (art. [799](#)), como medida substitutiva de outro provimento cautelar específico (art. [805](#)) e como contracautela nas medidas liminares (art. [804](#)).

#### 1.090. A ação de caução

O Código regulou, entre as medidas cautelares, tanto a ação de caução de iniciativa do "obrigado a dar caução" (art. [829](#)), como a do que tem direito à caução (art. [830](#)).

Nas duas hipóteses do Código – como bem observa Ovídio Baptista da Silva – "a caução decorre da relação jurídica de *direito material* preexistente que nada tem de cautelar. A parte *que for obrigada*, diz o art. 829, ou a parte a favor de quem *se há de dar caução*, prevê o art. 830, requererão, no primeiro caso, a citação da pessoa a favor de quem *tiver de ser prestada*; no segundo, a *citação do obrigado*. A redação desses dispositivos não deixa dúvidas de que a parte não propõe ação cautelar, mas, apenas, utiliza-se do rito procedimental da ação sumária do Livro III, para exercer pretensão relativa ao direito de exigir *caução necessária*, ou liberar-se de idêntica obrigação, prestando a que esteja obrigado."<sup>(51)</sup>

O art. 830 admite que a base da ação de caução seja até mesmo um *contrato*.

A caução, como tal, pode ser ação preparatória ou preventiva, mas nunca ação cautelar.<sup>(52)</sup>

Medidas cautelares típicas são as que apontamos no item anterior, isto é, aquelas previstas como integrantes do poder geral de cautela (art. [799](#)) e a admitida, genericamente, como substitutiva de outra medida cautelar, como o arresto, o seqüestro etc. (art. [805](#)), bem como a caução de contracautela (art. [804](#)).

Essas, sim, exercem a função de tutelar outro processo, preservando-lhe a eficiência e utilidade, mediante o restabelecimento da *igualdade de fato entre as partes*, como instrumento para *prevenir os danos* deriváveis do retardamento do provimento principal ou de mérito, *ad instar* do que se passa com o arresto e o seqüestro.<sup>(53)</sup>

Qualquer que seja a natureza da pretensão de *caucionar*, o procedimento será o mesmo, isto é, o dos arts. [830 a 834](#). Mas é importante distinguir, nos casos concretos, as ações de caução de natureza cautelar, porque os seus efeitos são diferentes, não obstante a identidade de rito. Basta lembrar que, sendo principal a ação de caução, a sentença fará coisa julgada material, o que não ocorre na medida cautelar, sempre passível de reexame, modificação ou revogação. Além disso, sendo requerida em caráter preparatório, a ação cautelar de caução obriga a propositura da causa principal em trinta dias, sob pena de perda de eficácia, o que, obviamente, não se dá com a caução principal, em cujo seguimento não há outra ação a ser proposta. Ocorrerá, outrossim, o dever de reparar perdas e danos apenas perante a ação cautelar de caução, se se verificar alguma das hipóteses previstas no art. [811](#).

#### 1.091. Objeto da caução

Conforme o art. [826](#), "a caução pode ser real ou fidejussória". Diz-se *real* a caução feita através de uma das formas de garantia real como a hipoteca e o penhor, e *fidejussória* a garantia pessoal dada mediante fiança de terceiro.

Quando a lei de direito material ou processual não especifica a forma da caução a ser prestada, não ocorre qualquer preferência de uma espécie sobre a outra.

A escolha da garantia caberá ao obrigado a caucionar, que, observado o requisito de *idoneidade* da caução,<sup>(54)</sup> poderá optar entre as formas de depósito previstas no art. 827 – ou seja, de dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, que se submetem ao regime do penhor, ou ainda a hipoteca (imóveis), outros penhores (outros móveis) – e a fiança (garantia pessoal de terceiro).

### 1.092. Legitimação e competência

Partes da *ação cautelar* de caução, que é acessória, são as mesmas da ação principal, assim como competente é, também, o juiz da causa principal.

Diz, porém, o art. 828 que "a caução pode ser prestada pelo interessado ou por terceiro". Significa isto que o bem jurídico a caucionar tanto pode ser da parte como de estranho à relação processual. Claro é que, se o bem não pertence à parte, a eficácia da caução ficará na dependência do consentimento do dono.

É, outrossim, da tradição de nosso direito, a dispensa da Fazenda Pública da obrigação de prestar caução, seja ela Federal, Estadual ou Municipal.<sup>(55)</sup>

### 1.093. Procedimento

A caução pode ser requerida como medida preparatória (antecedente) ou como medida incidente no curso do processo principal.

Admite-se até mesmo a modalidade de medida liminar *inaudita altera parte*, em casos de urgência.<sup>(56)</sup>

De qualquer forma, porém, será provocada por petição inicial, com autuação separada e oportuno apensamento aos autos principais (art. 809).

A iniciativa da ação tanto pode ser do obrigado à caução como do que tem direito a ela.

Como a escolha cabe ao obrigado, este, ao ajuizar o pedido, deve indicar, na inicial (art. 829), além dos seus requisitos ordinários (arts. 282 e 801), mais os seguintes dados:

I – *o valor a caucionar*, isto é, o valor a ser garantido, que, na maioria das vezes, é objeto de simples estimativa;

II – *o modo* pelo qual a caução será prestada: depósito de dinheiro, hipoteca, fiança etc.;

III – *a estimativa dos bens a caucionar*: se se tratar de fiança, deverá ser mencionada a idoneidade financeira do fiador, com indicação de seu patrimônio livre.

Pode o obrigado, já com a inicial, depositar o bem ou apresentar a carta de fiança, ou simplesmente mencionar a garantia a ser prestada se procedente a ação. É o que se depreende do art. 832, n° II.

Se o pedido é daquele a quem há de ser dada a caução, sua forma é a de uma ação cominatória: sem especificar a garantia (salvo se a lei material ou o contrato forem daqueles que determinam expressamente a garantia a ser dada), o autor pedirá a citação do obrigado para que a preste, sob pena de incorrer na sanção que a lei ou o contrato cominar para a falta (art. 830).

Deferida a inicial, em qualquer dos dois casos, o requerido (réu) será citado, com prazo de cinco dias (art. 831), para:

a) aceitar a caução ou contestar o pedido, se a hipótese é a do art. 829; ou

b) prestar a caução ou contestar o pedido, se o caso é o do art. 830.

Há julgamento imediato da ação, por sentença, independentemente de audiência, nos seguintes casos (art. 832):

I – se o requerido não contestar;

II – se a caução oferecida ou prestada for aceita;

III – se a matéria a resolver for somente de direito ou, sendo de direito e de fato, já não houver necessidade de outra prova.

Havendo, contudo, contestação e necessidade de provas orais ou esclarecimentos de peritos, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, seguindo-se sentença, na própria audiência, ou no prazo do art. [456](#).

#### **1.094. Cauções tipicamente cautelares**

Com relação às cauções processuais – isto é, aquelas tipicamente cautelares (arts. [799](#), [804](#) e [805](#)) –, urge distinguir entre as *ações* cautelares e as simples *medidas* ou providências cautelares.

Assim, a contracautela (art. 804) é simples medida imposta *ex officio* pelo juiz, sem forma nem figura de juízo, ao apreciar o pedido de concessão da medida liminar *inaudita altera parte*.

Já a *caução* genericamente prevista como compreendida no poder geral da cautela (art. 799) e a substitutiva (art. 805) são objeto de verdadeiras ações cautelares e devem processar-se em autos próprios, apensos aos principais, observado o rito dos arts. [829 a 834](#).

#### **1.095. Execução da sentença**

Se a sentença é de improcedência da ação, exaure por si só a prestação jurisdicional, que é, então, de natureza declaratória negativa.

Se, porém, a sentença é de procedência do pedido, deverá conter a assinatura de prazo para que a caução seja prestada. Se a garantia já tiver sido prestada com a inicial (art. [832](#), II), o juiz simplesmente a julgará boa e eficaz ao fim a que se propõe.

Se for o caso, determinará as providências ou diligências cabíveis para efetivação da garantia.

Caberá, de ordinário, ao prestador da caução tomar, voluntariamente, as providências recomendadas pela sentença, tais como depósito em juízo de dinheiro, de pedras preciosas, títulos da dívida pública etc.

A formalização da garantia pode, também, dar-se através de lavratura de termo nos autos ou através de documento extrajudicial juntamente aos autos como carta de fiança e escritura de hipoteca. Na caução de hipoteca ou penhor é de toda conveniência a exigência de certidões negativas de ônus sobre os bens a gravar.

Se se tratar de hipoteca deverá haver, também, inscrição no Registro Imobiliário para aperfeiçoamento jurídico da caução (Lei nº 6.015/73, art. [167](#), nº I). Se a garantia for de bens mobiliários, haverá depósitos deles, segundo as regras de custódia de bens penhorados (arts. [664](#) e [666](#)).

Transcorrido o prazo assinado na sentença sem que o obrigado preste a caução, nova decisão será proferida pelo juiz, cujo conteúdo será (art. [834](#), parágrafo único):

a) declarar não prestada a caução, se a propositura da ação partiu do próprio obrigado a ela (art. [829](#));

b) declarar efetivada a sanção que cominou, se a ação foi proposta por aquele que tem direito à caução (art. [830](#)).

Tanto a decisão que julga a ação de caução, como a que, posteriormente, julga não prestada a caução, são *sentenças* e desafiam recurso de apelação, sem efeito suspensivo (art. [520](#), nº IV).

#### **1.096. Caução às custas**

Mantém o art. [835](#) a exigência da caução de despesas processuais para o autor não residente no Brasil.

Trata-se da *cautio iudicatum solvi*, que abrange não só as custas do processo intentado como também os honorários do patrono do réu, ônus que poderão recair sobre o autor, na eventualidade de sucumbência.

A caução é imposta não apenas ao autor estrangeiro, mas igualmente ao brasileiro não residente no País, ou ausente dele.

Exige-se a caução ao iniciar o processo, quando o autor não residir no Brasil; ou no curso da demanda, quando o autor, que de início residia no Brasil, tiver que dele ausentar-se (art. 835).

O réu, mesmo estrangeiro e não residente no País, não está obrigado a esse tipo de caução.

A garantia pode ser real ou fidejussória, mas deve ser idônea, isto é, *suficiente* para garantir as custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária.

A caução às custas é dispensada nos seguintes casos:

a) quando o autor, mesmo residente no exterior, seja, no entanto, possuidor de bens imóveis no território brasileiro (art. 835), desde, é claro, que o valor desses imóveis seja suficiente para assegurar o pagamento das despesas do processo, na eventualidade da sucumbência;

b) quando se tratar de *reconvenção* (art. [836](#), nº I);

c) quando for o caso de execução de título extrajudicial (art. 836, nº II).

#### **1.097. Reforço da caução**

No curso do processo principal pode vir a ocorrer desfalque da caução prestada, seja ela fidejussória ou real, como se dá, por exemplo, no caso de insolvência do fiador, queda de cotação dos títulos caucionados ou deterioração dos bens vinculados.

Daí prever o art. [837](#) que: "verificando-se no curso do processo que se desfalcou a garantia, poderá o interessado exigir reforço da caução".

A pretensão de reforço é deduzida através de um novo procedimento incidental, cuja petição inicial (art. 837) deve ser autuada em apenso ao primitivo, subordinando-se o processamento e julgamento às mesmas regras da concessão ou imposição da caução.

A petição inicial deste incidente deve conter os requisitos comuns de todas as postulações inaugurais (arts. [282](#) e [801](#)) e mais os do art. 837, segunda parte, isto é, a indicação:

a) da depreciação do bem dado em garantia; e

b) da importância do reforço que se pretende obter.

Achada em ordem a petição, o juiz a despachará, mandando citar o réu para, segundo o rito do art. [831](#), prestar o reforço ou contestar o pedido, em cinco dias.

Feita, sumariamente, a instrução, quando necessária, o juiz proferirá a sentença, que pode acolher ou não o pedido de reforço.

Se improcedente, o juiz atribuirá o ônus da sucumbência ao autor do incidente; "julgando procedente o pedido, o juiz assinará prazo para que o obrigado reforce a caução" (art. [838](#)).

O obrigado, como é lógico, deverá ser intimado a cumprir o julgado. Do descumprimento da ordem de reforço da caução, decorre a cessação dos efeitos da primitiva caução, com as seguintes consequências (art. 838, 2ª parte):

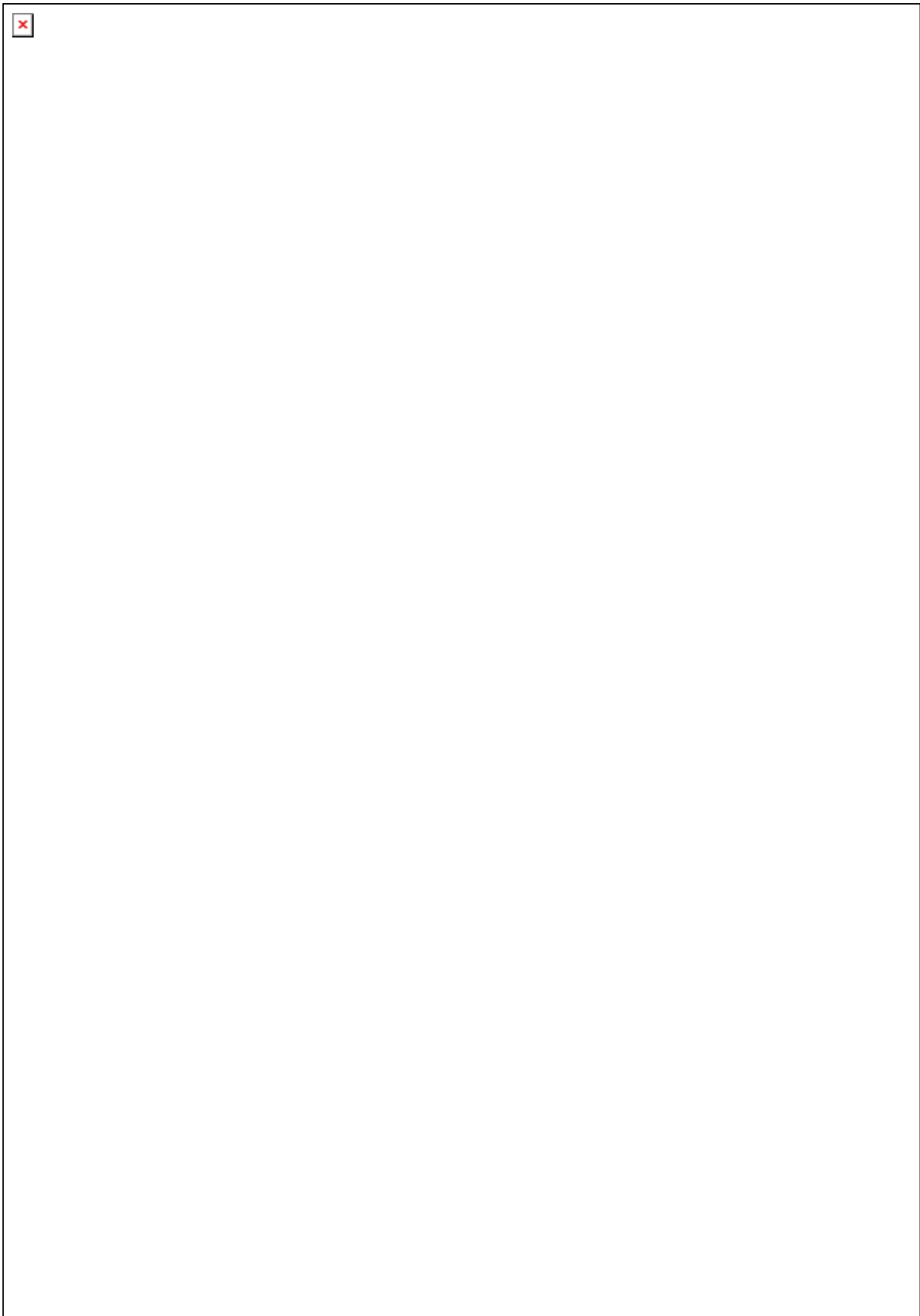
a) se a caução havia sido prestada pelo *autor*, presumir-se-á que tenha ele desistido da ação principal, caso não tenha ainda sido julgada;

b) se prestada por parte de *recorrente*, presumir-se-á que tenha desistido do recurso.

Essa perda de eficácia da caução não reforçada, com seus consectários, há de ser declarada em sentença, *ad instar* do que se passa com a declaração de não prestação de caução (art. [834](#), parágrafo único). O recurso cabível é também a apelação, sem efeito suspensivo (art. [520](#), n° IV), de maneira que, qualquer que seja a solução, os efeitos serão imediatos e independentes do trânsito em julgado.

A regra do art. 837 foi traçada tendo em vista diretamente a caução das custas, mas é claro que igual ocorrência poderá dar-se, também, com as demais cauções, hipótese em que caberá procedimento análogo, com efeitos que a sentença adaptará às particularidades de cada caso, no tocante ao reflexo sobre os direitos e interesses assegurados pela medida desfalcada ou inutilizada.

**FLUXOGRAMA N° 41: CAUÇÃO**  
(arts. [829-834](#))



## § 169. BUSCA E APREENSÃO

**Sumário:** 1.098. Conceito. 1.099. Classificação. 1.100. Pressupostos. 1.101. Objeto. 1.102. Competência. 1.103. Procedimento.



#### 1.104. Busca e apreensão em matéria de direitos autorais.

### 1.098. Conceito

Há *busca e apreensão* "sempre que o mandamento do juiz é no sentido de que se faça mais do que quando se manda exhibir a coisa para se produzir ou exercer algum direito e se não preceita o devedor, ou possuidor da coisa, a que se apresente."(57)

*Busca* "é a procura, a cata, a pesquisa de uma coisa ou pessoa". É ato que não esgota em si mesmo sua finalidade.(58) Vem sempre ligado ao seu complemento que é a "apreensão" da coisa buscada. Não há separação ou autonomia entre os dois atos. "Há seguimento, o buscar, e o apreender, que depende do bom êxito da busca."(59) Há, portanto, verdadeira fusão dos dois atos.

A medida da busca e apreensão pode apresentar-se como simples meio de execução de outras providências cautelares, como seqüestro, arresto etc. Mas, pode também ser o fim exclusivo de uma ação cautelar, como se dá quando na aplicação do procedimento regulado pelos arts. 839 a 843.

Aliás, a previsão de um procedimento da busca e apreensão fora dos limites habituais do arresto e do seqüestro presta-se a completar o instrumental do juízo cautelar. Pois há casos em que certos bens não se enquadram no âmbito de nenhuma daquelas medidas, mas há evidente necessidade de sua apreensão judicial.

Assim, por exemplo, um objeto pode não ser litigioso, mas representa grande importância para apuração dos fatos controvertidos. Os documentos, de maneira geral, não são passíveis de seqüestro.

Nessas situações em que as medidas tradicionais não se revelam adequadas, aplica-se a ação de busca e apreensão, quando presentes os requisitos da tutela de prevenção.

### 1.099. Classificação

Quanto ao objeto, a busca e apreensão podem ser de *coisas* ou de *pessoas*. Há busca e apreensão de coisas nos exemplos relacionados com os documentos subtraídos pela parte e nos casos de instrumentalidade a medidas como o arresto, o seqüestro e o depósito. Há busca e apreensão de pessoas nos casos de guarda de incapazes.

Quanto à natureza, existe busca e apreensão *cautelar* e *principal*. O procedimento da ação de busca e apreensão, de que cuidam os arts. 839 a 843 é, no entanto, exclusivamente destinado à função cautelar, isto é, à realização da tutela instrumental de outro processo, cuja eficiência se busca assegurar.

Medida satisfativa principal pode-se, por exemplo, encontrar na busca e apreensão com que se realiza a execução para entrega de coisa certa (art. 625) e, ainda, na ação correspondente à alienação fiduciária em garantia (Dec.-Lei nº 911/69). Com tais hipóteses, porém, nenhuma pertinência tem a ação cautelar ora em exame.

Ação, outrossim, que sob o nome de busca e apreensão, seja ajuizada, por exemplo, para dirimir, em definitivo, o direito à posse ou guarda de incapaz, deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como ação cautelar, cujo rito sumário não se presta a composições de mérito.

### 1.100. Pressupostos

A lei ao criar o procedimento específico da busca e apreensão não o subordinou a requisitos especiais, agindo, pois, de maneira diversa daquela observada no arresto e no seqüestro.

Assim, a busca e apreensão, medida preventiva ou de segurança, subordina-se apenas aos pressupostos comuns das medidas cautelares:

a) fundado receio de dano jurídico (*periculum in mora*); e

b) interesse processual na segurança da situação de fato sobre que deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva (*fumus boni iuris*).

Trata-se de procedimento cautelar específico, não pelos pressupostos ou requisitos, mas apenas pelo *rito*, portanto.

Tal como a regulou o Código, a busca e apreensão é medida cautelar que, além de prestar colaboração à execução de outras medidas como o arresto, o seqüestro e o depósito, pode ser exercitada autonomamente (dentro, é claro, do conceito de autonomia cautelar).

Em seu procedimento tipicamente cautelar, isto é, com o rito dos arts. [840/843](#), não se presta, porém, a realizar direitos substanciais da parte, como sucedâneo da ação reivindicatória, nem tampouco à solução definitiva do direito à guarda de menores ou incapazes.

#### **1.101. Objeto**

"O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas" (art. [839](#)).

No primeiro caso, diz-se que a medida é *peçoal* e no último, *real*.

Pela própria natureza da medida – *buscar e apreender* – só as coisas *móveis* se compreendem em seu alcance.

Com relação às *peçoas*, somente tendem ser objeto de busca e apreensão civil os incapazes (menores e interditos), porque só estes se sujeitam à guarda e poder de outros.

#### **1.102. Competência**

A determinação da competência para a busca e a apreensão segue a regra geral do juiz da ação principal (art. [800](#)).

Convém notar, porém, que na busca e apreensão de incapazes, a vinculação se dá ao processo que institui a tutela ou curatela, de maneira que o juiz competente é o dessas ações e não o do domicílio do tutor ou curador. [\(60\)](#)

#### **1.103. Procedimento**

Como medida precedente (preparatória) ou como incidente de processo já em curso, a busca e apreensão é forma de *ação cautelar* que deve ser autuada à parte, com oportuno apensamento aos autos principais (art. [809](#)).

Principia-se por petição inicial, com os requisitos dos arts. [282](#) e [801](#), devendo o autor expor, expressamente, "as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou coisa no lugar designado" (art. [840](#)).

O deferimento da medida se dá, em regra, sem contraditório, *inaudita altera parte*, com expedição imediata da ordem judicial, à luz das informações e dados apresentados pelo requerente.

O juiz, no entanto, quando julgar indispensável a justificação das razões da busca e apreensão, determinará que esta se processe em segredo de justiça, unilateralmente (art. [841](#)), o que se fará nos próprios autos da medida cautelar.

Provado quanto baste o alegado, será autorizada a expedição do mandado de busca e apreensão, que obrigatoriamente deve conter, segundo o art. 841:

I – a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;

II – a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

III – a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

O mandado deve ser cumprido por dois oficiais de justiça (art. [842](#)), que são autorizados, em razão da própria natureza da ordem judicial, a praticar arrombamento de portas externas ou internas e de quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada, desde que não se dê a abertura voluntária, pelo promovido, após a devida intimação (art. 842, § 1º).

Deverão os oficiais ser acompanhados por duas testemunhas (art. 842, § 2º). Encerrada a diligência, os oficiais de justiça lavrarão auto circunstanciado, que será assinado por eles e pelas testemunhas e será juntado ao processo (art. [843](#)).

Entende-se por auto circunstanciado aquele que não só descreve, pormenorizadamente, o objeto apreendido, como também indica todas as circunstâncias em que a diligência se realizou, como resistência, arrombamento, emprego de força policial, depósito etc.

As precauções especiais, impostas ao conteúdo do mandado e a forma de sua execução, como a assinatura necessária do próprio juiz e o cumprimento por dois oficiais em presença de duas testemunhas, resultam do fato de que a busca e apreensão importa autorização de invasão de domicílio, medida que só pode ser permitida com expressa autorização da autoridade competente (no caso, o juiz) e com limitação aos estritos objetivos da diligência judicial, sob pena de cometerem os agentes do judiciário o crime do art. [150](#) do Código Penal.

O liminar deferimento da busca e apreensão não elimina a possibilidade de contestação pelo promovido após o cumprimento do mandado, e dentro do prazo do art. 802. Se isto se der, o feito assumirá o rito preconizado pelo art. 803, culminando por sentença que confirmará ou revogará a medida liminarmente decretada. O pedido de citação do requerido é, como se vê, requisito indispensável da petição inicial.

Incide sobre a parte que obtém medida cautelar de busca e apreensão em caráter preparatório, o dever de ajuizar a ação principal no prazo do art. [806](#), sob as cominações dos arts. [808](#), nº I, e [811](#), nº III (perda de eficácia e responsabilidade civil).

#### **1.104. Busca e apreensão em matéria de direitos autorais**

Nos casos de apreensão fundada na Lei de Proteção aos direitos autorais (Lei nº 5.988, de 12.12.73, arts. 122 e 123), o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão (art. [842](#), § 3º). Não há, portanto, necessidade de justificação prévia em juízo. Mas se os peritos não comprovarem a violação do direito autoral, os oficiais de justiça deixarão de cumprir o mandado, devolvendo-o a Cartório, com certidão da ocorrência e parecer dos louvados.

FLUXOGRAMA Nº 42: BUSCA E APREENSÃO

(arts. [840-843](#))



## § 170. EXIBIÇÃO

**Sumário:** 1.105. Conceito. 1.106. Ação de exibição. 1.107. Classificação. 1.108. Exibição incidental. 1.109. Ação cautelar

*exibitória. 1.110. Exibição de coisas móveis. 1.111. Exibição de documentos. 1.112. Exibição de escrituração e documentação comercial. 1.113. Procedimento da ação exibitória contra parte. 1.114. Procedimento da ação exibitória contra terceiro. 1.115. Eficácia da exibição. 1.116. Prevenção de competência. 1.117. Ação exibitória e medida liminar.*

### 1.105. Conceito

*Exibir*, na definição de Ulpiano, "é trazer a público, submeter à faculdade de ver e tocar (*est in publicum producere et videnci tan gendique hominis facultatem praeberere*). Tirar a coisa do segredo em que se encontra, em mãos do possuidor (*proprie extra secretum ho bere*) (*digesto, de libero homine exhibendo*, 48.39, § 7º, fr. 3).

O direito à exibição tende à constituição ou asseguaração de *prova*, ou às vezes ao exercício de um simples direito de conhecer e fiscalizar o objeto em poder de terceiro.

Não visa a ação de exibição a privar o demandado da posse de bem exibido, mas apenas a propiciar ao promovente o contato físico direto, visual, sobre a coisa.

Feito o exame, ocorre normalmente a restituição ao exibidor.

Quando houver necessidade, o juiz poderá determinar que o documento permaneça nos autos, ou que a coisa, durante um certo tempo, se conserve em depósito judicial para dar oportunidade à inspeção desejada pelo requerente.

O tema da exibição foi tratado pelo Código de Processo Civil, em duas situações distintas:

a) como incidente da fase probatória do processo de cognição (arts. [355 a 363](#) e [381 a 382](#)); e

b) como medida cautelar preparatória (arts. [844](#) e [845](#)).<sup>(61)</sup>

### 1.106. Ação de exibição

A *ação de exibição*, que é a que nos interessa, está regulada entre as medidas cautelares do Livro III, como procedimento preparatório, e compreende a pretensão de exigir a exibição em juízo (art. [844](#)):

I – de *coisa móvel* em poder de outrem e que o requerente repute *sua* ou tenha *interesse* em conhecer;

II – de *documento* próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios;

III – da *escrituração comercial* por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

A construção jurídica é a de ação de preceito cominatório, como adverte Pontes de Miranda.<sup>(62)</sup> Isto é, o juiz determina a exibição do documento ou coisa, sob a cominação de serem admitidos como verdadeiros os fatos que, por meio deles, a parte pretendia provar (art. [359](#)).

Se o documento ou a coisa está em poder de um terceiro, não legitimado para a ação principal, o descumprimento da ordem de exibição dá ensejo a medida de busca e apreensão, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência (art. [362](#)).

### 1.107. Classificação

Embora o Código tenha colocado a ação exibitória entre as ações cautelares preparatórias, o certo é que pode ela ser admitida em satisfação também de pretensões de direito material autônomas, como a do art. [18](#) do Código Comercial, que faculta aos interessados na *sucessão*, *comunhão* ou *sociedade*, *administração* ou *gestão mercantil por conta de outrem*, ou em caso de *quebra*, o direito à exibição judicial dos livros de escrituração mercantil por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio.

Em tal caso a pretensão nada tem de preparatória. Satisfaz apenas a um direito material da parte.

Entre as finalidades que Lopes da Costa atribui à ação exhibitória, destacamos as seguintes, que, também, não têm caráter cautelar:

- a) possibilitar ao autor o exercício do direito de opção, nas obrigações alternativas;
- b) dar ao autor orientação sobre uma relação jurídica de que se considere parte (art. 18 do Código Comercial);
- c) ensinar ao autor o exame do estado da coisa *locada, comodada, depositada* ou *apenhada*.

Assim, o processo brasileiro conhece, na verdade, três espécies de *exibição*:

1) *exibição incidental* de documento ou coisa, que não é considerada ação cautelar, mas medida de instrução tomada no curso do processo (arts. [355-363](#) e [381-382](#));

2) *ação cautelar de exibição*, que só é admitida como preparatória de ação principal. O que caracteriza a exibição como medida cautelar é servir para evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída, tal como ocorre nas antecipações de prova, de maneira geral. Com ela evita-se a surpresa ou o risco de deparar, no curso do futuro processo, com uma situação de prova impossível ou inexistente;

3) *ação autônoma* ou *principal de exibição*, que Pontes de Miranda chama de "ação exhibitória *principaliter*", através da qual "o autor deduz em juízo a sua pretensão de direito material à exibição, sem aludir a processo anterior, presente ou futuro, que a ação de exibição suponha, a que se contate, ou que preveja."<sup>(63)</sup>

#### 1.108. Exibição incidental

Não se trata de medida cautelar, mas de atividade instrutória no curso do processo principal. Pode ser promovida contra uma das partes ou contra terceiro, pois que o Código atribui também ao terceiro o ônus de cooperar para a distribuição da justiça e conseqüentemente para a descoberta da verdade. Nessa ordem de idéias, o art. [341](#) do novo CPC atribui ao terceiro, isto é, àquele que não é parte na relação processual, o dever de:

"I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

II – *exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder*".

A *actio* incidental exhibitória contra a parte segue o rito dos arts. [355-359](#), e a contra o terceiro, o dos arts. [360-362](#).

Ao dever de exibição incidental não escapam, os livros e documentos mercantis, como se vê dos arts. [381](#) e [382](#).

#### 1.109. Ação cautelar exhibitória

Há quem negue à ação de exibição a natureza cautelar.<sup>(64)</sup>

No entanto, fornecendo à ação exhibitória elementos de fato que se destinam a instruir o futuro processo, sem se preocupar com a maior ou menor razão daquele que dela se vale, e sem ter um objetivo a exaurir em si mesma, realiza atividade tipicamente cautelar.

O locador ou o herdeiro que exigem, frente ao locatário ou ao inventariante, exibição do bem locado ou inventariado, são titulares de uma situação substancial, autônoma e definida que lhes assegura o direito à vistoria da coisa. Mas o interessado que obtém mandado de exibição da coisa para obter dados a respeito de suas características ou de sua posse, a fim de munir-se dos elementos necessários ao ajuizamento de uma reivindicatória, nenhum interesse material imediato apresenta. Sua pretensão é acautelar o processo principal para que ele seja proposto sem os riscos peculiares ao exercício desbaseado da pretensão reivindicatória.

A ação cautelar de exibição corresponde não à verificação da propriedade da coisa ou declaração de conteúdo ou falsidade do documento. Cuida apenas da "asseguração da pretensão a conhecer os dados de uma ação antes de propô-la. Metê-la na classe das exibições que correspondem à pretensão à asseguração da prova não é, certo, contra a natureza das coisas; pois a prova se destina ao convencimento do juiz e o autor está promovendo a formação de elementos que possam levá-lo ao cumprimento do seu *ônus de afirmar e de provar*."<sup>(65)</sup>

### 1.110. Exibição de coisas móveis

O art. [844](#), em seu primeiro inciso, admite a exibição de *coisa móvel*, em poder de outrem, nos casos em que o autor:

a) a reputar sua; ou

b) tenha interesse em conhecê-la.

Apenas as coisas móveis são objeto de *exibição*. Sobre os imóveis, que não podem ser ocultados ou mantidos em segredo, a pretensão de antecipação de prova é realizada normalmente pelas vistorias *ad perpetuam rei memoriam*.

Não apenas as pretensões de direito real autorizam a exibição de coisa, mas também as de direito pessoal e até as de interesse puramente *probatório*, como, por exemplo, o pedido de exibição do veículo alheio para comprovar os vestígios da colisão que causou prejuízo ao promovente da ação exibiria.

### 1.111. Exibição de documentos

Conforme o inciso II do art. [844](#), a exibição de documento subordina-se aos seguintes requisitos:

a) o documento deve ser *próprio* ou *comum*;

b) deve estar em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou de terceiro, que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios.

Diante dos requisitos do art. 844, nº II, não é todo e qualquer documento que se pode pretender seja exibido: o documento há de ser *próprio*, isto é, pertencente ao autor, ou *comum*, ou seja, ligado a uma relação jurídica de que participe o autor.

Documento *comum* não é, assim, apenas o que pertence indistintamente a ambas as partes, mas também o que se refere a uma situação jurídica que envolva ambas as partes, ou uma das partes e terceiro. É o caso, por exemplo, do recibo em poder do que pagou, mas que interessa também ao que recebeu; o da via do contrato em poder de um contraente quando o outro perdeu a sua; ou das correspondências em poder do destinatário nos contratos ajustados por via epistolar.

Em face da exigência do texto legal de que o documento seja *próprio* ou *comum*, não me parece viável pretender de terceiro a exibição de documento particular dele, obtido sem intervenção do promovente e sem relacionamento direto com o negócio jurídico invocado pelo requerente, ainda que possa ser útil à defesa dos interesses da parte.

### 1.112. Exibição de escrituração e documentação comercial

Admite, finalmente, o item III do art. [844](#) a exibição judicial "da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei".

Em regra a contabilidade mercantil está sujeita a sigilo (Código Comercial, art. [21](#)). Os casos de devassa em seu conteúdo dependem, pois, de expressa anuência legal.

Existem nas legislações tributárias vários permissivos para que a Fazenda Pública tenha acesso à Contabilidade dos contribuintes. A pretensão a essa exibição nada tem, contudo, de cautelar. Refere-se a direito substancial da Fazenda.

No direito privado as principais autorizações para estranhos incursionarem através da escrita do comerciante acham-se nos arts. [18 e 19](#) do Código Comercial e arts. [381 e 382](#) do Código de Processo Civil.

O art. 18 do Código Comercial trata da exibição da escrituração integral ou por *inteiro*, que cabe em favor dos interessados "em questões de sucessão, comunhão ou sociedade e administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em casos de quebra".

O art. 19 do mesmo Código cuida da possibilidade de exibição parcial da escrituração mercantil, isto é, exibição dos livros e

documentos necessários para "deles averiguar e extrair o tocante à questão" a ser solucionada em juízo.

A pretensão escudada nos arts. 18 e 19 do Código Comercial tanto pode ser exercitada como medida preparatória ou como incidental, e não se reveste, obrigatoriamente, de caráter preventivo ou cautelar, como já se demonstrou no nº [1.107](#).

O art. 381 do Código de Processo Civil, por sua vez, admite a exibição *integral* da contabilidade mercantil da empresa: na liquidação da sociedade e na sucessão por morte do sócio. E o art. 382 prevê a exibição *parcial* que deve incidir sobre a parte da escrituração e documentos de que se pode extrair a suma que interessa ao processo, nos demais litígios.

As medidas preconizadas pelos arts. 381 e 382 referem-se a incidentes da fase probatória do processo. Mas, as mesmas medidas poderão ser decretadas em caráter preparatório ou cautelar, antes da ação principal, com base no art. 844, nº III.

As sociedades anônimas dispõem de sistema especial de fiscalização e controle da gestão social. Fora das assembléias não podem, em princípio, os acionistas individualmente estar a exigir exibição de escrita e documentos da companhia por simples capricho.

O art. [105](#) da Lei nº 6.404, de 15.12.76, resguarda os direitos dos acionistas minoritários, assegurando-lhes, em determinadas circunstâncias, a faculdade de obter a exibição integral, em juízo, dos livros contábeis da empresa. Para essa diligência, que se processará pelo rito da ação exhibitória, devem ser atendidos dois requisitos, expressamente impostos pelo art. 105 da Lei de Sociedades Anônimas:

- a) o requerimento deve ser formulado por acionistas que representem pelo menos 5% do capital social;
- b) o pedido deve basear-se na indicação de atos dos gestores da empresa que representem violação da lei ou do estatuto, ou que autorizem a *suspeita fundada* de graves irregularidades praticadas por qualquer órgão da companhia.

#### **1.113. Procedimento da ação exhibitória contra parte**

O art. [845](#) manda observar nas ações cautelares exhibitórias o mesmo procedimento preconizado para a exibição incidental, isto é, o que se contém nos arts. [355 a 363](#) e [381](#) e [382](#), onde são tratadas de maneira diversa as situações criadas para a *parte* e para *terceiro*.

Quando o réu da ação exhibitória é um dos sujeitos da lide, (isto é, é a pessoa que irá figurar no processo principal como *parte*), o procedimento cautelar observará os arts. [356 a 359](#) e terá início por petição inicial, que deverá conter, além dos requisitos ordinários (arts. [282](#) e [801](#)), mais os seguintes elementos (art. [356](#)):

- I – a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;
- II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;
- III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Achada em ordem a inicial, o juiz a despachará mandando que o réu seja citado para responder em cinco 5 (cinco) dias (art. [357](#)).

Três atitudes pode adotar o réu:

- a) exhibir em juízo a coisa ou documento;
- b) silenciar-se; ou
- c) contestar o pedido, recusando o dever de exhibir ou afirmando que não possui o objeto a exhibir.

Na primeira hipótese, o objeto da exibição, se documento, será juntado aos autos, em original, ou através de traslado ou cópia autenticada; se coisa, será depositada judicialmente por prazo suficiente ao exame que o autor tenha que realizar.

Quando a exibição é de parte da escrituração mercantil ou de documentos da contabilidade do comerciante, não podem ficar ditos



bens retidos em juízo. Será, então, extraída deles "a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas" (art. 382).

Com a exibição a medida terá surtido o efeito desejado e o juiz dará por findo o procedimento.

Na segunda hipótese, a revelia importará admissão da veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 803); de modo que o juiz acolherá o pedido, aplicando ao réu a sanção do art. 359, I, ou seja, admitirá, por sentença, "como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendida provar".

Na terceira hipótese (contestação), caberá ao juiz facultar às partes a instrução da causa, designando, se necessário, audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único). Se a defesa foi a negativa de existência do documento ou coisa em poder do réu, caberá ao autor o ônus da prova em contrário.(66) No caso de isenção do dever de exhibir, a prova é da responsabilidade do contestante (art. 333, nº II).

O contestante poderá ser escusado da exibição da coisa ou documento, de acordo com o art. 363, nos seguintes casos:

I – *"Se concernente a negócios da própria vida da família."*

"É preciso que se trate de documento ou coisa cujo negócio foi oriundo *apenas* da relação íntima, como a carta entre uma das partes e o pai ou a mãe narrando o que se passara entre as duas partes ou terceiro interessado, ou a entrega de quantia pelo pai ou pela mãe, como ato de família, a uma das partes."(67)

II – *"Se a sua apresentação puder violar dever de honra."*

– Casos, por exemplo, em que o documento ou a coisa provaria o adultério de outrem, ou suas relações sexuais clandestinas com alguma pessoa.(68)

III – *"Se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal."*

– Pode, no caso, o juiz examinar secretamente o documento ou a coisa para averiguar se realmente sua publicidade no processo acarretaria os perigos de que cogita o inciso.(69)

IV – *"Se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo."*

– Trata-se da garantia do segredo profissional cuja violação configura até mesmo delito punido criminalmente (Código Penal, art. 154).

V – *"Se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição."*

– Caberá ao juiz com "o prudente arbítrio" aquilatar se o caso concreto apresenta gravidade suficiente para impedir a exibição.

Pode acontecer que os motivos de escusa (I a V) se refiram apenas a uma parte do documento. Nesse caso não se dispensará a exibição mas será ela realizada parcialmente, mediante extração de suma da parte livre, que se poderá fazer através de reprodução datilográfica, fotográfica, ou simples exibição na audiência, recoberta a parte inexistível.(70)

O art. 358 prevê três casos em que a recusa do promovido, qualquer que seja ela, não pode ser admitida. São os seguintes:

I – *"Se o requerido tiver a obrigação legal de exhibir."*

É o que se dá naquelas hipóteses expressamente previstas no direito material ou processual em que é assegurado a uma parte o direito à exibição, como nos arts. 18 e 19 do Código Comercial e nos arts. 381 e 382, em matéria de documentos mercantis.

II – *"Se o requerido aludir ao documento ou a coisa, no processo, com o intuito de constituir prova."*

A referência ao documento como argumento de defesa ou sustentação de alguma alegação feita no processo, gera para a parte que a faz o *dever* de exibição e para a parte contrária o *direito* à exibição.

III – "Se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes."

Não apenas a "compropriedade" ou a "composse" geram a obrigação de exhibir o documento. Essa obrigação, *in casu*, nasce do conteúdo do documento, de forma que sempre que esse conteúdo pertença apenas a uma delas, haverá para a outra o direito à exibição. É o caso da quitação ou da via do contrato, que pertencem a um só dos contraentes, mas que podem interessar também ao outro contraente.(71)

A sentença será proferida na própria audiência de instrução e julgamento ou logo em seguida. Se acolher a defesa, declarará a improcedência da ação de exibição, com os consectários da sucumbência. "Se a recusa for havida por ilegítima", isto é, não enquadrada nos permissivos do art. 363, o juiz, na sentença de procedência da ação, "admitirá" como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar" (art. 359, n° II).

#### 1.114. Procedimento da ação exhibitória contra terceiro

Se a pretensão à exibição dirige-se não contra o sujeito da lide (aquele que vai ser sujeito do processo principal ou de mérito) mas contra um terceiro que detém a coisa ou documento o rito a observar é dos arts. 360 a 362.

Apresentada a petição com os requisitos há pouco apontados, o juiz mandará que o terceiro (*réu* apenas da ação cautelar) seja citado para responder em dez dias (art. 360).

Tal como o *interessado* (parte), também o terceiro pode assumir três atitudes diferentes: a) exhibir o documento ou a coisa; b) silenciar-se; c) contestar o pedido.

A exibição exaure o processo cautelar. A revelia, importa confissão de veracidade dos fatos alegados (art. 803) e enseja julgamento, independentemente de audiência, com a condenação do réu a depositar em juízo, em 5 dias, a coisa ou documento (art. 362).

Se, porém, houver contestação, em que o promovido negue a obrigação de exhibir ou a posse do objeto a exhibir, seguir-se-á a fase de instrução que poderá constar de depoimentos das partes e das testemunhas e outras provas.

Se necessária a produção de prova oral, o juiz promoverá a realização, de audiência de instrução e julgamento (art. 361). Caso contrário, apenas proferirá sua sentença.

A sentença poderá acolher a escusa do promovido e será declarativa negativa do dever de exhibir; ou ter por injusto o motivo arguido para eximir-se da citada obrigação, caso em que condená-lo-á ao depósito do documento ou coisa em cartório ou noutro lugar, no prazo de 5 dias, atribuindo ao requerente o ônus das despesas do depósito (art. 362).

Trata-se de sentença preponderantemente executiva (ou mandamental como quer Pontes de Miranda), visto que prescinde do processo de execução forçada para atuar sobre o vencido. Assim, transcorrido o prazo de cinco dias, da intimação da sentença (prazo que não se suspende por interposição de recurso – art. 520, n° IV), e não sendo cumprida a ordem, o juiz expedirá mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial para efetivar, compulsoriamente, o depósito do objeto da execução.

São diversas, portanto, as consequências da não exibição conforme seja movida a ação cautelar contra parte da causa principal ou contra terceiro.

Para a *parte*, a ação tem feição cominatória, e o inatendimento da ordem de exibição importa declaração de veracidade dos fatos a cuja prova se destinava o objeto da exibição (art. 359).

Para o *terceiro* (estranho à lide), a consequência é a execução coativa por meio da apreensão judicial do referido objeto, "sem prejuízo" – ainda – "da responsabilidade por crime de desobediência" (art. 362).

Se destruir a coisa ou documento que deveria exhibir, será além disso, responsável civilmente pelas perdas e danos que acarretar ao promovente da medida cautelar,(72) as quais poderão ser reclamadas em ação ordinária de indenização.

#### 1.115. Eficácia da exibição

A exibição participa da natureza das medidas antecipatórias de prova, de modo que sua eficácia não se sujeita ao prazo extintivo do art. [806](#) (ver n°s [1.039](#) e [1.127](#)).

Mesmo que a ação principal não seja ajuizada em trinta dias, é claro que a prova obtida com a exibição continuará válida e utilizável pelo promovente, que dela poderá fazer uso a qualquer tempo.

Tal como nas antecipações de prova, os autos da exibição permanecem em Cartório, após encerrado o feito, e não são entregues à parte.

#### **1.116. Prevenção de competência**

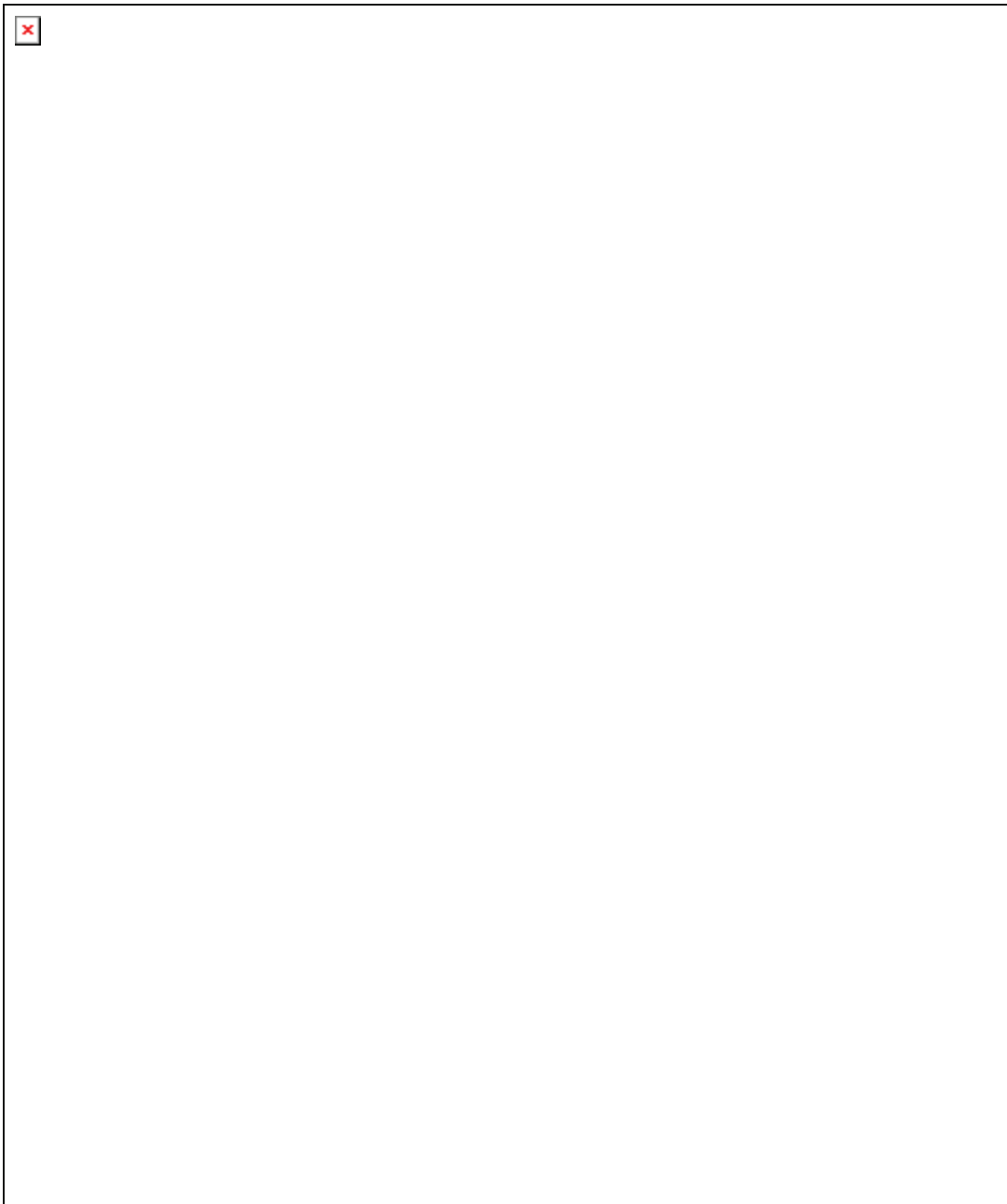
Porque o juiz da medida cautelar deve ser o da ação principal, aquele perante o qual for processada a ação exibiria ficará com sua competência preventa para o processo de mérito.

#### **1.117. Ação exibiria e medida liminar**

A estrutura da ação exibiria normalmente não comporta a imposição de medida liminar. O procedimento tende, por sua própria índole, a produzir eficácia após uma sentença que *condene* o requerido à exibição (arts. [359](#) e [361](#)). Do descumprimento da condenação é que podem surgir medidas concretas contra o vencido (arts. 359 e [362](#)).

Se for o caso de existir risco de desaparecimento do objeto a exibir, poderá o interessado se valer de outras medidas cautelares, como, por exemplo, a busca e apreensão, desde que disponha de elementos para justificá-la.

### **FLUXOGRAMA N° 43: EXIBIÇÃO (CONTRA PARTE DA LIDE)** (arts. [844-845](#) e [355-359](#))



**FLUXOGRAMA Nº 44: EXIBIÇÃO (CONTRA TERCEIRO)**  
(arts. [360-362](#))



#### **§ 171. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS**

**Sumário:** 1.118. *Antecipação de prova.* 1.119. *Ação cautelar antecipatória.* 1.120. *Cabimento.* 1.121. *Oportunidade.* 1.122. *Objeto*

da antecipação de prova. 1.123. Competência. 1.124. Procedimento. 1.125. Sentença. 1.126. Valoração da prova antecipada. 1.127. Eficácia. 1.128. Medida "inaudita altera parte". 1.129. Despesas processuais. 1.130. Destino dos autos.

### 1.118. Antecipação de prova

O processo tem ordinariamente um momento ou uma fase reservada à prova dos fatos alegados pelas partes.

Há circunstâncias excepcionais, no entanto, que autorizam a parte a promover, antes do momento processual adequado, a coleta dos elementos de convicção necessários à instrução da causa.

São casos em que a parte exerce a "*pretensão à segurança da prova*",<sup>(73)</sup> sem contudo antecipar o julgamento da pretensão de direito substancial. O interesse que autoriza a ação cautelar na espécie se relaciona apenas com a obtenção, preventiva, da "documentação de estado de fato que possa vir influir, de futuro, na instrução de alguma ação."<sup>(74)</sup>

### 1.119. Ação cautelar antecipatória

Nos casos mencionados, promovem-se "apenas as diligências tendentes a fixar por meio de exames periciais (ou inquirições) situações transeuntes que convém deixar fixadas, para servirem de prova na ação futura."<sup>(75)</sup>

Registrando fatos sensíveis, esse tipo de medida tem efeito *acautelatório*, apenas, valendo como meio hábil para preservar a prova do perigo que a ameaça, perigo de desaparecimento pelo decurso do tempo.<sup>(76)</sup>

Configura aquela espécie de tutela preventiva que Carnelutti denomina *processo cautelar antecipatório*, ao qual pertencem, também, o arresto e seqüestro. Enquanto, porém, nestas últimas medidas a antecipação se refere a atos executivos, nas providências do art. 846 refere-se a atos instrutórios.<sup>(77)</sup>

A ação antecipatória é genuinamente cautelar, quando movida em caráter *preparatório*, pois satisfaz à necessidade emergencial de evitar ou superar o perigo de se tornar impossível ou deficiente a produção da prova se se tiver de aguardar a propositura da ação principal e a chegada da fase probatória normal.

Como a finalidade do processo é a justa composição do litígio e esta só é satisfeita mediante a descoberta da verdade, a medida que vise a tutelar a comprovação antecipada da verdade serve indubitavelmente mais ao *processo* que propriamente ao interesse ou ao direito subjetivo da parte. Essa medida fica, pois, preordenada à melhor e mais útil atuação do processo, como instrumento da justa composição da lide, seja a solução final favorável ao que pede a medida cautelar, ou seja contrária à sua pretensão.

### 1.120. Cabimento

As ações de antecipação de prova têm cabimento qualquer que seja a natureza da futura demanda – que pode ser contenciosa, ou mesmo de jurisdição voluntária – e tanto podem ser manejadas por quem pretenda *agir* como por quem queira *defender-se*.<sup>(78)</sup>

Sua admissibilidade, porém, não fica subordinada ao alvedrio do promovente. Embora sem o maior rigor que se nota nas medidas restritivas de direito ou construtivas de bens, como o arresto e o seqüestro, também as ações de antecipação de prova sujeitam-se aos pressupostos das medidas cautelares em geral, que no caso podem ser vistos na necessidade de antecipar-se a prova para evitar sua impossibilidade de realização futura.

O *periculum in mora* corresponde, assim, à probabilidade de não ter a parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, porque o fato é passageiro, ou porque a coisa ou pessoa possam perecer ou desaparecer.

Se não existe esse risco, a medida não tem cabimento e pode, inclusive, ser contestada pelo promovido, como medida desnecessária e onerosa.

Para o Código, os requisitos de admissibilidade estão expressos nos arts. 847 e 849:

a) a *inquirição de testemunhas* ou o *interrogatório da parte* serão antecipados quando:

I – tiver de ausentar-se; ou

II – por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor (art. 847);

b) o *exame pericial* poderá ser antecipado quando houver "fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação" (art. 849).

Para conservar a grande utilidade prática das vistorias na atividade forense, deve o intérprete adotar uma exegese liberal, quanto possível, a respeito do pressuposto exigido pelo art. 849, mormente porque é verdade aceita por todos que essas medidas cautelares prestam relevantes serviços à justa composição dos litígios, muitas vezes antecipando ajustes e transações extrajudiciais ou evitando demandas infundadas ou mal propostas.

Nessa ordem de idéias, o obstáculo à futura produção eficaz da prova (*impossibilidade* ou *dificuldade*) deve ser entendido tanto no sentido *material* como no *jurídico*.

Assim, por exemplo, quem vai propor ação reivindicatória sobre uma gleba de terras rurais deve descrever, desde logo, a área reivindicada com precisão, sob pena de inépcia da inicial ou nulidade do processo. A natureza da ação – que só pode versar sobre corpo certo – impede que a apuração das características da área se faça no curso da instrução do processo. Se o autor não dispõe de dados em seu poder que lhe permitam tal descrição depara-se, no limiar do feito, com uma *dificuldade* ou mesmo uma *impossibilidade jurídica* de provar um requisito básico da reivindicatória, muito embora não houvesse impossibilidade *material* de que a verificação desses dados ocorresse no futuro.

Isto é comum nos casos de grandes áreas do sertão, onde o apossamento se dá por várias pessoas, cada uma agindo isoladamente e ocupando porções irregulares nas faixas limitrofes da propriedade rústica.

Ao reivindicante não há outro remédio senão promover um levantamento prévio das regiões invadidas para obter os dados indispensáveis à propositura da ação, o que, sem dúvida, pode dar-se através de uma antecipação de prova pericial (vistoria *ad perpetuam rei memoriam*). Isto porque, nos precisos termos do art. 849, o autor teria, no caso, o fundado receio de tornar-se impossível ou muito difícil a verificação do fato básico da pretensão reivindicatória na pendência da ação, por uma questão de técnica jurídica. A dificuldade ou impossibilidade jurídica justificaria, portanto, a antecipação probatória.

Em ações de indenização derivadas, por exemplo, de má execução de obra de engenharia ou de abuso de gestão de sociedade, é quase sempre muito difícil ao autor descrever, desde logo, com segurança, os fatos constitutivos de sua pretensão, assim como delinear, com adequada precisão, os danos realmente acarretados pela conduta irregular do demandado. É de intuitiva conveniência o exame pericial antecipado em tais demandas, até mesmo para propiciar negociações entre as partes e, principalmente, para evitar os dissabores e contratempos das ações mal propostas. Justifica-o a dificuldade que teria o autor de implementar a prova depois de já fixada a extensão do pedido e apresentado o seu fundamento fático na inicial da demanda.

A jurisprudência tem sido sensível a esse problema, favorecendo sempre a realização da perícia antecipada, mesmo quando haja uma certa dificuldade em considerar *in concreto*, como ocorrente, o requisito legal da impossibilidade de produção da prova durante a instrução do processo principal. Na dúvida, é preferível realizar a perícia antecipada que denegá-la.<sup>(79)</sup>

Em se tratando de medida cautelar – decidiu o STJ – o dispositivo do art. 849 do CPC, que exige, para permitir a antecipação de prova pericial, o fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, "há de ser visto e entendido *cum grano salis*, em ordem a não tolher o exercício da ação a quem pretende, sem a rígida observância do texto normativo, prevenir-se contra situações adversas que por acaso possam surgir."<sup>(80)</sup>

### 1.121. Oportunidade

A antecipação de prova pode dar-se antes do ajuizamento da ação principal ou no curso desta.

Mas, a *ação cautelar antecipatória* só ocorre, realmente, quando a pretensão é deduzida em juízo com o caráter preparatório de futura ação de mérito.

No curso da ação principal, a coleta antecipada de elemento de convicção é fruto de simples deliberação do juiz da causa, que importa apenas inversão de atos processuais e que integra a própria atividade instrutória do processo. Não há, pois, lugar para uma *ação cautelar incidental* na espécie.

### 1.122. Objeto da antecipação de prova

Conforme o art. [846](#), a produção antecipada de prova pode consistir em:

I – *Prova oral* (inquirições *ad perpetuam rei memoriam*), compreendendo:

a) interrogatório da *parte* (depoimento pessoal);

b) inquirição de *testemunhas* (prova testemunhal).

II – *Prova pericial* (vistorias *ad perpetuam rei memoriam*), compreendendo exames técnicos em geral, como os relacionados com a engenharia, a medicina, a psiquiatria, as atividades agrárias, a contabilidade etc.

### 1.123. Competência

Não mais deve perdurar a controvérsia sobre a prevenção do Juiz da antecipação de prova para a ação principal.

Não se trata de simples feito de jurisdição voluntária ou de mero expediente probatório da livre disponibilidade do interessado. A antecipação de prova é ação cautelar que já coloca *sub judice* a lide.

Nem sequer pode o promovente, como se dava no regime do Código revogado, retirar os autos do Cartório para fazer deles o uso que julgar conveniente.

Agora, devem os autos permanecer em Cartório aguardando a propositura da ação principal.

A prova, assim obtida, já é da Justiça; dela não pode mais dispor o requerente; a ação de mérito, quando advier, não poderá ignorá-la; a vinculação é de ordem pública, pois a atividade jurisdicional já se acha em movimento, embora ainda no plano preventivo.

É evidente, assim, que a competência do juiz da vistoria se torna preventiva, salvo, é claro, a hipótese de emergência em que a medida teve de ser requerida a quem, originariamente, não dispunha de competência para a causa de mérito (veja-se, sobre medidas cautelares urgentes processadas fora do juízo competente, o nº [998](#), *retro*).

### 1.124. Procedimento

Como toda ação cautelar a antecipação de prova deve ser provocada por petição inicial que satisfaça os requisitos comumente exigíveis para tais postulações (arts. [282](#) e [801](#)).

Deverá, ainda, o requerente justificar *sumariamente* a necessidade da antecipação e mencionar com precisão os fatos sobre que há de recair a prova (art. [848](#)).

A justificação sumária consiste na simples demonstração de que ocorre um dos pressupostos do art. [847](#) ou de que, a natureza da perícia autoriza o fundado receio de que venha a tornar-se, no futuro, impossível ou improficuo o exame (art. [849](#)).

A comprovação da necessidade de ausentar-se pode, por exemplo, ser feita por declaração da própria testemunha ou mediante declaração avulsa, de pessoas idôneas (ver nº [1.059](#)), ou mesmo pela exibição de bilhete de viagem. Quanto ao estado de saúde ou a idade avançada, podem, facilmente, ser justificados por certidões de registro civil, atestados médicos ou mesmo declarações de pessoas idôneas.

Em se tratando de prova oral, o juiz ao despachar a inicial simplesmente designará audiência para inquirição da testemunha ou interrogatório da parte. A testemunha será intimada e a parte contrária citada.

Se a prova a antecipar for pericial, o procedimento terá de adaptar-se ao disposto nos arts. [420 a 439](#). O promovente deverá formular seus quesitos e indicar seu assistente técnico na própria inicial, bem como pedir a citação do réu para acompanhar a perícia.

Ao despachá-la, o juiz, de plano, nomeará o perito (art. [421](#)) e determinará a citação do réu para, em cinco dias, indicar seu assistente técnico e apresentar quesitos.



Após, o juiz, por despacho, designará dia, hora e lugar em que terá início a diligência; e marcará prazo para a entrega do laudo (art. [427](#)), prazo esse que é comum para perito e assistentes (art. [432](#), parágrafo único).

As partes poderão, após o laudo, ou laudos, pedir esclarecimentos sobre as respostas dadas, através de quesitos esclarecedores, devendo o juiz marcar prazo, tanto para as partes como para os louvados (art. [435](#)). Afigura-se-me desnecessária a designação de audiência para tais esclarecimentos que poderão ser prestados por escrito.

Aplicam-se às perícias antecipadas as regras sobre substituição, escusa, impedimento ou suspeição do perito e assistente, que constam dos arts. [423](#) e [424](#).

Advertir-se que, em se tratando de *ação cautelar*, as antecipações de prova admitem contestação do promovido, no prazo de cinco dias da citação (art. [802](#)), que, entre outros fundamentos, poderá invocar ilegitimidade de parte, falta de requisito legal da medida etc.

Finalmente, sem entrar no mérito da prova, o juiz proferirá sentença homologando o depoimento ou laudo, que assim valerá como prova judicial para o futuro processo.

### 1.125. Sentença

A sentença que o juiz profere nas ações de antecipação de prova é apenas homologatória, isto é, refere-se apenas ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, para produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial.

Não há qualquer declaração sobre sua veracidade e suas conseqüências sobre a lide. Não são ações declaratórias e não fazem coisa julgada material.<sup>(81)</sup> Apenas há *documentação judicial* de fatos. E nesse sentido merece acolhida a lição de Pontes de Miranda que considera essa espécie de ação como *constitutiva* por pré-constituir prova judicial para os interessados.<sup>(82)</sup>

### 1.126. Valoração da prova antecipada

A valoração da prova pertence ao juiz da causa principal e não ao juiz da medida cautelar. No curso do procedimento cautelar nem sequer há controvérsia ou discussão sobre o mérito da prova. A coleta de depoimentos ou a realização de laudos periciais em procedimentos cautelares antecipatórios não muda a natureza da prova realmente feita, transformando-os em prova documental. Os depoimentos continuarão sendo *prova oral* e o exame continuará sendo *prova pericial*. "O valor, portanto, de um e de outro, é valor de prova oral e de prova pericial. Nunca, de documental."<sup>(83)</sup>

### 1.127. Eficácia

A antecipação de prova não é medida restritiva de direito nem constritiva de bens. É, outrossim, medida *completa*, isto é, que não se destina a converter em outra medida definitiva após o provimento final de mérito. O processo principal se utilizará dela tal como se acha, sem necessitar de transformá-la em outro tipo de ato processual.

Se, outrossim, o fim da prova é a demonstração da verdade de um fato, uma vez feita tal demonstração, a eficácia produzida é, necessariamente perpétua. A verdade é uma, imutável e eterna. O tempo, portanto, não a afeta. Inconcebível seria a pretensão de negá-la só porque se passou prazo superior a trinta dias após a apuração da verdade. Seria contra a natureza das coisas atribuir ao juiz o poder de negar eficácia a prova antecipada só porque a parte não a utilizou em certo prazo.

Não se lhe aplica, portanto, o prazo de eficácia do art. [806](#), de maneira que mesmo que a ação principal seja proposta além de trinta dias da realização da medida preparatória, ainda assim a vistoria, ou a inquirição, continuará útil e eficaz para servir ao processo de mérito.<sup>(84)</sup>

### 1.128. Medida "inaudita altera parte"

A antecipação de prova geralmente se faz com prévia citação da parte contrária.

Mas casos urgentes, como o risco de vida da testemunha, e a necessidade de citação por precatória em vistoria, poderão ensejar deferimento liminar da medida, na forma do art. [804](#).<sup>(85)</sup> Feita, porém, a inquirição, ou a vistoria, seguir-se-á a citação do promovido que, na medida do possível, poderá requerer diligências complementares, como nova inquirição, se ainda possível, ou

formulação de quesitos complementares e indicação de assistente técnico.

#### **1.129. Despesas processuais**

Se a parte contrária não contesta a antecipação de prova, as despesas do processo são pagas pela parte que a promoveu, para serem somadas às custas do processo principal, que afinal serão imputadas à responsabilidade do vencido, que, se não for o promovente, efetuará em favor deste o competente reembolso.<sup>(86)</sup>

Se, porém, houver contestação ao cabimento da medida, as custas do feito preparatório serão desde logo imputadas ao vencido – requerente ou requerido – segundo a regra geral da sucumbência (art. [20](#), § 1º).

Sobre o tema da sucumbência nas ações cautelares, veja-se o que expusemos no nº [1.028](#), *retro*.

#### **1.130. Destino dos autos**

Após a sentença homologatória, os autos da antecipação de prova permanecem em Cartório (art. [851](#)). Não há mais a antiga entrega deles ao requerente, como se dava no regime do Código anterior.

Se a ação principal já houver sido proposta dar-se-á o apensamento aos autos dela. Caso contrário, ficar-se-á no aguardo da futura utilização da medida como prova, quando vier a ser proposta a ação de mérito.

Aos interessados, porém, é lícito obter as certidões que desejarem (art. 851).

FLUXOGRAMA Nº 45: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS  
(arts. [846-851](#))



## § 172. ALIMENTOS PROVISIONAIS

**Sumário:** 1.131. Alimentos. 1.132. Alimentos provisionais. 1.133. Cabimento e oportunidade. 1.134. Legitimação. 1.135. Competência. 1.136. Procedimento. 1.137. Conteúdo dos alimentos provisionais. 1.138. Alimentos provisionais em favor de filhos ilegítimos. 1.139. Outras ações de cunho alimentar. 1.140. Duração da prestação provisional de alimentos. 1.141. Execução.

### 1.131. Alimentos

O conceito de *alimentos*, do latim *alimentum* (de *alo*, nutrir), corresponde, basicamente, às substâncias de propriedades nutritivas para o corpo animal ou vegetal, ou seja, o que mantém "a existência de uma pessoa ou coisa."<sup>(87)</sup>

Em direito, *alimentos* é expressão a que correspondem não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (*cibaria*), como também a habitação (*habitatio*), o vestuário (*vestiarium*), os remédios (*corporis curandi impendia*), a instrução (*quae ad studia pertinent*) (*Digesto*, "De verborum significatione", fls. 43, 44, 234, §

2º).(88)

Há, portanto, alimentos *naturais (cibaria)* e alimentos *civis*; e o direito processual criou, ainda os *alimenta litis*, ou seja, a provisão *ad litem*, "o dinheiro necessário a cobrir as despesas processuais."(89)

Destarte, *alimentos*, em sentido jurídico, compreendem tudo o que uma pessoa tem direito a receber de outra para atender a suas necessidades físicas, morais e jurídicas.

A *ação de alimentos* é o remédio com que se reclama em juízo a prestação alimentícia.

### 1.132. Alimentos provisionais

Como o sustento da pessoa natural é necessidade primária inadiável, não pode o seu atendimento ser procrastinado até a solução definitiva da pendência entre devedor e credor de alimentos.

Dai a instituição de uma medida cautelar – os alimentos provisionais – com o fito de socorrer o necessitado na pendência do processo principal.

Entende-se, de tal sorte, por alimentos provisionais os que a parte pede para seu sustento e para os gastos processuais, enquanto durar a demanda.(90)

Na verdade, "a prestação de *alimentos provisionais* é conteúdo de ação de alimentos."(91) De maneira que sua concessão tem mais figura de liminar do que de medida cautelar.(92) Há, mais do que o fim de assegurar uma futura execução, há uma sumária resolução da pretensão litigiosa.(93)

No entanto, a ação cautelar de alimentos provisionais diverge da ação principal de alimentos porque:

- 1) é *acessória* de outro processo;
- 2) é *preventiva*, no sentido de evitar que a falta de alimentos prejudique o outro pleito (*venter non patitur dilationem*);
- 3) *não é definitiva* em relação à determinação da dívida,(94) pois vigora apenas até a solução definitiva da demanda.

O direito a alimentos provisionais, por sua peculiar destinação, é personalíssimo e intransmissível, irrenunciável e incompensável. Há sobre a prestação deles um interesse de ordem pública.(95)

Note-se, outrossim, que nem a lei exige uma *ação cautelar* para conceder a prevenção em matéria alimentícia. Há hipóteses, como veremos adiante, de deferimento provisional de alimentos por meio de simples decisões interlocutórias, dentro do processo principal (Lei nº 5.478/68, art. 4º). Quando tal ocorre, tem-se *medida cautelar*, mas não *ação cautelar*, nem *processo cautelar*.

### 1.133. Cabimento e oportunidade

São cabíveis os alimentos provisionais (art. 852):

- I – nas ações de separação judicial e de anulação de casamento;
- II – nas ações de alimentos;
- III – nos demais casos expressos em lei.

De maneira geral, os alimentos provisionais são postuláveis antes do processo principal ou durante a sua marcha, em qualquer fase do feito, mesmo na pendência de recurso.(96)

No entanto, como acessório da ação de alimentos só podem ser pedidos a partir da propositura da ação principal (ou seja: "desde o despacho da petição inicial", conforme o art. 852, nº II). Não há, portanto, alimentos provisionais *preparatórios* diante da ação principal de alimentos, mas apenas *incidentais*.

Nas ações de separação judicial e de anulação (ou nulidade) de casamento, sua admissibilidade se faz presente desde o momento em que se separem os cônjuges, o que pode ocorrer antes da propositura da ação (art. 852, nº I).

Em ação de separação judicial não influi na concessão dos alimentos provisionais o motivo ou fundamento da causa ou das acusações que se fazem ao cônjuge que pleiteia alimentos.

Do contrário, como bem pondera Moura Bittencourt,<sup>(97)</sup> ter-se-ia de promover um pré-julgamento da lide, o que é contrário à índole dos procedimentos cautelares.

Postulados alimentos provisionais em caráter preparatório, a ação principal deverá ser proposta no prazo do art. 806, sob pena de perda de eficácia da medida.

Deve-se entender como *efetivação da medida*, para contagem do prazo do art. 806, "o primeiro pagamento feito pelo vencido."<sup>(98)</sup> Admite-se, contudo, a renovação da medida no curso da ação principal, porque a necessidade alimentar é fato que se renova e se atualiza a todo instante.

Outros casos de cabimento da medida cautelar de alimentos provisionais são os da ação de investigação de paternidade ilegítima, a partir da sentença favorável (Lei 883, de 21.10.49, art. 5º), e, ainda, os das ações de suspensão ou destituição do pátrio poder e as de destituição de tutores ou curadores, que eram previstos, expressamente, no art. 676, nº VIII, do Código de Processo Civil de 1939, e que subsistem no sistema atual, conforme a lição de Moura Bittencourt.<sup>(99)</sup>

#### 1.134. Legitimação

As partes legítimas para a ação de alimentos provisionais são as mesmas da ação principal.

Ao examinar o pedido, quando feito em caráter preparatório, terá o juiz de verificar se existe entre o requerente e o requerido a possibilidade de estabelecimento regular da ação principal.

Assim, uma nora que postulasse alimentos provisionais do sogro, seria considerada carecedora da ação cautelar, visto que, como é sabido, "sogro não deve alimentos à nora", dada a inexistência de parentesco que autorize semelhante pedido.<sup>(100)</sup> É claro, pois, que se a parte não pode propor a ação principal, não pode *a fortiori* manejar a *acessória*.

Por outro lado, nas relações advindas do casamento, não apenas a mulher é parte legítima ativa para pedir alimentos provisionais. Em caso de cair o marido na indigência, mormente em casamento sob separação de bens, ou quando a administração dos bens comuns esteja a cargo da mulher, será perfeitamente viável o pleito de alimentos provisionais do varão contra a consorte.<sup>(101)</sup>

#### 1.135. Competência

Em matéria de alimentos provisionais, vigora, em toda plenitude, a regra de que o juiz competente para a sua concessão é o da causa principal.

Afastando, outrossim, a incidência do parágrafo único do art. 800, esclarece o art. 853 que, mesmo estando a causa principal pendente de julgamento no Tribunal, a competência residual para os alimentos provisionais permanece retida pelo juiz de primeiro grau de jurisdição.

Em tal hipótese, os autos da medida cautelar serão apensados provisoriamente aos autos suplementares da ação principal. Se estes inexistirem, o interessado poderá utilizar-se de carta de sentença para instruir o pedido de medida preventiva alimentar.

Observe-se, por fim, que, sendo a medida preparatória, incidirá a regra do art. 106, tornando-se preventiva a competência do juiz da ação cautelar para a ação de mérito.

#### 1.136. Procedimento

Nas ações de alimentos, que são ações especiais e cujo rito é traçado pela Lei nº 5.478, de 1968, também os alimentos provisionais se processam sob rito especial estipulado pelo mesmo diploma legal.

Em tais casos, a concessão de alimentos provisionais se dá sumariamente e sem audiência do devedor, mediante arbitramento do juiz, no próprio despacho da inicial (art. 4º da Lei 5.478). Por força do art. 13 da referida Lei, a concessão de alimentos provisionais de forma sumária pode, igualmente, ser feita nos despachos das iniciais de ações ordinárias de separação judicial e de nulidade ou anulação de casamento.<sup>(102)</sup>

Não há, então, *ação cautelar*. O juiz concede os alimentos provisionais, na espécie, em simples decisão interlocutória no bojo do processo principal. Não depende, nem mesmo de provocação da parte, como se depreende do texto do art. 4º da Lei de Alimentos. É um dos casos excepcionais de tutela cautelar *ex officio*, através de medida preventiva avulsa (art. 797).

Para compensar a falta de contraditório na decretação dos alimentos provisionais, a Lei nº 5.478 faculta ao devedor promover, a qualquer tempo, a sua revisão, em procedimento apartado (art. 13, § 1º).

Nos demais casos de alimentos provisionais (pedidos *preparatórios* de ações de separação judicial ou de anulação de casamento; pedidos incidentais após o ajuizamento das mesmas ações – isto é, não formulados na petição inicial da ação principal –, bem como na hipótese do art. 5º da Lei nº 883 de 21.10.49 etc.), o processamento se dará em autos próprios, apensos aos da ação principal (art. 809), sob o rito comum das medidas cautelares (arts. 802 e 803).

A petição inicial deverá satisfazer as exigências dos arts. 282 e 801 (ver, *retro*, ns. 1.010 a 1.016) e conter a exposição das necessidades do requerente e das possibilidades do alimentante (art. 854).

Haverá, outrossim, sempre a possibilidade de deferimento liminar, *inaudita altera parte*, de uma mensalidade para manutenção imediata. Essa concessão o juiz poderá fazer, a requerimento do interessado, mediante despacho da inicial da ação cautelar de alimentos provisórios, em todos os casos (art. 854, parágrafo único).

### 1.137. Conteúdo dos alimentos provisionais

Nos casos de separação judicial e anulação de casamento, além das necessidades de sustento, habitação e vestuário (*alimentos naturais e civis*), a prestação alimentícia provisional deverá abranger as despesas do requerente para custear a demanda ("custas" e "honorários advocatícios") (art. 852, parágrafo único), isto é, a provisão *ad litem*.

Deve o juiz, todavia, individualizar, separadamente, na concessão dos alimentos provisionais, a parte relativa ao custeio da demanda, dado o seu fim específico.

Para a ação de alimentos, onde a lei faculta à parte deduzir sua pretensão inicial até sem assistência de advogado (art. 2º da Lei nº 5.478/68) e concede os benefícios da gratuidade de justiça mediante simples declaração de pobreza da parte, não prevê o Código a provisão *ad litem*.

Embora haja quem o censure por isso, posto que pode levar a esposa de marido abastado a ter de passar pela humilhação de recorrer aos préstimos da Assistência Judiciária para propor ação de alimentos,<sup>(103)</sup> o certo é que estando assegurado o acesso gratuito à prestação jurisdicional não se deve, sem necessidade, aumentar os encargos do obrigado aos alimentos, como já advertia Lopes da Costa.<sup>(104)</sup>

Há, ainda, a proteção do parágrafo único do art. 4º (Lei 5.478) que, nos casos de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, manda ao juiz determinar que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

### 1.138. Alimentos provisionais fora das relações matrimoniais

Antes do advento da Lei nº 8.971, de 29.12.1994, a concubina, por mais longa que fosse a duração de seu concubinato, nenhum direito alimentar adquiria contra o concubinário. Já o mesmo não se dava com os filhos havidos fora do matrimônio, mesmo antes da Carta de 1988.

Aos filhos extramatrimoniais, desde que reconhecidos, cabe a comum da ação de alimentos, manejável segundo o rito da Lei nº 5.478, com direito a arbitramento liminar da verba provisional, bastando que, com a inicial, comprovem o parentesco do devedor

(arts. [2º e 4º](#) da Lei nº 5.478).

O não reconhecido, para pleitear alimentos terá de obter, prévia ou concomitantemente, o reconhecimento de sua filiação. A antiga restrição de manejar ação alimentícia sem alcançar a declaração da paternidade adulterina (Lei nº 883, de 21.10.1949, art. 4º) restou revogada pela Constituição de 1988, já que esta decretou a total equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos. Disso decorre que, desde então, ao filho, mesmo adulterino, cabe o direito de promover, a qualquer tempo, a ação de investigação de paternidade, para todos efeitos de direito (CF, art. [227](#), § 6º).

Não há, porém, necessidade de propor prévia e separadamente a ação investigatória, para depois aforar a alimentícia. Numa só relação processual as duas pretensões podem ser cumuladas. Caberiam alimentos provisórios, desde a inicial da investigatória?

Há duas hipóteses diferentes que podem ocorrer:

*a) a do filho adulterino que possui prova antecipada de reconhecimento da paternidade* (art. [405](#) do Código Civil):

Nesse caso, "uma vez apresentada desde logo a prova documental, no sentido de filiação, devem ser deferidos os alimentos provisórios";([105](#))

*b) a do que não dispõe da referida prova:*

Nessa última situação, o filho somente disporá de comprovação do vínculo de paternidade após a sentença que der pela procedência do pedido. Não haverá lugar para o pensionamento provisório, porque "sem a prova prévia de paternidade não é possível admitir-se a concessão de alimentos provisionais."([106](#))

### **1.139. Outras ações de cunho alimentar**

O ato ilícito pode gerar para seu causador o dever de pensionar a vítima ou seus dependentes (Código Civil, arts. [1.537 e 1.539](#)). A ação de indenização em que se pleiteia a condenação do culpado ao pensionamento não pode ser equiparada a uma ação de alimentos para os fins da prestação provisional de alimentos,([107](#)) dada a profunda diversidade de fundamentos na origem da responsabilidade num e noutro caso.

E na verdade, "entre os casos de alimentos provisionais enumerados na lei não se inclui a hipótese de alimentos provisionais antes de proposta qualquer ação."([108](#)) A medida cautelar de que se fala foi engendrada apenas como um expediente para atender situações emergenciais nas ações de família.([109](#))

Por ser medida cautelar excepcionalmente *satisfativa*, sua aplicação deve ser restrita aos casos expressamente previstos em lei, sem interpretação ampliativa ou analógica.

### **1.140. Duração da prestação provisional de alimentos**

A melhor exegese, embora não seja a única, é a que fixa como marco inicial da vigência dos alimentos provisionais, a data em que o devedor é citado para a medida, seja ela incidente ou preparatória.([110](#))

No caso especial do art. [4º](#) da Lei de Alimentos, sua vigência antecede a citação e tem início a partir do despacho concessivo que é dado unilateralmente em favor do requerente.

Nos casos enquadrados na Lei nº 5.478 (ações de alimentos, separação judicial e anulação de casamento), "os alimentos provisórios serão devidos até à decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário" (art. 13, § 3º).

Não importa que a sentença da ação principal, em 1º ou 2º grau de jurisdição, seja desfavorável ao autor dos alimentos provisionais. A cassação destes alimentos só poderá ocorrer após trânsito em julgado da decisão final, esgotada inclusive a via do recurso extraordinário.([111](#))

No entanto, se a sentença concede alimentos definitivos em quantia menor do que a verba provisional, é justo que esta seja reduzida ao valor daqueles.([112](#))

Nos demais casos de alimentos, a duração dos alimentos provisionais rege-se pelas regras comuns do art. 808.

É possível, outrossim, a revogação ou modificação dos alimentos provisionais em procedimento apartado, conforme os arts. [807](#), do CPC, e [13](#), § 1º, da Lei nº 5.478.

É característica especial dos alimentos provisórios a irrepetibilidade dos que forem pagos, ainda que indevidos. [\(113\)](#)

#### **1.141. Execução**

A exigência dos alimentos provisionais se faz pelas regras da execução por quantia certa, com as peculiaridades dos arts. [732 a 735](#), inclusive com possibilidade de prisão civil do devedor inadimplente (art. 733, § 1º).

Em sua redação primitiva, o § 2º do art. [733](#) só permitia a imposição da pena de prisão civil uma única vez, desde que houvesse efetivo cumprimento da sanção.

Com o advento, porém, da Lei nº 6.515, de 26.12.77, que deu nova redação ao mencionado dispositivo do Código, ficou eliminada a restrição. Agora, "é possível aplicar-se a pena de prisão civil ilimitadamente, tantas vezes quantas sejam as do inadimplemento do alimentante." [\(114\)](#)

Urge, todavia, lembrar que a imposição da pena de prisão civil pode ser evitada mediante justificação, pelo devedor, da impossibilidade de solver a prestação alimentícia (art. 733, *caput* e § 1º).

Sobre a execução dos alimentos provisionais, veja-se ainda o exposto nos ns. [891 a 895](#), *retro*.

### **FLUXOGRAMA Nº 46: ALIMENTOS PROVISIONAIS** (arts. [852-854](#))





#### § 173. ARROLAMENTO DE BENS

**Sumário:** 1.142. Conceito. 1.143. Pressupostos. 1.144. Objetivo da medida. 1.145. Legitimação. 1.146. Procedimento. 1.147. O

*contraditório. 1.148. Sentença. 1.149. Eficácia.*

### 1.142. Conceito

No Código anterior, o arrolamento de bens era medida cautelar meramente probatória, similar à vistoria *ad perpetuam rei memoriam*. Obtinha-se com a medida a prova da existência de bens comuns do casal, que, futuramente, deveriam ser partilhados, após a solução da demanda matrimonial.

O Código atual, esposando o modelo português, transformou o arrolamento em medida protetiva dos próprios bens arrolados, a exemplo do que se passa com o arresto e o seqüestro.

Agora, o arrolamento, pelos termos do art. 858, volta-se para o objetivo de conservar bens litigiosos em perigo de extravio ou dilapidação. Sua execução, por isso, implica necessariamente a nomeação de um depositário, a quem se atribui a tarefa prática de relacionar os bens sob sua guarda.

Deu-se, outrossim, maior extensão à medida que, em seu novo regime, deixou de ser utilizável só pelos cônjuges nas ações matrimoniais e passou a tutelar qualquer interessado nos bens, inclusive credores (art. 856), em outras ações patrimoniais.

### 1.143. Pressupostos

"Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens" (art. 855). E pode requerê-lo "todo aquele que tem interesse na conservação dos bens" (art. 856).

O cabimento da medida cautelar tem como pressupostos:

- a) o fundado receio de extravio ou dissipação dos bens;
- b) o interesse do requerente na conservação dos mesmos bens.

O fundado receio deve ser extraído de fatos concretos apurados na conduta daquele que detém os bens em seu poder, como vida desregrada, ocultação de bens, negócios ruinosos etc.

O interesse do requerente pode decorrer de direito próprio sobre o bem já constituído ou que deva ser declarado em ação própria (art. 856, § 1º). Podem, assim, ser arrolados bens próprios em poder de terceiro, bens comuns ou bens alheios sobre que incida interesse legítimo do requerente.

A medida cautelar terá, assim, além da separação judicial e da anulação de casamento, exata aplicação em várias ações como as de dissolução de sociedade, de prestação de contas do gestor de negócios alheios e nas relativas a sociedades de fato.

Não é condição de admissibilidade a prévia aferição da viabilidade de êxito do requerente na ação principal, o que seria uma incabível antecipação de julgamento *da lide*. O que importa é a demonstração do fundado receio de dano (extravio ou dissipação), aliado ao simples interesse processual da parte na conservação dos bens, evidenciado pelo direito ao processo principal (*direito de ação*). Como toda medida cautelar, o arrolamento tende apenas a evitar que o provimento final da ação definitiva caia no vazio e na inocuidade.

Basta, portanto, "que o requerente esteja em posição tal que, se vier a ser vitorioso na ação principal, tenha interesse sobre os bens que devam ser arrolados cautelarmente." (115)

### 1.144. Objetivo da medida

O arrolamento destina-se a preservar os bens sobre que incide o interesse da parte. É medida puramente cautelar.

Não realiza a separação preventiva de bens, figura conhecida do direito português, mas inexistente em nosso ordenamento jurídico.(116) Nem tampouco serve para dirimir questões controvertidas, sobre fraude ou desvio de bens já perpetrados pelo promovido. Essas divergências só poderão ser solucionadas através das vias contenciosas ordinárias.(117) Atinge apenas coisas corpóreas de valor econômico, móveis ou imóveis. O documento puro e simples não está abrangido pelo alcance da medida; mas os

documentos que representam valores econômicos em si, como os títulos de crédito, podem ser arrolados.

#### 1.145. Legitimação

Todo aquele que tiver interesse na conservação dos bens em poder de outrem pode requerer o respectivo arrolamento (art. [856](#)), desde que demonstre o fundado receio de extravio ou dissipação (art. [855](#)).

Para legitimar-se, o interessado há de ser titular:

*a) de uma situação jurídica já constituída* que lhe assegure a faculdade de reclamar os bens do detentor, como o depositante, o comodante, o locador, o condômino, o sócio; ou

*b) de um interesse relativo a um direito que possa ser declarado em ação própria*, como a do cônjuge que demanda a dissolução da sociedade conjugal, a do sócio que pede a dissolução da sociedade comercial ou mesmo de uma sociedade de fato, como, por exemplo, nas situações de concubinato e outras similares. Observe-se que o uso da medida cautelar em exame não é privilégio da mulher nas ações matrimoniais, pois também o marido pode promover arrolamento dos bens em poder da esposa;([118](#))

*c)* quanto aos *credores*, que sempre têm interesse sobre o patrimônio do devedor, visto que este representa a garantia de satisfação de direitos, o Código restringe sua legitimidade para promover o arrolamento cautelar apenas aos casos em que tenha lugar a arrecadação de herança (art. 856, § 2º), isto é, nos casos de herança jacente (art. [1.142](#)).

#### 1.146. Procedimento

O arrolamento corre em autos próprios, seja como medida *preparatória* ou como *incidente* da ação principal, dando-se o apensamento sempre que possível (art. [809](#)).

A petição inicial deve atender, além dos requisitos comuns (arts. [282](#) e [801](#)), aos do art. [857](#), isto é, a exposição:

I – do seu direito aos bens, ou seu interesse sobre eles; e

II – dos fatos em que funda o receio de extravio ou de dissipação dos bens.

Deferida a inicial, o juiz permitirá que o requerente justifique unilateralmente o seu receio de prejuízo, o que pode ser feito documentalmente ou através de outras provas em audiência.

Se as circunstâncias não revelarem maior perigo de frustração da medida, o juiz determinará a citação do possuidor ou detentor dos bens, para pronunciar-se em cinco dias (arts. [803](#) e [858](#), parágrafo único).

Convencendo-se, porém, de que o interesse do requerente corre sério risco, o arrolamento será liminarmente deferido (art. 858).

No ato de decretar a medida, seja liminarmente, seja após a ouvida do promovido, o juiz desde logo nomeará depositário para encarregar-se do arrolamento.

Se não houver inconveniente sério, a nomeação de preferência deve recair sobre a pessoa do possuidor dos bens, mormente nos casos de cabeça-de-casal em causas de família.

O depositário – seja o possuidor ou um terceiro – prestará compromisso e passará a ter a guarda dos bens no exercício de uma função pública, sob as ordens do juiz do feito.

O arrolamento, malgrado sua aproximação do sistema português, deve ser aplicado entre nós, como medida mais branda do que o seqüestro, de modo que não se deve impedir ou restringir desnecessariamente o exercício dos atos normais de administração do possuidor transformado em depositário.([119](#))

A lavratura do auto de arrolamento caberá ao depositário, que fará constar dele a descrição minuciosa de todos os bens e o registro de quaisquer ocorrências que tenham interesse para a sua conservação (art. [859](#)).

Para cumprimento da diligência será expedido mandado judicial e um oficial de justiça acompanhará o depositário e efetuará a apreensão de todos os bens, intimando o promovido a não oferecer resistência ou obstáculo, e os entregará ao depositário.

Se os bens forem daqueles que exigem não só a guarda, mas também atos de gestão do depositário (empresas, semoventes, plantações etc.) e se o depositário não for o antigo possuidor, caberá a ele traçar um plano de administração e submetê-lo à aprovação do juiz.

Qualquer ato de disposição dos bens arrolados ou de seus frutos dependerá sempre de prévia anuência judicial.

O arrolamento deve quanto possível iniciar e terminar no mesmo dia. Mas se isto não for possível, o Oficial de Justiça e o depositário colocarão selos ou lacres nas portas da casa ou nos móveis em que estejam os bens, continuando no dia seguinte a diligência. O Código fala em "dia que for designado", mas dada a urgência da medida, deve ser sempre o dia seguinte, se útil.

O arrombamento, quando necessário, não deve ser deliberado por conta própria pelo Oficial de Justiça e depositário. O obstáculo deve ser levado ao conhecimento do juiz que autorizará o arrombamento e requisitará a força policial quando isto for indispensável.

#### **1.147. O contraditório**

O arrolamento, mesmo quando deferido e realizado liminarmente, nos casos de urgência, não elimina de seu procedimento o caráter contencioso, mormente por se tratar de ação cautelar de força restritiva ou inibidora do direito de propriedade, no que toca à posse e ao poder de disposição.

O rito a observar será sempre o dos arts. [801 a 804](#), que assegura, nas ações cautelares, a presença de todas as fases lógicas do procedimento contencioso, ou seja, a de postulação, a de saneamento, a de instrução e a de decisão.

Em todos os casos de arrolamento haverá, pois, citação do requerido, com a abertura do prazo de cinco dias para contestação (art. [802](#)). O momento da citação é que variará, em função de incidir, ou não, a regra do art. [858](#), parágrafo único: a citação será *prévia* se a finalidade da medida não correr risco sério e iminente de frustração; ou *posterior* ao arrolamento, quando tal risco não se fizer presente.

O contraditório, portanto, nunca será negado ao requerido, cuja resposta poderá versar sobre os temas comuns suscitados pelas ações cautelares: inocorrência do perigo de dano (isto é, inexistência do risco de dissipação dos bens), ou ausência do *fumus boni iuris*, em situações como a de inclusão totalmente indevida de bens no arrolamento que, à evidência, não pertencem ao casal ou não se vinculam ao direito que o requerente deseja tutelar.

Questões intrincadas em torno da propriedade, todavia, não devem ser apuradas e solucionadas no arrolamento, que é apenas ação de prevenção, mas sim no bojo da ação de mérito, destinada à partilha definitiva do patrimônio comum, ou à composição da lide sobre o direito aos bens arrolados.

#### **1.148. Sentença**

O arrolamento é reduzido a um *auto*, cuja elaboração é atribuição do depositário nomeado pelo juiz (art. [859](#)).

Ao final do processo, o magistrado, depois de resolvidas as eventuais controvérsias, proferirá sentença de homologação do arrolamento.

As controvérsias que a sentença solucionará serão, naturalmente, apenas as pertinentes à tutela cautelar, posto que a matéria de mérito não cabe dentro dos limites da ação de prevenção.

#### **1.149. Eficácia**

Os efeitos do arrolamento, inclusive o depósito, subsistirão até final solução da causa principal, sujeitando-se às regras normais de cessação de eficácia previstas no art. [808](#).

A alienação dos bens arrolados sem autorização judicial é ato ineficaz, tal como se passa com o arresto e o seqüestro (ver nº [1.070](#)).

O promovente, se sucumbente na ação de mérito, e nos demais casos de extinção previstos no art. [811](#), responderá por perdas e danos, independentemente de culpa ou dolo (ver n.ºs [1.051](#) e [1.052](#)).

**FLUXOGRAMA Nº 47: ARROLAMENTO DE BENS**  
(arts. [857-860](#))

§ 174. JUSTIFICAÇÃO

**Sumário:** 1.150. Conceito. 1.151. Natureza jurídica. 1.152. Objetivo. 1.153. Competência. 1.154. Procedimento. 1.155. Julgamento da justificação.

### 1.150. Conceito

Entre os procedimentos cautelares específicos o Código incluiu a *justificação*, que consiste na colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada em processo futuro, como em outras finalidades não contenciosas.

Diz o art. 861, a propósito desse procedimento, que sua postulação pode ser feita por "quem pretender justificar a existência de algum *fato* ou *relação jurídica*, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular".

Na verdade, a justificação não é ação cautelar, pois não visa *assegurar prova*, mas sim *constituir prova*, e não se funda no *periculum in mora*.<sup>(120)</sup> Não se lhe devem, pois, aplicar os princípios gerais do procedimento cautelar.<sup>(121)</sup>

Não há, outrossim, contenciosidade, pois a jurisdição é *voluntária*.<sup>(122)</sup> muitas vezes exercitada sem parte contrária e sempre sem possibilidade de contestação ou recurso (art. 865).

É medida de constituição avulsa de prova, sem o caráter de *prevenção* que se nota nas antecipações cautelares de prova (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*) e sem a acessoriedade que é essencial a estas, posto que a justificação pode simplesmente servir como documentação exaurindo em si mesma sua finalidade processual. Por outro lado, enquanto a inquirição *ad perpetuam* é feita apenas para assegurar prova útil a um futuro processo, sem que seja necessária a antecipada especificação exata do fato a ser provado, a justificação só é promovida com o fim, previamente estabelecido, de demonstrar um *fato* ou uma *relação jurídica*, expressamente delimitados e individualizados (art. 861).

### 1.151. Natureza jurídica

Não há contraditório na justificação e nela o juiz nada decide, limitando-se a aferir, extrinsecamente, a observância das formalidades legais, sem pronunciamento algum sobre o conteúdo da prova colhida.<sup>(123)</sup>

A função do magistrado é similar à do tabelião, que assenta em suas notas o que lhe declaram outras pessoas, para documentação e publicidade.

É, assim, a justificação simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos, prova essa cuja valoração só há de ser feita pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa perante quem deva ser utilizada.

Não provoca, tampouco, a transmutação de categoria da prova colhida. Esta continuará sendo oral, e, como tal, será apreciada por quem de direito.

Mero procedimento de jurisdição voluntária, portanto, como bem a classifica Lopes da Costa.

### 1.152. Objetivo

Tal como a regula o Código, a justificação tem o fim precípua de *documentar* fatos, podendo, contudo, prestar-se a dois objetivos diferentes (art. 861):

a) servir meramente de *documento* para o promovente, sem caráter contencioso;

b) servir de prova em processo regular.

É comum, entre nós, a justificação de fatos concernentes à Previdência Social para instruir pedidos de benefícios, casos em que a entidade interessada deve ser citada. Servidores públicos, também, costumam justificar fatos relacionados à sua vida funcional, para suprir deficiências e lacunas dos registros das repartições.

O objetivo específico da justificação é, em síntese, a coleta de prova testemunhal a respeito dos fatos que o requerente indica na sua petição inicial (art. 863).

### 1.153. Competência

Se a justificação se destina a servir de prova em processo futuro, a competência será a do juiz da causa principal, segundo a regra da acessoriedade (arts. [108](#) e [800](#)).

Se o caso é simplesmente de documentação particular para o promovente, será competente o juiz do domicílio ou residência do requerente ou da situação de fato.

Por força do art. [15](#), nº II, da Lei nº 5.010, de 1966, foi aberta uma exceção à competência da Justiça Federal em matéria de justificação. Assim é que "os juízes estaduais, nas comarcas do interior, onde não funcione Vara da Justiça Federal, são competentes para processar e julgar vistorias e justificações destinadas a fazerem prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na comarca."([124](#))

### 1.154. Procedimento

A petição inicial do interessado na justificação deve conter a exposição circunstanciada de sua intenção (art. [861](#)), compreendendo a discriminação pormenorizada dos fatos a provar, bem como o rol das testemunhas a inquirir.

Eventualmente pode o interessado juntar documentos relacionados com os fatos a justificar (art. [863](#)).

Observe-se, porém, que a justificação é essencialmente destinada à coleta de prova testemunhal, de modo que os documentos não têm função própria de prova no ato, mas apenas de orientação da prova testemunhal a ser colhida. Aliás, a juntada de documentos não favorece nem prejudica a qualquer dos interessados, porque não haverá decisão nem sobre eles nem sobre os depoimentos testemunhais. Tanto faz, portanto, que o promovente junte os documentos de que dispõe na justificação, como deixe para fazê-lo na ação.

Embora não seja contencioso o procedimento, a justificação pode ter reflexos sobre interesses de terceiros, como no caso da outra parte de uma relação jurídica, ou no caso da repartição pública perante a qual o promovente tencione utilizar a prova.

Por isso, sempre que esses interessados forem revelados na petição do justificante, o juiz mandará citá-los para acompanhar a coleta da prova (art. [862](#)).

Há casos de justificação unilateral em que a lei, expressamente, dispensa a citação do requerido, como se dá com aquelas promovidas para obtenção de liminar em ações cautelares (art. [804](#)).

A justificação, também, é deferível sem citação, quando os fatos a provar são pertinentes apenas à pessoa do justificante e não se destinam a ser opostos a outrem especificamente, como aquela feita para demonstrar a idoneidade moral ou econômica do justificante ou para evidenciar a autoria de criação intelectual sob anonimato.

Em tais casos evidentemente não há a quem citar.

Se o interessado não puder ser citado pessoalmente, a intervenção do Ministério Público é determinada expressamente pelo art. [862](#). O mesmo deve acontecer quando a justificação for unilateral e quando houver interesse de repartições públicas.

Após despachar a inicial, o juiz já designa a audiência de ouvida das testemunhas arroladas pelo justificante, de maneira que a citação é feita para participar da referida audiência.

A citação não é, dessa forma, para defender-se ou contestar, já que, por sua natureza, a justificação é procedimento unilateral, sem possibilidade de defesa ou recurso (art. [865](#)).

Às testemunhas da justificação aplicam-se as regras de capacidade, impedimento e suspeição previstas genericamente para essa espécie de prova (art. [405](#)).

Na audiência, a inquirição também se fará conforme as regras comuns dos arts. [410 a 419](#), podendo os advogados de ambas as partes formular perguntas, impugnações e contraditas (art. [864](#)).



Sempre que houver juntada de documentos, o promovido terá vista, *em cartório*, por 24 horas (art. 864). Essa vista é apenas para efeito de preparar-se o interessado para a inquirição das testemunhas e não para discutir a essência do documento, já que a justificação não redundará em julgamento ou mesmo em apreciação de mérito sobre o conteúdo das provas produzidas.

#### **1.155. Julgamento da justificação**

Encerrada a audiência, na própria ata, ou em separado, o juiz proferirá sentença, que não entrará no mérito da prova produzida, nem do litígio acaso existente entre os interessados.

Cuidará apenas de verificar a observância das formalidades legais da citação, da inquirição de testemunhas e da competência *ratione materiae*, prolatando, se o feito correu regularmente, sentença de mera homologação da justificação (art. [866](#), parágrafo único).

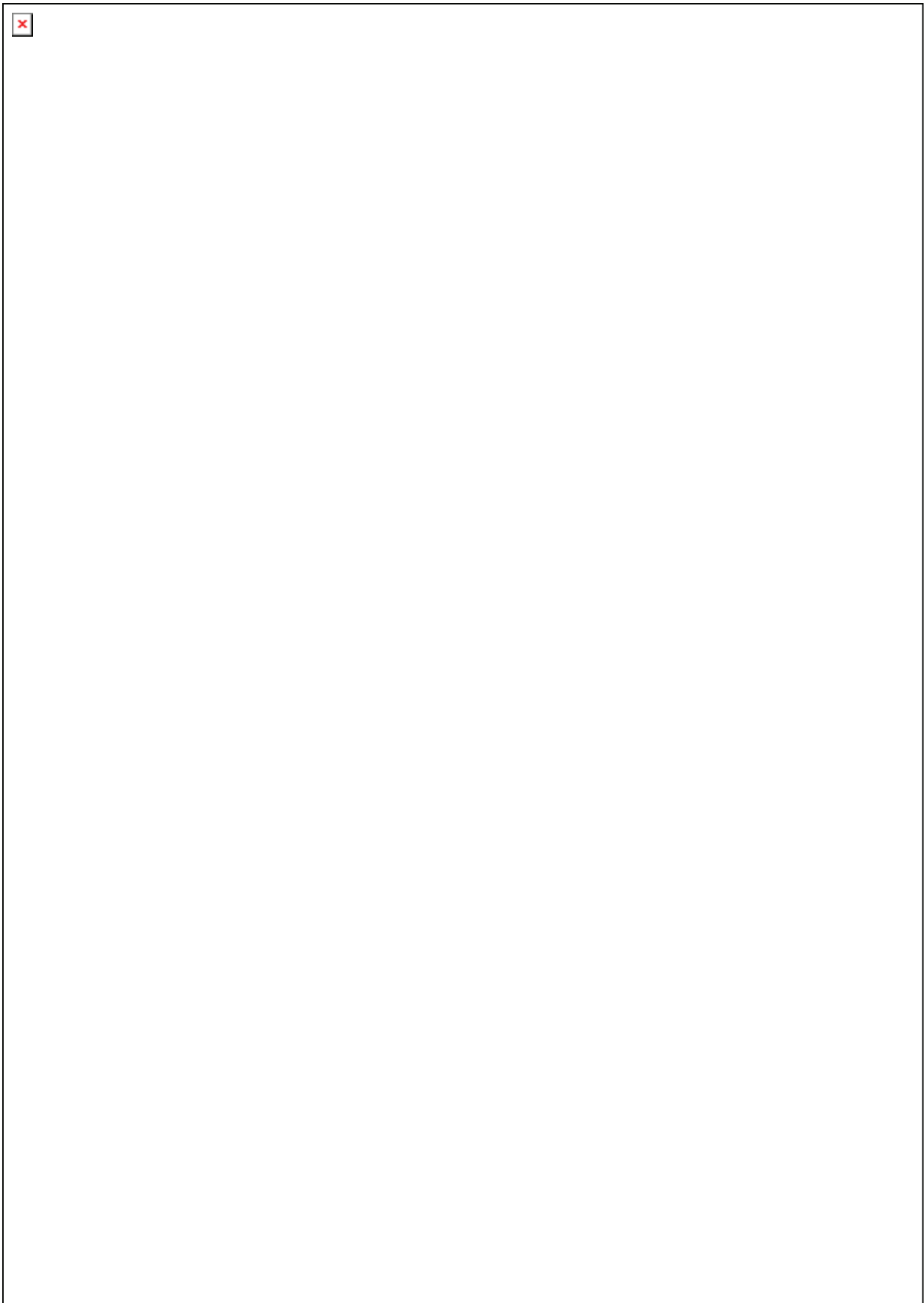
O julgamento é, destarte, puramente formal (homologatório).

Dessa sentença, nenhum recurso é admissível (art. [865](#)).

Quarenta e oito horas após a publicação da sentença (que poderá ocorrer na própria audiência de justificação, ou em cartório, se proferida posteriormente), os autos serão entregues ao requerente, independentemente de traslado (art. 866).

O prazo de quarenta e oito horas, em que o processo fica retido em Cartório, é reservado à obtenção de certidões e traslados, que acaso requeiram os interessados.

#### **FLUXOGRAMA Nº 48: JUSTIFICAÇÃO** (arts. [861-866](#))



**§ 175. PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES**

**Sumário:** 1.156. Conceito. 1.157. Protesto. 1.158. Notificação. 1.159. Interpelação. 1.160. Indeferimento do pedido. 1.161. Contraprotesto. 1.162. Procedimento. 1.163. Encerramento do feito e destino dos autos.

### 1.156. Conceito

Malgrado ter o Código regulado o seu procedimento no Livro III, o certo é que o protesto, a notificação e a interpelação são procedimentos não contenciosos, meramente conservativos de direitos, que não podem ser incluídos, tecnicamente, entre as medidas cautelares.<sup>(125)</sup>

Não atuam para preservar o processo do *periculum in mora*, nem servem especificamente para assegurar eficácia e utilidade a outro processo.

"Tanto o processo protestativo quanto o notificativo e o interpelativo são produtivos de efeitos jurídicos no plano do direito material, raramente no processual. Às vezes, a *sua falta* produz efeitos; mas a construção de cada caso depende do direito material que fez ser preciso ou facultado o protesto, a notificação ou a interpelação. De regra, são formas de exteriorização de vontade, ou de representação ou idéia (emissão perante autoridade), porém não negócios judiciais, muito embora se subordinem às normas de direito material relativas às declarações de vontade em geral e às de capacidade processual."<sup>(126)</sup>

### 1.157. Protesto

"Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz e requerer que do mesmo se intime a quem de direito" (art. 867).

É o protesto, portanto, ato judicial de comprovação ou documentação de *intenção* do promovente. Revela-se, por meio dele, o propósito do agente de fazer atuar no mundo jurídico uma pretensão, geralmente, de ordem substancial ou material.

Sua finalidade, segundo o texto legal, pode ser:

a) *prevenir responsabilidade*, como, por exemplo, o caso do engenheiro que elaborou o projeto e nota que o construtor não está seguindo seu plano técnico;

b) *prover a conservação de seu direito*, como no caso de protesto interruptivo de prescrição;

c) *prover a ressalva de seus direitos*, como no caso de protesto contra alienação de bens, que possa reduzir o alienante à insolvência e deixar o credor sem meios de executar seu crédito.

O protesto não acrescenta nem diminui direitos ao promovente.<sup>(127)</sup> Apenas conserva ou preserva direitos porventura preexistentes. Não tem feição de litígio e é essencialmente unilateral em seu procedimento. O outro interessado apenas recebe ciência dele.

Nos casos de protesto contra alienação de bens imóveis é comum pretender-se sua averbação no Registro Imobiliário. A Lei dos Registros Públicos, todavia, não prevê tal modalidade de averbação e a jurisprudência não a tolera, por ser evidente o seu propósito de molestar, embaraçar e coagir o requerido, sem amparo na lei.<sup>(128)</sup>

### 1.158. Notificação

O protesto pode ser tido como gênero das manifestações em juízo da intenção de exercitar uma pretensão de ressalva ou conservação de direitos.<sup>(129)</sup>

A notificação e a interpelação são espécies dessa atividade, processual conservativa, aplicáveis em casos especialmente previstos na lei (art. 873).

Consiste a *notificação*, com propriedade, na cientificação que se faz a outrem conclamando-o a "fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob cominação de pena."<sup>(130)</sup>

É o que se dá, por exemplo, quando o senhorio *notifica* ao locatário para desocupar o prédio alugado ao fim de um certo prazo, sob

pena de ajuizamento da ação de despejo.

Pela notificação, o que se faz, com propriedade, é a comprovação solene de uma declaração de vontade, para atingir-se um fim de direito material. O que o locador ou o comodante fazem, através da notificação, nos contratos sem prazo, é justamente a *denúncia do contrato*. A notificação é, assim, o instrumento de um ato substancial de ruptura do vínculo contratual. Por meio dela, a vontade atua no mundo jurídico, criando uma situação jurídica nova, que vai legitimar, em seguida, a retomada da coisa pelo interessado (locador ou comodante) através da via processual contenciosa adequada.

### 1.159. Interpelação

A *interpelação*, por sua vez, tem o fim específico de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência de cumprimento da obrigação, sob pena de ficar constituído em mora.<sup>(131)</sup>

A natureza jurídica e o procedimento são os mesmos, quer se cuide de protesto, notificação ou interpelação (art. 873).

### 1.160. Indeferimento do pedido

"O juiz indeferirá o pedido quando o requerente não houver demonstrado legítimo interesse e o protesto, dando causa a dúvidas e incertezas, possa impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito" (art. 869).

A concessão das medidas conservativas em exame subordina-se, assim, à dupla exigência de:

a) demonstração de interesse do promovente no uso do remédio processual; e

b) não-nocividade efetiva da medida.<sup>(132)</sup>

Os protestos, notificações e interpelações devem ser utilizados sem olvidar os princípios básicos do direito processual, que reclamam o *interesse* como condição de pleitear em juízo (art. 3º) e que coíbem o abuso do direito de ação (art. 129).

O interesse vem a ser a necessidade ou utilidade da medida para assegurar ao promovente o fim colimado. Se se trata de notificação incabível perante a lei, de pedido formulado por pessoa que não demonstra vínculo à relação jurídica invocada, ou de protesto absolutamente desnecessário diante dos próprios fatos relatados na petição, deve o juiz indeferir o pedido, por faltar interesse ao promovente na sua realização.

Além da falta de interesse, os protestos, notificações e interpelações devem ser indeferidos quando seu objetivo for contrário à liberdade de contratar ou de agir juridicamente, isto é, quando seu deferimento der causa "a dúvidas e incertezas" que possam impedir "a formação de contrato ou a realização de negócio lícito" (art. 869).

O *impedimento*, na espécie, é de natureza *psicológica* ("dúvidas e incertezas"), porque na realidade as medidas conservativas em exame não têm a força de direito de impedir qualquer negócio jurídico.<sup>(133)</sup>

São exemplos desse impedimento psicológico as notificações vagas feitas a tabeliães e oficiais de registro imobiliário para não lavrarem escritura ou não as registrarem, sob pena de nulidade, porque o possível vendedor teria contas a acertar com o notificante. Em primeiro lugar, porque os atos do ofício desses serventuários não podem ser impedidos por simples vontade dos interessados e, assim, a medida seria inócua e sem sentido. E, em segundo lugar, porque a divulgação de um provimento em termos tão vagos teria, realmente, o condão de desestimular os pretendentes à aquisição, dificultando a disposição do imóvel, sem a evidência direta de maior utilidade ou interesse para o promovente.

De mais a mais, a notificação não pode ser manifestada de modo a transformar-se, mesmo na aparência, num comando ou numa ordem do juiz. Sua função é apenas a de transmitir a quem de direito uma intenção do promovente. Pedir ao juiz que notifique a um oficial público para não cumprir seu *munus* ou para cumpri-lo de uma maneira contrária a sua função é desnaturar, totalmente, a medida conservativa.

A resolução do juiz é sumária, sem penetrar no mérito do direito da parte e sem mais profundo exame de prova. Quer defira, quer indefira a medida, não deve haver qualquer manifestação de mérito, pois não se está diante de ação contenciosa, nem se permite, nos seus acanhados limites de medida unilateral, um pronunciamento declaratório do direito das partes.

A função do juiz limita-se à verificação de que se é ou não *comunicável* a intenção manifestada pelo requerente.<sup>(134)</sup>

### 1.161. Contraprotesto

Da unilateralidade e não-contenciosidade do protesto, interpelação e notificação, decorre a impossibilidade de *defesa* ou *contraprotesto* nos autos em que a medida é processada (art. [871](#)). Nem, tampouco, se admite a interposição de recurso contra seu deferimento.

O Código trata essas medidas como meios de "simples exteriorização de vontade", ou de "comunicações de conhecimento."([135](#))

Se há defesa, cabe ao promovido formulá-la quando do ajuizamento da ação em que a medida for utilizada.

A interdição de defesa ou contraprotesto refere-se, porém, apenas à defesa formulada internamente, isto é, no bojo dos próprios autos do protesto ou interpelação. "Não impede que aquele contra quem se protestou, por sua vez, proteste";([136](#)) vale dizer, "o requerido pode contraprotestar em processo distinto", como esclarece o art. 871, *in fine*.

Na verdade, sem embargo do texto legal, o que se permite não é o *contraprotesto*, "mas outro protesto", cuja manifestação de vontade pode ser contrária ou até complementar, alternativa, ou substitutiva da primitiva. É o protesto daquele que foi atingido por protesto.([137](#))

A circunstância de inexistir recurso contra o deferimento do protesto autoriza a impetração de mandado de segurança, quando a deliberação judicial revelar-se ilegal e abusiva, mostrando-se, ainda, capaz de gerar graves prejuízos ao requerido, mormente em casos de divulgação de editais.([138](#)) É, por exemplo, indiscutível o cabimento do mandado de segurança contra a medida judicial que, ao deferir o protesto, ordena, abusivamente, a ciência dele a tabeliães e oficiais de Registro de Imóveis.([139](#))

### 1.162. Procedimento

É um só o procedimento a ser observado nos protestos, nas notificações e nas interpelações (art. [873](#)).

Deve ser provocado por petição inicial escrita, na qual o requerente deverá expor os fatos e os fundamentos da medida (art. [868](#)).

O indeferimento da inicial, no caso do art. [869](#), enseja recurso de apelação (art. [267](#), I).(140)

Deferida a petição, a intimação do protesto, interpelação ou notificação será feita por mandado, sempre que possível. Admite-se a intimação por edital, sob as cautelas comuns da citação dessa espécie (art. [232](#)), nos casos do art. [870](#), isto é:

I – se o protesto for para conhecimento do público em geral, nos casos previstos em lei, ou quando a publicidade seja essencial para que o protesto, notificação ou interpelação atinja seus fins;

II – se o citando for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;

III – se a demora da intimação pessoal puder prejudicar os efeitos da interpelação ou do protesto, como pode ocorrer em casos de promovido ausente do domicílio, em viagem, ou em que a intimação tenha que se cumprir por carta precatória ou rogatória.

Há, como se vê, maior facilidade para uso dos editais em protestos, interpelações e notificações do que nas ações em geral, e isto se explica pelo caráter peculiar dessas medidas que não visam a criar nem extinguir direitos dos interessados.

Quando se trata, porém, de protestos contra alienação de bem, a publicação de edital para conhecimento de terceiros merece maior atenção do legislador, tendo em vista os reflexos negativos que a medida pode ter com relação a futuros contratos ou negócios em torno da propriedade.

Assim, quando parecer ao juiz que haja no pedido de publicação de editais "ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito", poderá ouvir, em três dias, aquele contra quem foi endereçado o protesto.

Quando isto ocorrer, não é o caso de suspender o protesto. Esse será cumprido, normalmente, através do mandado de intimação. E por meio do mesmo mandado, antes da deliberação sobre a publicação de editais para conhecimento de terceiros, o promovido será intimado a pronunciar-se nos autos, por meio de advogado, naturalmente.

O que fica pendente, de tal forma, não é o protesto, mas sua divulgação por editais.

À vista das alegações e, eventualmente, de documentos do promovido, o juiz decidirá sobre a conveniência da expedição dos editais.

A denegação dos editais, como resolução de questão incidente, desafia agravo de instrumento (art. [522](#)).(141)

Registre-se, por fim, a possibilidade de intimação por via postal e por hora certa, nas hipóteses especiais previstas nos arts. [222](#) e [227](#).

### **1.163. Encerramento do feito e destino dos autos**

Feitas as intimações, inclusive por edital, se for o caso, o juiz ordenará o pagamento das custas do feito e a entrega dos autos ao promovente, após 48 horas, independentemente de traslado (art. [872](#)).

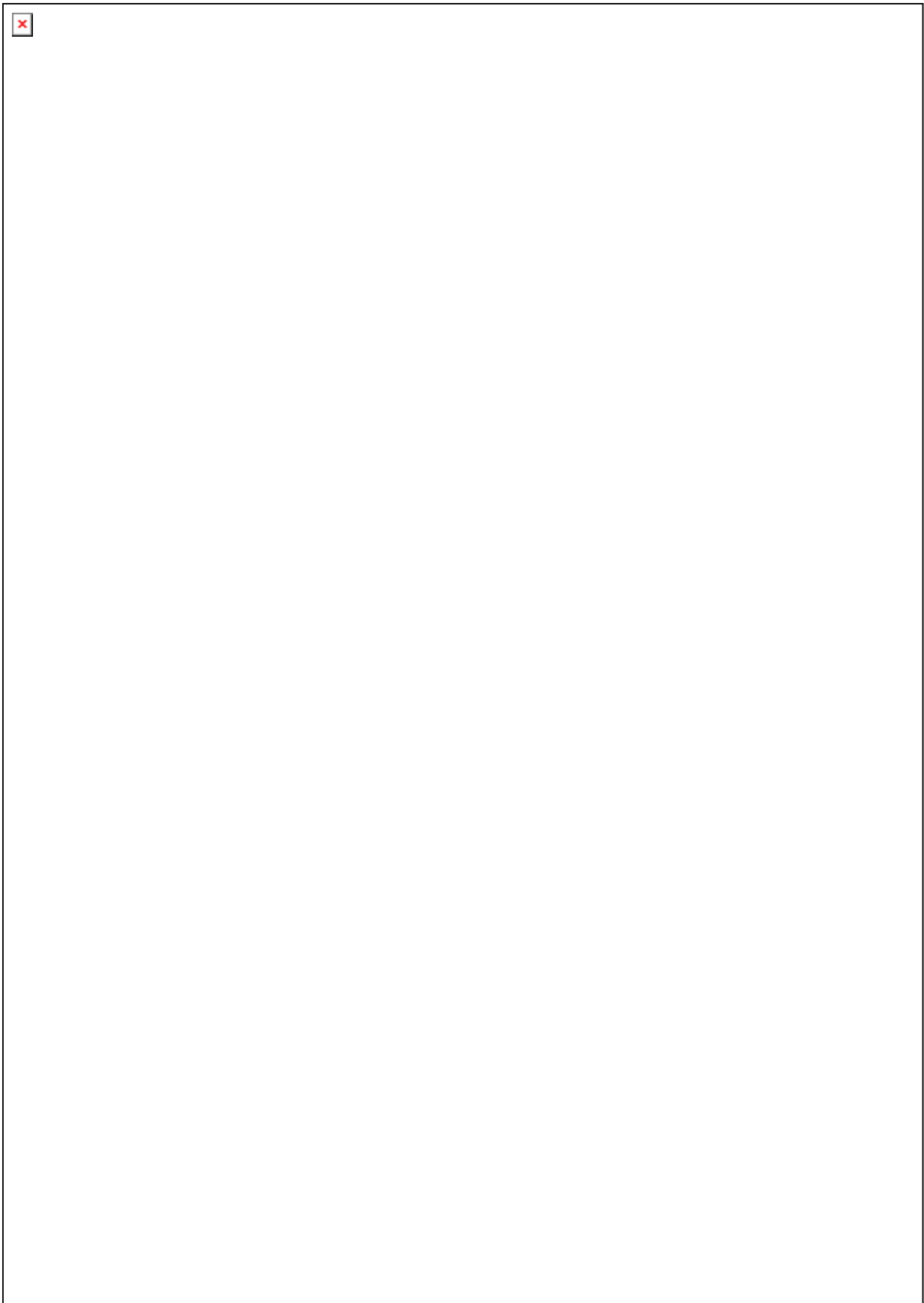
O processado é documento de livre disposição da parte. Não há, nos protestos, notificações e interpelações qualquer espécie de sentença, nem mesmo homologatória.

Na realidade, a atividade do juiz é meramente administrativa, nada tendo de jurisdicional. É em tudo igual à do oficial do Registro de Protestos, nos casos de protestos de títulos cambiários. "Toda função julgadora se exaure com o deferimento ou indeferimento" da medida.(142)

Por isso, do protesto, da interpelação ou da notificação não resulta prevenção de competência para o futuro e eventual processo, como se dá nas verdadeiras ações cautelares preparatórias.

O prazo de quarenta e oito horas, que deve ser observado pelo escrivão antes de entregar os autos ao promovente, destina-se a facultar aos interessados a possibilidade de obter certidões ou traslados.

## **FLUXOGRAMA Nº 49: PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES** (arts. [867-873](#))



**§ 176. HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL**

**Sumário:** 1.164. *Penhor legal: efetivação e homologação.* 1.165. *Natureza jurídica da medida processual.* 1.166. *Procedimento.* 1.167. *Sentença.* 1.168. *Execução.*

#### **1.164. Penhor legal: efetivação e homologação**

O Código Civil (art. [776](#)) reconhece penhor legal em favor:

I – dos hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro, que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimento, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II – do dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas.

O penhor legal é imposto pela lei, de maneira que não resulta de convenção entre as partes (art. 776 do CC). Basta a situação jurídica da hospedagem ou da locação, ou demais hipóteses previstas no texto legal para que o direito do credor à garantia surja.

A homologação dessa garantia legal visa apenas a reconhecer uma situação preestabelecida atestando-lhe a regularidade.

O penhor, *in casu*, aperfeiçoa-se por iniciativa privada do credor, entrando pessoalmente na posse dos bens do devedor sujeitos ao gravame legal. [\(143\)](#)

A justiça se faz, assim, pelas próprias mãos do credor, na impossibilidade de recorrer, a tempo, à autoridade judiciária (Código Civil, art. [779](#)).

Se o devedor resiste, é lícito ao credor obter o seqüestro judicial para entrar na posse efetiva dos bens e em seguida obter a homologação do penhor.

Para exercer o penhor legal, o credor deverá, à luz do art. [756](#) do Código Civil, respeitar as regras da penhorabilidade dos bens do devedor, de maneira que não poderão ser retidos bens legalmente inalienáveis ou impenhoráveis. [\(144\)](#)

Os bens passíveis dessa vinculação são apenas as coisas móveis que o devedor tenha consigo, ao tomar hospedagem ou alimento, ou que o arrendatário tiver guarnecendo o prédio locado, desde que sejam de sua propriedade.

Observe-se, outrossim, que o privilégio do locador refere-se não apenas aos aluguéis, mas também a todas as demais obrigações do locatário derivadas do contrato de arrendamento, [\(145\)](#) como, por exemplo, encargos de condomínio, impostos, seguros etc.

#### **1.165. Natureza jurídica da medida processual**

"Tomado o penhor legal" – isto é, após efetiva apreensão da garantia – "nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a homologação" (art. [874](#)).

O penhor legal é medida de urgência, que se impõe diante do risco sofrido pelo crédito da parte. Mas é realização de um direito substancial, expressamente previsto para atuar numa situação jurídica definida.

A homologação do penhor previamente constituído, como garantia legal, assim, nada tem em comum com as ações cautelares, pois tende a assegurar a satisfação de um direito e não precaver interesses processuais frente ao *periculum in mora*, ou seja, ao risco inerente à necessária duração de outro processo.

O caráter *satisfativo*, de direito material, da ação de homologação de penhor legal está claramente evidenciado no art. 874 que reclama como requisito da inicial o pedido de citação do devedor para, em 24 horas, pagar ou alegar defesa.

Não há sequer acessoriedade no procedimento. [\(146\)](#) A pretensão do credor é de constituir, efetiva e validamente, a garantia real do penhor, se a dívida não for paga em 24 horas, o que, evidentemente, não lhe retira o "caráter de pretensão de direito material à eficácia do crédito pela constituição de garantia." [\(147\)](#)



### 1.166. Procedimento

Conforme o art. [874](#), a inicial do credor, que já tomou o penhor legal, isto é, apreendeu os bens do devedor antes de vir a juízo, além de satisfazer os requisitos comuns a todas as petições iniciais (art. [282](#)), deve ser instruída com:

- 1) conta pormenorizada das despesas;
- 2) tabela dos preços; e
- 3) relação dos objetos retidos.

Quando se tratar de senhorio ou locador, naturalmente não haverá conta nem tabela, mas exibição do respectivo contrato, ou de outros documentos que o supram.

O pedido de citação do devedor há de ser para, em vinte e quatro horas, "pagar ou alegar defesa" (art. 874).

Estando em ordem a documentação, e não havendo qualquer suspeita quanto à legitimidade da pretensão, "o juiz poderá homologar de plano o penhor legal" (art. 874, parágrafo único).

Isto se dará antes da própria citação, pois segundo a tradição de nosso direito a regra é ser a homologação do penhor legal medida *inaudita altera parte*.<sup>(148)</sup>

Quando tal ocorrer, a citação do devedor será apenas para pagar, pois não mais será possível ao juiz reapreciar a homologação.

"Homologado, de plano, o penhor, a sentença é definitiva."<sup>(149)</sup>

Poderá o devedor, no entanto, interpor apelação da sentença homologatória.

Quando, porém, entender o juiz que os elementos da inicial não lhe propiciam um seguro julgamento sobre a satisfação de todos os requisitos do art. 874, não haverá a homologação liminar e o réu será citado para pagar ou defender-se em 24 horas.

Cumprida a citação, três hipóteses poderão ocorrer:

*a) o devedor paga a dívida:* extingue-se o processo pela satisfação do direito material do credor; e os bens retidos são, então, devolvidos ao promovido;

*b) o devedor silencia-se:* pelo princípio da revelia (art. [319](#)), os fatos arrolados contra ele são havidos como verdadeiros; e a homologação é deferida;

*c) o devedor contesta a ação:* sua defesa terá de restringir-se aos temas permitidos pelo art. [875](#), ou seja:

I – *Nulidade* do processo, por questões, por exemplo, de ilegitimidade de parte, deficiência da inicial, inexistência de apreensão de bens, inexistência da tabela de preços, ou divergência entre a conta e a tabela etc.

II – *Extinção* da obrigação por pagamento, novação, compensação, transação ou outro qualquer meio liberatório.

III – *Não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal.*

Isto é possível em casos em que a dívida não seria proveniente da hospedagem ou alimentação, mas de negócios realizados entre o hóspede e seu hospedeiro, como mútuo, compra e venda etc.

A defesa é viável, também, em casos de inalienabilidade ou impenhorabilidade dos bens retidos, ou, ainda, quando o credor

apreender bens que não se achavam em poder do hóspede, nem guarneciam o prédio locado, mas sim encontravam-se em locais diversos.

#### **1.167. Sentença**

Colhidas as provas produzidas, o juiz proferirá sentença na qual poderá:

I – *homologar o penhor*, determinando a entrega dos autos, em 48 horas, ao credor;

II – *indeferir o pedido de homologação*, caso em que determinará a restituição dos bens ao promovido e ressalvará ao autor o direito de cobrar a conta por ação própria.

O processo é contencioso e dessa sentença cabe apelação; de maneira que o prazo de 48 horas para entrega dos autos, a que alude o art. [876](#), deve ser contado do respectivo trânsito em julgado, e não da publicação.

A sentença de homologação, *in casu*, não é executiva, nem condenatória. É apenas constitutiva de garantia real.

#### **1.168. Execução**

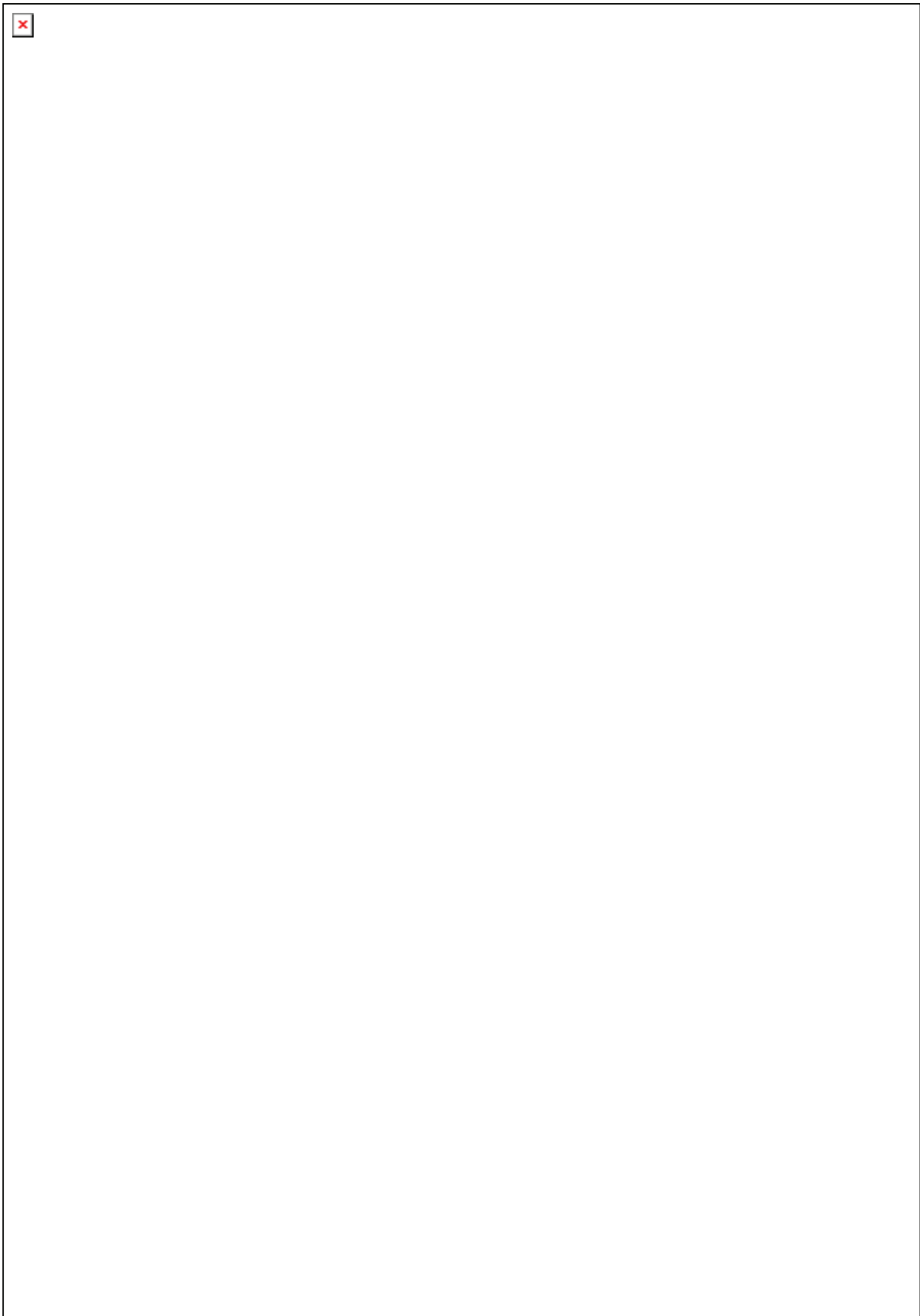
O penhor legal homologado confere privilégio ao credor, mas não lhe assegura, por si só, direito à execução, pois que esta depende de título líquido, certo e exigível, documento de que nem sempre disporá a parte. Note-se que o penhor legal não figura nem entre os títulos executivos judiciais (art. [584](#)), nem entre os extrajudiciais (art. [585](#)).

De posse da homologação, poderá o credor ajuizar a ação que for compatível com seus documentos e aguardar a satisfação mediante expropriação dos bens apenhados, na devida oportunidade.

O penhor legal, em nenhuma hipótese, autoriza o assenhoreamento definitivo dos bens pelo credor, para satisfação da dívida. Veda-o o art. [765](#) do Código Civil.

Embora a homologação do penhor legal não seja tipicamente uma medida cautelar, colocada como foi entre as ações dessa espécie, fica o credor sujeito às regras gerais dos arts. [796 a 812](#). E por isso estará o credor jungido ao dever de ajuizar a ação de cobrança no prazo de 30 (trinta) dias (art. [806](#)), sob as cominações dos arts. [808](#) e [811](#).

### **FLUXOGRAMA N° 50: HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL** (arts. [874-876](#))



#### **§ 177. POSSE EM NOME DO NASCITURO**

**Sumário:** 1.169. Conceito. 1.170. Natureza da ação. 1.171. Legitimação. 1.172. Procedimento. 1.173. Sentença. 1.174.

*Efeitos.*

### **1.169. Conceito**

Pelo art. 4º do Código Civil o nascituro não é pessoa, mas seus interesses são ressaltados e tutelados desde a concepção, caso venha a ocorrer seu nascimento com vida.

A representação do nascituro, no eventual relacionamento jurídico com terceiros, é de ser feita através do titular do pátrio poder. Na sua falta, manda o art. 462 do Código Civil que se lhe dê um curador.

Visando a proteger esses direitos eventuais do nascituro e a dar efetividade às normas substanciais do Código Civil, o Código de Processo Civil regula no art. 877 uma medida provisória denominada "posse em nome do nascituro", assim concebida:

"A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação" (art. 877), para, em seguida, investi-la "na posse dos direitos que assistam ao nascituro" (art. 878).

O procedimento não é rigorosamente igual ao da tutela ou curatela, principalmente porque, via de regra, a mãe já detém o pátrio poder e não necessita de ser investida judicialmente na representação jurídica do nascituro. Mas o objetivo último é o mesmo: dar proteção a direitos de quem não pode exercê-los por si.

Tanto o fim é igual que, estando a mãe privada do pátrio poder, como se dá em casos de ser interdita, o processo culminará com a nomeação de um curador para o nascituro (art. 878, parágrafo único).

Enquanto na curatela e na tutela prova-se a impossibilidade de alguém exercer por si os atos da vida civil, e por isso se lhe dá um representante, na ação de "posse em nome do nascituro", prova-se a existência de um ser sem vida e personalidade próprias, mas com direitos e interesses tuteláveis para o fim de entrar o seu representante legal na posse desses mesmos direitos.

### **1.170. Natureza da ação**

Sem embargo de o Código arrolar a "posse em nome do nascituro" entre os procedimentos cautelares específicos, não se pode, do ponto de vista técnico, conceituá-la como ação cautelar.

O que há, na espécie, é tão-somente a comprovação judicial da existência de um ser, que ainda não penetrou no mundo das pessoas, e, que para atuar na tutela de seus interesses, precisa de um representante.

Não pressupondo o *periculum in mora*, nem tendendo a assegurar o equilíbrio das partes numa situação de fato sobre que, necessariamente, haja de incidir o provimento jurisdicional visado por outro processo, não há como falar em ação cautelar.

Tudo, na verdade, não passa de mero negócio judicial de tutela de interesses privados, configurando tipicamente um procedimento de jurisdição voluntária, semelhante àqueles relacionados com a tutela e a curatela.

### **1.171. Legitimação**

Em regra, a legitimidade ativa é da mulher que tem o nascituro em seu ventre. Mas a regra do art. 877 não é absoluta, pois nos casos em que o pátrio poder cabe ao pai, este também será legitimado a propor a ação. E isto pode ocorrer na hipótese de legado em favor do nascituro de pai vivo. Há, também, o caso de mulher interdita, em que a legitimação tocará a seu curador.

Não apenas a mulher casada pode promover a ação, mas também a concubina, nos casos de legado em favor do nascituro ilegítimo.(150)

A interferência do Ministério Público é obrigatória, como lembra o art. 877, e como, aliás, ocorre em todo e qualquer feito sobre interesse de incapaz (art. 82, nº I).

O Ministério Público, também, pode legitimar-se a propor a ação, quando a mãe for incapaz e não tiver curador.(151)

Legitimados passivos são os herdeiros do autor da herança em que se localizam os direitos do nascituro, ou, eventualmente, o doador, na hipótese de doação em favor de prole eventual, ou, ainda, o testamentário, quando se tratar de legado em favor do nascituro.

#### 1.172. Procedimento

A petição inicial, conforme o § 1º do art. 877, deverá ser instruída com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor.

Essa exigência, todavia, não tem cabimento quando os direitos do nascituro não se originarem da sucessão *causa mortis*,<sup>(152)</sup> como pode se dar na hipótese de doação a termo para filhos concebidos de determinada pessoa.<sup>(153)</sup>

Deverá conter o pedido de exame médico, por perito do juiz, para comprovação da gravidez (art. 877, *caput*), bem como o de investidura na posse dos direitos do nascituro.

É possível o indeferimento liminar da petição nos casos comuns de inépcia e de descabimento da pretensão pelos motivos genericamente previstos no art. 295, e em outros de impossibilidade jurídica da pretensão, como aquele em que o simples confronto de datas evidenciar a impossibilidade biológica da paternidade (mulher que, por exemplo, atribuisse gravidez ao marido, um ano após a sua morte).<sup>(154)</sup>

Despachada a inicial, o juiz mandará ouvir o Ministério Público (art. 877, *caput*) e, não havendo objeção séria, nomeará um médico para atuar como perito e examinar a mulher.

O Código não determina a citação dos interessados, expressamente, mas também não a dispensa.

Assim, por força do art. 812, impõe-se aplicar, complementarmente, o rito dos arts. 802 e 803, devendo os interessados (herdeiros, doador ou testamentário) serem citados para contestar o pedido em cinco dias.

Aliás, o § 2º do art. 877 faz presumir que os interessados integram a relação processual, pois dispõe que "será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente", o que, como é óbvio, deve se dar no prazo de contestação.

O exame é realizado por perito único da escolha do juiz, que deve ser *médico*, por expressa determinação legal.<sup>(155)</sup>

O atraso na elaboração do laudo ou mesmo a sua impossibilidade por falta de médico no local ou desaparecimento da mulher não podem prejudicar os direitos do nascituro (art. 877, § 3º).

"Em tais casos, deve o juiz ordenar, com caráter provisório, todas as medidas que se haviam pedido em caráter definitivo, e, se lhe parecer necessário, a publicação de edital da segurança dos direitos do nascituro, até que se pronuncie a sentença."<sup>(156)</sup>

O exame nada tem a ver com a questão de paternidade, que é estranha ao objeto da causa; limita-se a apurar o estado de gravidez.

Se negativo, o juiz proferirá sentença de improcedência do pedido. Como, todavia, as ações cautelares (e muito menos os procedimentos de jurisdição voluntária) não fazem coisa julgada material, é possível à mulher pedir, em outra oportunidade, a repetição do exame, alegando deficiência do primeiro.<sup>(157)</sup>

No caso de conclusão dúbia, em razão de ser muito recente a provável gravidez, ou diante de um quadro clínico anormal, poderá o juiz determinar que se aguarde o tempo necessário à melhor definição do estado da mulher.

Apresentado, porém, laudo positivo, o juiz não poderá afastar-se da conclusão pericial: "Por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro" (art. 878).

O mesmo ocorrerá quando for dispensado o exame, no caso do art. 877, § 2º.

Se, porém, à requerente não couber o exercício do pátrio poder, como no caso de interdição, caberá ao juiz nomear curador ao nascituro (art. [878](#), parágrafo único).

### 1.173. Sentença

A sentença, como o texto legal revela, é *declaratória*, isto é, reconhecedora, juridicamente, dos direitos do nascituro a serem exercidos provisoriamente pela mãe, como sua representante legal (pátrio poder), ou pelo curador no caso do art. [878](#), parágrafo único.

Não constitui uma situação jurídica nova; apenas comprova que, efetivamente, há alguém no exercício de um direito, que deriva do fato da gravidez e da vontade da lei, e não da sentença do juiz. Os seus efeitos retroagem à data da concepção, conforme o art. [4º](#) do Código Civil.

Tudo, porém, é solucionado apenas à luz do fato da gravidez. E a eficácia da sentença limita-se ao "exercício dos direitos patrimoniais."([158](#)) Não se penetra na investigação de paternidade, já que a natureza do processo não permite a produção de outras provas capazes de elidir a presunção legal em torno do problema.

### 1.174. Efeitos

Da cognição do fato da gravidez, promana a proteção das relações jurídicas que dele se presumam decorrer.

Não impede nem a negatória de paternidade, quando positivo o laudo, nem a investigatória, quando negativo e, posteriormente, venha a nascer o filho.

Não há coisa julgada material, na medida provisória, por não se tratar de sentença de mérito, como já se afirmou.

A posse em que é investida a requerente ou o curador não é apenas a posse material ou corpórea, é a plena, abrangendo todos os direitos e ações que couberem ao nascituro. A posse do representante legal é exercida não em nome próprio, mas a título de gestão de bens alheios (posse *imediata*), pois a posse efetiva (*mediata*) cabe ao titular do direito protegido, que é o nascituro. ([159](#))

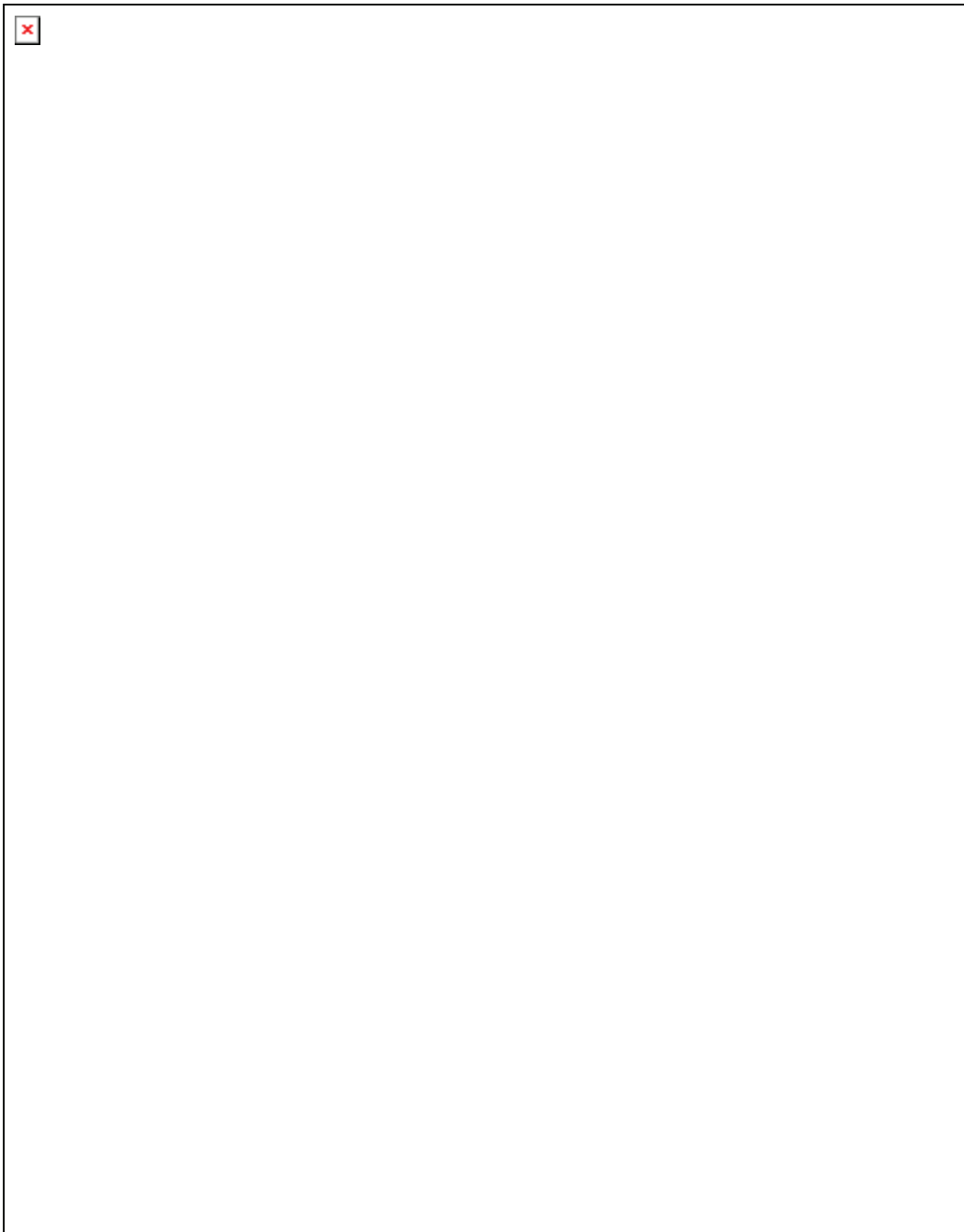
Para exercitar plenamente a posse imediata que lhe toca, o representante legal do nascituro pode promover medidas cautelares, ações possessórias, reivindicatórias e quaisquer outros remédios processuais que se fizerem necessários.

Com o parto, cessa a força da medida provisória de posse em nome do nascituro.

Se nasce vivo, o titular do pátrio poder passa a exercer o usufruto legal sobre os bens do filho.

Se não há nascimento com vida, a situação é recolocada no *status quo*, restituindo-se os bens ao monte hereditário para a partilha ou sobrepartilha entre os herdeiros.

FLUXOGRAMA Nº 51: POSSE EM NOME DO NASCITURO  
(arts. [877-878](#))



## § 178. ATENTADO

**Sumário:** 1.175. Conceito. 1.176. O atentado no Código de Processo Civil. 1.177. Cabimento. 1.178. Pressupostos do atentado. 1.179. Exame do casuísmo legal. 1.180. Legitimidade. 1.181. Competência. 1.182. Procedimento. 1.183. Sentença. 1.184. Execução da sentença e suspensão do processo. 1.185. Perdas e danos.

### 1.175. Conceito

"Atentado é a criação de situação nova ou mudança de *status quo*, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito."(160)

O atentado é o fato de uma parte que fere o interesse da parte contrária. Dele nasce a *ação de atentado*, que é o meio de exercer a pretensão de restituição ao *status quo* para que a situação de fato possa aguardar a solução do processo tal como se achava ao ajuizar-se o feito.

A configuração do atentado pressupõe alteração fática ilícita, que levará a parte contrária a suportar um prejuízo, caso ganhe a causa.

O atentado compromete a eficácia do processo principal ao modificar a base fática sobre que deverá incidir a prestação jurisdicional.

A tutela cautelar que se movimenta é inovativa, porque a alteração danosa já ocorreu; mas é preventiva em relação ao processo principal, cujo provimento ainda não ocorreu; e é também provisória, porque a interdição de inovar só vigora enquanto dura a causa de mérito, nada impedindo a renovação da obra desfeita, se o causador do atentado sair vitorioso na solução final da lide.

A ação cautelar, na espécie, tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte de conservar inalterado o estado de coisas envolvido no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos.

Restaurando-se, destarte, o estado fático inicial preserva-se a eficiência e utilidade da prestação jurisdicional de mérito, assegurando-lhe o objeto sobre que deve incidir.

### **1.176. O atentado no Código de Processo Civil**

A ação cautelar de atentado é admitida pelo art. [879](#), nos casos em que a parte, no curso do processo:

I – viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;

II – prossegue em obra embargada;

III – pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Primitivamente, nas Ordenações do Reino, o direito luso conheceu o atentado como vedação a que o juiz inovasse alguma coisa no processo. No Brasil, ao tempo da Consolidação Ribas, o atentado podia ser cometido pelo juiz ou pelas partes.

O Código de 1939 foi claro, todavia, restringindo-o apenas à conduta ilícita da parte, conceito que o diploma legal de 1973 conservou e aprimorou.

Assim, em nosso direito, a ação de atentado pode ser definida como a medida cautelar tendente a restaurar o estado de fato inicial da lide, comprometido por inovação ilegítima de uma das partes, no curso do processo.

### **1.177. Cabimento**

A ação de atentado tem lugar frente a qualquer espécie de ação: condenatórias, constitutivas, declaratórias, executivas ou cautelares.[\(161\)](#)

Pressupõe, todavia, o ajuizamento da ação principal. É sempre medida incidental. Como a litispendência e a litigiosidade da coisa nascem da citação válida (art. [219](#)), só após este ato processual é que se admite a possibilidade de atentado.[\(162\)](#)

Antes da citação, se o ato danoso ofende a posse de outrem, dará lugar aos interditos possessórios; se ofende a propriedade, ação reivindicatória; se causa prejuízo material, ação de indenização, e assim por diante, mas nunca ensejará a ação de atentado.[\(163\)](#)

Mesmo após a sentença pode haver atentado, se esta ainda não transitou em julgado, ou se já se instaurou o juízo da execução.

Mas se já operou a coisa julgada e inexistente execução de sentença em andamento, lugar não há mais para configurar-se o atentado, já que incurrerá o requisito do "processo em curso", mesmo que seja admissível ainda a eventual propositura da *actio indicati*. Só após a instauração da nova relação processual executiva é que se reabrirá oportunidade para um possível atentado.



### 1.178. Pressupostos do atentado

O Código enumera as hipóteses que considera capazes de configurar atentado, objetivamente, sem se preocupar com o elemento subjetivo que tenha inspirado o agente.

Na apreciação do fato inovado não tem, de tal sorte, qualquer influência a averiguação de dolo, culpa, malícia ou má-fé da parte.

Para o Código o que importa é o fato criado por ato positivo ou negativo de uma parte em detrimento do interesse da outra.

A figura do atentado, por isso, pressupõe apenas (art. 879):

- a) pendência de uma causa;
- b) inovação do estado de fato inicial;
- c) ilegalidade da inovação;
- d) prejuízo para o interesse da outra parte.

### 1.179. Exame do casuísmo legal

Segundo o art. 879 são as seguintes as hipóteses em que se configura o atentado:

#### I – *Violação à penhora, arresto, seqüestro ou imissão de posse:*

As medidas previstas no inciso I do art. 879 são todas constitutivas de bens: a penhora serve à execução por quantia certa (art. 659) e a imissão de posse à execução para entrega de coisa (art. 625). Ambas preparam a atuação satisfativa do processo executivo. Atos que atentem contra elas importam, sem dúvida, prejuízo à prestação jurisdicional colimada. O arresto e o seqüestro são medidas preventivas que visam assegurar prováveis penhoras e imissões de posse, participando, destarte, da mesma natureza e objetivos dessas medidas de execução.

Note-se, contudo, que a simples *venda* ou *transferência* do bem constringido, sem efetiva tradição, não é alteração na situação de fato, mas apenas alteração na situação jurídica, o que configura fraude de execução e não atentado. (164)

A violação que dá lugar ao atentado é a "inovação ilegal no estado de fato" (art. 879, III), isto é, a subtração material do bem judicialmente apreendido, o desvio de seus frutos, a sua modificação estrutural ou a sua danificação e destruição.

Além do ilícito civil (processual), há, no caso, também, o ilícito penal previsto no art. 179 do Código Penal (de 1940).

#### II – *Prosseguimento na obra embargada:*

É atentado que pode ocorrer na ação de nunciação de obra nova (art. 934), após deferimento da medida (art. 937), quando o réu prossegue na obra embargada sem autorização judicial e sem a caução do art. 940. Observe-se que a prestação de caução torna *legal* a inovação e impede a configuração do atentado. Por isso, "prestada a caução *de opere demoliendo*, tornam-se sem objeto os artigos de atentado." (165)

#### III – *Outra qualquer inovação ilegal no estado de fato:*

Abrange o inciso III do art. 879 todo e qualquer ato que a parte possuidora do bem litigioso pratique, sem amparo legal, alterando-lhe a estrutura física ou orgânica, desviando-o, ocultando-o, destruindo-o ou inutilizando-o. Podem esses atos, também, ser praticados pela parte que não possui contra a que possui a coisa.

Assim, nas possessórias, a reiteração dos atos de esbulho ou turbação após o ajuizamento do interdito é caso típico de

atentado.

Nas demarcações, também, pode ocorrer atentado, como, por exemplo, quando a parte, rasgando novo curso para as águas limítrofes modifica o *status quo* da área litigiosa.<sup>(166)</sup>

A inovação há de ser contra direito – *ilegal* – como afirma o texto do Código.<sup>(167)</sup>

Se não houver expressa vedação judicial, simples continuação da atividade ou exploração econômica normal do bem, sem comprometer-lhe a essência (como colheitas e benfeitorias necessárias) não deve ser entendida como atentado.<sup>(168)</sup>

É, ainda, de exigir-se o requisito do *prejuízo*, de forma que não é qualquer alteração de fato que configura o atentado, mas tão-somente aquela que possa afetar, lesivamente, o interesse da parte a ser eventualmente tutelado na providência final de mérito.

Nem se pode esquecer que o processo cautelar é instrumental e que toda providência que nele se toma tem o objetivo de assegurar melhor a eficácia e utilidade do processo principal, de sorte que se o ato inovativo for inócuo, ou se a restauração do *status quo* for mesmo contrária a esse desiderato, será contraproducente acolher-se a ação de atentado.

### 1.180. Legitimidade

Pode propor ação de atentado a parte do processo principal que se julgar prejudicada pela inovação.

Não apenas autor e réu se legitimam à propositura da medida, mas "qualquer pessoa a que a eficácia material de coisa julgada da futura sentença possa prejudicar",<sup>(169)</sup> como o assistente (arts. 50/55) e os terceiros intervenientes (arts. 56/80).

Só quem está na relação processual tem o dever processual de manter o *status quo*. Só a parte do processo (no mesmo sentido que utilizamos ao conceituar a legitimação ativa) é que pode sujeitar-se passivamente à ação de atentado, quando venha a descumprir o dever de preservação do estado de fato da lide.

O estranho à relação processual, o terceiro, este, agindo em nome próprio, e não sob ordem da parte, "não atenta, lesa."<sup>(170)</sup>

O juiz, o depositário, o perito, o Órgão do Ministério Público, como simples fiscal da lei, o administrador, o síndico e outros órgãos auxiliares da justiça não cometem atentado.<sup>(171)</sup>

### 1.181. Competência

Da acessoriedade da ação de atentado, decorre a competência do juiz da causa principal (juiz de primeiro grau) para processá-la e julgá-la.

E essa competência do juiz de primeiro grau de jurisdição persiste ainda quando o processo esteja em grau de recurso, no Tribunal, por expressa disposição do parágrafo único do art. 880.

Trata-se de competência funcional improrrogável de maneira que qualquer outro juiz será *absolutamente* incompetente para a ação de atentado.

Ajuizado o atentado em primeiro grau, se os autos já estiverem em poder do Tribunal, o juiz comunicará a ocorrência à instância recursal, tanto na propositura como no julgamento. Agirá com a maior urgência nos casos de procedência da ação, porquanto caberá ao Tribunal dar cumprimento ao mandamento do art. 881, no que diz respeito à suspensão da causa e à proibição ao réu de falar no processo, até a purgação do atentado.

### 1.182. Procedimento

A ação de atentado, segundo dispõe o art. 880, deve observar o procedimento comum das ações cautelares, isto é, o previsto nos arts. 802 e 803.

Não há deferimento liminar. Corre em autos apartados e sem suspensão da ação principal (salvo após a sentença, se esta for de procedência – art. [881](#)).

A petição inicial, além de satisfazer os requisitos do art. [801](#), deve esclarecer em que consistiu o atentado, isto é, deve indicar o estado de coisas antes e depois da inovação ilícita praticada pelo promovido.

Após a citação, o requerido terá cinco dias para contestar. Se não o fizer, incidirá em revelia, e o feito será imediatamente julgado, admitindo-se como verídicos os fatos alegados pelo requerente (arts. [319](#), [330](#), nº II, e 803).

Isto não quer dizer, contudo, que a ação de atentado seja sempre e invariavelmente julgada procedente quando não contestada. Muitas vezes o simples exame da pretensão do autor evidencia que os fatos por ele arrolados não configuram atentado, no sentido jurídico. Quando isto se der, malgrado a revelia, a ação será dada por improcedente.

A defesa do acusado de atentado, segundo Pontes de Miranda, pode, por exemplo, consistir:

"a) em alegação de nulidades processuais da ação de atentado; b) em que o autor é terceiro ou que é terceiro o acusado de atentar, inclusive por não se tratar da causa referida na petição; c) em que não tinha poderes o procurador do acusado, nem sobreveio ratificação; d) em que o fato argüido foi continuativo; e) em que é falsa a comunicação de fato sobre o atentado; f) em que o autor renunciara à argüição, ou concordara com o fato argüido; g) que lei posterior permitiu o ato; h) que não existe ou é nula *ipso jure* a relação jurídica processual da ação principal."([172](#))

Contestada a ação, o juiz admitirá a instrução da causa mediante as provas que se fizerem necessárias. Somente se houver necessidade de prova oral é que designará audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único).

Encerrada a instrução, com ou sem audiência, o juiz proferirá a sentença, que, acolhendo ou rejeitando o pedido, desafiará recurso de apelação, sem efeito suspensivo (art. [520](#), nº IV).

### 1.183. Sentença

Se a sentença não reconhecer o atentado, pronunciará a improcedência da ação e será declaratória negativa, imputando o ônus da sucumbência ao requerente, inclusive no tocante aos honorários advocatícios.([173](#))

"A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado" (art. 881). E, eventualmente, poderá também condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado (art. [881](#), parágrafo único).

São, assim, efeitos obrigatórios da sentença de procedência da ação de atentado:

- a) o reconhecimento de inovação ilícita do estado de fato cometida pelo requerido em detrimento do requerente;
- b) a ordem de restabelecimento do estado anterior;
- c) a suspensão da *causa principal*;
- d) a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado;
- e) a imposição dos ônus da sucumbência: despesas processuais e honorários advocatícios.

A sentença é, pois, de condenação sob forma cominatória: restabelecer o *status quo*, sob pena de não se poder falar nos autos.

### 1.184. Execução da sentença e suspensão do processo

A execução da sentença é direta e imediata, não se subordinando ao processo comum de execução forçada nem se submetendo à eficácia suspensiva em caso de apelação, como, aliás, ocorre com todas as sentenças proferidas em medidas cautelares. Não há, por isso, possibilidade de embargos à sua execução.

O mandado judicial de cumprimento da sentença determinará todas as providências necessárias ao efetivo restabelecimento do estado de coisas anterior ao atentado, tudo a expensas do promovido.

A suspensão da causa principal destina-se a aguardar esse restabelecimento, que pode ser indispensável ao perfeito julgamento ou à profícua execução visada pelo processo.

A proibição de falar refere-se ao processo principal e não impede que o vencido recorra da sentença cautelar que acolheu a ação de atentado. Com relação àquela causa, a interdição perdurará enquanto não se der a purgação, privando o réu inclusive do direito de interpor recursos.<sup>(174)</sup>

Como não é de admitir-se que o processo principal fique indefinidamente suspenso, por culpa justamente daquele que violou a situação fática em detrimento da parte inocente, impõe-se reconhecer a possibilidade de, perante a inércia do réu da ação de atentado, promover o autor, ele mesmo, quando possível, a restauração do estado de fato da lide, mediante a execução da sentença, autorizada pelo juiz da causa, cobrando-se, posteriormente, os gastos do vencido como despesas processuais.

Nada impede, também, que a parte vencedora venha a postular o prosseguimento do feito, sem a purga do atentado, quando ficar evidente que a sentença de mérito não sofrerá prejuízo em seu conteúdo decisório pela alteração ilegítima a que procedeu o réu da ação de atentado. Com isso, impedir-se-á que o ato malicioso do requerido venha a transformar-se num empecilho ao julgamento da pretensão principal da vítima do ilícito.

#### **1.185. Perdas e danos**

O parágrafo único do art. [881](#) permite ao juiz incluir na sentença do atentado a condenação do réu ao ressarcimento das perdas e danos que o autor sofreu.

Há, porém, que se fazer uma distinção entre os danos imediatos da inovação ilícita e aqueles que só serão concretizados a final, caso a vítima do atentado ganhe a causa principal e não consiga os efeitos que dela esperava.

A condenação que o art. [811](#) faculta (e não ordena) é, em princípio, apenas a dos danos imediatos, como, por exemplo, a danificação de tapumes e benfeitorias da vítima, e não a de prejuízos hipotéticos, como os dependentes ainda da causa não julgada, salvo se se preferir uma condenação condicional, a teor do art. [572](#), cuja eficácia ficaria subordinada ao evento futuro e incerto do resultado do processo principal.

### **FLUXOGRAMA Nº 52: ATENTADO** (arts. [880-881](#))



## § 179. PROTESTO E APREENSÃO DE TÍTULOS

**Sumário:** 1.186. Protesto cambiário. 1.187. Procedimento. 1.188. Registro do protesto. 1.189. Dúvidas do Oficial. 1.190. Apreensão do título e prisão do devedor.

### 1.186. Protesto cambiário

O Código de Processo Civil inclui, entre as medidas cautelares, o protesto de títulos de crédito. Trata-se, no entanto, de simples medida administrativa, que nem sequer se dá mediante intervenção do órgão judicial.

O protesto cambiário é, na verdade, ato *extrajudicial*, *solene*, cujo processamento se dá perante Oficial Público, independentemente de intervenção de advogado, e cujo objetivo principal é assegurar o exercício de certos direitos cambiários.

Consiste essa medida na documentação solene ou formal da apresentação do título ao devedor, feita através do Oficial Público, para comprovar a falta de pagamento ou aceite, total ou parcial, e, assim, assegurar o exercício dos direitos cambiários regressivos contra coobrigados, ou do direito de ajuizar o pedido de falência do devedor comerciante (protesto *necessário*), ou, ainda, apenas para obter prova especial e solene da ocorrência (protesto *facultativo*).

Os casos e requisitos de protesto são determinados pelas leis especiais que regulam os diversos tipos de títulos de crédito (art. [882](#)). O que o Código de Processo disciplina é apenas o procedimento da intimação do devedor e da solução de dúvidas processadas pelo Oficial de Protestos (arts. [883](#) e [884](#)).

A Lei nº 9.492, de 10.09.1997, definiu com maior amplitude, a competência e a regulamentação dos serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida. Além do maior detalhamento procedimental, essa lei inovou quanto aos títulos protestáveis, que tradicionalmente eram apenas os títulos cambiários e outros títulos de crédito similares e, eventualmente, algum outro documento expressamente arrolado em lei especial. Com a Lei nº 9.492 passaram a ser protestáveis, genericamente, "os documentos de dívida", a par dos títulos de crédito. Uma vez, porém, que o protesto visa a comprovar a mora do devedor e como esta pressupõe "dívida líquida e exigível" (Código Civil, art. [960](#)), não será qualquer documento de dívida que se apresentará como protestável, mas apenas o que retratar obrigação líquida, certa, e exigível. Em outros termos, no regime da Lei nº 9.492 a expressão "outros documentos de dívida" corresponde aos papéis a que se atribui a qualidade de título executivo judicial ou extrajudicial, para fins de execução por quantia certa (CPC, arts. [584](#) e [585](#)), dentre os quais se destacam a própria sentença civil condenatória, a escritura pública, e qualquer documento público assinado pelo devedor, ou particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, desde que atendam às exigências de liquidez, certeza e exigibilidade (art. [586](#)).<sup>(175)</sup>

### **1.187. Procedimento**

O credor apresenta o título, ou a conta judicialmente verificada, ao Oficial Público encarregado dos protestos.

A este cabe verificar apenas a perfeição formal do documento e a possibilidade jurídica do protesto, apurando se já ocorreu o vencimento da dívida, se foram satisfeitas as exigências fiscais acaso existentes e se o protesto está sendo promovido no local de pagamento ou perante oficial competente.

O protesto, como regra geral, deve ser tirado no local indicado para pagamento, pois nada mais é do que a comprovação solene da apresentação do título para pagamento ou aceite. Se o documento não mencionar o local de pagamento, será tirado no domicílio ou residência do devedor; ou, ainda, se desconhecidos estes, no local de emissão ou do domicílio do credor.

Comprovada a regularidade do título e da pretensão, o Oficial anotará a entrada do documento em cartório, em livro apropriado, geralmente denominado "livro de apontamento de protestos", dando recibo ao credor.

Em seguida fará a intimação do devedor, por meio de aviso escrito, no qual será descrito o título e indicada a intenção do credor de protestá-lo, se transcorrer o prazo previsto na lei especial, sem que haja o respectivo pagamento.

O aviso pode ser encaminhado ao devedor através do correio, por carta registrada, ou ser-lhe entregue em mãos (art. [883](#)).

A intimação, excepcionalmente, pode ser feita por editais, afixados no cartório e publicados pela imprensa, em dois casos:

- a) se o devedor não for encontrado na Comarca;
- b) quando se tratar de pessoa desconhecida ou incerta.

### **1.188. Registro do protesto**

Se o devedor salda a dívida, o protesto fica prejudicado e não se consuma. Se, porém, não se dá o pagamento no prazo previsto na lei especial que regula o caso, caberá ao Oficial documentar solenemente o protesto, lavrando em livro próprio o competente "instrumento público de protesto", que conterá a descrição integral do título, a certidão de intimação do devedor e de falta de pagamento ou aceite.

Solenizado o protesto, o Oficial devolverá o título ao credor, acompanhado de traslado do ato público registrado em seus livros.

### **1.189. Dúvidas do Oficial**

O Oficial pode recusar a tirar o protesto entre outros casos, quando se tratar de documento evidentemente nulo perante a legislação, ou quando o título não estiver vencido, ou tiver sido apresentado em local diverso da praça de pagamento e outras hipóteses semelhantes.

Pode ocorrer também que a situação não seja juridicamente clara e o Oficial fique em dúvida sobre a legitimidade do protesto. Não deverá, em tal circunstância, tirar o protesto, mas sim suscitar o incidente da dúvida através de comunicação ao juiz de direito.

Se o Oficial se recusa, terminantemente, a tirar o protesto ou se opõe dificuldades em submeter o caso ao juiz, pode o credor diretamente reclamar, por petição, ao juiz da Comarca.

Se a dúvida é suscitada pelo Oficial, deve o juiz ensejar oportunidade à parte para prestar esclarecimentos. Se parte do credor, deverá ouvir o Oficial. Proferida a sentença, se for pela improcedência da dúvida, o protesto será tirado e em seu instrumento será transcrita a decisão judicial (art. 884). Da sentença cabe apelação.(176)

#### **1.190. Apreensão do título e prisão do devedor**

Nos casos de títulos cambiários que dependem de aceite do devedor, como a letra de câmbio e a duplicata, a lei especial que as regula marca um prazo certo para que o sacado restitua a cártula, com ou sem aceite, sob cominação de apreensão judicial.

Não cumprido o dever legal de restituição, pode o credor requerer ao juiz a apreensão do título indevidamente retido. O mesmo direito assegura o art. 885 quanto ao título já reconhecido mas que venha a ser sonegado pelo emitente.

Se o credor provar documentalmente, ou justificar previamente a entrega do título e a recusa de devolução, o juiz decretará a prisão civil do devedor.

O pedido do credor, em tal caso, deverá satisfazer os requisitos do art. 801 e terá de ser subscrito por advogado. Já não se trata mais de simples procedimento administrativo, mas de processo judicial contencioso.

Embora fale o art. 885, parágrafo único, em processamento de plano, não deve, de qualquer maneira, haver decretação da prisão, sem prévia citação do devedor, ensejando-lhe oportunidade de purgar a sua falta.

Mesmo quando decretada e cumprida a ordem, a prisão deverá cessar (art. 886):

I – se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exhibir para ser levado a depósito;

II – quando o requerente desistir do pedido;

III – não sendo iniciada a ação penal dentro do prazo da lei;

IV – não sendo a ação penal julgada dentro de 90 dias da data da execução do mandado de prisão.

O pagamento da dívida extingue a relação obrigacional entre as partes e faz desaparecer a questão em torno do título retido, que passa a ser documento do sacado. O mesmo efeito do pagamento direto ao credor tem o depósito da importância devida e acessórios, feito em juízo, à disposição do credor.

O item I do art. 886 prevê, também, a possibilidade de elisão da prisão mediante depósito judicial do valor da dívida e acessórios, ou do próprio título.

Esse depósito destina-se a preparar a discussão sobre inexistência da dívida. Mas a declaração em questão não será obtida no procedimento sumário em que se obteve a prisão. As partes solucionarão as divergências no processo adequado de conhecimento (ação declaratória do devedor ou contestação à ação de cobrança do credor).

Na ação do art. 885 só se pode discutir a existência ou não da retenção do título e da legalidade do ato do devedor, sem penetrar no mérito da exigibilidade da dívida.(177)

O levantamento da importância depositada só poderá ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença (art. 887).

Se a questão for discutida apenas no âmbito do art. 885, o trânsito em julgado deverá referir-se à sentença proferida nesse

procedimento. Mas, se houve contestação ao mérito da dívida, nas vias contenciosas comuns, a solução a que ficará condicionado o levantamento é a da ação principal.

**FLUXOGRAMA Nº 53: PROTESTO CAMBIÁRIO**  
(arts. [882-884](#))





**FLUXOGRAMA Nº 54: APREENSÃO DE TÍTULOS RETIDOS**  
(arts. [885-887](#))



#### **§ 180. OUTRAS MEDIDAS PROVISIONAIS**

**Sumário:** 1.191. *As medidas cautelares do art. 888 do CPC.* 1.192. *Procedimento.*

### 1.191. As medidas cautelares do art. 888 do CPC

Ao encerrar seu Livro III, o Código, no art. [888](#), enumera mais oito medidas cautelares, sob a denominação de "outras medidas provisionais", para as quais não estipula rito especial e cuja admissibilidade tanto pode dar-se em caráter preparatório como incidental.<sup>(178)</sup>

Estas medidas são as seguintes:

I – Obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;

II – A entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;

III – A posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;

IV – O afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;

V – O depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;

VI – O afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

VII – A guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;

VIII – A interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

### 1.192. Procedimento

As medidas provisionais do art. [888](#) são objeto de ação cautelar e não meras providências avulsas que se possam requerer por simples petição no bojo dos autos de processo principal.

O procedimento a observar é, pois, o dos arts. [801 a 803](#), como expressamente recomenda o art. [889](#).

A medida liminar, em caso de urgência, é autorizada pelo parágrafo único do art. 889, e deve observar os requisitos e cautelas previstos no art. [804](#).

Todas elas são providências temporárias, provisórias ou precárias, que atuam em função de outro processo, como dispõe o art. [796](#). A última delas, no entanto, isto é, a "interdição ou demolição de prédio", não se limita à tutela cautelar. O que com ela se protege não é o processo principal, mas sim "a saúde, a segurança ou outro interesse público", conforme deixam evidentes os termos do inciso nº VIII do art. 888.

Disso decorre que, embora observando-se o rito sumário das ações cautelares, chega-se a uma medida judicial definitiva, sem haver lugar para a propositura de ação principal que se lhe siga.

A prestação jurisdicional assume, pois, feição *satisfativo* e não *preventivo*.

Sobre particularidades das demais medidas provisionais do art. 888, consultem-se nossos "Comentários ao Código de Processo Civil", série Forense, vol. V, 2ª ed., 1983, nºs 376 a 383, ps. 328 a 337; e "Processo Cautelar", 6ª ed., LEUD, 1983, nºs 312 a 320, ps. 393 a 405.

Apêndice - ESTUDOS DO AUTOR SOBRE TEMAS DE PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO CAUTELAR

I - EXECUÇÃO FORÇADA.

## OBRIGAÇÕES DE CONTRATAR. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.

**Sumário:** 1. Execução específica das obrigações. 2. Compromisso de contratar. 3. O verdadeiro alcance da execução forçada das obrigações de contratar. 4. A tentativa jurisprudencial de contornar a restrição à adjudicação compulsória criada pelo STF. 5. Harmonia final entre a lei, a doutrina e a jurisprudência. 6. Conclusões.

### 1. Execução específica das obrigações

Em matéria de execução forçada das obrigações, a história do direito, desde Roma até nossos tempos, registra notável evolução. Inicialmente, no direito romano clássico nem mesmo os direitos reais, como a propriedade, autorizavam a condenação *in natura*, e as sentenças, por isso, eram sempre do valor do bem, numa expressão do seu valor em dinheiro.

Mais tarde, já no processo extraordinário, é que se instituiu a execução judicial *in natura*, mas limitada a entrega da coisa certa por força do direito real.

Muito mais recentemente atingiu-se o estágio da execução forçada da prestação exatamente devida, sem se distinguir a natureza da obrigação, isto é, sem se ligar necessariamente à natureza real do vínculo existente entre as partes. De sorte que, hoje, somente no caso de impossibilidade da execução *in natura* é que o credor se verá forçado a contentar-se com a indenização das perdas e danos.

Não é propriamente ao direito processual que cabe a definição, com exclusividade, dos casos de execução específica. É muito mais o direito material que estrutura a força e a sanção das relações jurídicas, bem como a maneira de exigir o cumprimento das obrigações.

O direito processual é, quase sempre, o instrumento de atuação dos direitos subjetivos, tal como os concebe e disciplina o direito material. Aliás, a ordem jurídica substancial e a ordem jurídica *processual* não são mesmo duas ordens completamente distintas, mas apenas "aspectos de um mesmo fenômeno", no dizer de Micheli (*Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE, 1970, vol. III, p. 336).

Assim, os dispositivos da lei processual têm o destino "de concorrer para determinar o conteúdo do direito subjetivo de crédito" - na medida em que disciplinam a maneira de obter coativamente a prestação - , "enquanto, do ponto de vista processual, são pressupostos para organização técnica do meio executivo" (Micheli, ob. cit., loc. cit.).

Não pertence, pois, em sua integralidade, ao direito processual, a teoria do *bem devido* (isto é, do bem exequível), mas ao campo do direito material, em primeiro lugar.

"Todos los bienes que son objeto de una relación de derecho substancial susceptible de ejecución específica, son también, naturalmente, objeto inmediato del proceso de ejecución específica" (Allorio, *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, EJE, 1963, vol. III, p. 207).

Hoje, o direito material se acha de tal maneira sistematizado (e o direito processual a ele integrado, nesse objetivo), que

"a execução direta, sempre que possível, é obrigatória para o devedor" (Agostinho Alvim, *Da Compra e Venda e da Troca*, Rio, Forense, 1961, nº 24-B, p. 30).

A idéia do ordenamento jurídico como um conjunto de normas obrigatórias e indispensáveis à convivência em sociedade, e a dos contratos como a lei das partes, protegida e assegurada pela lei do Estado, tudo isto leva à conclusão de que, se o negócio jurídico é válido e eficaz, é a *execução específica* que "oferecerá la solución más sensata del problema jurídico creado por el incumplimiento" (Allorio, ob. cit., vol. II, p. 238).

"As obrigações assumidas devem ser fielmente executadas. Como consequência assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra tal como se convencionou. Alguns Códigos o assinalam, de modo expresso, ora dizendo que o credor tem o direito de exigir do devedor a prestação devida (Cód. Civil alemão, § 241), ora prescrevendo que o devedor está obrigado a cumprir a obrigação que contraiu (Cód. Civil italiano de 1865, art. 1.218). O nosso Código não diz, expressamente. Mas, ao consignar o princípio segundo o qual o não-cumprimento da obrigação dá ao credor o direito de exigir perdas e danos (art. 1.056), não excluiu nem podia excluir o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra tal como se convencionou. (Cf. Walter Sterner, *in Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 1.226, nº 73.) É que ao legislador pareceu dispensável exprimir esta regra, uma vez que, segundo a doutrina, ela é *fundamental* em matéria de efeitos das obrigações. (Cf. Beviláqua, *Direito das Obrigações*, p. 93; Polacco, *II Obligationi nel Diritto Civile Italiano*, vol. I, nº 56"); (Agostinho Alvim, ob. cit., nº 24-B, p. 31).

É, como se vê, do direito material que nasce a exigência de um procedimento executivo capaz de assegurar ao credor a realização específica do bem devido, segundo a natureza e a força da relação obrigacional.

Nem é a natureza *real* do direito da parte que lhe franqueia o acesso à execução forçada específica. O direito a realizar o acesso ao bem devido explica-se pelo próprio vínculo negocial, de sorte que um contratante pode exigir a compulsória entrega da coisa devida, sem ser proprietário dela e sem ter qualquer pretensão real a ela. Basta que o contrato – que tem força de lei entre as partes – obrigue o devedor a entregar ou restituir a coisa reclamada pelo credor.

É possível, portanto, uma execução específica de obrigação de entrega de coisa, tanto com apoio em direito *real* (*reivindicatória*, por exemplo) como em direito *obrigacional* (*imissão de posse, despejo* etc.) (Micheli, ob. cit., vol. III, p. 346).

Admitir que o credor tenha de se contentar com perdas e danos quando o devedor se recusa a entregar a coisa devida, somente porque não existe direito real do credor sobre o bem devido, seria – segundo a lição de Agostinho Alvim – "enfraquecer desnecessariamente a obrigação, desapontar a boa-fé do credor e distanciar-se da ética" (ob. cit., nº 24-C, p. 36). Se, pois, a coisa devida, por força de *obrigação de dar*, se encontra em poder do devedor, haverá, sem dúvida, o poder do credor, derivado da natureza mesma da relação obrigacional, de compelir o inadimplente, pela execução forçada, a proceder à sua entrega compulsória (*manu militari*), como já ressaltava o notável civilista Lacerda de Almeida (*Obrigações*, § 18).

Essa evolução rumo à execução específica não ficou restrita às obrigações de dar. Também no campo das obrigações de fazer e não-fazer, o direito se fixou, segundo a melhor doutrina material, no sentido de assegurar, sempre que possível, a execução *in natura* da própria prestação devida, impedindo que o devedor pudesse escolher, segundo sua conveniência, o caminho, quase sempre mais fácil, da composição das perdas e danos (Cf. Agostinho Alvim, ob. cit., nº 24-B, p. 31).

Para tornar efetivo o anseio que advém do direito material, a recente reforma do Código de Processo Civil proclamou, com especial ênfase, que

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação" (art. 461, *caput*).

A conversão em perdas e danos, na espécie, o § 1º do referido artigo, somente a admite "se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica".

O Código de Processo Civil, portanto, está intimamente comprometido com a execução específica qualquer que seja o tipo de obrigação. Somente a total impossibilidade concreta de alcançar a prestação devida, ou a conveniência do credor de haver em seu lugar, a compensação das perdas e danos, é que desviará o processo executivo do conteúdo original da obrigação, na forma com que os contratantes a pactuaram (Carreira Alvim, *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 151).

É certo que, diante do inadimplemento do devedor, o juiz não pode forçar o credor a querer a execução específica, porque o direito material lhe assegura a opção pelas perdas e danos (Código Civil, art. [1.092](#), [parág. único](#)). "Mas se o credor pediu execução específica, o juiz está obrigado a deferi-la e para tanto cumpre-lhe tomar as providências necessárias" (Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1995, p. 68).

## 2. Compromisso de contratar

Por pré-contrato, contrato preliminar ou *pactum de contrahendo* entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, se obrigam a concluir outro negócio jurídico (Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, São Paulo, RT, 1978, vol. VII, p. 284).

Desses contratos resultam típicas obrigações de fazer, ou seja, de declarar vontade para aperfeiçoamento de outro negócio futuro, dito, contrato *final* ou *definitivo*.

Em razão do princípio clássico *nemo ad factum precise cogi potest*, durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que o ato de vontade, sendo personalíssimo, não poderia ser obtido compulsoriamente em juízo. E, por isso, o inadimplemento dos pré-contratos só poderia gerar perdas e danos, e nunca execução específica.

Entre nós, o Código de Processo Civil de 1939, na esteira do que já se entendia na Europa, rompeu essa velha e ultrapassada concepção e esposou a tese da exequibilidade *in natura* também do pré-contrato, através de uma substituição da vontade do devedor pela manifestação judicial equivalente (art. 1.006 e §§), orientação que o novo Código de 1973 conservou e aprimorou, em seus artigos [639](#) e [641](#).

Reconhecem-se, assim, de maneira irreversível no sistema de nosso direito positivo, que a alegada infungibilidade das prestações de declaração de vontade, outrora defendida por alguns, era apenas uma criação jurídica, e não uma imposição da essência da coisa.

Da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro o órgão judicial prescinde da vontade do devedor para alienar seus bens e pagar a seus credores, em caráter compulsório, também é lógico que pode suprir a vontade do promitente e realizar, em seu lugar, o contrato definitivo a que validamente se obrigou. Não há diferença essencial ou substancial entre as duas hipóteses de agressão à esfera patrimonial do executado para realizar a sanção a que, juridicamente, se submeteu.

O que não se pode, por respeito à liberdade humana, é compelir fisicamente o devedor a firmar o contrato prometido. Mas substituir sua vontade pelo ato judicial executivo, isto é plenamente possível, segundo o direito atual.

A matéria se acha muito claramente exposta no art. 639 do Código de Processo Civil, *in verbis*.

"Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."

O mecanismo das execuções desse tipo de obrigação é completado com a regra de art. 641:

"Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração omitida".

Coerente com essa moderna execução forçada dos pré-contratos, o Dec.-Lei nº 58/37 atribuiu ao promissário comprador ação de adjudicação compulsória para obter a definitiva transferência do imóvel compromissado à venda, se o promitente vendedor incorrer em inadimplemento.

Surgiu, no entanto, a objeção de que a ação de adjudicação compulsória, segundo as leis que regulam o compromisso de compra e venda, estaria sempre condicionada a um pré-contrato devidamente formalizado e inscrito no Registro Imobiliário (STF, Súmula nº [167](#)), o que excluiria a execução prevista no art. 639 do CPC para a hipótese de a promessa não se achar registrada.

Influenciados pela radical jurisprudência da Suprema Corte, nós mesmos chegamos a escrever que o art. 639 só se aplicaria aos compromissos de compra e venda de imóveis devidamente inscritos no Registro de Imóveis (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1978, vol. IV, nº 247/9, nº 323/9), equívoco de que hoje nos penitenciamos, como adiante se verá.

### 3. O verdadeiro alcance da execução forçada das obrigações de contratar

A evolução geral do conceito de execução específica chegou às obrigações de contratar (espécie de obrigação de fazer) com a mesma amplitude registrada em matéria de obrigações de dar. Não há qualquer preocupação, *a priori* com a existência ou não para o credor de um *direito real*.

É certo que algumas leis, com fito de proteger o promissário-comprador, criaram em seu favor um *direito real de aquisição*, oponível *erga omnes*, desde que a promessa de contratar seja inscrita no Registro de Imóveis.

Evidentemente, não é esse direito real o fundamento da execução específica entre as partes. O art. [641](#) do CPC, ao cuidar do tema, assegura que a sentença que condena o réu a prestar a declaração de vontade produzirá, por si só, o mesmo efeito daquela a que se obrigara o devedor. Nada há na regulamentação legal da execução forçada que subordine o cumprimento desse tipo de pré-contrato a um direito real.

Diz o CPC, em seu art. [639](#), que, *sendo isso possível*, a sentença condenará à declaração de vontade; e isto, às vezes, tem sido interpretado como limitativo da execução forçada específica apenas aos compromissos de compra e venda a que a lei de loteamentos assegura a adjudicação compulsória, que são justamente aqueles inscritos no Registro de Imóveis, para eficácia *erga omnes*. Sem o registro, portanto, entendia o STF que o promissário comprador teria de contentar-se com perdas e danos (*RTJ* 117/384).

Acontece que não se deveria confundir a *ação real de adjudicação compulsória* com a ação comum de *execução específica de declaração de vontade*. Se é certo que a adjudicação compulsória se faz pelas vias da execução específica, isto não exclui, necessariamente, a aplicação desse tipo de procedimento também para execução de declarações de vontade devidas por vínculos puramente obrigacionais.

Analisando o CPC italiano, que contém a mesma ressalva da "possibilidade jurídica" da conclusão compulsória do contrato prometido, Micheli esclarece que geralmente não é na lei, mas nos pormenores do negócio preliminar que esse requisito deverá ser pesquisado:

"En tal hipótesis, el juez deberá, *en cada caso*, determinar si es jurídicamente posible hacer lugar a una ejecución en forma específica. Hay, en afecto, hipótesis en que en el contrato preliminar *faltan demasiados elementos que deberán entrar después en el contrato definitivo*; se puede pensar, por ejemplo, en el caso en que las partes hayan asumido el recíproco compromiso de prestarse una y otra a tratar para alcanzar el acuerdo sobre las condiciones del futuro contrato. Es evidente que en esta hipótesis, y en otras similares, el juez no puede subrogarse a la parte incumpliente, perfeccionando así el contrato definitivo. A dicho juez de todos modos, corresponde determinar *en el caso singular* si del '*pactum de compromittendo*' surge o no una obligación a la conclusión del negocio definitivo, obligación que sea completa en todos sus elementos y que, por consiguiente, como tal, es susceptible de ejecución forzada en forma específica" (Micheli, ob. cit., vol. III, p. 368).

O instituto da execução específica, na matéria, foi concebido, desde suas origens, sem qualquer subordinação ao direito real.

Seu pressuposto sempre foi o fato de que a prestação de consentimento para qualquer contrato definitivo é uma prestação fungível, porque, no caso de recusa do devedor, pode-se alcançar o mesmo efeito da declaração privada de vontade por meio de um provimento do juiz, uma vez que o devedor tenha se obrigado a prestá-la.

"La violación da tal obligación da, por consiguiente, al acreedor el derecho de obtener un pronunciamiento constitutivo el cual, comprobados los presupuestos para la producción del efecto jurídico, substituye totalmente a la convención, derivada del intercambio de los consentimientos" (Micheli, ob. cit., vol. III, p. 366).

Na verdade, como se vê, o pressuposto da execução, *in casu*, é a violação da obrigação de contratar e nada mais. O condicionamento de ser possível a execução específica se prende aos próprios termos do negócio preliminar ou pré-contrato, pois, muitas vezes, pode ser uma convenção incompleta, imperfeita ou privada por seus próprios termos da força de levar à execução compulsória, como se dá, por exemplo, no caso de existir cláusula de arrependimento.

Lembro, outrossim, que essa distinção entre direito pessoal e direito real, sem afetar a exeqüibilidade forçada, não é fato que ocorre apenas no campo da obrigação de contratar. Também nas execuções de dar coisa certa e de quantia certa o mesmo se passa, em situações como a do contrato de compra e venda e da hipoteca.

Assim é que, se a compra e venda de imóvel for transcrita no Registro Público, o comprador com base no direito real de propriedade executará o vendedor para obter a entrega do bem vendido. Se a venda for de coisa móvel, sem a tradição, o comprador não adquirirá o domínio, mas mesmo assim terá meio de executar o vendedor, com base na obrigação contratual de entrega do bem negociado (Agostinho Alvim, ob. cit., nº 24-C, p. 36).

Da mesma forma, a hipoteca, que é um direito real de garantia e, como tal, depende de inscrição no Registro Público, tem sua execução, com eficácia *erga omne*, na dependência do aludido registro. Mas mesmo sem essa inscrição, a hipoteca, de acordo com o art. 848 do Código Civil, vale entre os contratantes.

De direito real passa a hipoteca para direito pessoal, sem seqüela e sem preferência (Tito Fulgêncio, *Direito Real da Hipoteca*, 2ª ed., Rio, Forense, 1960, vol. I, p. 423). Sem embargo, porém, da falta de inscrição, "a hipoteca dará ao seu titular o direito à *ação executiva* do art. 826. É natural que assim seja porque a cobrança é uma *ação entre os contraentes*" (Azevedo Marques, *A Hipoteca*, São Paulo, Monteiro Lobato, 1925, nº 93, p. 159; Afonso Fraga, *Direitos Reais de Garantia*, São Paulo, Acadêmica, 1933, nº 331, p. 788).

Não perde, portanto, o credor, pela inexistência do direito real de hipoteca, o principal efeito que produz o contrato hipotecário que "é o de conferir ao credor o direito de vender o bem hipotecado para com o seu preço pagar-se integralmente do seu crédito e despesas judiciais" (Fraga, ob. cit., nº 274, p. 652). Apenas, não poderá exercer a execução contra terceiros, porque, sem a inscrição, o vínculo só produz a eficácia obrigacional entre os próprios contratantes.

Em síntese: tanto o vínculo real como o obrigacional são, no direito moderno, suficientes para justificar um processo de execução forçada.

#### 4. A tentativa jurisprudencial de contornar a restrição à adjudicação compulsória criada pelo STF

Para fugir ao rigor da tese do Supremo Tribunal Federal de que a *adjudicação compulsória* pressupunha *direito real*, e que, portanto, somente seria admissível em favor do promissário comprador que portasse título inscrito no Registro de Imóveis, doutrina e jurisprudência lançaram mão de um engenhoso artifício, com o propósito de distinguir a *ação real* de adjudicação compulsória da *ação pessoal* de execução da obrigação de contratar.

Na verdade, se afirmava, não era o contrato preliminar que gerava o *direito real*, concebido pela lei, para proteger o promissário comprador e ao qual a doutrina apelidou de "direito real de aquisição". Esse direito, com os atributos da seqüela e eficácia *erga omnes*, somente poderia nascer da inscrição do título no Registro de Imóveis, segundo o previsto no art. 22 do Dec.-Lei nº 58, de 10.12.37, e de acordo com a sistemática geral do art. 676 do Código Civil:

"Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos..."

Mas advertia-se que uma coisa era o *contrato* de promessa de venda e outra, muito diferente, o *direito real* de aquisição.

O compromisso ou pré-contrato, como toda avença da espécie, tem por objeto a celebração de outro contrato, que será então o "contrato definitivo". Seu mundo é, inicialmente, o das obrigações, o dos vínculos pessoais ou obrigacionais apenas. Depois é que pode surgir, ou não, o direito real, através da conjugação de elementos internos do contrato com outros elementos externos (como o Registro Público).

Como obrigação de contratar ou de declarar vontade, "celebrado o contrato de promessa de venda, já era ele dotado de *execução direta*, podendo exigir o promitente comprador a *declaração de vontade* da outra parte, e valendo a sentença pela escritura definitiva recusada" (Caio Mário, ob. cit., v. IV, nº 367, p. 368).

O que vai ser acrescentado pelo *direito real* é o vínculo sobre o bem, que o torna, de certa ilimitada forma, já incluído no patrimônio do titular desse *ius in re sui generis*, e que lhe dá o poder de *adjudicação oponível até contra terceiro*.

Logo, se ao pretender *adjudicação compulsória*, o que quer o promissário comprador é o reconhecimento do seu *direito real* de aquisição, transformando-o, por interferência da autoridade do Estado, em direito de *propriedade plena*, sua pretensão pressupõe observância de todo o mecanismo da aquisição e exercício dos direitos reais. Daí ser exigível que a pretensão venha apoiada sempre em contrato inscrito no Registro de Imóveis.

Mas - decidia-se freqüentemente - a condenação de um devedor a cumprir um pré-contrato nada tem a ver com os direitos reais e o mecanismo de sua constituição. O que se reclama na espécie é uma sentença que condene o inadimplente a realizar aquilo a que se obrigara. A sentença que sana sua omissão, para o credor, faz às vezes apenas do contrato que não chegou a ser espontaneamente firmado. Não entra em jogo, aqui, declarar domínio, nem tampouco adjudicar substancialmente a propriedade ao autor. Os efeitos materiais da execução do contrato contido na sentença serão os mesmos que adviriam do acordo voluntariamente cumprido. Se porventura a alienação foi *a non domino*, ou se o bem já não existe mais em poder do promitente, nada disso invalidará a sentença ou sofrerá consequências modificadoras pelo advento do decisório judicial.

Em se cuidando, destarte, de execução de direito pessoal, a sentença criará para o credor, apenas um *contrato* e nada mais; um contrato sujeito a todas as vicissitudes por que teria de passar aquele definitivo que acaso fosse firmado pelo devedor, na hipótese de execução voluntária do pré-contrato.

Daí o posicionamento da jurisprudência no sentido de que, para aplicação do art. 639 do Código de Processo Civil, "a falta de registro não impede que o promissário comprador pleiteie a condenação do vendedor a emitir declaração de vontade, pago o preço, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo". Só que, não se tratando de adjudicação compulsória, "a sentença condenatória, para operar a transferência da propriedade, depende da transcrição no Registro Imobiliário" (TJSP, Ap. 17.533-2, Ac. de 03.02.82, *in RT*, 558/67).

No Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o tema também já havia sido tratado e restara igualmente assentado que "a obrigação do registro contida no art. 23 do Dec.-Lei nº 58 somente é exigível na adjudicação compulsória, que é de efeito *real*, não na simples outorga de escritura, resultado da execução específica de uma obrigação de fazer, cujo direito correlato, no entanto, é de ordem meramente *pessoal*" (Ap. 11.506, Rel. Juiz Ayrton Maia, *in DJMG* de 16.12.77).

De resto, fatos eram os precedentes em tal sentido nos diversos Tribunais do País: *RT*, 531/118; 488/230; *RF*, 224/150; *Jur. Mineira*, 58/27 etc.

Orlando Gomes, em excelente parecer sobre o assunto, deitou uma pá de cal sobre a eventual controvérsia, deixando bem claro:

- a) o registro do compromisso de compra e venda é apenas "uma garantia para a adjudicação compulsória"; mas,
- b) "tratando-se do descumprimento de uma obrigação de fazer exigível *in specie*, o credor pode promover a sua *execução*, independentemente da inscrição do contrato no Registro de Imóveis"; pois
- c) "o novo Código de Processo Civil limpou a área para a aceitação em sentença, independentemente da inscrição, da execução coativa em forma específica da obrigação de emitir a declaração negocial contraída em promessa irrevogável de venda" (*RT*, 469/39-44; *RF*, 252/157-161).



Até alguns anos atrás, persistia a grave dissidência entre os Tribunais acerca da ação de adjudicação compulsória em matéria de compromisso de compra e venda de bens imóveis. Três grandes correntes jurisprudenciais, pelo menos, insistiam, com denodo, na defesa das seguintes posições:

*a) inviabilidade da execução específica do compromisso de compra e venda não registrado:*

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a ação do art. 639 do CPC pressupõe todos os requisitos essenciais e acidentais do contrato definitivo, pelo que não cabe adjudicação compulsória nem condenação à outorga de escritura se o compromisso não estiver registrado; resolve-se o contrato, no caso de inadimplemento, em perdas e danos (RTJ, 57/330 e 113/919; 114/844; 117/384; 122/343).

*b) a adjudicação compulsória não é ação real, mas pessoal:*

Vários Tribunais inferiores, insubmissos à orientação do STF, decidiam que a *adjudicação compulsória* era forma de execução do compromisso de contratar e não de execução de direito real de aquisição, pelo que não depende do registro do contrato (Rev. de Pr., 19/296; RT, 470/176; RF, 209/199; Jur. Min., 58/27).

*c) distinção entre adjudicação compulsória e condenação ao cumprimento de obrigação de contratar:*

Para muitos julgados, inexistindo registro, não haveria direito real de aquisição, o que inviabilizaria a adjudicação compulsória, considerada *ação real*. Mas seria possível a *ação pessoal* de condenação à outorga de escritura, já que esta era a forma legal de executar a obrigação pessoal de contratar, assegurada pelo art. 639 do CPC (DJMG de 16.12.77 e 25.08.88; RT, 558/67; COAD, 1987/38, 35.026/605).

Escrevendo sobre a polêmica, tivemos oportunidade de defender a última posição como sendo a melhor para contrapor-se à posição radical do STF, que teimava em não fazer distinção alguma, para efeitos processuais, entre o direito real de aquisição e a obrigação pessoal de contratar, ambos emanados do mesmo título causal (o compromisso irrevogável de compra e venda de imóvel).

"O importante, porém, é atentar para o direito à execução forçada da obrigação de contratar que não foi concebido, no CPC, para proteger o direito real, mas para assegurar meio idôneo de realizar *in natura* as obrigações de outorgar declaração de vontade.

"O direito real de aquisição, sim, nasce da inscrição do contrato no Registro de Imóveis e só poderá ser exercitado *erga omnes*, através da ação de *adjudicação compulsória* quando se comprovar tal inscrição. Não, porém, a execução de obrigação de fazer, estabelecida entre as partes contratantes. A execução em tal caso é da *obrigação* de contratar, consequência do vínculo estabelecido no compromisso, e nada mais" (Humberto Theodoro Júnior, *Execução*, Rio, Aide, 1991, p. 102).

Já naquele estudo, redigido antes que o Superior Tribunal de Justiça tomasse posição sobre o tema, fazíamos a observação de que, malgrado a tenaz resistência do STF, era flagrantemente majoritária na doutrina a tese do cabimento da execução específica do compromisso de compra e venda nos termos do art. 639 do CPC, independentemente de registro do contrato. Nesse sentido, por exemplo, ensinavam: Orlando Gomes (RT, 469/42), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, vol. IV, p. 314), José Osório de Azevedo Júnior (*Compromisso de Compra e Venda*, p. 21), Darcy Bessone (*Da Compra e Venda, Promessa e Reserva de Domínio*, 1960, nº 60, p. 170), Arnaldo Rizzardo (*Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*, p. 151), Sydney Sanches (*Compromisso de Venda e Compra*, São Paulo, RT, 1987, nº 3, p. 12), Mário Aguiar Moura (*Promessa de Compra e Venda*, Rio, Aide, 1987, nº 105, p. 341) etc., etc.

Concluindo nossa tomada de posição doutrinária, lembrávamos que

"Se a função que se espera do processo é a garantia de efetividade do direito subjetivo injustamente resistido ou violado, a prestação jurisdicional, sempre que possível, tem de propiciar ao respectivo titular um resultado que contenha o mesmo bem jurídico que seria obtido com o normal adimplemento do contrato. Somente quando ao próprio credor não interessar mais aquele bem ou quando ele se tornar inacessível ao processo é que se tolerará o recurso ao equivalente econômico e às perdas e danos" (ob. cit., p. 104).

Se, a coercibilidade, na ordem jurídica, nunca foi apanágio dos direitos reais, e se não é em atenção à natureza real do vínculo que o Código de Processo Civil disciplina a execução específica das obrigações de contratar, "Só mesmo a invalidade do compromisso, ou a falta de elementos essenciais para integrar o contrato definitivo, é que pode impedir a execução específica do art. 639 do CPC" (Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 104).

## **5. Harmonia final entre a lei, a doutrina e a jurisprudência**

Enfrentando o polêmico tema da execução compulsória do compromisso de compra e venda não registrado, pela primeira vez após a assunção do encargo constitucional de ser a mais alta Corte Judiciária do País no campo do direito infraconstitucional, o novel Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, no Recurso Especial nº 30-DF, julgado em 15.08.89, sobre o relato do Min. Eduardo Ribeiro, fez um longo e detalhado estudo sobre a história da adjudicação compulsória, no comércio dos imóveis loteados e depois também dos não loteados. O tema foi abordado desde o Dec.-Lei nº 58, de 1937, passando pela Lei nº 649, de 1949, até a última Lei de Loteamentos e Desmembramentos dos Imóveis Urbanos (Lei nº 6.766, de 1979).

Ao final da resenha legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca do tormentoso assunto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou por dissentar da orientação antes preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de somente ser admissível a adjudicação compulsória em favor do compromissário comprador que dispusesse de título inscrito no Registro de Imóveis (Súmula nº 167-STF).

Lembrou o voto do Relator, Min. Eduardo Ribeiro, acompanhado pela unanimidade dos componentes da Turma julgadora, que se alguma dúvida poderia gerar a redação dos arts. 22 e 23 do antigo Dec.- Lei nº 58, a nova Lei nº 6.766/79 teria, em seu art. 25, contribuído para definitivamente eliminá-la. É que, segundo esse dispositivo, "são irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessões, os que atribuam direito à adjudicação compulsória e, *estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiro*".

Com isso, a Lei nº 6.766/79, tal como já o fazia a doutrina na exegese da legislação anterior, procedeu à completa desvinculação entre a adjudicação compulsória e a exigência do registro.

"O registro – destacou o acórdão do STJ – será necessário para que se adquira direito oponível a terceiros. A condicionante '*estando registrados*' prende-se somente à constituição desse direito" (RSTJ, 3/1.050).

Se assim é, com a Lei nº 6.766/79, para os compromissos relativos a imóveis loteados, assim também haverá de ser para os referentes a imóveis não loteados, pois o que pretendeu a Lei nº 649, sem dúvida, foi "conferir adjudicação compulsória aos imóveis não loteados, nos mesmos casos dos loteados" (RSTJ, 3/1.050).

Há de prevalecer, então, a velha e prestimosa lição de Darcy Bessone, acolhida integralmente pelo decisório do STJ, na qual se faz a nítida distinção entre a constituição da *obrigação de fazer* e o aparecimento do *direito real de aquisição*, diante dos compromissos de compra e venda.

Não há como explicar a sujeição do direito à execução de uma obrigação de fazer a uma formalidade (o registro público) que somente diz respeito à constituição de direito real e conseqüente oponibilidade a terceiros. Por isso, a adjudicação compulsória, forma de cumprir a *obligatio faciendo* entre os próprios sujeitos do contrato que a instituiu, liga-se ao *direito pessoal*, a que é totalmente estranho o *direito real* a ser obtido com a inscrição no Registro Público (Cf. Bessone, *Da Compra e Venda, Promessa e Reserva de Domínio*, Belo Horizonte, B. Álvares, 1960).

Quanto à corrente doutrinária e jurisprudencial que distinguia entre a ação real de adjudicação compulsória e a ação pessoal de cumprimento da obrigação de contratar, o Acórdão do R. Especial nº 30 a considerou superada, a partir do momento em que não se vê vínculo algum entre a ação de adjudicação compulsória e o direito real de aquisição.

O registro faz nascer o direito de seqüela, mas a adjudicação entre as partes do compromisso não depende, de maneira alguma do referido direito de seqüela. Daí deve-se entender a expressão "adjudicar" *in casu*, não como atribuição direta do domínio ao promissário comprador, mas apenas como criação em seu favor de um título definitivo, que lhe permitia, posteriormente, chegar à propriedade do imóvel, por via da transcrição do *título judicial* (a sentença) no Registro Público competente.

A adjudicação, em face do compromisso, não é diferente daquela que se dá no praxeamento do imóvel penhorado (CPC, art. 714). Serve de título causal para adquirir a propriedade mas não a transfere de imediato, já que tal transferência somente acontecerá quando se der a respectiva inscrição no Registro de Imóveis (Cód. Civil, art. 533).

Se, pois, sempre será necessário o registro da sentença para que a propriedade do imóvel compromissado seja transferida, "relewa pouco a distinção entre a ação de adjudicação e ação de cumprimento de obrigação de contratar. Nos dois casos, haverá a mesma criação de um título causal, ainda no plano do direito obrigacional e não a imediata constituição do direito de propriedade, fato que só ocorrerá quando se der a transcrição da sentença no Registro competente (RSTJ, 3/1.051).

Tempos mais tarde, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (ac. unânime de 07.05.91, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo), viria a se filiar a mesma exegese da 3ª Turma, decidindo, também, que para obtenção da adjudicação compulsória seria prescindível a inscrição do compromisso de compra e venda no Registro de Imóveis (RSTJ, 29/356).

Em outros acórdãos posteriores, tanto a 4ª Turma como a 3ª Turma do STJ têm reafirmado seu definitivo posicionamento acerca do

tema:

"O direito à adjudicação compulsória é em si de caráter *pessoal*, não dependendo, para sua plena eficácia entre os próprios contratantes, de registro no ofício imobiliário" (STJ, 4ª T., R.Esp. 8.944-SP, Rel. Min. Athos Carneiro, in DJU de 08.09.92).

"O direito à adjudicação compulsória é de caráter *pessoal*, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendo* à inscrição no registro de imóveis" (STJ, 3ª T., R.Esp. 19.410-0-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 08.06.92, RSTJ, 42/407).

Em suma, pode-se afirmar que a posição do STJ está assentada, em bases definitivas, no sentido de que:

"Segundo jurisprudência da Corte, a promessa de compra e venda somente reclama inscrição do instrumento para sua validade e eficácia perante terceiros, mostrando-se hábil à obtenção da adjudicação compulsória em relação ao promitente vendedor independentemente desse registro" (STJ, 4ª T., R.Esp. 13.639-0-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 16.11.92).

## 6. Conclusões

Depois de muitos anos de controvérsia, a posição jurisprudencial, graças a liderança do Superior Tribunal de Justiça, encontrou, finalmente, um ponto de equilíbrio, acolhendo o que já era ponto pacífico na doutrina, ou seja:

A execução do compromisso de compra e venda, entre os contratantes, é execução de obrigação de contratar e, como tal, encontra apoio na matriz procedimental, dos arts. [639 a 641](#) do CPC, onde a natureza real do direito não figura entre os respectivos requisitos.

Logo, a falta de registro do compromisso no Cartório de Imóveis não pode embaraçar a ação de cumprimento do contrato, a não ser quando o imóvel tenha sido alienado a terceiro e, assim, já não mais exista no patrimônio do promitente vendedor. Somente em tal hipótese é que, não sendo o contrato oponível *erga omnes*, terá o promissário comprador de contentar-se com as perdas e danos.

Superada a velha jurisprudência do STF, que teimava em vincular a adjudicação compulsória do art. [22](#) do Dec.-Lei nº 58 ao direito real de aquisição, perdeu sentido a tentativa de construção de uma tese que distinguia a ação real da adjudicação compulsória da ação pessoal do cumprimento da obrigação de contratar.

Tudo agora foi colocado no plano *pessoal* do cumprimento do contrato de compromisso de compra e venda, de sorte que a ação de adjudicação compulsória e a ação de outorga de escritura definitiva são a mesma coisa. A adjudicação compulsória, mencionada no art. 22 do Dec.-Lei nº 58 e no art. [25](#) da Lei nº 6.766, na verdade, não é senão um rótulo aplicado à figura geral da ação de cumprimento de obrigação de contratar regulada genericamente pelo Código de Processo Civil (arts. [639 e 641](#)).

Colocando as coisas nesse estágio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por antecipação, deu realidade ao princípio que viria, com a Lei nº 8.952, de 13.12.94, a ser enfaticamente proclamado como norma cogente para as ações de cumprimento de obrigações de fazer, ou seja:

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação..." (CPC, art. 461, *caput*).

De sorte que:

"A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente" (*idem*, § 1º).

Houve, sem dúvida, uma grande conquista no campo do reforço da autoridade do contrato e um significativo passo na caminhada no rumo do incremento à *instrumentalidade* e maior *efetividade* da prestação jurisdicional.

## II - TUTELA DE URGÊNCIA

**Sumário:** 1. A tutela de urgência e a adequação do sistema processual ao direito material. 2. As liminares e a história da antecipação de tutela no direito brasileiro. 3. Liminar nem sempre corresponde à cautelaridade. 4. A tradicional distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias no direito brasileiro. 5. A visão unitária da tutela de urgência. 6. A fungibilidade reconhecida entre medidas cautelares e medidas antecipatórias no Projeto de Lei nº 3.746/2000. 7. Conclusões.

## 1. A tutela de urgência e a adequação do sistema processual ao direito material

Porque se proíbe a justiça pelas próprias mãos do titular do direito lesado ou ameaçado e se força o uso do processo para a respectiva tutela, deve a jurisdição proporcionar-lhe, quando tenha razão, meios substitutivos da autotutela adequados para que possa “*ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli há diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale*”.<sup>(1)</sup>

O processo, nessa ordem de idéia, deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão. O processo tem de estar voltado para a *efetividade*, evitando, quando possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo.

A insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que o adversário já lhe impôs. Ao processo corresponde a tarefa de repará-lo. No entanto, não pode, de ordinário, fazê-lo senão após a tramitação mais ou menos longa dos atos que compõem o procedimento judicial. O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre inevitável, mas que a prestação jurisdicional procura compensar com expedientes como o dos juros moratórios, a correção monetária e outras combinações acessórias. Além desse prejuízo natural, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Fala-se, a propósito, dessa eventualidade periculosa, em *dano marginal*, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo. Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional.<sup>(2)</sup>

Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.). Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas *tutelas diferenciadas*, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas *tutelas de urgência*, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de *efetividade*.

Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as *medidas de antecipação de tutela de mérito*.

Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa.<sup>(3)</sup>

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

## 2. As liminares e a história da antecipação de tutela no direito brasileiro

Costuma-se confundir liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar, quase sempre, não é mais do que uma medida cautelar.<sup>(4)</sup> Assim, a primeira tarefa a cumprir, no exame das tutelas diferenciadas, é a de precisar a noção jurídica de *liminar* para depois cuidar do tema das medidas que compõem a tutela de urgência, ou seja, as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela.

*Liminar*, lexicamente, é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de *inicial*, *preambular*, vale dizer “é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar”.<sup>(5)</sup>

Na linguagem jurídica, usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo – *in limine litis* – vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido “no momento mesmo em que o processo se instaura”;<sup>(6)</sup> em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda, como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts. 930 e 928, e respectivos parágrafos).

A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a propiciar-lhe emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exhiba posteriormente, e em prazo certo, o mandato *ad judícia* que, pela urgência do aforamento da causa, não pôde ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida de caráter unilateral e liminar.<sup>(7)</sup>

O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão-somente ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se como

configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*. O critério a observar, para esse fim, portanto, é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da sequência dos atos que compõe a cadeia processual.<sup>(8)</sup>

Incorreta, portanto, a tentativa de confundir sempre a natureza das liminares com a das medidas cautelares.

### 3. Liminar nem sempre corresponde à cautelaridade

Como o tempo de duração do processo pode comprometer a eficácia e utilidade do provimento judicial esperado na composição definitiva do litígio, a história do direito processual vem registrando, de longa data, a configuração de medidas provisórias, distintas das de satisfação do direito material da parte, mas que asseguram o seu útil exercício, caso a solução final da demanda lhe seja favorável.

Assim, ao lado da tutela de conhecimento e da executiva, ambas de caráter satisfativo, concebeu-se a função acessória, complementar, da tutela cautelar, com o propósito claro de afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição.

De início delimitou-se bem o terreno da tutela cautelar, que não poderia ultrapassar o campo das providências conservativas, já que as medidas de satisfação do direito da parte somente seriam alcançáveis após a exaustão do contraditório.

No entanto, como havia casos em que não era possível evitar-se o *periculum in mora* senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material, a tutela de emergência foi sendo ampliada por dois caminhos distintos: a) o da *antecipação de tutela*, por expediente como o das liminares freqüentemente introduzidas pela lei em procedimentos especiais (mandado de segurança, ação popular, ação de inconstitucionalidade, ação de nunciação da obra nova, ações locatícias etc); b) e pela dilatação do poder geral de cautela, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos, mas também para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito.<sup>(9)</sup>

Nesse sentido, a última corrente acabaria por inserir toda a tutela de emergência dentro do universo cautelar, de sorte que tudo o que se baseasse na defesa do *fumus boni iuris* (apreciação superficial sobre a plausibilidade ou verossimilhança do direito da parte) e na necessidade de evitar o *periculum in mora* (risco de dano durante o processo), seria absorvido pelas medidas de natureza cautelar. Não haveria razão, em tal conjuntura, para um tratamento jurídico diferenciado para as antecipações de tutela e as medidas de cunho conservativo.<sup>(10)</sup>

Na Europa esse tem sido o rumo predominante de forma bem marcante no direito francês e no direito italiano, onde o poder geral de cautela passou, naturalmente, por via de interpretação doutrinária e pretoriana, a abranger as providências de urgência de natureza satisfativa.

Entre nós, embora vozes abalizadas tenham se erguido em prol da admissão das medidas cautelares satisfativas,<sup>(11)</sup> a opinião que sempre prevaleceu, principalmente na jurisprudência, foi no sentido de que o poder geral de cautela não comportaria tal ampliação, devendo restringir-se às providências meramente conservativas. Antecipação de tutela satisfativa somente haveria nos casos em que a lei expressamente prevesse, em procedimentos especiais, a concessão de liminar.<sup>(12)</sup>

Adveio, porém, em 1994, a reforma do Código de Processo Civil e, fora do processo cautelar, e dentro do processo de conhecimento, instituiu-se a possibilidade emergencial genérica da antecipação de tutela, sujeitando-a, outrossim, a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares (atual redação dada aos arts. 273 e 461 do CPC, pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). Essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual.

Outrossim, diante da duplicidade de regime normativo instituído oficialmente por nosso ordenamento jurídico, em matéria de tutela de urgência, não se me afigura correto insistir em identificar todas as medidas liminares de antecipação de tutela, previstas no Código ou em leis extravagantes, com as medidas próprias do processo cautelar.

É certo que todas elas pertencem ao gênero comum da *tutela de urgência*. Sendo, no entanto, diversos os requisitos de seu deferimento e diverso o terreno sobre o qual atua cada tipo dessas medidas, não nos parece conveniente que sua análise doutrinária e científica seja feita em comum, como se se tratasse de providências de uma única natureza.

Descarto, pois, o tratamento indiscriminado das liminares, no direito processual brasileiro, como medidas cautelares. Muitas delas não se baseiam sequer no *periculum in mora*, mas na conveniência da tutela do direito evidente, como é o caso dos interditos possessórios e das ações locatícias, a propósito das revisionais e renovatórias, onde se cuida de assegurar efeitos econômicos imediatos, sem o pressuposto do *periculum in mora*. Em outras, não basta a aparência do bom direito, mas se exige logo, a verossimilhança do direito da parte, formada através de prova inequívoca geradora de convicção sobre direito líquido certo *prima facie* (antecipações do art. 273 do CPC, para as ações em geral do processo de conhecimento, e da Lei nº 1.533/51, para as ações de mandado de segurança).

Ora, se múltiplos são os motivos que levam a lei a quebrar o ritmo normal do processo de conhecimento, para autorizar as liminares e se nem mesmo o *periculum in mora* é traço comum a todas elas, é totalmente inadequado pretender inseri-las todas e sempre no campo da cautelaridade. O que, enfim, permite encerrar a *liminar* como uma categoria jurídico-processual é tão-somente o seu

específico aspecto temporal, ou seja, a excepcional possibilidade de providências no início do processo, antes pois de realizar e completar o contraditório. Nada mais do que isto.

#### 4. A tradicional distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias no direito brasileiro

Embora escrevendo antes da regulamentação da antecipação de tutela em caráter geral no processo civil brasileiro, já observava, com propriedade, Ovidio A. Baptista da Silva, serem absolutamente inconfundíveis as medidas *cautelares* (que representam, simplesmente, medidas de *segurança para a execução*) e as *medidas antecipatórias* (medidas de *execução para segurança*). Cautelares propriamente só são as que criam condições para garantir a futura execução. As que antecipam a execução, para satisfazer direito substancial da parte, “de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental”.<sup>(13)</sup>

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito. A partir de então, restou consagrada a possibilidade de ser antecipado, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 do CPC. Isto, porém, não se por meio de ampliação do poder geral de cautela, e sim por criação de um novo remédio processual, introduzido dentro do próprio processo de conhecimento.<sup>(14)</sup>

É evidente, dessa maneira, que das antecipações antes autorizadas apenas sob a forma de liminares em algumas ações especiais, passou-se ao regime do cabimento das *medidas provisórias satisfativas* em qualquer ação de conhecimento. “No entanto” – Adverte Teori Albino Zavascki – “sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: a) a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do CPC, substancialmente diferentes dos previstos no art. 273 do CPC, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares”.<sup>(15)</sup>

Prossegue Zavascki:

“O que se operou, inquestionavelmente, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca*”.<sup>(16)</sup>

Bem se vê, como conclui acertadamente Zavascki, que “a inovação introduzida no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Pelo contrário: o tema ganhou absoluta atualidade”.<sup>(17)</sup>

De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como das antecipatórias. Dar-se-ia a pretensa unificação porque todas elas se fundam no perigo de dano e no *fumus boni iuris*.<sup>(18)</sup> Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência.

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor.

É assim que a cautela não é satisfativa e a antecipação o é.<sup>(19)</sup>

A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo, valoriza-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso abusivo de providências excepcionais fora da destinação para que foram especificamente concebidas.

Em suma: não basta que a medida processual apresente alguma força de prevenção para ser qualificada como cautelar. Se este traço fosse suficiente, todas as medidas preparatórias do provimento final do processo de execução como a penhora (na execução por quantia certa) e a busca e apreensão (na execução de obrigações de dar) não passariam de medidas cautelares. No entanto, como atos normais da execução forçada, sua natureza é a de ato executivo e não de ato meramente cautelar. A natureza do processo e dos atos processuais deve ser procurada pelo seu objetivo final e não pelo caminho percorrido para atingi-lo. A penhora não é medida cautelar, porque, embora possa impedir o desvio jurídico do bem constrito, e assim exerce de alguma forma a prevenção, sua função básica é a de iniciar a operação da expropriação executiva (ato principal da execução forçada).

Assim, também, a medida que antecipa, no processo de conhecimento, efeitos da solução de mérito, não é, em nosso sistema, medida cautelar, porque vai além da simples prevenção da utilidade do provimento final do processo e já se transforma, antecipadamente, num meio de reconhecer, de modo provisório, o direito material da parte e de propiciar-lhe o respectivo exercício. Enquanto, pois, a medida cautelar se limita a garantir uma futura e eventual execução, a medida antecipatória, desde logo, cria



condições de provisoriamente executar o direito subjetivo ainda não acertado em definitivo. Realiza, por antecipação, o que, de regra, se obteria pelo provimento final de mérito.

## 5. A visão unitária da tutela de urgência

Sem embargo da distinção substancial que existe, para o sistema brasileiro, entre tutela cautelar e antecipação de tutela de mérito, o direito europeu dá um exemplo de como se pode tratar de forma processual única as duas espécies de tutela de urgência.

Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava “regulamento provisório” do litígio, TARZIA dá seu testemunho de que a idéia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus:

*“In Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia, da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto de vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria”.*(20)

No capítulo IV adiante se vê uma apreciação mais ampliada de como os Códigos da Itália, França, Alemanha e Suíça puderam conceber a tutela satisfativa antecipada dentro do campo procedimental da tutela cautelar.

Pautado pelo mesmo critério, o atual Código de Processo Civil de Portugal, com a redação renovada pelos Decretos- Leis nºs 329-A/95 e 180/96, também insere no poder geral de cautela, a possibilidade de medidas tanto conservativas como antecipatórias. Eis o texto em vigor do seu art. 381, nº 1:

“Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência *conservatória* ou *antecipatória* concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

Dentro dos procedimentos cautelares, o Código lusitano prevê a possibilidade genérica de tutela antecipatória e, para o caso de “reparação provisória” (ato ilícito) instituiu um procedimento especial, mas sem afastá-la da tutela cautelar (art. 403, nº 1).

Na linguagem do direito português a antecipação de tutela representa uma “composição provisória” da lide, ou seja, a “litisregulação” de que falam Tesheiner e Araken de Assis, entre nós.(21)

Explica Miguel Teixeira de Souza que o sistema português opera da seguinte maneira:

“A composição provisória pode prosseguir uma de três finalidades: ela pode justificar-se pela necessidade de garantir um direito, de definir uma regulação provisória ou de antecipar a tutela pretendida ou requerida. No primeiro caso, tomam-se providências que garantem a utilidade da composição definitiva; no segundo, as providências definem uma situação provisória ou transitória; no terceiro, por fim, as providências atribuem o mesmo que a composição definitiva.”(22)

Toda a tutela de urgência, isto é, tanto a conservativa como a satisfativa, está na lei processual portuguesa sujeita ao regime de medidas cautelares. Vale dizer:

“O legislador português segue uma técnica que consiste em estabelecer um procedimento cautelar comum que define de forma genérica (art. 381, nº 1, do CPC) e, ao seu lado, vários procedimentos cautelares a que chama especificados e cujo âmbito de aplicação prevê com detalhe. O procedimento cautelar comum apenas se aplica quando se pretende acautelar um risco de lesão que não esteja especialmente prevenido por alguma providência especificada”.(23)

Esse tratamento processual unificado leva a que, no direito português, “os requisitos de decretamento de uma providência cautelar antecipatória são os habituais em sede de jurisdição cautelar: a) *periculum in mora* – receio de que outrem cause lesão grave de dificilmente reparável a um direito próprio – arts. 381, nº 1, 384, nº 1 e 387, nº 1 do CPC; b) *fumus boni iuris* – prova sumária do direito ameaçado – arts. 384, nº 1 e 387, nº 1 do CPC”.(24)

Em suma, pode-se afirmar que “a tutela antecipatória no processo civil português está prevista integralmente no âmbito dos procedimentos cautelares em paridade com as providências conservatórias e com o mesmo regime”.(25)

## 6. A fungibilidade reconhecida entre medidas cautelares e medidas antecipatórias no Projeto de Lei nº 3.746/2000

O novo texto projetado para o art. 273, § 7º do CPC,(26) ao disciplinar, expressamente, a necessidade de dotar a tutela de urgência de um mecanismo de fungibilidade, atendeu reclamos que já vinham sendo formulados há algum tempo pela boa doutrina.

Decerto não se pode negar a diferença essencial, no regime jurídico processual brasileiro, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Cada uma, evidentemente, exerce *função* distinta, como bem dilucida Adroaldo Furtado Fabricio:

“Ao passo que a função cautelar se exaure na asseguaração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação de tutela supõe necessariamente uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar ‘processo principal’ (no caso, o único existente).”<sup>(27)</sup>

No entanto, ambas as tutelas integram a um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, e, em muitos casos, haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, *in concreto*, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.

Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.

Ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se tome irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

É bom lembrar que no direito comparado, como já foi registrado, nem sequer se faz distinção entre os dois tipos de tutela provisória e facilmente se admitem no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de medidas cautelares, tanto as conservativas como as satisfativas. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas subespécies (embora haja também óbvia relevância na classificação, para evitar os casos de manobras de má-fé na utilização de um procedimento pelo outro).

Daí a lição de Araken de Assis, benemérita de irrestrita adesão, em todas as hipóteses em que não se nota a presença de má-fé ou fraude à lei:

“A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos”.<sup>(28)</sup>

É, por exemplo, o que se passa com a sustação de protesto cambiário, que para uns é simples medida cautelar e, para outros, caso típico de antecipação de tutela. Além disso, mesmo estando a parte ciente de que a medida é de natureza satisfativa, pode não ter tempo útil para aforar causa de mérito e, como o risco de dano ao direito material é imediato, não dispõe de outro caminho senão o de formular o pedido de tutela de urgência pelo rito cautelar.

A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.<sup>(29)</sup>

O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito mas a natureza mesma da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do art. 273, e não apenas os do art. 798 do CPC.

A manobra, portanto, de lançar mão do procedimento cautelar para tentar obter antecipação de tutela dentro apenas dos condicionamentos menos rigorosos do art. 798 é expediente que o juiz deverá energicamente coibir. Estando, todavia, presentes os requisitos do art. 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal.<sup>(30)</sup>

## 7. Conclusões



No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do *acesso à Justiça* e a assegurar a *efetividade* da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária.

As liminares, que antes existiam apenas para alguns procedimentos especiais de conhecimento, sofreram generalizações com a reforma do CPC, que instituiu a possibilidade emergencial de antecipar efeitos do futuro julgamento do mérito da causa, em qualquer procedimento (arts. [273](#) e [461](#)).

A introdução das medidas de antecipação de tutela (medidas *satisfativas*) em nosso sistema processual civil não se deu (diversamente do direito europeu) por meio de ampliação do âmbito da tutela cautelar, pois estas continuaram limitadas, entre nós, aos provimentos *conservativos*. Criou-se uma modalidade distinta de tutela de urgência, sob regime jurídico próprio.

A generalização, porém, da tutela antecipatória não ocorreu mediante adoção apenas de *liminares* em todos os procedimentos cognitivos. As medidas satisfativas provisórias podem ser decretadas em *liminares*, na abertura do processo; mas podem também acontecer em qualquer fase ou estágio da marcha processual anterior à coisa julgada (medidas *incidentais*).

*Liminar* não é sinônimo de providência *cautelar*, é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo.

Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas *de um mesmo gênero* – a *tutela de urgência* – porque ambas têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do accertamento definitivo do direito da parte. Subordinam-se, todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos.

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, *in concreto*, se observe a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária.

A reforma programada do art. [273](#) do CPC filiou-se a tal corrente e a prestigiou, sem dúvida.

### III - PODER GERAL DE CAUTELA

**Sumário:** 1. *Processo e tempo*. 2. *Processo principal e processo cautelar*. 3. *Pressupostos das medidas cautelares*. 4. *Conceito de medida cautelar*. 5. *Medidas típicas e medidas atípicas*. 6. *Poder discricionário na tutela cautelar genérica*. 7. *Requisitos das medidas cautelares atípicas*. 8. *O perigo de dano*. 9. *Formas e conteúdos das medidas atípicas*. 10. *Limitações do poder cautelar*. 11. *O procedimento da ação cautelar atípica*. 12. *Conclusão*.

#### 1. Processo e tempo

Sob duas formas distintas, realiza o Estado a jurisdição:

a) pela “cognição”, que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e

b) pela “execução”, que torna efetiva (real) essa mesma vontade.

Em tese, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional.

Acontece, todavia, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesse (lide), através do processo, só é atingida mediante a sequência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência judicial satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

Não obstante essa necessária “demora” do processo, é intuitivo que o ideal é que a “lide” seja composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo, tanto que se atribui à função declarativa das sentenças o efeito retroativo ao momento da propositura da ação.<sup>(1)</sup>

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou ensaia, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que não obstados, inutilizariam a solução final do processo, em muitos casos.

Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação.

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução “justa” da lide.

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente “justa”, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já existisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do processo, ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

## 2. Processo principal e processo cautelar

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua e inútil.

Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo “a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”, e tendo por elemento específico “a prevenção”.<sup>(2)</sup>

Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

Ambos os processos giram em torno da “lide”, pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquanto a lide e sua composição apresentam-se como objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar.

A este cabe uma função “auxiliar e subsidiária”, de servir à “tutela do processo principal”, onde será protegido o direito e eliminado o litígio, na lição de Carnelutti.<sup>(3)</sup>

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.

Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra em plano de maior justiça dentro do processo principal, anota Ronaldo Cunha Campos que “a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do “instrumento” criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo”.<sup>(4)</sup>

O acerto da tese me parece evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do ligante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribui.

Eliminando o perigo antevisto e que não pode ser impedido pelo provimento do processo principal, em razão da sua natural e necessária demora, o destino do processo cautelar é, em suma, “fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva”, nas palavras de Micheli.<sup>(5)</sup>

## 3. Pressupostos das medidas cautelares

As medidas cautelares não são prodigamente facultadas às partes. Ao contrário, são providências de caráter excepcional, que apenas em situações de emergência podem ser atuadas.

Como objeto de ação, as medidas das espécies dependem de processo regularmente instaurado para seu objeto especial: a prevenção. Sua postulação válida reclama, por isso mesmo, a observância dos pressupostos processuais e das condições da ação, dentro do mesmo conceito com que esses requisitos se impõem ao processo principal.

Mas, além desses requisitos comuns, a obtenção da tutela cautelar reclama outros que se devem considerar específicos, e que, na doutrina, recebem a denominação de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Na ordem prática, portanto, para se obter uma providência de natureza cautelar, é necessário que:

a) ocorra uma situação de “dano potencial”, ou seja, um risco criado para um interesse do litigante, em razão da demora do processo principal. Concretizando o dano temido, o processo principal perderia sua utilidade para a defesa do possível direito do litigante (*periculum in mora*); e

b) que o direito em risco seja “plausível,” segundo sumária apreciação do interesse revelado pela parte (*fumus boni iuris*).

#### 4. Conceito de medida cautelar

A relação processual envolve elementos subjetivos e objetivos, todos importantes para a consecução final da meta do processo: a justa composição da lide.

São elementos “subjetivos”, além do juiz que soberanamente representa o poder estatal, as partes envolvidas na lide; e são elementos “objetivos”, ora provas (processo de conhecimento), ora bens (processo de execução).

Todos esses elementos (pessoas, provas e bens) podem, na duração ou demora do processo principal, enfrentar situação de risco de dano, por conduta de um dos litigantes ou por evento ocasional. Para proteção provisória de todos eles, tem cabimento a atuação da função cautelar.

Mas, essa função não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Por isso é que se diz que o processo principal é de natureza “satisfativa”, porque redundando na satisfação efetiva do direito da parte, quando esta sai vitoriosa no pleito forense. Mas, a tutela cautelar é apenas de “prevenção” ou “garantia”, porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação de seu pretense direito, que continua na dependência da solução do processo principal. Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança de situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal, caso lhe venha a ser favorável.

Daí considerar Ugo Rocco as medidas cautelares como meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade ou probabilidade de um dano.

Do que podemos extrair a definição de medida cautelar como a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.<sup>(6)</sup>

#### 5. Medidas típicas e medidas atípicas

Ao regular o poder cautelar do juiz, a lei, segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas, atribui-se a denominação de medidas cautelares “típicas” (ou nominadas).

Mas a função cautelar não fica restrita às providências típicas porque o intuito da lei é assegurar meios de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause, ao direito de outra, lesão de grave e difícil reparação (CPC, art. 798).

Há, destarte, medidas cujas condições de aplicação o próprio legislador define, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei.

Esse poder de criar providências de segurança fora dos casos típicos já arrolados pelo Código recebe, doutrinariamente, o nome de “poder geral de cautela”.

É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância.

Em todos os casos - adverte Rocco - os órgãos judicantes desempenham a mesma função de natureza cautelar, ou seja, a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados pelo direito.<sup>(7)</sup>

Diante do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apóia-se em “poderes indeterminados”, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo isto está, adredemente, previsto e regulado pela lei.

Eis por que, conclui Rocco, a diferença entre as medidas típicas e as atípicas é apenas a maior ou menor determinação de especificidade.<sup>(8)</sup>

Em resumo, pode-se repetir a lição de Moniz Aragão, segundo o qual:

“Sob a denominação medidas cautelares *inominadas* (ou *atípicas*) costuma-se referir a atuação discricionária do juiz de desempenho do chamado *poder cautelar geral*, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção de determinados atos não previstos em lei ou nesta indicados apenas exemplificativamente.”<sup>(9)</sup>

## 6. Poder discricionário na tutela cautelar genérica

Deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário, de amplíssimas dimensões.

Apreciando o tema, observa Galeno Lacerda que “no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as ‘medidas provisórias que julgar adequadas’, para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*”.<sup>(10)</sup>

Mas, impõe-se proclamar, desde logo, que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei. Na verdade a outorga de um poder discricional resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não, porém, num *bill* para se desvencilhar dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga.

Assim, o Código, em seu art. 798, ao instituir o poder geral de cautela, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for necessária para coibir risco de lesão grave e de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou solução do processo principal.

Vê-se, pois, que ao mesmo tempo em que o poder discricionário foi criado, recebeu também destinação e condicionamento que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais.

## 7. Requisitos das medidas cautelares atípicas

Pelo texto do art. 798 do CPC, fácil é concluir que os requisitos das medidas atípicas são os mesmos das medidas cautelares típicas, isto é, para obter-se a proteção do poder geral de cautela é preciso que concorram:

a) um interesse em jogo num processo principal (direito plausível, ou *fumus boni iuris*); e

b) fundado receio de dano, que há de ser grave e de difícil reparação, e que se tema possa ocorrer antes da solução definitiva da lide, a ser encontradas no processo principal (*periculum in mora*).

Não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque este freqüentemente é litigioso e só terá sua comprovação de declaração no processo principal. Esse direito em risco revela-se, para merecer a tutela cautelar, apenas como o interesse que justifica o “direito de ação”, ou seja, o direito ao processo de mérito.

É claro que deve ser revelado como um “interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz a opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial”, como ensina Ugo Rocco.<sup>(11)</sup>

Não pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Assim, se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição definitiva da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar. Mesmo porque, quando da narração dos fatos não decorre, logicamente, a conclusão pretendida pelo autor, sua petição inicial, no processo do mérito, é inepta e deve liminarmente ser indeferida (CPC, art. 295, parágrafo único, inc. II).

Ora, sendo inviável o processo principal, não se concebe possa deferir-se a tutela cautelar, cujo objetivo maior é precisamente servir de instrumento para melhor e mais eficaz atuação do processo de mérito.

## 8. O perigo de dano

Diz a lei que o perigo, justificador da atuação do poder geral de cautela, deve ser:

a) fundado;

b) relacionado a um dano “próximo”; e

c) que seja “grave” e de “difícil reparação”.

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, da solução definitiva ou de mérito.<sup>(12)</sup>

Por fim, o dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas idéias se interpenetram e se completam, posto que, para se ter como realmente grave uma lesão jurídica, é preciso que seja irreparável sua consequência, ou pelo menos de difícil reparação.

Essa irreparabilidade, ou problemática reparabilidade, pode ser aferida tanto do ponto de vista “objetivo” como do “subjetivo”. No primeiro caso, é considerar-se irreparável ou dificilmente reparável o dano que não permita, por sua natureza nem a reparação específica nem a do respectivo equivalente (indenização).

Do ponto de vista subjetivo, é de admitir-se como irreparável ou dificilmente reparável o dano quando o responsável pela restauração não tenha condições econômicas para efetua-la.<sup>(13)</sup>

Por outro lado, deve-se ter como “grave” todo o dano que, uma vez ocorrido, irá importar supressão total, ou inutilização, senão total, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera venha a prevalecer na solução da lide pendente de julgamento ou composição no processo principal.<sup>(14)</sup>

É bom lembrar que nas disputas de *coisa certa*, não tem o devedor a faculdade de substituí-la pela indenização equivalente. Logo, se há risco de desaparecimento ou inutilização do *bem devido*, a capacidade do litigante de indenizar o prejuízo do interessado não exclui a “gravidade” do dano temido.

É sempre atual a sábia lição de Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.<sup>(15)</sup>

## 9. Formas e conteúdos das medidas atípicas

Dispõe o art. 799 do CPC que, no exercício do poder geral de cautela, “poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

Essa enumeração tem sido interpretada, pela doutrina, como meramente exemplificativa, sem caráter exaustivo,<sup>(16)</sup> já que qualquer que seja a situação de perigo que venha a defrontar o interesse da parte, enquanto não solucionado o processo principal, é de ser provisoriamente coibida através de medidas adequadas, criadas e aperfeiçoadas dentro do poder geral de cautela.

Aliás, não é preciso nem sequer fugir da enumeração de lei para admitir o amplo e irrestrito poder geral de cautela que se atribui ao juiz. É que dentro da enumeração genérica utilizada pelo legislador, em expressões elásticas como “autorizar” ou “vedar a prática de determinados atos”, cabe, sem dúvida, uma quase infindável sequência de medidas.

Qualquer, porém, que seja a medida atípica, apresentar-se-á sempre como uma “ordem”, um “comando”, ou uma “injunção” imposta pelo órgão judicial a uma das partes em conflito.

Essas ordens podem ser de caráter ou conteúdo “positivo” (ordens de fazer), ou “negativo” (ordens de não-fazer), e terão como destinatário a pessoa que com sua ação ou omissão ameaça restringir ou suprimir o interesse substancial do promovente, interesse esse que, teoricamente, está protegido pelo direito.<sup>(17)</sup>

É certo que a ordem de não-fazer é sempre destinada ao adversário do promovente da medida cautelar. Já a ordem positiva tanto pode dirigir-se a um como outro dos interessados, posto que, muitas vezes, o ato a praticar é do interesse do requerente, o qual se vale da ação cautelar inominada apenas para obter a autorização necessária. Nessa hipótese, o comando positivo que franqueia o *facere* ao promovente corresponde, naturalmente, a um preceito contrário em relação ao promovido, qual seja, o de abster-se de impedir o promovente de realizar o ato que o juiz permitiu, dentro do exercício do poder geral de cautela.

## 10. Limitações do poder cautelar

As medidas típicas acham-se limitadas pela regulamentação legal de cada uma delas, onde são enunciados seus requisitos e detalhes procedimentais.

Quanto ao poder geral de cautela, embora as medidas não tenham sido enunciadas em pormenores pela lei, traçou esta pressupostos genéricos a delimitar a atuação do magistrado, de sorte que se pode dizer que se trata de um poder amplo, geral, mas nem por isso ilimitado ou arbitrário.

Jurisprudência e doutrina estão, em face do sistema normativo vigente, acordes em que as medidas atípicas, a exemplo do que se passa com as medidas típicas em geral, se sujeita, entre outros, a dois *limites fundamentais*, a saber:

a) o da *necessidade*; e

b) o da *provisoriedade*.

Por necessária, entende-se a providência indispensável para cumprir a função de reprimir o perigo de dano a que se acha exposto o direito eventual do litigante antes do julgamento da causa de mérito.<sup>(18)</sup>

Em torno da “necessidade”, ensina Calvosa que a situação substancial, para justificar a medida atípica, deve ser, por sua natureza, suscetível de modificações no tempo e que tais modificações possam acarretar prejuízo grave. Fora daí, a medida preventiva fica *sem ambiente adequado* sobre que possa influir. A decisão de mérito, por si só, será capaz de compor satisfatoriamente a lide, sem necessidade de proteção ou auxílio da tutela cautelar.<sup>(19)</sup>

Quanto à natureza “provisória” da medida cautelar, essa característica se opõe à natureza “satisfativa” que é própria do processo principal.

Sobre essa matéria, ressalta Lopes da Costa que a medida cautelar “não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória”.<sup>(20)</sup>

As injunções, positivas ou negativas, que se emitem no exercício do poder geral de cautela têm como finalidade natural e necessária apenas a “conservação do estado de fato e de direito” a que se vinculam os interesses que se vão defender no processo principal.<sup>(21)</sup> Não podem essas medidas, portanto, assumir feição “satisfativa”, pois seu escopo não é mais do que “garantir” a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional de mérito, esta sim de natureza satisfativa, no que diz respeito ao direito substancial da parte.

Precisamente porque têm caráter apenas “conservativo”, as medidas atípicas não deverão ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. Com elas, lembram Rocco e Calvosa, não se obtém uma antecipação da decisão de mérito nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do promovente.<sup>(22)</sup> Tão-somente se conservam bens ou valores necessários ao bom desempenho do processo principal. Jamais se defere, prematuramente, o próprio direito material pleiteado em juízo.

Moniz Aragão, escrevendo recentemente sobre o tema, adverte que a regra não tem a extensão que a doutrina tradicional lhe empresta. Lembra que, entre as próprias medidas típicas, o legislador prevê os alimentos provisionais que são de caráter satisfativo, o mesmo ocorrendo com as medidas liminares do mandado de segurança. Acaba, por isso, admitindo que, em muitos casos, a medida cautelar possa assumir, em fase das peculiaridades do litígio, o caráter de uma “condenação provisória”, tal como se passa na Alemanha, na França e na Inglaterra. Com isso, e a exemplo do que ocorre nos interditos possessórios, se conseguirá uma antecipação de providências executivas que remediaria em boa parte a excessiva demora dos processos judiciais.<sup>(23)</sup>

No entanto, o próprio Moniz Aragão ressalta que uma medida antecipatória só teria cabimento quando não houvesse “contestação séria” ao direito do autor, o que faz antever sua vitória, desde logo, no processo principal, e desde que seja possível “garantir suficientemente o outro litigante para a hipótese de ocorrer o inverso”, ou seja, a hipótese de a vitória de mérito tocar ao réu da ação cautelar.<sup>(24)</sup>

Duas observações, em face da lição do processualista paranaense, se impõem:

Em primeiro lugar, as medidas típicas de caráter satisfativo, como o solitário exemplo da pensão alimentícia provisória, representam excepcionalidade tão grande que jamais poderiam diminuir a regra geral do caráter não-satisfativo da tutela cautelar. Somente a lei pode criar medida dessa natureza e nada há que, no processo cautelar, abra semelhante poder ao juiz, na lacuna da lei.

É relevante destacar que a própria lei considerou tão excepcional os alimentos provisionais que só os admitiu antecipadamente nos casos de prova pré-constituída da relação justificadora da prestação (isto é, ação de alimentos e ação de separação judicial, que se fundam sempre em prova documental do vínculo de parentesco ou conjugal).

Para as ações investigatórias de paternidade não há alimentos provisionais a não ser depois da sentença que reconhece a paternidade (Lei nº 883/49, art. 5º). O exemplo, portanto, da única medida cautelar satisfativa legalmente permitida prova demais, porque corrobora a preocupação do legislador de não franqueá-la sempre, mas apenas em caráter de total excepcionalidade.

Em segundo lugar, as medidas liminares do mandado de segurança e das ações possessórias não são tecnicamente medidas cautelares, mas medidas de antecipação da condenação final, tomadas pelo juiz diante de hipóteses em que a lei permite, de forma expressa e excepcional, um julgamento prévio e provisório da própria lide travada entre as partes. São decisões *satisfativas* e não *preventivas*, portanto, muito embora sem o traço de definitividade.

O certo é que, fora dos casos excepcionais abertos por lei, uma autorização para que o juiz pudesse antecipar a tutela satisfativa, dentro apenas do poder geral de cautela, geraria o perigo constante de arbitrariedade num terreno naturalmente movediço e incontrolável.

É, aliás, o mesmo Moniz Aragão que, depois de acenar para a possibilidade de medidas do poder geral de cautela antecipatória da condenação de mérito, ressalva o perigo que o uso desse poder pode representar.

“Mas é imperioso ressaltar muito marcadamente o perigo que tal prática representa e o cuidado extremo com que o juiz deverá conduzir-se em episódios tais.”<sup>(25)</sup>

Não é, *data venia*, por simples capricho que a doutrina clássica limitou tradicionalmente o poder discricionário do juiz cautelar à criação de medidas não plenamente satisfativas.

A razão de ser dessa restrição está em que ao atribuir caráter satisfativo a medidas provisórias, sem oportunidade adequada de defesa, impostaria quebra do princípio da ampla discussão da causa, que se torna indispensável para assegurar o *devido processo legal* e, conseqüentemente, ofensa à garantia de *isonomia* que deve presidir a tutela jurisdicional *definitiva* ou *satisfativa*.

A prestação jurisdicional não pode *pender* para a defesa desproporcional dos interesses de um dos litigantes enquanto não exaurido todo o percurso do processo principal. Somente ao fim do processo de mérito é que a força da soberania estatal tem legitimidade de atuar na defesa e satisfação do direito subjetivo de uma parte contra a outra.

Medida satisfativa que fosse conferida a uma das partes antes da ampla defesa da outra importaria quebra do *contraditório* e, por isso mesmo, quebra do tratamento *igualitário* e *imparcial* que o Estado deve aos litigantes enquanto pende o processo. Só a necessidade de preservar a *utilidade* e *eficácia* do próprio processo, por isso, justifica medida *provisória*, que, entretanto, não atinja a satisfação precoce de um direito da parte ainda não definido.

A jurisprudência segue o mesmo rumo da doutrina, na apreciação do caráter não-satisfativo das medidas cautelares:

“O juiz só pode determinar medidas provisórias, com base no art. 798 do CPC, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, mas *terão que ser medidas cautelares e não medidas de caráter satisfativo*.”<sup>(26)</sup> “É vedado ao juiz a *quo* decidir no processo cautelar o que só poderá ser discutido, equacionado e resolvido na ação principal.”<sup>(27)</sup> “A pretensão de forçar a Municipalidade a cumprir o contrato celebrado refoge ao âmbito da medida cautelar, cuja finalidade é apenas evitar dano irreparável escorado em fumaça do bom direito, até que por via própria seja decidida a pendência existente de fato ou já em juízo.”<sup>(28)</sup>

Segundo a Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II). Portanto, quando uma decisão cautelar impõe prestações fora dos limites da lei, o que, na realidade, está sendo violado é uma das garantias fundamentais do homem no Estado de Direito. É o devido processo legal que está sendo desprezado em detrimento do princípio da liberdade individual, que ao Estado cumpre definir e especialmente, ao Poder Judiciário cumpre tutelar de maneira efetiva e concreta.

É preciso, acima de tudo, harmonizar o poder cautelar com as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Se é verdade que nenhum conflito jurídico pode ser sonegado à apreciação do Judiciário, e que a toda vítima de lesão jurídica corresponde o direito à proteção jurisdicional, não menos verdadeiro é que, ao impor qualquer constrangimento ou limitação a alguém, o juiz tem de cumprir a garantia básica da legalidade, ou seja, tem de observar o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Princípio esse que se alia ao da isonomia, que também limita a atuação do Poder Judiciário, de modo a não permitir que sua força seja posta, indevidamente, à disposição de um litigante contra o outro.

Disso decorre - conforme destaca o Professor Botelho de Mesquita - “que a imposição a alguém do dever de fazer ou deixar de fazer alguma coisa só pode ser feita pelo Poder Judiciário, se reconhecer a existência da obrigação mediante um juízo de legalidade (e não mera oportunidade ou conveniência)” (“Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias”, in *RBDP*, 56/44).

Eis o *ponto nodal* do problema: a tutela cautelar não é remédio para assegurar a qualquer preço a eficácia do processo principal, ignorando liberdades e franquias pela Constituição.

Restrições a esses predicamentos fundamentais só se justificam na exata medida de necessidade de afastar um perigo que represente a ameaça de total inutilização do processo principal para, a seu tempo, realizar o direito subjetivo do litigante amparado pelo *fumus boni iuris*. Não é, evidentemente, pela antecipada satisfação do possível direito da parte, mas apenas pelo afastamento do perigo que se realiza a missão jurisdicional em campo de cautela ou prevenção.

## 11. O procedimento da ação cautelar atípica

Reportando-se à lição de Satta, ensina Calvosa que todo provimento cautelar é expressão do exercício de uma “ação cautelar” autônoma, entendida esta como o poder instrumental (direito subjetivo) de provar um provimento jurisdicional, apto a criar uma situação de garantia, para assegurar uma hipotética situação jurídica contra o perigo de dano iminente.

Daí por que, sem embargo de estar coordenada a ação de mérito, a ação cautelar inominada é sempre uma ação distinta e autônoma.<sup>(29)</sup> Vale dizer que, não obstante sua natureza eminentemente instrumental, a ação atípica de prevenção “tem – como afirma Rocco - individualidade própria frente à causa de mérito”.<sup>(30)</sup> É que o método, os meios e os objetivos da ação cautelar são próprios e distintos daqueles divisados na ação principal.



Por isso mesmo, não se requer medida cautelar atípica em simples petição avulsa no bojo de processo principal nem tampouco como simples tópico de petição inicial da ação de mérito.

O rito especial e sumário da ação cautelar é inacumulável com o da ação principal. Aquela aspira à celeridade, contentando-se com notícia sumária e superficial dos fatos autorizadores da medida preventiva; esta anseia pela livre busca da verdade real, em procedimento de pleno contraditório e ampla e irrestrita defesa.

O procedimento da ação cautelar, embora não possa fugir do sistema do contraditório, é restrito apenas à necessidade ou não da medida de garantia, em caráter provisional.

Na verdade, porém, todas as fases lógicas do procedimento judicial terão de ser observadas. Isto é, o processo há de iniciar por petição inicial do promovente (CPC, art. 801), seguida de citação do promovido (*idem*, art. 802), com oportunidade de contestação, instrução probatória e encerramento necessário por sentença (*idem*, art. 803).

Há, como se vê, tal como ocorre no processo de mérito, as fases de postulação, de saneamento, de instrução e de decisão.

As medidas atípicas, portanto, não surgem avulsamente no curso do processo principal, ou antes de sua propositura. Todo procedimento cautelar, como ensina Rocco, tem um início, um desenvolvimento e um fim.<sup>(31)</sup> Configura, de tal arte, um processo gerado, em concreto, pelo exercício do direito de ação por parte de quem tem o poder de provar o órgão judicial a fazer atuar a jurisdição.<sup>(32)</sup>

## 12. Conclusão

Com as previsões dos arts. 798 e 799, o novo CPC realçou e assentou, em bases sólidas, o poder genérico de realizar a tutela cautelar em favor de qualquer direito ou interesse litigioso em risco de dano antes da solução do processo principal.

Com isso, nosso direito positivo se atualizou e aproximou das grandes e modernas legislações européias, como a inglesa, a alemã, a austríaca e a italiana.

Confiou-se, assim, às mãos do Judiciário um grande poder discricionário, para completar a lei e realizar a tutela de prevenção, sem restrições prévias ao tipo de providência a tomar na defesa dos direitos em risco.

“Não é sem motivo - anota Galeno Lacerda - que se considere tal atribuição como a mais importante e delicada de quantas confiadas à magistratura. Ela exige do juiz, chamado a resolver as mais graves e imprevistas dificuldades, uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que lhe solicite”, como observa Curret.<sup>(33)</sup>

Mas, por mais difícil e delicada que se mostre a tarefa de realizar a tutela cautelar geral nenhuma outra conquista na área do processo civil moderno se mostra, no momento, tão irreversível e tão indispensável à inteireza da função jurisdicional de realizar a mais completa e mais justa composição dos litígios.

## IV - TUTELA ANTECIPADA

**Sumário:** 1. Intróito. 2. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro e a antecipação de tutela. 3. Justificação da tutela antecipada. 4. Conceito de tutela antecipada. 5. Compatibilização da tutela antecipada com os direitos fundamentais. 6. Casos de antecipação de tutela. 7. Extensão. 8. Pressupostos. 9. Outros pressupostos. 10. Momento ou oportunidade. 11. Provisoriedade. 12. Reversibilidade. 13. Pessoas jurídicas de direito público. 14. Tutela cautelar e tutela antecipada. 15. O abuso do direito de defesa como elemento diferenciador entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. 16. Conclusões.

### 1. Intróito

Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação de tutela” (Lei nº 8.952, de 13.12.94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora (cf. Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Padova, 1936, p. 55 e segs.).

De início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação, construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito.



Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, *providências de mérito*, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da “denegação de justiça”, sem embargo da vitória serodidamente alcançada no pretório.

Analisando o tema, observa-se Frederico Carpi:

“A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos *não é efetiva se não é obtível rapidamente*” (*La Tutela d' Urgenza fra Cautela, “Sentenza anticipata” e Giudizio di Mérito, Relazione in XV Convegno Nazionale*, Bari, 1985, p. 4).

Por outro lado, passou-se a exigir uma ampliação, não só de conteúdo das medidas provisórias e urgentes, mas também de seu acesso, franqueando-o a todo e qualquer litigante, para se evitar situações de privilégios e discriminações.

Como não se admitia mais excluir a tutela provisória do âmbito do processo civil, não mais se podia também restringi-la apenas a uns poucos casos especificados ou reservá-la para determinados litigantes, já que isto acabaria por gerar novas formas de tutela privilegiada e sumária, com resultados evidentemente lastimáveis, como advertia Giuseppe Tarzia (“*Considerazioni conclusive*”, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, ps. 312-313).

Evoluiu-se, então, em todo direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para *conservar* como para *regular* a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a *regulação provisória* da lide fosse de tal modo a impedir reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso:

“Il punto essenziale, a meo avviso, è che il regolamento provvisorio non ostacola il regolamento definitivo, che sarà dato dal giudice del merito” (Tarzia, ob. cit., p. 315).

Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava “*regolamento provvisorio*” do litígio, Tarzia dá seu testemunho de que a idéia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus:

“In Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto di vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria” (ob. cit., p. 315).

Mesmo na França, onde inexistia regulamentação geral do poder de cautela e de medidas provisórias, como no direito alemão e no italiano, a possibilidade de antecipação de tutela foi também acolhida, sob a justificativa de existirem questões de mérito cujo retardamento de solução se revela insuportável. Eis como se passou, na França, a evolução da tutela provisória:

“Au siècle dernier, elle avait surtout pour rôle d’assurer la conservation des biens litigieux ou d’aménager temporairement une situation contentieuse en attendant le jugement définitif. De nos jours, ce rôle premier n’a pas disparu. Mais une autre fonction s’est développée, qui gagne en importance et qui consiste moins en une mission de sauvegarde qu’en une *anticipation sur la décision définitive*. Avec la mesure provisoire on cherche à gagner du temps et à répondre aux besoins le plus impérieux en devançant éventuellement le jugement (ou l’arrêt) que, plus tard rendra le tribunal (ou la cour)” (Roger Perrot, *Les Mesures Provisoires en Droit Français*, in Tarzia, ob. cit. p. 153).

Dentro do quadro evolutivo, o direito francês moderno, segundo a doutrina e a jurisprudência, conhece três modalidades de *medidas provisórias*:

a) “*mesures d’attente*” (modalidade *clássica* da tutela cautelar), por meio das quais se busca resguardar a situação litigiosa do perigo de dano, mas sem avançar no rumo de qualquer julgamento sobre o mérito (arresto, seqüestro, produção antecipada de prova, depósito de bens etc.);

b) “*mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*” (modalidade moderna de “tutela antecipada”), que produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante;

c) “*mesures provisoires qui anticipent sur l’exécution*” (modalidade moderna, também, de “tutela antecipada”), que permitem ao juiz, antes do trânsito em julgado, autorizar a provisória execução da sentença, ainda pendente de recurso, sempre que considerem-na necessária (Roger Perrot, ob. cit., ps. 154 e 172).

O direito alemão, da mesma forma, agregou às tradicionais medidas cautelares (puramente *preventivas*) outras que correspondem ao poder que se reconhece ao juiz de assegurar a paz entre os litigantes (ZPO, § 940º). Com isso, obtém-se, no plano material, um regulamento provisório determinado pelo julgador para o comportamento das partes em torno do bem litigioso, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide.

No âmbito dessa atividade de antecipação da composição da lide, o direito tedesco autoriza até mesmo a “condenação provisória” (*befriedigungsveftigung*), para evitar que o direito subjetivo da parte se torne *nudum jus*, pela espera do ganho de causa na sentença de mérito, para só depois ser exercido. Com essa “condenação provisória”, a lei germânica quer contribuir para a manutenção da paz jurídica (Walter J. Habscheid, *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile: Droits Allemand et Suisse*, in Giuseppe Tarzia, ob. cit., p. 46).

Da mesma forma, o direito suíço admite medidas provisórias equivalentes às do direito alemão, ou seja:

a) as que visam a garantir o sucesso de uma execução forçada posterior, e que se enquadram no campo das medidas cautelares tradicionais; e

b) as que procuram manter a “paz jurídica”, compondo provisoriamente a situação jurídica a ser solucionada, de maneira definitiva, na sentença final (Habscheid, ob. cit., p. 51).

Destarte, os sistemas vigentes na Alemanha e na Suíça permitem uma antecipação de tutela de mérito, “em quase todos os casos em que esta seja necessária e desejável” (Habscheid, ob. cit., p. 53).

## **2. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro e a antecipação de tutela**

Foi à luz desse quadro já bem delineado no direito europeu que se promoveu, nos dois últimos anos, uma reforma no Código de Processo Civil brasileiro, onde um dos pontos altos foi, sem dúvida, a introdução, mediante novo texto dado ao art. 273, do instituto da “antecipação de tutela”.

Como destaca Kazuo Watanabe, um dos membros da Comissão que promoveu a revisão do Código e um dos mais ardorosos defensores da ampliação dos mecanismos de provisória e imediata tutela aos direitos subjetivos, toda recente remodelação de nosso ordenamento jurídico formal parte de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à Justiça, previsto em nossa Carta Magna como garantia fundamental.

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução” (Kazuo Watanabe, “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer – arts. 273 e 461 do CPC”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 20).

Embora seja evidente que os problemas da deficiente prestação jurisdicional não se restringem apenas ao aspecto da legislação processual, pois são notórias as dificuldades localizadas no terreno dos serviços judiciários, do recrutamento dos juízes e seus auxiliares e de seu adestramento para bem desempenhar a difícil missão de fazer justiça, é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e os anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo, conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.

Dentro dessa perspectiva de estimular as responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela “efetividade” e “tempestividade da tutela”, foi que a Lei nº 8.952/94 concebeu “a antecipação de tutela”.

Como bem ponderou Kazuo Watanabe, a inovação em causa não representou uma simples alteração procedimental que pudesse agilizar o processo. Houve, na verdade, “inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz” (ob. cit., p. 21).

Com efeito, o que se autorizou ao juiz foi o uso de expedientes executivos, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento e antes também de proferir a própria sentença de mérito.

Está, destarte, credenciado o juiz a executar provisoriamente uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias da causa o autorizam a prevê-la.

## **3. Justificação da tutela antecipada**

Historicamente, o processo plasmado sobre as raízes romanísticas somente concebia a execução posterior à sentença definitiva, de maneira a resguardar o suposto devedor de qualquer intromissão em seu patrimônio, enquanto não se julgasse exaustivamente a controvérsia instalada entre ele e o pretenso credor.

Daí a exigência da lei de que se observassem dois processos distintos: um necessário ao accertamento de direito subjetivo da parte, e outro, posterior, destinado à realização coativa do mesmo direito subjetivo da parte, caso persistisse a recalcitrância do devedor em se submeter à pretensão já líquida e certa do credor vitorioso na demanda cognitiva.

Embora assentada tal dicotomia sobre princípios lógico-formais sólidos, o certo é que o longo trajeto a ser percorrido pelo credor até conseguir a satisfação de seu direito se transformava, quase sempre, num prêmio para o réu inadimplente e num castigo injustificável para o autor. Aquele era contemplado por longa suspensão do dever de cumprir a obrigação violada, e este, não obstante a evidência muitas vezes de seu direito, não tinha outro caminho a trilhar senão o de esperar tempo longo e, às vezes, intolerável, para encontrar a respectiva satisfação.

Para obviar esse tipo de “injustiça”, o direito processual brasileiro, aos poucos, foi introduzindo no processo de conhecimento alguns mecanismos de “antecipação de tutela”, mas sempre como medida excepcional e restrita a procedimentos especiais, onde a “cognição sumária” autorizaria o juiz a deferir “liminares”, conforme o estado do processo e o grau de convencimento gerado pelos elementos probatórios já disponíveis. Assim se passava com as ações possessórias, com a nunciação de obra nova, com os embargos de terceiro, com o mandado de segurança, com a ação popular, com a desapropriação, com a ação civil pública, com a ação direta de inconstitucionalidade, com as ações locatícias, entre outras.

Como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional, como um todo, se tornava alvo do descrédito e da censura generalizada, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica da sociedade.

Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa. Havia, porém, dificuldades de ordem técnica, visto que a concepção da tutela cautelar não havia sido elaborada para tal fim. Múltiplas foram as controvérsias e quase sempre se considerava abusiva a prática de generalizar as cautelares para obter, de plano, satisfação do direito subjetivo da parte, mormente porque não havia, nem na lei, nem na doutrina, uma disciplina que desse apoio e segurança ao desvio do poder geral de cautela para cumprir a missão nova que se lhe atribuía.

Coube à Lei nº 8.952, de 13.12.94, a tarefa de construir a sistemática ampla e bem-estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa, já então encarada como uma das exigências do devido processo legal, em sua visão mais dinâmica e atual de pleno acesso à Justiça, com a carga máxima de efetividade da prestação jurisdicional.

#### **4. Conceito de tutela antecipada**

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito.

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao *pedido*, no todo ou em parte.

Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.

Justifica-se a antecipação de tutela pelo *princípio da necessidade*, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a *efetividade* da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.

Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, desde logo, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir.

Isso, porém, não faz com que a antecipação de tutela seja um incidente só admissível na ação condenatória. Aqui se cogita de execução no sentido mais lato do termo e não no específico de título judicial executivo, em sentido estrito. Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado, ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor, que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se,

provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada.

Dessa maneira, é a antecipação de tutela a liminar que no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. É, ainda, medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel, *in limine*, nas ações revisionais, ou a indenização nas ações desapropriatórias.

As mais variadas ações, portanto, admitem liminares de natureza antecipatória, tanto em caráter *positivo*, permitindo ao autor verdadeira execução provisória de seu direito contra o réu, como também em caráter *negativo*, sujeitando este às vedações e proibições, diante da situação jurídica provisoriamente reconhecida àquele (cf. Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, ps. 158-159).

## 5. Compatibilização da tutela antecipada com os direitos fundamentais

À primeira vista, tem-se a noção de ser a tutela antecipada uma providência inconciliável com a garantia do devido processo legal e, especificamente, com a garantia do contraditório e ampla defesa, todas merecedoras de solene consagração entre os direitos fundamentais declarados pela Constituição.

Acontece, todavia, que as múltiplas garantias fundamentais nem sempre são absolutas e, muito freqüentemente, entram em atrito umas com as outras, reclamando do aplicador um trabalho de harmonização ou compatibilização, para definir, na área de aparente conflito, qual o princípio a prevalecer.

Ao legislar ordinariamente, o Estado procura justamente cumprir a missão prática de superar as *colisões de princípios*, elegendo em determinadas situações da vida a garantia constitucional a ser valorizada para predominar.

O ideal é, sem dúvida, que todos os princípios constitucionais prevaleçam plenamente, sem restrição alguma. Mas, como tal não se revela possível, dentro mesmo do complexo das normas da Carta Magna, resta lançar mão de princípios exegéticos como o da *necessidade* e o da *proporcionalidade*.

Pelo princípio da *necessidade*, somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da *proporcionalidade*, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete, a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar (Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Ed. Almedina, 1992, ps. 628 e 630; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 344 e segs.).

No caso da tutela antecipada, estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios, ou seja, o da *efetividade da tutela jurisdicional* e o da *segurança jurídica*.

Quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que, na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira a que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, nessa ordem de idéias, tem de apresentar-se como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o *processo justo*, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela.

A demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo.

Sob outro ângulo, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Muitas vezes, porém, entre a necessidade de *efetiva tutela* ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto, se se tem de aguardar todo o longo *iter* da ampla defesa, a tutela que a final vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial.

Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da *efetividade da jurisdição* e o da *segurança jurídica* – e não fazer com que um simplesmente anule o outro.

É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem a merece.

Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.

Assim, para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz logo, porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide.

“Aqui” – lembra Calmon de Passos – “dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro” (“Da Antecipação da Tutela”, in Sálvio de Figueiredo, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 189).

Assim, o que se faz, para harmonizar os dois princípios fundamentais, é apenas uma inversão da sequência cronológica de aplicação de seus mandamentos.

O juiz, porém, deve cuidar para que esta inversão não se torne regra geral, pois, dentro da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório, a garantia normal é a de que a agressão patrimonial do Estado sobre a esfera jurídica da parte vencida somente ocorra depois de percorrida a trajetória do procedimento, com ampla discussão e defesa, e, por conseguinte, após a formação da coisa julgada.

Mas, se se torna *necessária* a inversão da sequência para evitar que o titular do direito subjetivo se veja sonegado do acesso a uma tutela justa e efetiva da jurisdição, é claro que se pode e deve agir dentro dos moldes do já anunciado poder de tutela antecipada, previsto no art. 273 do CPC.

É dentro desse esquema, portanto, que se harmonizam os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais na ordem constitucional vigente.

## 6. Casos de antecipação de tutela

Diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica contido na garantia do *contraditório* e da *ampla defesa* (CF, art. 5º, inc. LV), a antecipação de tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da *efetividade* da jurisdição.

Daí ter o legislador ordinário, no art. 273 do CPC, procurado definir quando se considera em desprestígio o direito fundamental à justa e efetiva tutela jurisdicional. E o fez apontando duas situações excepcionais em que não se poderia, razoavelmente, exigir da parte que aguardasse a longa marcha normal do procedimento. São elas:

- a) quando estiver configurado “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou
- b) quando estiver evidenciado o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, incisos I e II).

No primeiro caso, a *injustiça* que se visa a coibir decorre da inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional. No segundo, a injustiça está na demora em coibir o flagrante atentado ao direito subjetivo da parte que tem razão, cometido por quem usa da resistência processual apenas por espírito de emulação ou abuso de defesa.

As duas situações têm configurações próprias e não são cumulativas. Qualquer delas é suficiente para justificar a antecipação de tutela, dentro da sistemática do art. 273 do CPC.

## 7. Extensão

Permite a lei a antecipação *total* ou *parcial*. Vale dizer: a medida antecipada pode corresponder à satisfação integral do *pedido* ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito.

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato *discrecionário* do juiz. Este estará sempre vinculado ao *princípio da necessidade*, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da *segurança jurídica*), nos exatos limites do que for necessário à *efetividade* da tutela jurisdicional. Apenas, portanto, quando houver comprovado risco de inutilização da prestação esperada pela parte é que será cabível a inversão da sequência natural e lógica entre os atos de debate, acerto e execução.

Se, por exemplo, estiverem cumulados vários pedidos e apenas o atendimento de um deles se encontrar sob risco de dano, não se poderá, por liberalidade, estender a antecipação de tutela a todos eles. O poder antecipatório terá de ser exercitado apenas em relação ao pedido que suporta o perigo de frustração (Teori Albino Zavascky, ob. cit., ps. 151-152).

Justamente porque não se trata de mero poder discrecionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre *fundamentada*, cabendo-lhe enunciar, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (CPC, art. 273, § 1º).

Ao traçar os requisitos da tutela antecipada e ao exigir do juiz que aprecie, em decisão fundamentada, “de modo claro e preciso”, o legislador não só revelou o caráter excepcional da medida como impôs rigor e cautela no seu emprego. Incumbirá ao juiz cumprir o encargo que lhe atribuiu o art. 273, § 1º, do CPC, “de modo objetivo, isto é, deve a decisão expor os fatos que acenem para a plausibilidade do direito e para a probabilidade da ocorrência de dano de, ao menos, difícil reparação, ou, se for o caso, deve-a mencionar de que modo se revela o abuso de direito ou o propósito procrastinatório por parte do réu. Não basta mencionar a decisão em que é manifesto o propósito procrastinatório ou aquele abuso por parte do demandado; mas será imprescindível dizer que sua recalcitrância se revela por tal ou qual atitude. Enfim, deverá a decisão mencionar porque, nas circunstâncias, a antecipação da tutela não se mostra irreversível, para ser deferido provimento antecipatório. Ou, para ser negado, deverá ser esclarecido em que medida mostra-se presente o *periculum in mora inversum*” (J. E. S. Frias, *Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública*, Ed. RT, v. 728, p. 66).

Qualquer modalidade de pedido pode ser objeto de tutela antecipada, isto é, tanto as relativas a obrigações de dar, como as de fazer e não-fazer. Com relação às duas últimas, caberá tanto a imposição de prestações principais, positivas ou negativas, como a aplicação de meios sub-rogatórios, a exemplo das multas ou “astreintes” (CPC, [art. 461, § 3º](#)).

## 8. Pressupostos

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. [273, caput](#), do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) “prova inequívoca”; e
- b) “verossimilhança da alegação”.

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

De outro lado, antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC. É que, mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e terá de aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada (Watanabe, ob. cit., p. 38).

Já o que se procura alcançar com a tutela antecipada do art. 273 é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito da parte. Antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito.

Dessa forma, ainda que se mostre cabível o julgamento de mérito previsto no art. [330](#) do CPC, mesmo assim poderá haver interesse da parte na obtenção de liminar dentro dos moldes do art. [273](#) do mesmo Código.

Quanto à “verossimilhança da alegação”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam *relevantes* e apoiados em prova *idônea*. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade, são apreciáveis fatos dessa espécie. Mas a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a *verossimilhança* a seu respeito, a qual somente se configurará quando a *prova* apontar para “uma probabilidade muito grande” de que sejam verdadeiras as alegações do litigante (Carreira Alvim, *CPC Reformado*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 145; J. E. S. Frias, ob. cit., p. 65; Cândido Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, p. 143).

## 9. Outros pressupostos

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. [273](#) do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:



a) “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inc. I); ou

b) “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inc. II).

*Receio fundado* é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

O *abuso do direito de defesa* ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial, pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela (J. E. S. Frias, ob. cit., p. 66). Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do “manifesto propósito protelatório do réu” (Teori Albino Zavascky, ob. cit., ps. 153-154).

## 10. Momento ou oportunidade

A lei não prefixou, rigidamente, o momento adequado para a antecipação de tutela. Nada impede, portanto, que seja postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menor urgência.

A posição de Calmon de Passos de que a tutela prevista no art. 273 do CPC, por depender de prova inequívoca, somente deferível após o encerramento da fase de postulação, com a conclusão do estágio de resposta do réu, e depois de cumpridas eventuais medidas de regularização do processo (*Da Antecipação da Tutela*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. cit., p. 193), não corresponde aos objetivos visados pelo legislador, nem foi acolhida pela corrente doutrinária predominante.

Com efeito, a providência de que se cuida pertence ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas, de longa data, em nosso processo civil, e que sempre admitiram deferimento *in limine litis*. O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei.

O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória. Não se deve, entretanto, generalizar a prática de liminares *inaudita altera parte*. Se não houver extrema urgência na medida antecipatória, o normal será a prévia audiência da parte contrária, preservando-se assim a sistemática salutar do contraditório. Só quando, pois, a oitiva do adversário se apresentar com força de frustrar irremediavelmente a providência de antecipação, é que, em princípio, o juiz a decretará de plano.

Mesmo após a sentença e na pendência de recurso, será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.

Questão interessante é aquela em que o juiz de 1º grau, ou o Tribunal, se convence da necessidade de tutela antecipada no momento de proferir a decisão final de mérito. A meu ver, nada impede que seja aberto na sentença um capítulo especial para a medida do art. 273 do CPC. Se o juiz pode fazê-lo de início e em qualquer fase do processo anterior ao encerramento da instrução processual, nada impede a tomada de tal deliberação depois que toda a verdade real se esclareceu em pesquisa probatória exauriente. *In casu*, a deliberação tem a finalidade de tornar imediatamente exequível a providência, de sorte a dispensar a parte de ter de aguardar o trânsito em julgado para usar a execução forçada, e de maneira a permitir que a ordem antecipatória seja de pronto implementada. Mesmo que a apelação interponível tenha efeito suspensivo, este não atingirá a antecipação de tutela. É bom lembrar que o princípio da unirecorribilidade das decisões judiciais não impõe sejam seus capítulos subordinados a um só efeito recursal. O recurso será único mas a eficácia suspensiva pode, perfeitamente, ficar limitada a um ou outro capítulo da sentença (Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998, v. V, nº 260, pp. 467/568).

No caso de julgamento simultâneo, uma só decisão de ação principal e ação cautelar, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosamaria Nery é no sentido de que a apelação que impugnar a sentença relativamente a ambas as ações deve ser recebidas: a) no efeito apenas devolutivo, quanto à parte que impugnar a cautelar; b) nos efeitos legais quanto à parte que impugnar a ação principal, que podem ser duplos (suspensivo e devolutivo) (*Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 520).

## 11. Provisoriedade

A lei sujeita a antecipação de tutela ao regime das “execuções provisórias” (art. 273, § 3º), revestindo-a do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação, a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).

Desse regime decorrem as seguintes consequências:

- a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;
- b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contracautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente aplicável à tutela antecipada;
- c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência do domínio do bem litigioso, nem levantamento de dinheiro, sem prévia caução (CPC, art. 273, § 3º).

## 12. Reversibilidade

Determina o art. 273 do CPC, em seu § 2º, que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória.

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso a final seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

Ademais, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 273 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do § 2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se portanto, para restaurar o *status quo* se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da antecipação de tutela. É que a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problematicamente ressarcível e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu.

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.

De forma alguma, então, se deve autorizar o uso de faculdade do art. 273 quando a concretização da medida antecipatória represente ruína ou total inviabilização da atividade econômica do demandado, mesmo em se tratando de casos de garantia processual executada em favor do consumidor (TJRS, 17ª Câmara Cível, Ag. 598.501.054, Rel. Des. Henning Júnior, ac. de 30.03.99, *RJTJRS*, 195/261).

Sem embargo da previsão categórica que impõe a reversibilidade como condição indispensável à medida do art. 273 do CPC, forçoso é reconhecer que “casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de *prover* ou *perecer* o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança”. “Em tais casos” – adverte Ovídio A. Baptista da Silva, “se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima” (*A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. cit., p. 142).

É, aliás, o que sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do direito de família, onde o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível.

“O que” – conclui Baptista da Silva –, “em tais casos especialíssimos”, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática” (ob. cit., loc. cit.).

O que, a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a *irreversibilidade* como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionais, justificam sua inobservância.

## 13. Pessoas jurídicas de direito público

Uma vez que a antecipação de tutela não se confunde com a medida cautelar, tem-se entendido que o particular, observado os requisitos do art. 273 do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente advinham da final sentença de mérito, mesmo em face da Fazenda Pública. A Lei nº 8.437/92, ao vedar medida liminar em ação cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto do processo movido contra o Poder Público, não representaria empecilho à antecipação de tutela, justamente por não se



tratar de mera medida cautelar, mas de instituto novo, não alcançado pela restrição da questionada lei de proteção processual à Fazenda Pública.

Não havendo no regime do art. 273 do CPC nada que exclua o Poder Público de sua incidência, correta a conclusão que defende sujeição deste à norma contida naquele dispositivo legal (J. E. S. Frias, ob. cit., n° 44, p. 69).

O certo, porém, é que a execução provisória da medida antecipada, *in casu*, não poderá fugir da sistemática dos precatórios, se se tratar de pagamentos de somas de dinheiro, ainda que as prestações sejam de natureza alimentar, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, vol. 143, p. 289; João Batista Lopes, “O Juiz e a Tutela Antecipada”, *Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina*, jun. 1996, p. 18).

#### 14. Tutela cautelar e tutela antecipada

A instituição da tutela antecipada como simples capítulo da ação de conhecimento, nos moldes do atual art. 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo.

“A tutela antecipatória é *satisfativa*, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de *caráter satisfativo*” (Kazuo Watanabe, ob. cit., p. 38).

À falta de um regime adequado para a antecipação de tutela, muitas vezes os juízes, antes da Lei nº 8.952/95, lançavam mão do poder cautelar para cumprir função satisfatória que não lhe era própria. Com a nova sistemática do art. 273, criou-se um divisor de águas, a separar, com técnica e adequação, as duas funções distintas que tocam os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada.

“De ora em diante” – destaca Teori Albino Zavascky –, “a ação cautelar se destinará exclusivamente às medidas cautelares típicas; as pretensões de antecipação satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento” (ob. cit., p. 164).

Não se poderá ver nisso apenas uma diversidade de rotina procedimental, porque, na realidade, há uma nítida diferença de regime, especialmente, no tocante aos pressupostos de cada uma dessas funções jurisdicionais.

Embora a antecipação seja “desburocratizada”, porque pleiteável por meio de simples petição no bojo da ação de conhecimento, o certo é que os requisitos a serem atendidos pela parte são mais numerosos e mais rígidos do que as medidas cautelares. Assim, por exemplo, a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto, a tutela antecipada somente pode apoiar-se em *prova inequívoca*.

Em princípio, pois, não se pode formular pretensão de antecipar efeitos do julgamento de mérito, em sede de ação cautelar, porquanto isto ensejaria à parte obter a tutela excepcional do art. 273 do CPC, sem se submeter às suas exigências e seus condicionamentos típicos.

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar, com precisão, uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se depara com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

Como critério de ordem prática, o problema da convivência, num mesmo procedimento, da tutela cautelar com a tutela antecipada deve ser resolvido por meio do raciocínio a partir da idéia do maior e do menor, já que ambas pertencem ao gênero comum da tutela de urgência para evitar o perigo de dano na pendência do processo. Assim, o maior (tutela antecipada) pode em regra absorver o menor (tutela cautelar). Na roupagem, porém, do menor, nunca caberá o maior, ou seja, invocando os pressupostos apenas do poder de cautela não se pode alcançar tutela antecipada de mérito.

Nesse sentido é a boa doutrina que adverte: postular medidas satisfativas em caráter antecipatório em ação cautelar, “onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos significará *fraudar o art. 273 do CPC*, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige *verossimilhança* construída sobre *prova inequívoca*” (Teori Albino Zavascki, “Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante”, *Revista de Processo*, vol. 82, p. 56).

Sob a mesma orientação, a jurisprudência tem advertido que “a cautelar não deve servir de panacéia para substituir a antecipação da tutela jurisdicional, sobretudo quando se sabe que até mesmo esse instituto, hoje reclamado pela processualística de ponta, exige pressupostos rígidos e de justificável prudência” (STJ, 4ª T., REsp. 36.118-4/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 28.03.1994, p. 6.327).

Como, todavia, a antecipação de tutela, embora mais rigorosa em seus requisitos, participa do mesmo gênero a que pertencem as medidas cautelares (para Carlos Mário da Silva Velloso, “a tutela antecipada, no fundo, é uma espécie de medida liminar,

assemelhando-se a uma medida cautelar”, *Rev. Jurídica*, 252/5), não se deve repelir sistematicamente a pretensão de medida dessa última espécie apenas porque rotulada, pela parte, de pedido de antecipação de tutela. É que, então, não haverá o inconveniente de submeter providência mais grave a requisitos menos rigorosos. Ao contrário, medida mais singela terá sido processada com sujeição a exigências probatórias maiores do que as obrigatórias.

## 15. O abuso do direito de defesa como elemento diferenciador entre a tutela cautelar e a tutela antecipada

Outro ponto de diferença entre as medidas cautelares e as antecipatórias está na possibilidade de o juiz antecipar a tutela do autor sem a presença do risco de dano imediato e irreparável, baseando-se apenas no “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II).

Esse *abuso do direito de defesa* ocorre quando o réu apresenta resistência a pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresse e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela (J. E. S. Frias, “Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública”, in *RT* 728, p. 66). Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do “manifesto propósito protelatório do réu” (Teori Albino Zavascki, “Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Reforma do Código do Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 153 e 154).

Não há situação análoga quando se trata de medida cautelar, que sempre deverá sujeitar-se ao requisito do perigo de dano grave e de difícil reparação (art. 798).

## 16. Conclusões

Há quem censure o legislador por ter ampliado os poderes do juiz até o ponto de permitir-lhe a antecipação da tutela de mérito, pelo medo de que tais faculdades venham a gerar abusos e arbitrariedades.

A verdade, porém, é que, universalmente, há uma evolução nas leis processuais civis na direção de agilizar a prestação jurisdicional e de contornar as crises dos procedimentos clássicos mediante expedientes expeditos, comprometidos muito mais com a garantia de justiça do que simplesmente com os ritos e sociedades que sempre representaram, na ordem prática, mais embaraço do que incentivo à real tutela aos direitos subjetivos violados ou ameaçados.

O legislador atual tomou conhecimento da dura verdade de que o processo, tal como concebido em seu rito comum ou ordinário, não estava suficientemente aparelhado para enfrentar os problemas de emergência. Assim como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados, sob pena de perecerem e de conduzirem os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo.

Daí lembrar Pajardi que as medidas de tutela provisória, no campo processual, devem ser encaradas da mesma forma com que se cuida, em Medicina, das *cirurgias de urgência*, que não permitem ao médico observar todas as cautelas e precauções de ordinário prescritas para os tratamentos de rotina.

Explica que o paciente em condições *normais* é colocado em observação, por tempo técnico, sob acurada análise e cuidadosa avaliação, inclusive com opção de experiência de eventual alternativa clínico-farmacológica. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de um *estado de emergência*, reclama uma intervenção cirúrgica imediata, sob pena de a futura cirurgia tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente. Há técnicas e cirurgias para pacientes *normais* e técnicas e cirurgias de *urgência*, tal a especificidade deste último tipo de cirurgia.

O mesmo há de passar-se com a tutela jurisdicional: há o processo *normal*, naturalmente lento e demorado, e há o processo de *emergência*, para as situações de urgência. Nos casos de risco de dano iminente e grave, o processo *normal* se apresenta como inútil, porquanto a parte não dispõe de tempo para utilizá-lo, de forma a impedir a consumação do grave prejuízo que se avizinha (Piero Pajardi, *La Ideologia Ispiratrice dei Provvedimenti d’Urgenza in Generale*, in Tarzia, ob. cit., p. 296).

Um juiz privado de preparo técnico e de equilíbrio pode – é verdade –, no uso do poder de criar medidas de urgência, provocar danos incalculáveis e comprometer até mesmo o direito em litígio. Mas isto se obvia por meio de remédios de retificação e de recursos também eficazes e rápidos, e não pela simples eliminação do remédio processual de urgência.

Assim como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas. De resto, destaca o atualizadíssimo doutrinador italiano “a linha de tendência do movimento de reforma do processo civil é acima de tudo favorável à idéia do *processo urgente*” (Pajardi, ob. cit., p. 298). E, como é intuitivo, “não se pode refrear o movimento de progresso que perpassa o processo civil pela ótica paralisante do medo” (*Idem, ibidem*).

## V - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS

**Sumário:** 1. Noção de antecipação de tutela. 2. Requisitos da tutela antecipada. 3. Natureza das providências antecipatórias. 4. A antecipação de tutela e as diversas modalidades de sentença de mérito. 5. Conclusão.

## 1. Noção de antecipação de tutela

A tutela jurisdicional, no processo de conhecimento, se cumpre basicamente, por meio de provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos, que se atingem após a sentença de mérito transitar em julgado.

Como os elementos da situação jurídica litigiosa podem sofrer mutações antes que o processo alcance o provimento jurisdicional definitivo, desde remotas eras se conceberam providências de natureza preventiva para assegurar a eficácia e utilidade da tutela a cargo da Justiça.

Durante muito tempo, essas medidas de natureza preventiva ou cautelar tiveram função instrumental neutra, isto é, defendiam a eficácia do provimento jurisdicional mas não chegavam ao plano da satisfação imediata do direito subjetivo material do litigante.

Sempre existiam, porém, casos de extrema gravidade e relevância em que as leis processuais admitiam, em caráter excepcional, liminares que, provisoriamente, antecipavam soluções de feito satisfativo, como, v. g., nos interditos possessórios.

Reclamavam-se, contudo, diante das modernas concepções de instrumentalidade e efetividade do processo, medidas que representassem atenção maior e tutela mais pronta e imediata ao direito subjetivo sob risco de frustração, pela demora da tutela jurisdicional. Assim, aos poucos a jurisprudência foi, lentamente, ampliando o uso do poder geral de cautela para fazer produzir resultados satisfativos, sempre que o direito material em jogo estivesse sob risco de inutilizar-se caso não executado desde logo. Surgiram, não sem grandes contestações, medidas cautelares satisfativas, por criação pretoriana.

A acirrada controvérsia sobre o tema provocou, de início, uma atividade legislativa no sentido de criar, caso a caso, hipóteses de liminares para um número sempre crescente de ações, mas sempre de natureza especial e sob o signo da excepcionalidade.

Finalmente, adveio a Lei nº 8.952, de 13.12.94, que, dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, introduziu no direito brasileiro em caráter geral a possibilidade da “antecipação de tutela”, como um incidente diverso das medidas cautelares, situado dentro do próprio processo de conhecimento. Segundo a dicção do novo dispositivo do Código, *o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*.

Não se trata, todavia, de uma autorização para o juiz livremente introduzir medidas liminares de mérito em toda e qualquer ação, pois, embora prevista em caráter geral, a antecipação de tutela do novo art. 273 do Código de Processo Civil continua sendo providência de exceção, subordinada a requisitos rigorosamente traçados pela lei. O normal continua sendo a tomada de medidas satisfativas após a coisa julgada. A exceção, isto é, o deferimento de antecipação de providências de tal natureza, somente se tolera para cumprir a meta da efetividade da prestação jurisdicional, quando posta em risco pela iminência de dano grave e de difícil reparação ou de conduta temerária e inaceitável do réu, frente a direito líquido e certo do autor.

## 2. Requisitos da tutela antecipada

O que se prevê no art. 273 (*caput*) é a permissão. Diante de “prova inequívoca” do direito do autor e do convencimento do órgão judicial quanto à “verossimilhança da alegação”, para que se antecipem, no todo ou em parte, “os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

Além desses dados relativos à prova, a lei estabeleceu outros pressupostos positivos e negativos, sem os quais a medida excepcional não se legitimará. Assim, como pressupostos *positivos*, exige-se a ocorrência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I) ou de “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II). Como pressuposto negativo, a exigência legal é a da “reversibilidade”, isto é, não caberá a antecipação da tutela “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2º).

Por outro lado, a lei deixa claro o caráter *temporário* e *provisório* da antecipação de tutela: “não só poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (CPC, art. 273, § 4º), como, concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo para que a final seja proferida a sentença (art. 273, § 5º), inclusive de mérito se for o caso. Fala-se, também, em ‘execução da tutela antecipada’, cuja efetivação deverá observar, ‘no que couber’, ‘o disposto nos incisos II e III do art. 588’. A antecipação, portanto, não abrangerá, por um lado, atos que importem alienação de domínio, nem permitirá, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, e, por outro lado, ficará ‘sem efeito sobrevindo sentença que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas ao estado anterior’” (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória” in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 113).

## 3. Natureza das providências antecipatórias

A lei não criou a antecipação de tutela como mera hipótese de julgamento antecipado da lide, cabível em processo com instrução já madura, capaz de autorizar, desde logo o julgamento do mérito, como a alguns já se afigurou (Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, nº 1.2.1, p. 13). O objetivo visado é a concreta eliminação da situação de perigo ou de injustiça que a manutenção do estado fático das partes representa para o direito subjetivo material do autor. Fala-se, por isso, não em antecipação do julgamento do mérito, mas, sim em antecipação dos “efeitos” da tutela de mérito postulada na inicial (art. 273, *caput*). Quer isto dizer que o provimento emergencial terá de entrar no plano fático, gerando injunções, mutações, interdições, permissões que haverão de traduzir-se em resultados práticos correspondentes à pretensão veiculada na ação em andamento.

Nessa ordem de idéias, o que se intenta, como essência da finalidade da antecipação de tutela é exatamente prevenir o dano iminente e grave: “antecipa-se *efeito* bastante e suficiente para impedir a lesão, mediante tomada de *medidas práticas*, a se consubstanciarem em *ordens* ou *mandados* do órgão judicial. De outro modo não se agiria com rapidez no plano sensível, externo ao processo, único no qual interessa interferir para que o receio de lesão seja afastado. Não é difícil compreender, dessa maneira, que só esses *mandados* ou *ordens*, e mais precisamente a sua *realização prática*, podem constituir objeto da antecipação de *efeitos*, e sem a referida interferência externa não teria sentido antecipar pura e simplesmente os efeitos da sentença do processo de conhecimento” (Carlos Alberto de Oliveira, ob. cit., p. 114).

Assim sendo, mais do que se passa no julgamento antecipado da lide, a medida facultada pelo art. 273 do CPC vai mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação, positiva ou negativa, que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada ou de algo a esta equivalente. Promove-se, então, uma provisória e condicional execução, total ou parcial, daquilo que se espera virá a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir.

O mais importante do instituto da antecipação de tutela localiza-se na quebra do dicotomismo rígido, concebido pelo direito processual clássico, entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Permitindo a tomada de medidas de natureza prática dentro do âmbito do processo de conhecimento, a tutela antecipada entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da fatura *actio iudicati*, já que o efeito prático provisoriamente alcançado se tornaria definitivo, após a sentença e, conforme sua extensão, esvaziaria por completo a execução forçada. Em tal conjuntura, a pretensão do autor, definida na sentença já estaria satisfeita de antemão pela medida antecipada. O efeito da sentença de mérito operaria por meio da simples transformação em definitiva da providência antes realizada em caráter provisório.

Isto quer dizer que a natureza do processo de conhecimento, após a concepção geral da tutela antecipada, já não é mais a tradicional que via nele uma atividade puramente ideal de definição de direitos subjetivos e de sanções correspondentes às suas infrações. Agora, o juiz da cognição, além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercita, desde logo, também, *atos práticos* de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo. O processo de conhecimento, a partir da Lei nº 8.952/94, tornou-se um verdadeiro *processo interdital*, transformando em sistema geral o que, até então, era privilégio apenas de alguns procedimentos especiais, como os interditos possessórios.

Faz parte, portanto, do moderno processo de conhecimento brasileiro a possibilidade de provisória “realização prática do direito ameaçado”, de modo a investir a antecipação de tutela – não obstante sua inserção no processo de conhecimento – “de função preponderantemente executiva” (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ob. cit., p. 120).

Em outros termos, a “a decisão antecipatória transforma o fato em direito, o que é a função e a finalidade do processo de *conhecimento*, possibilitando, desde logo, e como consequência, à parte favorecida, promover a transformação em fato, do direito reconhecido, através do processo de *execução*” (Sérgio Sahione Fadel, *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, Rio de Janeiro, Dialética, 1998, p. 14).

Superou-se, com o novo instituto processual, a inflexibilidade do princípio romanístico do *nulla executio sine titulo*, já que se inseriu no processo de conhecimento a possibilidade de *executar* medidas práticas em favor do direito da parte antes da formação do título executivo sentencial, fundado em cognição provisória e não exauriente. Representou a inovação processual “um rompimento com a tradição romano-canônica, que revestiu o processo civil brasileiro e que só tornava possível qualquer medida satisfativa com a sentença definitiva, ato final do juiz no processo de cognição que, por isso mesmo, tinha de ser exauriente” (Fadel, ob. cit., p. 15).

Sob outro ângulo, a efetivação das medidas antecipatórias não depende de uma verdadeira execução forçada. Tudo se passa sumariamente dentro do desenrolar do próprio processo de conhecimento. O provimento é mandamental, realizando-se como imperativo incontinenti do decisório, “sem necessidade de instauração de execução específica” (Luis Fux, *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, ps. 370 e 372).

#### 4. A antecipação de tutela e as diversas modalidades de sentença de mérito

Em todo processo de conhecimento o órgão judicial procede a um juízo *declarativo* sobre a existência ou inexistência do direito subjetivo debatido nos autos. Em alguns casos a atividade judicial se limita a essa declaração e a sentença então se diz *meramente declaratória*; em outros, o julgamento ultrapassa o plano da declaração para impor uma prestação à parte (sentença *condenatória*) ou para alterar a situação jurídica material existente entre os litigantes (sentença *constitutiva*). As sentenças declaratórias e constitutivas exaurem, em si, toda a prestação jurisdicional esperada do juiz. Já as condenatórias encerram a atividade cognitiva, mas deixa ainda pendente de realização a prestação imputada ao vencido, a qual, se necessário, será objeto de outro processo – o de execução.

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do art. 273 do Código de Processo Civil tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à *execução forçada*. Nesse sentido, J. E. S. Frias entende que: “como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero *acertamento* do direito litigioso, claro que quando o pedido tiver sido de tal espécie, *não tem cabimento pretensão antecipatória*... Porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem” (“Tutela antecipada em face da Fazenda Pública” in *RT*, 728/72 e 77). No direito italiano, também RICCI defende a tese de ficar a tutela antecipada restrita “aos casos de atuação forçada (*lato sensu* executiva) dos direitos, com exclusão quer da tutela declarativa, quer da tutela constitutiva” (“Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”, in *Genesis – Rev. de Dir. Proc. Civil*, v. 7, p. 89).

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório e constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.

A propósito, adverte Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “nada impede que, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico tem-se na *constituição* sentencial da servidão de passagem, que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano”, tudo em forma de antecipação dos *efeitos* da tutela postulada na petição inicial (ob. cit., p. 117).

A “execução” que se antecipa provisoriamente, para os fins do art. 273 do CPC, não é propriamente “execução no sentido técnico de processo à parte, mas de realização prática, alcançável no normal das espécies por ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a instante necessidade de prevenção do dano”; “são propriamente os *efeitos práticos* antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano” (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ob. cit., p. 118).

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um *efeito normal* da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa. O dano que se busca impedir, lembra Arruda Alvim, não tem de corresponder necessariamente “ao perecimento da pretensão”. O dano, aludido no art. 273, I, do CPC “pode ser *externo à pretensão*, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão” (Arruda Alvim, “Tutela Antecipatória”, in *Direito do Consumidor*, vol. 21, p. 74).

A antecipação de tutela, muito embora faculte *atos executivos* à parte, antes da sentença, não o faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob risco de encontrar um direito subjetivo material sem condições de atuar praticamente. É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela perante o direito substancial do litigante, que já terá perdido toda capacidade de atuar *in concreto* pela supressão total ou profunda de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.

A *execução* de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo *stricto sensu*.

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vendedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada.

Dessa maneira, é antecipação de tutela a liminar que no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. É, ainda, medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel, *in limine*, nas ações revisionais, ou a indenização nas ações desapropriatórias.

As mais variadas ações, portanto, admitem liminares de natureza antecipatória, tanto em caráter *positivo*, permitindo ao autor verdadeira execução provisória de seu direito contra o réu, como também, em caráter *negativo*, sujeitando este a vedações e proibições, diante da situação jurídica provisoriamente reconhecida àquele (cf. Teori Albino Zavascki, “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, ps. 158-159).

O importante, *in casu*, é o caráter *satisfativo*, porque a medida antecipatória se volta diretamente à proteção da pretensão de direito material do litigante e não apenas à defesa de alguma faculdade processual. O risco que se busca eliminar situa-se, por isso, no plano do direito substancial, de sorte que, à falta da providência antecipatória a sentença do processo principal estará, na prática, deferindo tutela a direito subjetivo esvaziado pela perda de objeto. Sendo, assim, a lesão irreparável, ou dificilmente reparável, repercutirá diretamente sobre a efetividade da sentença, seja condenatória, declaratória ou constitutiva.

“Ciò significa, più semplicemente, che il pregiudizio può concretarsi in un evento esterno od anche *interno* alla situazione giuridica cautelanda, capace di mettere in pericolo il diritto del quale si invoca tutela cautelare atipica” (Giovanni Arieta, I provvedimenti d’urgenza, 2 ed., Padova, Cedam, 1985, n° 31, p. 121).

O perigo que se afasta com a medida cautelar antecipatória não se localiza, outrossim, apenas na situação *estática* do direito material e de seu objeto imediato. A tutela tem em mira, igualmente, sua fase *dinâmica*, pelo que pode referir-se à situação jurídica subjetiva do promovente posterior à sentença definitiva (Arieta, ob. cit., n° 32, p. 123).

Os que se recusam a admitir tutela antecipatória em ação declaratória argumentam com a impossibilidade lógica de estabelecer-se a *certeza* em caráter provisório. Para eles a certeza ou existe ou não existe. E se existe, somente pode ser definitiva. Por outro lado, a declaração de certeza seria sempre possível, em qualquer tempo, não havendo propriamente um risco de impossibilitar-se tal tipo de



provimento principal. O mesmo aconteceria com o provimento constitutivo, que independe de execução, e não corre risco de frustração pela demora do processo, dispensando, por isso mesmo, a antecipação de tutela.

Num raciocínio de lógica pura a tese impressiona. Mas a lógica do direito não é a formal, mas a do razoável. Essa lógica se inspira na busca do *justo*, revelando-se, por isso *deontológica* ou *pragmática-dialética*. “Pragmática porque visa resultados, e a validade do discurso vai ser aferida por sua maior ou menor eficiência. E é dialética à medida que o raciocínio é argumentativo, pesando e selecionando argumentos a favor das diversas soluções possíveis” (David Schnaid, “A interpretação jurídica constitucional e legal”, in *RT*, 733/39; Theodor Viehweg, *Tópica e Filosofia do Direito*, p. 127). E, como já se expôs a antecipação de tutela, teleologicamente, não se exaure na garantia da sentença de mérito. Vai mais além para preocupar-se com a plena efetividade da prestação jurisdicional e, nesse plano, cogita não só de efeito imediato no campo da certeza jurídica, inerente à declaração e constituição de direitos subjetivos materiais, como procura garantir ao respectivo titular o reconhecimento de situação jurídica que lhe seja dinamicamente útil. O que virá depois do acerto jurisdicional também é cogitado pelo direito cautelar, ainda que não seja efeito processual imediato da sentença.

Se não é razoável antecipar-se a declaração provisória de certeza, é irrecusável que se pode formar um juízo de verossimilhança a seu respeito e a partir dele analisarem-se *atos do titular* que seriam legítimos em função da situação pendente de acerto e que se não assegurados desde logo poderão acarretar-lhe lesão irreparável ou dificilmente reparável. Esses atos não são objeto imediato do processo, mas dependem da situação jurídica nele debatida.

Tommaseo observa que os exemplos extraídos da experiência jurisprudencial revelam que o interesse da parte em obter antecipação de tutela em ação de mero acerto pode justificar-se enquanto aguarda condições de valer-se do pronunciamento judicial para determinar o próprio comportamento em função da relação substancial *sub iudice*.

“Cosi, la tutela urgente del mero accertamento si presenta nel suo contenuto più significativo là dove il recorrente chiede al giudice la valutazione in sede cautelare della legittimità di un proprio atto. Così, il provvedimento d’urgenza può contenere l’anticipata valutazione della nullità della clausola di un contratto o di uno statuto societario” (Ferruccio Tommaseo, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, Cedam, 1983, p. 259).

Arieta observa, de seu lado, que o ordenamento jurídico processual não contém disposição alguma que imponha o descabimento de tutela cautelar antecipatória na via da ação de mero acerto (ob. cit., p. 143). Conclui, pois, pela “*possibilità di sottoporre a cautela atipica qualsiasi situazione giuridica sostanziale in termini di diritto soggettivo, senza alcuna esclusione aprioristica o di principio*” (ob. cit., nº 36, p. 142). Cita precedentes jurisprudenciais “*nel senso di ammettere la possibilità di assicurare in via cautelari gli effetti della sentenza di mero accertamento*”. Invoca, também, a doutrina de Andrioli (*Commento*, p. 260) e Montesano (*I provvedimenti*, ps. 68-69), segundo a qual se admite que “*il giudice della cautela possa ordinare l’astensione da quel comportamento di cui l’azione proposta o proponibile nel giudizio di cognizione tende al mero accertamento di illegittimità*”. Ainda sobre o cabimento da tutela cautelar em sede de ação declaratória, Arieta reporta-se as lições de Proto Pisani (*I provvedimenti...*, ps. 393-394) e de Cerino Canova (*I provvedimenti...*, p. 134) (cf. Giovanni Arieta, ob. cit., loc. cit.).

No Brasil, não tem sido diferente o enfoque da doutrina acerca do problema. Eis o magistério insuperável de Kazuo Watanabe:

“O *caput* do art. 273 alude à antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

A expressão ‘pedido inicial’ é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice...

Qualquer tipo de provimento poderá ser antecipado, inclusive o condenatório, inclusive para pagamento de quantia certa...

Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos *constitutivos* e *declaratórios*, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, ao invés de antecipar desde logo o provimento constitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc.

O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenha alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos” (“Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Direito do Consumidor*, vol. 19, ps. 89-90).

Nesse sentido, merece acolhida também a lição de Campos Batalha, *in verbis*:

“Se a sentença na ação declaratória não comporta execução, é evidente que a situação ou a relação jurídica, de duvidosa e questionável antes da declaração, passa a ser inquestionável e certa após a declaração”.

É possível que, durante aquele estado de dúvida e incerteza que motivou a ação declaratória, a situação ou a relação jurídica venha a ser violentada ou vulnerada por atos ou fatos nascidos da dúvida ou incerteza. Ocorrendo o *periculum in mora*, ao lado do *fumus bonis iuris*, não lobrigamos razão para denegar a idéia de cautelaridade como processo preventivo, preparatório ou incidente de ação declaratória.

Suponha-se, por exemplo, que determinado acordo de acionistas contenha elementos que justifiquem a declaração de sua nulidade, por violarem flagrantemente o próprio conceito societário, envolvendo abdicação ilimitada, quer no tempo, quer no conteúdo do direito de voto inerente à condição de acionista. A propositura de uma ação declaratória não evitaria que situações viessem a consumir-se à luz de um acordo de acionistas radicalmente nulo, prevalecendo deliberações assembleares e nomeação de órgãos sociais como consectários de deliberações vinculadas por acordo nulo. Como a declaração, embora não comporte execução, acrescenta um *plus* à relação ou à situação jurídica, antes que isto ocorra poderão formar-se situações decorrentes de nulidades, com toda a coorte de inconvenientes que certamente se consolidariam com o tempo na contemplação de situações antijurídicas, à espera do deslinde judicial do estado de incerteza.

Concluimos, portanto, que as medidas cautelares têm possibilidade e efetividade mesmo que se trate de ações declaratórias e que a ação principal seja, não de desconstituição de ato anulável, mas de declaração de nulidade de ato radicalmente nulo” (Wilson Batalha, *Cautelares e Liminares*, 3ª ed., São Paulo, 1996, ps. 67-68).

Sérgio Sahione Fadel, da mesma forma, anota que nada existe na regulamentação legal da antecipação de tutela, no direito brasileiro, que exclua de sua área de incidência, a tutela declaratória e a tutela constitutiva. Lembra, como exemplo, que justificaria a tutela antecipada em ação declaratória a seguinte hipótese: “imagine-se que o proponente em licitação aberta pelo Poder Público tenha contestado, na fase de habilitação, a autenticidade de documento apresentado, e, dada a urgência do certame, tenha necessidade de obter, sem prejudicar o regular andamento da licitação, tutela antecipada em ação declaratória, então *et pour cause* intentada, que reconheça, provisoriamente, a autenticidade do documento para que o licitante possa continuar participando da disputa” (ob. cit., nº 11, p. 43).

Nos casos de ação declaratória de nulidade de ato jurídico, Sérgio Sahione Fadel ensina que a tutela antecipada terá cabimento para assegurar à parte, em caráter provisório, “algum bem da vida que decorra da futura decretação de nulidade ou anulabilidade (como, por exemplo, sustar o pagamento de parcela do preço da coisa comprada a prazo, quando anulável a venda por vício de vontade)” (ob. cit., nº 10, ps. 44-45).

Dentre os casos de tutela constitutiva, o mesmo autor registra ser comum, nas relações jurídicas de locação, a antecipação de tutela em ações de revisão de aluguel ou de renovação do contrato, para alterar, provisoriamente, o aluguel em curso. Também nas ações para invalidar ato administrativo, admite-se, freqüentemente, antecipação de tutela para promover “a suspensão provisória dos efeitos desse ato até a superveniência da decisão anulatória respectiva” (ob. cit., nº 11, ps. 46-47).

Outro autor que se ocupou do tema foi Flávio Luiz Yarshell, e o fez para demonstrar que embora as sentenças constitutivas “não ensejam (porque dispensam) a prática de atos de execução”..., “a simples vedação à execução definitiva não impede que se antecipe efeitos da sentença constitutiva...” (Flávio Luiz Yarshell, “Antecipação de Tutela Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade, no Sistema do CPC”, in Teresa Arruda Alvim Wambier, *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo, RT, 1997, ps. 176-177).

“A doutrina nacional – a nosso ver, com razão – parece propender no sentido positivo, isto é, admitindo a antecipação da tutela constitutiva. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco observou que “o ato concessivo da tutela pode ter natureza constitutiva, antecipando situações novas desejadas pelo demandante” (*A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1996, nº 105, p. 144). No mesmo sentido pronunciaram-se Nelson Nery Júnior (*Atualidades sobre Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 73), Ernane Fidélis dos Santos (*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, nº 7, p. 10)” (ob. cit., p. 174-175).

Luiz Guilherme Marinoni, quem melhor estudou e explorou o tema entre nós, com muita propriedade, lembra os ensinamentos de Tarzia, para quem não se concebe a executividade antecipada da sentença puramente declaratória, mas é possível cogitar-se de uma *executoriedade provisória* ou *antecipada* de sentença constitutiva, tendo em conta o fato de que esse tipo de sentença “cria situações novas”, as quais “a executoriedade pode antecipar em relação à coisa julgada”. Segundo o autor italiano, sua conclusão se sustenta a partir da premissa de que a *executoriedade*, – pressuposto da antecipação de tutela – “não equivale à idoneidade da sentença para constituir título executivo” (Marinoni, “A Tutela Antecipatória nas Ações Declaratória e Constitutiva”, in Teresa Arruda Alvim Wambier, *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo, RT, 1997, p. 270; Tarzia, *Lineamenti del Nuovo Processo di Cognizione*, Milano, Giuffrè, 1991, ps. 186-187). Basta que exista, em face do processo, a perspectiva de criar-se uma situação jurídica, capaz de gerar pretensões práticas para o autor diante do réu.

Também Frederico Carpi, invocado por Marinoni, sempre admitiu falar-se em *executividade provisória* em relação às sentenças declaratórias e constitutivas, não como uma *actio iudicati* da sentença em si, mas de pretensão às suas consequências e efeitos. Dessa maneira é possível para Carpi, ocorrer “*antecipação das consequências condenatórias de sentenças constitutivas*” e até dos “próprios efeitos constitutivos”, como se dá na ação de “constituição de servidão de passagem”; o mesmo ocorrendo com “as consequências concretas de sentenças declaratórias” (Marinoni, ob. cit., loc. cit., Carpi, *La Provvisoria Esecutorietà della Sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979, ps. 59 e segs.).

O problema, para Marinoni, não está em admitir ou não uma declaração provisória ou uma constituição provisória, mas, sim, em indagar sobre “a viabilidade e a utilidade destas tutelas em face das diversas situações concretas”. É claro, para o processualista brasileiro, que uma constituição provisória de aluguel (em ação constitutiva revisional ou renovatória) tem grande e imediato

interesse tanto para o senhorio como para o inquilino. Da mesma forma, uma pura declaração de certeza nenhum interesse antecipatório revela. No entanto, casos há em que a cognição imediata, de natureza declaratória, “*pode ser útil ao autor que necessita praticar urgentemente um ato e tema que a sua atuação possa ser considerada ilegítima*” (ob. cit., ps. 273-274). Da pretensão à anulação de um ato assemblear pode, v.g., decorrer para o autor o interesse em obter autorização provisória do juiz para votar, imediatamente, em assembléia social.

Em outros casos o cabimento da antecipação é mais evidente, ainda, como quando, por exemplo, ao pedido declaratório ou constitutivo se acumula um condenatório, que pressupõe o prévio acolhimento do primeiro (caso, v.g., da rescisão ou anulação de um contrato com restituição do bem contratual ao primitivo alienante). A pretensão antecipatória refere-se à condenação a restituir, mas sua apreciação somente será possível depois de um acerto provisório acerca da pretensão de rescindir ou anular o contrato *sub iudice*.

Sempre, pois, que de uma demanda declaratória ou constitutiva for possível extrair uma pretensão *executiva* ou *mandamental* haja, ou não, cumulação de pedidos, é irrecusável a possibilidade de usar a antecipação de tutela, se presentes, naturalmente, os seus pressupostos legais.

Em suma, Marinoni conclui que nos casos de sentença declaratória e constitutiva, a tutela antecipatória “*é genuinamente preventiva ou inibitória, não se confundindo com a cautelar*”. Seu caráter antecipatório está em “*ordenar ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer*”. A tutela não é cautelar, mas antecipatória, porque se refere ao exercício de um direito material que “*ainda será declarado ou constituído*”. Com ela não se está “*assegurando a possibilidade do autor exercer o direito no futuro, mas sim viabilizando desde logo ao autor o exercício do direito*”. Também é inegavelmente antecipatória, para Marinoni, “*a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor*”. O autor, obtida a antecipação de tutela, “*desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado*” (ob. cit., p. 279). Daí sua conclusão:

“Há tutelas que dão ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias” (ob. cit., ps. 281-282).

É que as medidas cautelares, protegendo apenas a utilidade do processo, defendem remotamente a possibilidade futura de realização prática do direito, enquanto as medidas antecipatórias, mesmo no caso de ações declaratórias e constitutivas, asseguram à parte o exercício imediato de direitos materiais pendentes de futuro acerto.

## 5. Conclusão

Não há, como se vê, na mais moderna visão doutrinária do processo preventivo, um obstáculo a medidas cautelares, sejam conservativas ou antecipatórias, no âmbito da tutela de mérito declaratória ou constitutiva. O que se impõe são critérios de adaptação das medidas antecipatórias às peculiaridades das ações em questão, sem, contudo, afastá-las, de maneira peremptória, da área de incidência do art. 273 do CPC.

## VI - EXECUÇÕES DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

**Sumário:** 1. Jurisdição e execução. 2. Processo de conhecimento e processo de execução. 3. Medidas cautelares. 4. Execução das medidas cautelares. 5. Caráter mandamental da decisão que ordena medida cautelar. 6. Tutela antecipatória. 7. Execução das medidas de antecipação de tutela.

### 1. Jurisdição e execução

No significado histórico e semântico, a idéia de jurisdição (*juris dictio*) se identificava com a atividade do *judex*, árbitro a quem, no direito romano primitivo, se atribuía a missão de realizar, diante de um conflito jurídico, a definição do *direito concreto*. Para solucionar a controvérsia, o *judex*, em sua *sententia*, definia a regra do direito a observar, quase sempre se valendo das normas abstratas da lei regedora da hipótese.

Já, então, se distinguem as duas funções básicas do estado de direito: a de legislar, atribuída ao legislador (*conditor legis*) e a de aplicar a lei na solução de conflito jurídico, a cargo do órgão judicial (*dictor juris*).

Embora entrelaçados por um vínculo de instrumentalidade, a função jurisdicional sempre se apresentou como muito diferente da função legislativa. Enquanto o legislador cuida das normas jurídicas voltado para o futuro e, assim, pratica um juízo hipotético do *dever ser*, o juiz trabalha com fatos já acontecidos e se pronuncia sobre o que *é*, ou seja, realiza *in concreto* a subsunção desses fatos à lei.

Para Carnelutti, somente o juiz *diz o direito*, e nunca o legislador, porquanto a simples existência de uma norma geral e abstrata não produz o fato jurídico e, conseqüentemente, não gera direito. Não é, com efeito, da lei, e sim do fato que nasce, para cada um, o direito (*ex facto jus oritur*) (*Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, nº 12, p. 19).

Dessa maneira, só há realmente *jus dictum* depois que, acerto o fato e sua conformidade à hipótese legal, o juiz o declara (Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.).



Mas ao contrário do que a etimologia da palavra *jurisdictio* indica, a função jurisdicional não se esgota com o simples ato de declarar o direito, diante do comportamento de quem o rejeita. O *jus* não seria *jus* se não reagisse à *injúria*. Direito impotente não é direito. A função jurisdicional, por isso, não se completa enquanto não faz com que o *jus dictum* se torne realidade, por medidas concretas ou materiais. Ainda essa tarefa de submeter a parte devedora ao cumprimento da prestação a que a parte credora tem direito, integra a *jurisdictio*: “*la dictio non è compiuta se tende solo a prescrivere ciò che deve essere senza cercar di convertire il dover essere in esistenza quando il precetto non è sufficiente a tal fine. Insomma, stabilire l’ordine non si può senza ristabilirlo quando l’ordine è stato violato*” (Carnelutti, *idem*, *ibidem*).

Eis por que se revela evidente que a execução, tanto como a cognição, integra a idéia de jurisdição, circunstância ressaltada na definição clássica de Chiovenda:

“Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (*Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., trad. Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1969, v. II, § 19, nº 137, p. 3).

Ampliando analiticamente o conceito sintético de Chiovenda, ensina Ugo Rocco que se deve entender por jurisdição:

“A atividade com que o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, intervindo a pedido de particulares, sujeitos de interesse juridicamente protegidos, se substitui aos mesmos na atuação da norma que ampara tais interesses, declarando, em vez de ditos sujeitos, que tutela concede uma norma a um interesse determinado, impondo ao obrigado, em lugar do titular do direito, a observância da norma e realizando, mediante o uso de sua força coletiva, em vez do titular do direito, diretamente aqueles interesses cuja proteção está legalmente declarada” (*Teoria geral do processo civil*, trad. Mexicana de Felipe de J. Terra, 1959, p. 55, *Apud* Celso Neves, *Estrutura Fundamental do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, nº 48, p. 25).

Malgrado divergência de poucas opiniões doutrinárias, hoje predomina maciçamente a noção de jurisdição como abrangente tanto da atividade cognitiva como da atividade executiva dos órgãos judiciais. Nesse sentido ensina Eduardo Arruda Alvim que a função jurisdicional conferida ao Poder Judiciário:

“Compreende não apenas a tarefa de dizer o Direito aplicável (o que se faz através do **processo de conhecimento**), mas de realizá-lo coativamente (**processo de execução**)” (*Curso de direito processual civil*, São Paulo, RT, 1998, v. I, p. 43; No mesmo sentido, entre muitos outros, Athos Gusmão Carneiro, *Jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 1982, nº 2, p. 4; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, v. I, p. 57)”.  
Obra moderna como a de Gian Franco Ricci (*Principi di diritto processuale generale*, Torino, G. Giappichelli, 1995, nº 2, p. 7) chega afirmar, com certa ênfase, que:

“... i tentativi fatti in passato (da Carnelutti e da Allorio), volti a negare carattere giurisdizionale al processo esecutivo, appaiono oggi decisamente superati. Nessuno dubita più infatti che l’esecuzione civile costituisca esercizio di giurisdizione”.

## 2. Processo de conhecimento e processo de execução

A jurisdição, como já se expôs, não se contenta com a *declaração do direito* e, sempre que necessário, vai além na atividade pacificadora dos litígios empenhando-se, também, em providências que proporcionem a efetiva *realização dos fatos* que correspondam à concretização do direito declarado.

Em todo processo há declaração de direito, ainda que em caráter negativo, pois, conforme adverte Lent, “a primeira tarefa do juiz, antes de ordenar a coação estatal, é a de verificar o *que é direito*” (Arruda Alvim, *Código de processo civil comentado*, ed. 1975, v. I, p. 256).

Primeiramente, declara-se a verdadeira situação jurídica, para depois realizá-la.

Mas, consoante a posição em que se acham as partes, diante do conflito de interesses, o processo realiza missão diferente. Da diversidade de fins visados pelo procedimento, decorre também uma diferença de estrutura e atuação processual. Se há uma pretensão jurídica contestada, compõe-se o litígio declarando a vontade concreta da lei através do processo de *cognição* ou de *conhecimento*. Acerta-se, assim, pela sentença, “a efetiva situação jurídica das partes” (Lent, *Diritto processuale civile tedesco*, ed. 1962, § 2º, p. 17).

Quando, porém, há certeza prévia do direito do credor e a lide se resume na insatisfação do crédito, o processo limita-se a tomar conhecimento liminar da existência do título do credor, para, em seguida, utilizar a coação estatal sobre o patrimônio do devedor, e, independentemente da vontade deste, realizar a prestação a que tem direito o primeiro. Trata-se do processo de *execução*.

Fundamentalmente, duas funções são, portanto, desempenhadas pela jurisdição: a) a de *verificar* a efetiva situação jurídica das partes (desempenhada pelo *processo de conhecimento*); e b) a de *realizar* concretamente a situação jurídica apurada (tarefa do processo de *execução*).

A definitividade é a característica da prestação jurisdicional, de modo que, tanto pelo acerto operado pelo processo de conhecimento, como pela realização material das prestações implementadas pelo processo de execução, promovem-se medidas satisfativas do direito da parte, em caráter final e definitivo.

Por outro lado, embora integradas ao mesmo fenômeno da jurisdição, as atividades de cognição e execução acham-se estruturadas de maneira independente, no sentido de que nem sempre uma depende da outra, e tampouco uma é preliminar ou antecedente necessária da outra. Muitas vezes, o conhecimento exaure totalmente a prestação jurisdicional, sem que haja necessidade de usar a coação estatal prática (sentenças declaratórias e constitutivas, ou adimplemento voluntário da parte após a condenação). Outras vezes, a execução forçada é instaurada sem que antes tenha havido qualquer acerto jurisdicional acerca do direito do credor (títulos executivos extrajudiciais) (Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1973, v. I, nº 12, p. 39).

Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento e o de execução, registra-se no direito moderno uma tendência muito acentuada a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de prestação jurisdicional. Assim, medidas como a antecipação de tutela e a ação monitória permitem que numa só relação processual se realizem tanto as funções cognitivas como as executivas. O processo civil moderno assume com essa nova roupagem a natureza interdita e o juiz, então, pode decretar medidas satisfativas do direito material da parte mesmo antes de proferir a sentença definitiva sobre o mérito da causa.

### 3. Medidas cautelares

Embora se pudesse pensar que pelo acerto dos direitos em conflito (processo de conhecimento) e pela execução concreta das prestações devidas (processo de execução) fosse possível exaurir-se toda a função afetada à jurisdição, o certo é que esses dois tipos de processos não conseguem, por seus próprios recursos, realizar a contento sua tarefa pacificadora dos litígios. Como a tramitação processual, em qualquer de suas modalidades, tem de amoldar-se às exigências do contraditório, um certo espaço de tempo (quase sempre grande) haverá de transcorrer entre o exercício da ação e a resposta jurisdicional. Durante essa inevitável demora, mutações às vezes graves podem ocorrer sobre a condição física ou jurídica dos bens e pessoas envolvidos no conflito. Para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional, diante desse risco de dano, medidas preventivas devem ser adotadas pelo juiz. E são providências dessa natureza que o juiz realizará dentro de uma função auxiliar ou acessória do processo de conhecimento e do processo de execução. Não terão elas o propósito imediato de resolver o litígio deduzido em juízo. Por isso diz-se que não se trata de medidas satisfativas do direito material da parte, mas apenas preventivas de lesão que se consumada comprometerá a utilidade do provimento satisfativo a ser tomado no processo principal. Dá-se-lhes o nome de *medidas cautelares*, porque se limitam a acautelar os interesses ou conflito, sem, no entanto, satisfazê-los desde logo. Porque não correspondem, especificamente, aos desígnios nem do processo de conhecimento, nem do processo de execução, costumam-se classificar as medidas preventivas como pertencentes a um *tertium genus*, dentro da função jurisdicional, a que se confere o nome de *processo cautelar*.

Mas, o critério que distingue o processo de conhecimento do processo de execução não é o mesmo que se usa para deles separar o processo cautelar. Aqueles, sem dúvida, exaurem os tipos de provimento que o órgão jurisdicional pode adotar: definir situações jurídicas e fazê-las realidades fáticas, eis tudo o que a jurisdição almeja. Para desempenhar a tutela cautelar, outras atividades diferentes não exercitará o juiz. Continuará definindo situações perigosas e adotando medidas concretas para afastá-las. Ou seja, em nome da tutela cautelar, o juiz pratica tanto a cognição como a execução forçada. E porque os provimentos do processo cautelar se agrupam numa função que se pretende *sui generis*? Simplesmente, porque tanto o processo de conhecimento como o processo de execução se praticam com o desígnio de encontrar solução definitiva para o litígio de direito material estabelecido entre os litigantes. Já a função cautelar jamais terá semelhante desiderato. Seu mister é simplesmente prevenir para que o processo principal não caia no vazio, pela perda ou inutilização do bem disputado. O processo cautelar, em função acessória e secundária, defende o processo principal, assegurando que, qualquer que seja o provimento satisfativo que afinal nele venha a ser tomado, será sempre útil a quem dele se beneficiar. Em suma: o processo principal dá *satisfação* a direitos subjetivos materiais; o processo cautelar apenas *previne*, em caráter provisório, a utilidade de eventual provimento satisfativo.

### 4. Execução das medidas cautelares

Já ficou evidenciado que há uma acessoriedade entre o processo cautelar e o processo principal, porquanto a característica do primeiro é natureza *conservativa* de seus provimentos, os quais têm como objetivo específico preservar os bens em jogo no processo principal do risco de dano que, uma vez consumado, comprometeria seriamente a função *satisfativa* para que este foi programado. O processo principal (satisfativo) pode, naturalmente, existir sem o concurso dos provimentos cautelares. O processo cautelar, todavia, não tem vida própria, pois somente foi concebido para servir à preservação da utilidade do provimento satisfativo a ser adotado no processo de conhecimento ou de execução. “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso de processo principal e deste é sempre dependente” (CPC, art. 796).

As medidas cautelares, porém, são geradas por atos decisórios semelhantes àqueles com que o juiz soluciona o litígio no processo de conhecimento. As decisões do processo cautelar, tal como as satisfativas, para alcançar seu objetivo prático, têm de se traduzir em providências concretas, no plano fático. Em outras palavras: a decisão cautelar reclama execução forçada.

Mais do que em qualquer outro processo, as decisões judiciais, no campo cautelar, correspondem a verdadeiras *injunções*, que tendem a impor prestações imediatas aos sujeitos processuais, tanto positivas (fazer ou dar alguma coisa) como negativas (não fazer ou abster-se de impedir que a outra parte faça o que lhe permitiu a decisão cautelar).

O que distingue a execução cautelar da execução satisfativa do processo principal, é que sua implementação não se dá pelo sistema da *actio iudicati*, ou seja, por meio de outra relação processual distinta formalizada com o fito específico de promover o cumprimento do julgado.

Quando o juiz decide o pleito cautelar, não se limita apenas a estabelecer o conteúdo do provimento de prevenção deferido ao litigante sob risco de dano, mas já determina, de forma concreta, como entende deva ser executada a providência decretada (Ferruccio Tommaso, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, CEDAM, 1983, p. 328). Não age como o juiz que condena o devedor a realizar o pagamento da obrigação descumprida, e assim encerra a prestação jurisdicional cognitiva, deixando a cargo do credor a iniciativa de fazer executar a sentença em novo processo (execução forçada). O juiz cautelar que, por exemplo, decreta o seqüestro de um bem, ou a busca e apreensão de um incapaz, não se limita a declarar o direito do requerente a executar a providência. No próprio decisório cautelar já faz constar a ordem para a expedição do mandado de execução imediata do seqüestro ou da busca e apreensão. Da mesma forma, quando se interdita uma obra ou um comportamento qualquer do requerido, de plano se promove a diligência para que o decreto cautelar seja posto em prática. E recebida a intimação, o requerido não terá alternativa de cumpri-la ou não cumpri-la, porque não se trata de simples condenação, mas de ordem legal de autoridade competente, cujo cumprimento se há de fazer até mesmo com o emprego da força pública e sob pena da prática de delito de desobediência (cf. art. 461, § 5º).

O que está em jogo na atividade cautelar é o interesse público do Estado na preservação da efetividade de sua função jurisdicional.

Já houve no passado quem defendesse a tese de configurar a sentença cautelar em um título executivo e, portanto, sujeitar-se ao rito da *actio iudicati*, cabendo, apenas, para agilizar o seu andamento, a adoção analógica de providências previstas no processo de execução das obrigações de fazer e não fazer, como, por exemplo, a ordem para que o *facere* fosse cumprido por obra do autor ou de terceiro, sob seu comando ou custeio. Sobre a necessidade de observar-se a forma técnica da execução forçada, também, em sede cautelar, foi, v.g., entendimento, entre outros, de Carlo Furno, segundo registra Tommaso (ob. cit., p. 30, nota 6).

No entanto, a mais atualizada e ampla doutrina de nossos tempos é no sentido de que a execução dos provimentos cautelares é de natureza muito diferente da execução forçada ordinária, visto que se confere ao próprio juiz que desempenha a tutela preventiva uma ampla dimensão de poder para afastar o perigo de dano, na qual se insere, também e principalmente, a autoridade para determinar como executar sua decisão (Tommaso, ob. cit., p. 331).

### 5. Caráter mandamental da decisão que ordena medida cautelar

Uma vez que a sentença cautelar não tem força para constituir ou declarar o direito da parte que dela se beneficia, e nem se amolda ao tipo de sentença que prepara a *actio iudicati*, há aqueles que lhe recusam a classificação como sentença constitutiva, declaratória ou condenatória. Assim, seu enquadramento teria de dar-se na categoria que Pontes de Miranda denomina “sentença mandamental” (*Tratado das ações*, São Paulo, Ed. Rt, 1976, t. VI, p. 3).

Tem-se sentença mandamental quando seu fito é o de que alguém cumpra, imediatamente, o que o órgão judicial determina. O que distingue a sentença mandamental da condenatória, para aqueles que seguem a orientação de Pontes de Miranda, é o fato de que naquele primeiro tipo de sentença o juiz vai além da simples declaração de estar a parte condenada a entregar, fazer ou não fazer alguma coisa, pois o que se emite é, realmente, “uma ordem a ser observada pelo demandado” (Ovidio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. II, Porto Alegre, Fabris, 1990, p. 247).

Em nosso modo de ver, a força mandamental não importa necessariamente em afastar a sentença que a tenha do rol das condenatórias. O que se dá é uma diversidade da forma com que ela se faz cumprir. Se assim é, a diferença está no plano da execução e não no plano do ato de decidir. Tanto a condenatória como a que se diz mandamental contêm um comando no sentido de impor ao vencido realização de uma prestação em favor do vencedor. A maneira de forçar a parte aos efeitos do mandamento sentencial é que varia. Logo, não há ontologicamente necessidade de classificar ditos atos sentenciais em categorias distintas. No campo da execução, sim, é que o título se apresentará como submetido à *actio iudicati* ou à execução de plano. A diferença, assim, está no campo do procedimento executivo pós-sentença, o que nos parece não deva influir no ato de vontade que no decisório se contém. O juiz sempre declara, constitui ou condena, conforme usa a sentença para alcançar a certeza, a criação de situação jurídica nova ou a definição de um *facere* (uma prestação) a ser necessariamente cumprido por um dos litigantes. As sentenças executivas *lato sensu* e as *mandamentais* passam pelo iter das condenatórias e apenas permitem a simplificação do procedimento ulterior de execução. Em essência, todavia, não diferem das condenatórias.

Deixando de lado esta divergência doutrinária, que não é relevante, porque, com ou sem a categoria das mandamentais, dentre as que cominam prestações ao demandado ninguém dúvida da existência daquelas que autorizam execução imediata, sem passar pelos percalços da *actio iudicati* ordinária.

E entre os decisórios que devem ser prontamente cumpridos figuram, sem dúvida, os proferidos no processo cautelar (Victor A. A. Bonfim Marins, *Tutela cautelar*, Curitiba, Juruá, 1996, nº 42, p. 125; Ovidio A. Baptista da Silva, *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 219).

Aqui, a pronta exequibilidade nasce da própria natureza da função cautelar, que é a de dar segurança ao litigante em face do perigo de dano surgido antes da prestação jurisdicional definitiva. A urgência é tônica da atuação do juízo, e essa urgência, que motivou a outorga de poderes ao juiz, que extrapolam os comuns do processo de conhecimento de execução, só pode ser atendida se o regime executivo das medidas de prevenção for o da pronta implementação.

Deve-se lembrar que o Estado, assumindo o monopólio da justiça, afastou a parte do terreno da autotutela. Logo, se a pessoa não pode se defender do perigo por seus próprios meios, a jurisdição tem o dever de socorrê-lo, sempre que correr risco de prejuízo por ter de aguardar o resultado da prestação jurisdicional satisfativa. Criou-se, assim, para o Estado um “dever geral de segurança”, como “consecutário da vedação da autotutela” (Luiz Fux, *Tutela de segurança e tutela de evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 128, nota 259; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, RT, 1992, p. 88/89).

O tema da tutela de segurança enraiza-se na garantia constitucional de inafastabilidade da proteção judicial, que encontra apoio no [art. 5º, XXXV](#), da Carta Magna, e que compreende não apenas “direito à ampla defesa e ao contraditório, mas também direito a uma *tutela efetiva*, ou direito a um procedimento adequado à realidade de direito material” (Marinoni, nº 4.6, p. 91).

Como a realidade do mundo atual é a da velocidade, o procedimento judicial tem de a ela amoldar-se, concebendo remédios e expedientes que possam preservar bens e direitos das angústias da espera do tempo fatalmente reclamado para completar a longa marcha dos processos comuns. Só assim o processo, como mito de justa composição dos litígios, se conservará fiel ao programa do *due process of law*. Pensar em medidas processuais de prevenção contra o “perigo da demora” da resposta jurisdicional definitiva é, antes de tudo, preocupar-se com a efetividade da proteção jurídica dos direitos e com o afastamento do risco de denegação de justiça, que, como é óbvio, decorre do retardamento inaceitável da mesma proteção. Se, pois, pelas circunstâncias do caso concreto, a tutela jurisdicional tem de ser urgente (ou até imediata), o Estado-Juiz tem de se aparelhar para proporcionar expedientes repressivos e protetivos que se mostrem aptos a tanto.

Dai a essencialidade das medidas preventivas urgentes à função jurisdicional e ao patrocínio da garantia fundamental de pleno e efetivo acesso à justiça. Não se pode desprezar ou minimizar, de forma alguma, a tutela de urgência, já que ao Estado Democrático toca o “poder” e o “dever” de tutelar juridicamente todo aquele que for atingido por lesão ou ameaça a direito próprio. Nenhum risco de dano, jurídico, portanto, pode ficar fora da tutela jurisdicional, nenhuma espécie de situação conflitiva concreta pode ser afastada da justiça estatal. Em síntese, o direito cívico de ação, direito à tutela jurídica da justiça, só se mostrará completo quando compreender em seu bojo, tanto os procedimentos de final e definitiva composição dos litígios, como também os expedientes urgentes de preservação da utilidade da referida composição. Nesse sentido, o homem não tem somente direito constitucional ao processo, mas também à ação cautelar e às ações sumárias antecipatórias (Marinoni, ob. cit., p. 92).

Para cumprir, dessa maneira, o “dever de segurança” que o Estado moderno contraiu, o processo cautelar serve como instrumento fundamental. Para isto, o seu procedimento, entre conhecer e executar, não pode se submeter à dicotomia da cognição e execução em relações processuais separadas e distintas. O procedimento pode ser, simples, sumário e unitário. Por isso, e justamente para que não falte oportuna segurança ao litigante que dela careça, a execução dos provimentos cautelares “*é simpliciter et de plano*, fundindo-se num só comando judicial a cognição e a execução, participando o ato da natureza daqueles denominados executivos *lato sensu*” (Luiz Fux, ob. cit., § 23, p. 129).

A execução *in casu* perde toda a solenidade e complexidade da *actio iudicati*. Na verdade reduz-se a uma “atuação” que nada se parece com a conhecida execução de sentença, nem mesmo em sua modalidade de execução provisória (Mario-Enrico Dini, *I provvedimenti d'urgenza*, v. I, nº 198, Giovanni Verde, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, apud, FUX, ob. cit., p. 129, nota 260).

Jamais, portanto, se pode pensar em embargos à execução quando se tratar de *atuação* do comando emergente de uma sentença ou decisão cautelar. Esse incidente é próprio da *actio iudicati* e não tem lugar no regime naturalmente urgente e concentrado do processo cautelar.

Segundo a ótica da atualizada doutrina, não se deve cogitar da execução de sentença e de seus incidentes na espécie, porque “*il provvedimento cautelare presenta un' intrinseca esecutività che va intensa come attitudine a produrre i propri effetti immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dell'intimato*” (Tommaseo, ob. cit., p. 332).

Para distinguir os critérios da verdadeira execução forçada e da execução das decisões cautelares, os autores italianos costumam atribuir a estas o título de “mera execução processual”, em contraposição à “execução forçada” propriamente dita (Tommaseo, ob. cit., p. 332; Denti, *L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica*, Milano, 1953, p. 198). E o fazem não apenas por uma questão de capricho terminológico, mas para acentuar a profunda diferença de natureza que há entre as duas figuras.

Ao contrário do que se passa no terreno da jurisdição satisfativa, no âmbito da jurisdição preventiva nem por hipótese se pode pensar numa fase de execução que seja distinta da de cognição. Há uma estrutura visceralmente unitária. O procedimento cautelar, longe de ser um ato de accertamento para constituir o título da sucessiva execução forçada, é ele mesmo “ato de execução forçada, antes que mero ato de criação de alguma especial obrigação cautelar” (Giovanni Arieta *I provvedimenti d'urgenza*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1985, nº 75, p. 313).

Não é preciso, outrossim, que a lei declare esse caráter unitário do procedimento cautelar. A incindibilidade do aspecto cognitivo e executivo na espécie deriva de uma exigência lógica, pois, sem ela, nenhuma eficácia prática teria a tutela preventiva ou de segurança. A imediata executoriedade, por isso, é inerente à essência das medidas cautelares. Sua função típica jamais seria exercida senão mediante atuação do imediato efeito prático, o qual somente pode ser alcançado, desvencilhando-o do procedimento comum da *actio iudicati* (Arieta, ob. cit., p. 314).

## 6. Tutela antecipatória

O direito a uma tutela jurisdicional de segurança, sempre foi admitido, ora em menor ora em maior volume. Quando se sentia o processo comum impotente para proporcionar uma adequada reparação ao direito lesado, de longa data se institui, ao lado de procedimentos puramente cautelares, medidas liminares capazes de antecipar, *initio litis*, efeitos da pretensão ainda não submetida ao accertamento definitivo da sentença de mérito.

Em Roma, por exemplo, além de medidas conservativas como o seqüestro, vigoraram vários interditos, por meio dos quais o *praetor*, se antecipava ao julgamento do *judex* e decretava providências imediatas de pronta restauração da situação jurídica do autor. Desses *interdicta*, que foram bastante numerosos, o direito moderno herdou as ações possessórias, que, quando de força nova, asseguram à vítima do esbulho ou da turbacção, liminar que faça, prontamente, cessar a ofensa à posse.

Esse caráter interdital, no direito processual contemporâneo, sofreu sucessivas ampliações, tendo o legislador instituído, entre nós, liminares satisfativas para múltiplas ações (mandado de segurança, ação popular, nunciação da obra nova, ações locatícias, busca-e-apreensão, etc.), mas sempre em caráter de exceção à regra geral de que a satisfação forçada da pretensão litigiosa haveria de dar-se apenas após a coisa julgada.

A consciência jurídica, no entanto, diante da amplitude com que o acesso à justiça veio a ser assegurado no Estado Democrático de Direito, exigia, já há algum tempo, uma regulamentação geral para a tutela de urgência ao direito subjetivo lesado.

Foi, pois, em nome da garantia do pleno e eficaz acesso à tutela jurisdicional, que, entre nós, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou a redação dos arts. [273 e 461](#) do CPC, onde se tornou realidade o poder geral do juiz de, “a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação” e “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, *caput*, e incisos I e II).

No campo das obrigações de fazer e não fazer, a inovação do art. 461 garantiu ao credor obter, sempre que possível, a “tutela específica da obrigação”, cabendo ao juiz determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (*caput*). Havendo grave risco de ineficácia da sentença, foi o juiz autorizado, expressamente, a “conceder a tutela liminarmente ou mediante justificativa prévia” (§ 3º). Para tanto, concederam-se-lhe poderes de, em liminar, assinar prazo para a realização, cominando, desde logo, multa diária e outras medidas coercitivas (§§ 4º e 5º).

Com isso, o procedimento ordinário, em nosso direito processual civil, perdeu sua pureza de expediente voltado unicamente à cognição e accertamento da situação jurídica litigiosa, passando a englobar, numa só relação processual, provimentos cognitivos e executivos. Nosso processo quebrou, assim, as fronteiras rígidas que separavam a jurisdição de conhecimento da jurisdição de execução. Em grande parte dos casos, a prestação jurisdicional passou a ser possível de efetivar-se de forma completa ao longo de apenas uma relação processual. Generalizou-se, numa palavra, o procedimento interdital entre nós.

Na Europa, de maneira geral, não se adotou essa introdução da antecipação de tutela de mérito no seio do procedimento ordinário. A tutela de emergência, obviamente, não foi desprezada, mas sua adoção se deu, em regra, pela ampliação do poder geral de cautela. Em consequência disso, passou-se a admitir que as providências cautelares poderiam tanto ter o caráter *conservativo* (medidas típicas) como *antecipatório* (medidas atípicas). A função cautelar, em outros termos para o atual direito europeu, não compreende apenas a preservação da utilidade do provimento final da jurisdição, mas também se presta a servir de instrumento ao próprio direito material subjetivo em litígio. Ao efeito *conservativo* acrescentou-se o efeito *satisfativo antecipado* (Arieta, ob. cit., nº 16, p. 58), de sorte que hoje se pode entrever no poder de cautela uma forma de valorizar a *instrumentalidade* do processo como meio de realizar mais intensamente a tutela do direito subjetivo material, e isto se obtém pela atribuição ao poder geral de cautela da força difusa de promover a antecipação da tutela de mérito, mas situações de emergência (Cf. Tommaseo, ob. cit., nº 9, ps 54-56).

Entre nós, sem embargo da dicotomia legal, que separa medidas cautelares e medidas antecipatórias, não se deixa de reconhecer que a antecipação de tutela para alcançar efeitos do direito subjetivo da parte, que ainda serão objeto de posterior provimento jurisdicional definitivo, se dá “com finalidade cautelar”, ou seja, “a prevenção do dano contribui a finalidade *imediata* pretendida com a antecipação (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 373). Uma e outra forma de prevenção contra o perigo de dano integram uma categoria única de providências acauteladoras”.

## 7. Execução das medidas de antecipação de tutela

O fato de, entre nós, ter prevalecido a orientação de tratar em regimes legais diversos a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) não elimina o elo natural que existe entre ambas. Tanto numa como noutra, a função processual corresponde ao dever de segurança que a jurisdição não deve deixar de exercitar, quando a parte submetida ao monopólio estatal da justiça se vê em risco de sofrer lesão iminente em sua esfera jurídica. Quer nas medidas cautelares típicas, quer nas antecipatórias de tutela de mérito, o que está em jogo é a garantia de efetivo acesso à justiça, que figura entre as garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O tratamento normativo das tutelas cautelar e antecipatória em regimes processuais diferentes ou em regime único é apenas uma questão de política legislativa, já que ambas se inspiram em justificativas iguais e procuram resultados similares. Há, mesmo entre os autores nacionais, quem classifique “a tutela antecipatória como *modalidade de cautelar*” (José Roberto dos Santos Bedaque, ob. cit., p. 372).

Deixar que um direito subjetivo pereça no aguardo do provimento jurisdicional definitivo é, sem dúvida, negar a tutela jurídica que o Estado garantiu, é vetar, praticamente, ao lesado o acesso à justiça. Daí por que as medidas de antecipação previstas nos arts. [273 e 461](#) do CPC são, por essência, providências emergenciais, cuja implementação não admite delongas e, por isso mesmo, hão de ser tomadas de plano, em feito de liminar, deferível até *inaudita altera parte*, quando a urgência do caso concreto o determinar.

Seu regime executivo não pode ser diferente do das medidas cautelares. Não se submetem, portanto, ao procedimento da *actio iudicati*. Ao juiz que as defere compete ordenar a sua forma de cumprimento.

Vale dizer que, para prevenir o dano, nas antecipações de tutela como nas medidas cautelares típicas, o efeito prático provisório opera de imediato, sem maiores solenidades, e resume-se em dar cumprimento ao mandado judicial expedido logo após a prolação do respectivo decisório.



Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, v.g., nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns, etc.), as medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das execuções por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação em folha de pagamento, retenção de receitas, ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória (Luiz Fux, ob. cit., § 23, p. 129). Como é óbvio, esse tipo de execução deverá ser adotado com muita cautela, porque a provisoriedade da antecipação de tutela impõe ao juiz preservar sempre a reversibilidade da medida, para a hipótese de, afinal, o provimento definitivo não ser favorável à parte que a promoveu (CPC, art. 273, § 2º).

A exigência de caução idônea, aliás, é condicionamento legal ao deferimento de qualquer medida antecipatória que importe levantamento de dinheiro pela parte (CPC, art. 273, § 3º).

## VII - TUTELA DE EMERGÊNCIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS CAUTELARES

**Sumário:** 1. *Intróito*. 2. *Pressupostos da tutela cautelar e da antecipação de tutela*. 3. *Inconveniência da radicalização na separação dos casos de tutela cautelar dos de antecipação de tutela*. 4. *Conclusões*.

### 1. *Intróito*

O drama dos efeitos do tempo sobre os resultados práticos do processo sempre esteve no centro das preocupações de legisladores e juristas.

É intuitivo que a solução dos conflitos em Juízo tem de ser útil para a parte e para o escopo geral da jurisdição, a um só tempo atribuindo o bem litigioso a quem a ele tem direito e mantendo sempre efetiva a vontade da lei na convivência social.

Sendo inevitáveis os conflitos na vida em sociedade, quando mais célebre a marcha do debate em Juízo para solucioná-los, mais idôneo se mostrará o processo para cumprir sua missão de fazer justiça, pois é evidente que a incerteza sobre a situação conflituosa e a privação dos bens próprios enquanto perduram são inquestionáveis fontes de injustiça. Abreviar esse estado de injustiça ao mínimo possível é o ideal do princípio de economia processual, um dos pilares da moderna ciência do processo.

Por outro lado, o princípio de segurança jurídica, largamente sustentado pelas constituições democráticas, como a nossa, assegura, entre as garantias fundamentais, que ninguém será privado de seus bens e direitos senão por meio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV – “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”), o qual necessariamente propiciará aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV – “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”).

Duas forças opostas, dessa maneira, atuam sobre o processo: a que exige solução rápida para o litígio e a que impõe delonga à atividade jurisdicional para efetivação do contraditório e ampla defesa. Isto faz com que, por mais rápido que consiga ser, o processo exija uma demora que pode ser mais ou menos longa, conforme a complexidade da causa.

Em razão dessa demora inevitável o processo tem de enfrentar e solucionar o perigo de alterações nocivas na situação dos seus elementos, ou seja, nos bens, pessoas e provas relacionados com o litígio. O direito processual, por isso, desde suas origens mais remotas, tem procurado criar expedientes e mecanismos capazes de, se não eliminar por completo o *periculum in mora*, pelo menos minimizá-lo, contornando as situações mais danosas e mais críticas configuráveis durante a espera do provimento jurisdicional definitivo.

Por longo tempo, apenas se conceberam medidas avulsas de aceleração de tutela, ora de adiantamento provisório da satisfação do direito substancial, como nos interditos romanos, dos quais herdamos as atuais ações possessórias, dotadas de medidas liminares, ora de simples preservação de bens litigiosos ou necessários à fiel e útil realização do escopo prático da prestação jurisdicional, como o arresto e o seqüestro.

Somente no Século atual, foi que, graças à cientificação do estudo do direito processual, se conseguiu a generalização e a sistematização da tutela cautelar, até chegar a concepção de um poder geral de cautela que dotasse o juiz de faculdades suficientes para evitar as situações de perigo de dano mesmo fora das hipóteses clássicas e específicas que o direito positivo já conhecia de longa data.

Em respeito às garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa, formadoras da essência do devido processo legal, as primeiras teorias científicas acerca do poder geral de cautela reduziram-no a um campo de atuação bastante limitado, visto que não se admitia sua utilização para satisfação direta de direitos subjetivos da parte, mas apenas para preservar, de forma neutra, os elementos necessários à atuação útil e eficaz da futura prestação jurisdicional de mérito.

Vigorou, assim, durante um longo espaço de tempo, a concepção de que as medidas cautelares, correspondentes ao poder geral de cautela, não poderiam ser de natureza “satisfativa”, mas apenas “preventiva”.

Exemplo desse entendimento tradicional encontra-se em acórdão do STJ onde se proclamou que “não têm as medidas cautelares a função de proteger o direito da parte, mas tão-só, de garantir a eficácia do processo principal” (STJ, 3ª T., Pet. 324-0/SP, ac. de 25.08.1992, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RSTJ 43/213).

Como, em muitas situações, o retardamento de satisfação de várias pretensões representava verdadeira denegação de justiça, posto que o seu tardio reconhecimento retirava toda utilidade prática do provimento judicial de mérito, muitas vezes reclamavam maior elasticidade na concepção do poder geral de cautela, enquanto o legislador, casuisticamente, ia criando ações especiais onde se incluía, em circunstâncias especiais, a possibilidade de liminares satisfativas, como na ação popular, no mandado de segurança, na ação civil pública, na ação direta de inconstitucionalidade, nas ações locatícias, etc.

Cada vez mais se reclamava a generalização do poder cautelar, de modo a dotar o órgão judicial de um poder geral não apenas cautelar no sentido estrito, mas que abrangesse também, e sempre que necessário, a antecipação de satisfação ao direito material da parte, desde que evidente e sob risco de frustração final, para a hipótese de ter de aguardar o esgotamento de todos os trâmites do processo ordinário.

No direito europeu, bem antes da reforma de 1964 ocorrida no direito brasileiro, consolidou-se a ampliação do poder geral de cautela, nele incluindo-se, não sem resistências, as medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa. Vê-se, na lição de Frederico Carpi a explicação de que

“A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos **não é efetiva se não é obtível rapidamente**” (*La tutela d'urgenza fra cautela, “sentenza anticipada” e giudizio di merito, Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985, p. 4*).

As liminares satisfativas deferíveis apenas em alguns processos adrede arrolados pelo direito positivo passaram a ser vistas como privilégios, que se deveriam evitar (Giuseppe Tarzia, *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, *Considerazione Conclusiva*, ps. 312-313).

Evoluiu-se, então, em todo direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória geral tanto para *conservar* como para *regular* a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a *regulação provisória* da lide fosse de tal modo a impedir *reversão* no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal de modo diverso.

“Il punto essenziale, a meo avviso, è che il regolamento provvisorio non ostacola il regolamento definitivo, che sarà dato giudice del merito” (Tarzia, ob. cit., p. 315).

Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava “regulamento provisório” do litígio, Tarzia dá seu testemunho de que a idéia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus (ob. cit., p. 315).

## 2. Pressupostos da tutela cautelar e da antecipação de tutela

Segundo a teoria tradicional da tutela cautelar, as medidas preventivas sujeitam-se a dois pressupostos que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Pelo *fumus boni iuris*, reclama-se do requerente a demonstração de *aparência de um direito subjetivo* envolvido no litígio; e pelo *periculum in mora* entende-se o risco de um dano grave e de difícil reparação, suportado pelo mesmo direito, caso se tenha de aguardar o desfecho definitivo do processo. Disso decorre um perigo de inutilização do próprio processo, já que, afinal, o provimento em prol do direito subjetivo da parte, depois de consumada a lesão, cairia no vazio, tornando-se uma inutilidade prática. O remédio processual perseguido e deferido à parte não teria eficácia para cumprir sua função tutelar perante a situação jurídica material deduzida em juízo.

Nesse sentido, fala-se que a tutela cautelar é mais uma defesa da eficácia do processo do que propriamente uma garantia do direito subjetivo material da parte. O destino do processo cautelar é, em suma, “*fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva*”, na lição de Micheli (*Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE, 1970, v. I, nº 20, p. 78).

Com relação à antecipação de tutela (CPC, arts. [273](#) e [461](#)), a lei exige requisitos simétricos aos da tutela cautelar, que são:

- a) a *prova inequívoca* do direito da parte e a *verossimilhança* de suas alegações (art. 273, *caput*); e
- b) o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I, CPC).

O segundo pressuposto pode ser, em alguns casos, substituído pelo “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, do CPC).

Esse esboço permite, desde já, dizer que há grande similitude de pressupostos entre as medidas cautelares e as de antecipação de tutela que permite classificar ambas como destinados a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional mas reservando a cada uma delas um campo de atuação próprio e distinto. Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se com preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do

processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do *pedido*.

Diante disso, o campo de atuação do juiz é mais livre no pertinente às medidas cautelares, onde prevalece o princípio da fungibilidade (CPC, art. 805), capaz de autorizar o deferimento de providência prática diferente da que fora requerida pela parte. Preocupado o juiz em preservar a utilidade prática do processo, é possível o deferimento de providência externa completamente distinta da medida de mérito esperada da sentença. Assim, antecipam-se provas, inibem-se alienações ou desvios de bens, ora para garantir a apuração da verdade, ora simplesmente para evitar a ocorrência de perecimento de bem litigioso ou para assegurar a solvabilidade do patrimônio do devedor.

Já no âmbito de antecipação de tutela, o espaço de liberdade do juiz é quase nenhum. Somente o que for requerido pela parte poderá ser concedido dentro do permissivo contido no art. 273 do CPC. E se configurados os pressupostos legais, não há discricionariedade para o juiz. A antecipação é direito da parte. Da mesma forma, se o interessado não fornece ao juiz os comprovantes dos pressupostos do art. 273, não lhe resta margem para propiciar benesses ao requerente. O pedido de antecipação terá de ser irremediavelmente denegado.

Outra grande distinção entre as medidas cotejadas está situada no terreno das provas. Para obter medida neutra, de caráter cautelar puro, é suficiente o *fumus boni iuris*, mera aparência do bom direito. Admite-se a concessão de medida da espécie até mesmo em situação de dúvida, sob o velho pretexto de que é preferível prevenir do que remediar (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1959, v. VIII, p. 295; Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistemático del Povevementi Cautelari*, 1936, p. 20; Ovidio A. Baptista da Silva, *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 2ª ed., p. 68).

No entanto, para alcançar a antecipação de tutela, a parte terá, obrigatoriamente, de produzir “prova inequívoca”. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa de ser necessariamente documental. Terá, no entanto, ser claro, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão afinal, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor. Por isso, a lei exige que a medida antecipada seja sempre reversível.

De outro lado, antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC. É que mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e terá de aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada (Watanabe, ob. cit., p. 38).

Já o que se procura alcançar com a tutela antecipada do art. 273 é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito da parte. Antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito.

Dessa forma, ainda que se mostre cabível o julgamento de mérito previsto no art. 330 do CPC, mesmo assim poderá haver interesse da parte na obtenção de liminar dentro dos moldes do art. 273 do mesmo Código.

Além da “prova inequívoca”, o requerente terá de apresentar ao juiz uma versão *verossímil* do quadro justificador de sua pretensão. Assim, a “*verossimilhança da alegação*” corresponde ao juízo de convencimento a ser feito em torno de toda a conjuntura fática invocada pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam *relevantes* e apoiados em prova *idônea*. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade são apreciáveis fatos dessa espécie. Mas, a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a *verossimilhança* a seu respeito, a qual somente se configurará quando a *prova* apontar para “uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações de litigante” (Carreira Alvim, *CPC Reformado*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 145; J. E. S. Frias, ob. cit., p. 65; Cândido Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 143).

Outro ponto de diferença entre as medidas cautelares e as antecipatórias está na possibilidade de o juiz antecipar a tutela ao autor sem a presença do risco de dano imediato e irreparável, baseando-se apenas no “*abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*” (art. 273, II).

Esse *abuso do direito de defesa* ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela (J. E. S. Frias, ob. cit., p. 66). Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do “*manifesto propósito protelatório do réu*” (Teori Albino Zavascky, ob. cit., ps. 153-154).



Não há situação análoga quando se trata de medida cautelar, que sempre deverá sujeitar-se ao requisito do perigo de dano grave e de difícil reparação (art. 298).

Por fim, as medidas cautelares são objeto de ação separada da ação principal, embora a esta se ligue por acessoriedade. Já as medidas antecipatórias são sempre incidentes do próprio processo principal, onde constituem objeto de simples decisão interlocutória.

### 3. Inconveniência da radicalização na separação dos casos de tutela cautelar dos de antecipação de tutela

Diante do Código Processual Civil, há dois regimes distintos: um para as medidas cautelares e outro para as de tutela antecipada.

Embora a antecipação seja “desburocratizada”, porque pleiteável por meio de simples petição no bojo da ação de conhecimento, o certo é que os requisitos a serem atendidos pela parte são mais numerosos e mais rígidos do que os das medidas cautelares. Assim, por exemplo, a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto a tutela antecipada somente pode apoiar-se em *prova inequívoca*.

Em princípio, pois, não se pode formular pretensão de antecipar efeitos do julgamento de mérito, em sede de ação cautelar, porquanto isto ensejaria à parte obter a tutela excepcional do art. 273 do CPC, sem se submeter às suas exigências e condicionamentos típicos.

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentabilidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

Nota-se, no entanto, da parte de alguns julgados, a tendência de adotar-se um excessivo tecnicismo para separar em compartimentos estanques e inflexíveis as hipóteses de tutela cautelar e as de antecipação de tutela.

É preciso, todavia, muita prudência no tratamento de matéria tão delicada como é a da prevenção em qualquer de suas modalidades, pois o rigor tecnicista pode simplesmente anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional maiores do que os que causava a falta do remédio inovador.

Antes de tudo, é muito importante lembrar que a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Foi inspirada, ao contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio para somar e não para subtrair.

Assim, como ponto de partida, é de ponderar que se é nítida no direito brasileiro atual, a diferença técnica ou teórica entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, o mesmo nem sempre ocorre nas situações práticas levadas à solução judicial.

É que a vida quase nunca se amolda docilmente às previsões do legislador, nem aceita a rigidez de suas normas como fórmulas infalíveis de compreensão e solução da complexa e multifacetária convivência humana numa sociedade cuja característica dominante é o conflito acima de tudo e não a singela e espontânea busca do comportamento individual pautado segundo o programa do direito positivo.

Aliás, a pretensão de separar, em campos diversos e bem delineados, as medidas cautelares e as de antecipação de tutela, é tarefa que apenas o direito brasileiro, ambiciosamente, almejou. No direito europeu – onde primeiro se sentiu e exaltou a necessidade de incluir nos poderes do órgão judicial o de, em caso de urgência, permitir não só a prevenção, mas também a satisfação provisória da pretensão cuja realização se busca na tutela definitiva de mérito – o que se fez não foi criar uma nova modalidade de prestação jurisdicional a par da cautelar. Entendeu-se, simplesmente, que a lei poderia perfeitamente ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do *periculum in mora*, em certos casos, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que isto fosse indispensável para atingir a plena *efetividade* da prestação jurisdicional e que ficasse resguardada a possibilidade de reversão, na hipótese de eventual resultado adverso para o beneficiário na sentença definitiva da lide.

É importante conhecer estes antecedentes históricos de nosso art. 273 do CPC, com a redação nova da Lei nº 8.952/94, para evitar atitudes de rigidez conceitual que não condizem, de maneira alguma, com os objetivos que a ampliação da tutela preventiva visou alcançar, dentro da perspectiva de uma prestação jurisdicional que se afastasse do plano meramente formal para atingir o da realidade material e o da efetividade da justiça.

No direito europeu, onde se forjaram os antecedentes históricos e culturais da norma introduzida no novo art. 273 do CPC brasileiro, tudo se fez, em matéria de tutela antecipatória, dentro do próprio conceito de *poder geral de cautela*, sem que a tradição da ciência processual se sentisse compelida a entrever uma repugnância entre a noção de prevenção cautelar e a de antecipação provisória emergencial, quando ambas fossem geradas pela conjuntura comum do *periculum in mora*.

A propósito, convém ressaltar que o direito comparado contemporâneo admite tranqüila e maciçamente que o perigo obstaculável pela tutela cautelar (*periculum in mora*) tanto pode afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do litigante. Daí

que a medida cautelar tanto pode impedir a simples frustração da sentença como ato processual definitivo como pode antecipar provisoriamente a mesma sentença para evitar a inutilização irremediável do próprio direito material da parte que demanda a tutela jurisdicional.

Andrea Proto Pisani, a partir da constatação da existência dessas duas espécies de *periculum in mora*, registra ser possível distinguir os *provimentos cautelares* em duas grandes categorias:

a) “*provvedimenti cautelari conservativi della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza*;

b) *provvedimenti cautelari anticipatori della soddisfazione del diritto*” (La Nuova Disciplina del Processo Civile, Napoli, Jovene Ed., 1991, p. 308).

Também Ferucio Tommaseo registra que o poder cautelar do juiz não se restringe a evitar o risco dos fatos prejudiciais derivados da demora do processo (atacados pelas medidas cautelares *conservativas*), mas alcança, também, “*il danno ulteriore che può derivare dal verificarsi, nelle more del processo, di fatti lesivi del diritto controverso*”. Em tal hipótese, deve atuar a medida cautelar como “*tecnica della anticipazione della soddisfazione*”, para o fim de “*impedire il pregiudizio che il perdurare di una situazione anti giuridica provoca al titolare del diritto*” (Tommaseo, *I Provvedimenti D’Urgenza*, Padova, Cedam, 1983, ps. 134-135; Proto Pisani, ob. cit., p. 308).

O direito comparado, mormente nas fontes européias, como se vê, não aponta para uma diversidade essencial entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Pelo contrário, as reúne como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional. A distinção entre “*provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori*” é feita no plano teórico para justificar as dimensões e fundamentos da tutela em questão e para “*consentire una prima distinzione fra i variegati fenomeni rientrano nella tutela cautelare complessivamente intensa*” (Proto Pisani, ob. cit., p. 308).

Longe, pois, de assinalar uma barreira intransponível entre as medidas conservativas e as antecipatórias, o que se intenta é harmonizá-las como integradas ambas dentro da sistemática e do escopo geral da tutela cautelar.

Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do *mérito* da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

#### 4. Conclusões

A introdução da antecipação de tutela entre os poderes gerais do juiz, operada pela reforma do CPC brasileiro não teve a função de restringir o poder geral de cautela. Com ela o que se buscou foi uma grande ampliação da tutela de prevenção ou de emergência.

A inovação veio, na verdade, para harmonizar-se com a já consagrada tutela cautelar, de modo que nenhum risco de lesão grave ficasse sem remédio processual. Sua meta evidente foi a de evitar, sempre, a transformação da duração temporal do processo, em causa de prejuízo sério para o direito da parte a quem o Estado deve tutela jurisdicional não apenas nominal, mas proteção que seja substancialmente idônea.

Entre a tutela cautelar primitiva e a nova tutela de antecipação o que tem de haver é uma soma e não qualquer espécie de subtração.

Ao aplicador da lei processual incumbe, então, esforçar-se para fugir de tecnicismos estéreis na separação dos terrenos da tutela cautelar genérica e da antecipação de tutela, que, se podem satisfazer vaidades acadêmicas, em nada contribuem para a implementação das metas instrumentais do moderno direito processual, cada vez menos voltado para o dogmatismo e cada vez mais preocupado com os resultados práticos capazes de criar nesse limiar de um novo século um processo que mereça, realmente, o epíteto do *devido processo legal*, ou mais precisamente, de um *processo justo*.

#### BIBLIOGRAFIA

AFONSO BORGES, Marcos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1974-1975.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 2ª ed., México, 1970.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1963.

\_\_\_\_\_. “Per una nozione del processo cautelare”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1936, parte I.

- ALMEIDA E SOUZA, Manuel de. *Segundas Linhas sobre Processo Civil*, 1ª ed.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1ª ed., Buenos Aires, 1943.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 3ª ed., Rio, 1965.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, 1ª ed., v. IV, Rio, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras Linhas sobre Direito Processual Civil*, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras Linhas sobre Direito Processual Civil*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. “As fases lógicas do procedimento ordinário”, in *Rev. Forense*, v. 243, ps. 22-27.
- AMBRA, Luiz. *Embargos de Terceiro*, 1ª ed., São Paulo, 1971.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2ª ed., São Paulo, 1960.
- ANDRADE, Luis Antônio de. *Aspecto e Inovações do Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Locação e Despejo*, 1ª ed., Rio, 1966.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Commento al Codice di Procedura Civile*, Nápoles, 1964.
- ARAGÃO, Paulo César. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. V, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Código de Processo Civil Comentado*, 1ª ed., São Paulo, 1975-1979.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*, 1ª ed., RT, São Paulo, 1972.
- \_\_\_\_\_. “Parecer”, in *Rev. Forense*, v. 246, p. 333.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1998.
- ASSIS, Jacy de. *Processos de Procedimento Edital*, 1ª ed., Uberlândia, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Equiparação de Interesse”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. II, ps. 73-82.
- AURICCHIO, Alberto. *Simulação no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1964.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 1ª ed., Rio, 1970.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. I, 1ª ed., Rio, 1975.
- \_\_\_\_\_. “O processo cautelar no Anteprojeto do Código de Processo Civil”, in *Rev. dos Tribunais*, v. 442.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil*, 1ª ed., Rio, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Litisconsórcio Unitário*, 1ª ed., Rio, 1972.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, v. I, 1ª ed., Rio, 1975.

- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. V, 1ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. “O benefício da dilatação do prazo para a Fazenda Pública”, in *Rev. Forense*, v. 247.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 5ª ed., Rio, 1982.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 4ª ed., São Paulo, 1967.
- BATISTA MARTINS, Pedro. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. I, II e III, 2ª ed., Rio, 1961.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, 1ª ed., Porto Alegre, 1985.
- \_\_\_\_\_. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, Rio, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo*, Rio, 1976.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas Sumárias de Urgência*, São Paulo, Malheiros, 1998.
- BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. VII, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., 1936.
- BISCARDI, Arnaldo. “Sequestro (*Diritto Romano*)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII.
- BORGES, João Eunápio. *Títulos de Crédito*, 1ª ed., Rio, 1971.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução Provisória e Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1999.
- BUROW, Oscar. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, Barcelona, ed. 1964.
- BUZAID, Alfredo. *Concurso de Credores*, 1ª ed., São Paulo, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, 1956.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito*, 1ª ed., São Paulo, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil*, 1972.
- \_\_\_\_\_. “Parecer”, in *Justitia*, v. 60.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1941.
- \_\_\_\_\_. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Pádua, 1936.
- \_\_\_\_\_. *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, 1945.
- CALDAS, Gilberto. *Ação Executiva*, São Paulo, 1976.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da Revelia do Demandado*, Salvador, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. III, 1ª ed., Rio, 1974.
- CALVOSA, Carlo. “Provvedimenti d’urgenza”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIV.
- \_\_\_\_\_. *Il Processo Cautelare*, Turim, 1970.

- \_\_\_\_\_. *La Tutela Cautelare: Profilo sistematico*, Turim, 1963.
- \_\_\_\_\_. “Sequestro Giudiziario”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lumem Juris, 1998, v. II.
- CAMPOS, João Vicente. *Anotações aos Comentários ao Código de Processo Civil*, de Hugo Simas, 2ª ed., Rio, 1962.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Aires, 1972.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Processo Civile Italiano*, 5ª ed., 1956.
- \_\_\_\_\_. *Diritto e Processo*, Nápoles, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1936.
- \_\_\_\_\_. “Misure Cautelare Innominate”, in *Revista di Diritto Processuale Civile*, 1943, I.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1933.
- CARRION, Valentim. “Medidas Cautelares Atípicas”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- CARVALHO MANGE, Roger de. “A Insolvência no Novo Código de Processo Civil”, in *Rev. dos Tribunais*, v. 462, ps. 30-41.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil Interpretado*, 5ª ed., Rio, 1959.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela Antecipada*, v. I – *Na Teoria Geral do Processo*, São Paulo, LTr, 1999.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. X, 2ª ed., Rio, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. VIII, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., Rio, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Do Procedimento de Execução*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- CASTRO, Artur Anselmo de. *A Ação Executiva Singular, Comum e Especial*, 1ª ed., 1970.
- CASTRO, José Antônio de. *Medidas Cautelares*, São Paulo, 1979.
- CASTRO FILHO, José Olympio. *Prática Forense*, 1ª ed., Rio, 1974-1975.
- \_\_\_\_\_. “Revelia, Efeitos da Revelia, Declaração Incidente, Fatos Impeditivos, Modificativos ou Extintivos do Pedido”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- \_\_\_\_\_. “Aspectos Principais das Medidas Cautelares e dos Procedimentos Específicos”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de Menegale, 3ª ed., São Paulo, 1969.
- CONIGLIO, Antonino. *Il Sequestro Giudiziario e Conservativo*, 3ª ed., Milão, 1949.
- CORREA, Roberto. *A Nova Lei de Execução Fiscal Anotada*, São Paulo, 1980.
- COSTA, Sérgio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed.
- \_\_\_\_\_. “Sequestro Conservativo”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII.
- COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Dos Recursos em Primeiro Grau de Jurisdição*, 1ª ed., São Paulo, 1974.

COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *Curso Teórico-Prático de Direito Judiciário Civil*, 5ª ed., São Paulo, 1973.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1971.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, ed. s/data, Rio.

\_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1979.

CUCHE, Paul. *Voies d'Exécution – Précis Dalloz*, 10ª ed., Paris.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. *Estudos de Direito Processual*, 1ª ed., Uberaba, 1974.

\_\_\_\_\_. “Comentário”, in *Rev. Brasileira de Direito Processual*, v. IV, ps. 180-188.

\_\_\_\_\_. *Execução Fiscal e Embargos do Devedor*, Rio, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Execução Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1973.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*, 1ª ed., São Paulo, 1974.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1975.

D'ONOFRIO, Paolo. *Commento al Codice di Procedura Civile*, Turim, 1953.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, 1974.

ESTRELLA, Hernani. “Duplicata não aceita é título inábil para decretação de falência”, in *Rev. Forense*, v. 237.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, 1ª ed., Rio, 1974.

\_\_\_\_\_. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, São Paulo, Dialética, 1998.

FRANÇA, R. Limongi. *A Lei do Divórcio*, 1ª ed., 1978, p. 178.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, 1ª ed., São Paulo, 1960-1966.

FORNACIARI Jr., Clito. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1979.

FURNO, Carlo. *La Sospensione del Processo Esecutivo*, Milão, 1956.

FUX, Luiz. *Tutela Antecipada e Tutela da Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996.

GARBAGNATI, Edoardo. *Il Concorso di Creditori nel Processo di Espropriazione*, Milão, 1959.

\_\_\_\_\_. “Preclusione pro indicato e titolo ingiuntivo”, in *Riv. Diritto Processuale*, v. IV, parte I, 1949.

GARSONNET, E. e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*, Paris, 1911.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., Barcelona, 1936.

\_\_\_\_\_. *Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires, 1961.

GOMES, Orlando. *Sucessões*, 1ª ed., Rio, 1970.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1975.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1974.

- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Ação Declaratória Incidental*, 1ª ed., São Paulo, 1972.
- GUARNIERI, Giuseppe. “Sequestro Conservativo Penale”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII.
- GUASP, James. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada. Controle de Admissibilidade*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1998.
- GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*, 3ª ed., São Paulo, 1934.
- JAPUR, José. “O Tribunal de Contas e o Municipalismo”, in *Rev. de Direito Administrativo*, v. 107, ps. 393-395.
- JIMENEZ-ALFARO, Francisco Cervera. *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, 1954.
- LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*, 1ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Processo Cautelar”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- LACELOTTI, Franco. “Osservazioni Critiche Intorno all’Autonomia Processuale della Tutela Cautelare”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XVI, parte I, 1936.
- LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*, Nápoles, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 3ª ed., São Paulo, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Embargos do Executado*, 2ª ed., São Paulo, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Efficacia e Autorità della Sentenza*, reimpressão da 1ª ed., Milão, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, reimpressão da 2ª ed., Milão, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo, 1947.
- \_\_\_\_\_. “Unità del Procedimento Cautelare”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. IX.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires, 2ª ed., Rio, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*, trad. de Cândido Rangel Dinamarco, Rio, 1984.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. VI, Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Sistema de Normas Gerais dos Recursos Cíveis*, 1ª ed., Rio, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série RT, v. XII, São Paulo, 1982.
- LIMA, Cláudio Vianna. *Processo de Execução*, 1ª ed., Rio, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Procedimento Ordinário*, 1ª ed., Rio, 1973.
- \_\_\_\_\_. “O processo cautelar no novo Código de Processo Civil”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- LIMA, Herotides da Silva. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*, v. I, São Paulo, 1940.
- LIMA, Paulo A. C. *Código de Processo Civil – Crítica e Exegese*, 1ª ed., Rio, 1973.
- LOPES CARDOSO, Eurico. *Manual da Ação Executiva*, ed. 1964.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio, 1959.

- \_\_\_\_\_. *Medidas Preventivas*, 2ª ed., Belo Horizonte, 1958.
- \_\_\_\_\_. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*, 1ª ed., Belo Horizonte, 1961.
- LOPES DA COSTA, A. A. e Teixeira, S. F. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Rio, 1982.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*, São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. IV, 1ª ed., Rio, 1942.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Rio, 1969.
- MALACHINI, Edson Ribas. *Questões sobre a Execução e os Embargos do Devedor*, São Paulo, 1980.
- MANDRIOLI, Crisanto. *L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica*, 1ª ed., Milão, 1953.
- \_\_\_\_\_. *L'Azione Esecutiva*, Milão, 1955.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória*, São Paulo, RT, 1998.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Rio, 1958 a 1960.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I a III, São Paulo, 1974-1975.
- \_\_\_\_\_. “O Artigo 749 do CPC”, in *O Estado de São Paulo*, 17.03.74.
- MARQUES, José Frederico. “Embargos do Executado”, in *O Estado de São Paulo*, 01.09.74.
- \_\_\_\_\_. “Duplicata sem aceite como título executivo”, in *O Estado de São Paulo*, 21.09.75.
- \_\_\_\_\_. “Recurso extraordinário e natureza da execução”, in *O Estado de São Paulo*, 16.11.75.
- \_\_\_\_\_. “Liquidação da sentença”, in *O Estado de São Paulo*, 04.01.76.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Direito de Retenção*, 3ª ed., 1957.
- MENDES DE ALMEIDA Jr., João. *Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª ed., Rio, 1918.
- MICHEL, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1970.
- MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do Direito Processual Civil*, 1ª ed., Rio, (s/data).
- \_\_\_\_\_. *Manual de Prática Forense*, 4ª ed., Rio, 1960.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. II, 1ª ed., Rio, 1974.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, 1912.
- MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. IX, 1ª ed., Rio, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Breves Observações sobre o Processo Cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973”, in *Rev. Forense*, v. 246.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado – Exceção de Pré-Executividade*, São Paulo, Saraiva, 1998.
- MOREIRA PIMENTEL, Wellington. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. III, São Paulo, 1975.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 4ª ed., Milão, 1923.



- MOSCHELLA, Ignazio. "Misure Conservative", in Vittorio Scialoja, *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, v. III, p. 111.
- MOURA BITTENCOURT, Edgard de. *Alimentos*, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- MOURA ROCHA, José de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. IX, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Sistemática do Novo Processo de Execução*, São Paulo, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Exegese do Código de Processo Civil*, série Aide, v. VIII, Rio, 1981.
- MOUTINHO DE ALMEIDA, L. P. *O Processo Cautelar de Apreensão de Veículos Automóveis*, Coimbra, 1981.
- NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, v. VII, Rio (s/data).
- \_\_\_\_\_. *Coisa Julgada*, 1ª ed., São Paulo, 1971.
- NICACIO, Antônio. *A Nova Lei da Execução Fiscal*, São Paulo, 1981.
- NONATO, Orozimbo. *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, 1ª ed., Rio, 1957.
- OLIVEIRA, Edison Josué Campos de. *Sustação de Protesto de Títulos*, 2ª tiragem, São Paulo, 1974.
- OLIVEIRA, Itabaiana de. *Elementos de Direitos das Sucessões*.
- OLIVEIRA, Antônio C. Mariz de. *Embargos do Devedor*, São Paulo, 1977.
- OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*, 1ª ed., São Paulo, 1971.
- PABST, Haroldo. *O Crédito Hipotecário na Execução Movida por Terceiro*, São Paulo, 1978.
- PAES DE BARROS LEÃES, Luiz Gastão. "Comentário", in *Rev. de Direito Mercantil* (nova série), v. 5, p. 116.
- PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, 1977.
- PAULA BATISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Comercial*, 6ª ed., Rio, 1901.
- PELUSO, Antônio César. "Decisão", in *O Estado de S. Paulo*, 15.06.74.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 1ª ed., Rio, 1969-1974.
- PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, Rio, 1907.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. IV, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- \_\_\_\_\_. "Síntese Informativa do Processo Cautelar", in *Rev. Forense*, v. 247.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série RT, v. III, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Do Seqüestro no Processo Penal Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo, 1973.
- PODETTI, Ramiro. "Las Medidas Cautelares y el Embargo Preventivo de los Fructos de la Cosa Litigiosa", in *Revista de Derecho Procesal* (Alsina), v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1956.
- \_\_\_\_\_. *Teoria y Técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires, s/d.
- POMÉS, Juan. *Medidas Cautelares*, Santiago do Chile, 1962.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Rio, 1954 a 1969.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*, 1ª ed., v. I a V, São Paulo, 1970 a 1974.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. VIII e IX, Rio, 1969.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., 17 v., Rio, 1974-1978.

\_\_\_\_\_. *História e Prática do Arresto ou Embargo*, São Paulo, 1929.

PRATA, Edson Gonçalves. *Estudos de Direito Processual Civil*, Uberaba, 1974.

\_\_\_\_\_. *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo, 1977.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Voluntária*, São Paulo, 1977.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Concursal, Procedimientos Sucesorios, Jurisdicción Voluntaria, Medidas Cautelares*, 1ª ed., Madrid, 1974.

PRIETO-CASTRO Y FERRENDIZ, Leonardo (e outros). *El Sistema de Medidas Cautelares*, 1ª ed., Pamplona, 1974.

PUGLIATI, Salvatore. *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, 1ª ed., Milão, 1935.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe Brasileira*, São Paulo, 1869.

RAO, Vicente. “Parecer”, in *Rev. dos Tribunais*, v. 279, ps. 41-47.

RAZUK, Abrão. *Da Penhora*, São Paulo, 1980.

REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Milão, 1939.

\_\_\_\_\_. *Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Milão, 1954.

REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*, 1ª ed., Coimbra, 1943.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, 1946.

\_\_\_\_\_. *A Figura do Processo Cautelar*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 3, Lisboa.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. I, 1ª ed., São Paulo, 1975.

RESTIFFE NETTO, Paulo. *Garantia Fiduciária*, 1ª ed., São Paulo, 1975.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., São Paulo, 1959.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, Rio, 1879.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. *Estudos de Direito Processual Civil*, v. I a IV, Bauru, 1981-1984.

ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*, México, 1944.

ROCCO, Ugo. *Tratatto di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1959.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Mellendo y Marino Ayerra Redin, Bogotá, 1969-1977.

RODRIGUES FILHO, Eulámpio. *Das Provas e da Audiência*, São Paulo, 1981.

ROMERO, Ignacio de Casso y. *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, 1954.

ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, 1973.

- \_\_\_\_\_. *Cadernos de Processo Civil*, v. I e II, Rio, 1973; v. III, Rio, 1975.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-Executividade*, Porto Alegre, Fabris, 1996.
- ROSAS, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. V, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., Buenos Aires, 1955.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Estudos de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Uberlândia, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Procedimentos Especiais*, 1ª ed., São Paulo, 1976.
- SANTOS, Milton Evaristo dos. *O Novo Código de Processo nos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Processo de Execução na Doutrina e na Jurisprudência*, Rio, 1982.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, tradução brasileira, 1ª ed., Rio, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, livro IV, t. I, ed. 1968.
- SCAGLIONI, Alfredo. *Il Sequestro nel Processo Civile*, Milão, 1941.
- SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950.
- SENE, José Cândido da Costa. “Caução”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. VII, Rio.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais*, 1ª ed., Rio, 1959.
- SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- SILVA PACHECO, José da. *Tratado das Execuções*, 1ª ed., v. 5., Rio, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das Execuções, Processo de Execução*, v. I e II, São Paulo, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Falência e Concordata*, 1ª ed., Rio, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal*, São Paulo, 1981.
- \_\_\_\_\_. *O Atentado no Processo Civil*, Rio, 1958.
- SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, 2ª ed., Rio, 1962.
- SOUZA, Orlando de. *Processo de Execução*, 2ª ed., São Paulo, 1979.
- SOUZA, Rubens Gomes de. “Sujeito passivo das taxas”, in *Rev. de Direito Público*, v. XVI, ps. 347-348.
- TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil* (Lopes da Costa), 3ª ed., Rio, 1982.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares*, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estudos de Direito Processual Civil*, Uberaba, 1974.
- \_\_\_\_\_. *A Insolvência Civil*, 2ª ed., Rio, 1984.
- \_\_\_\_\_. “O Concurso de credores e a execução singular”, in *Rev. dos Tribunais*, v. 437, ps. 38-46.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Conhecimento*, 3ª ed., Rio, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Execução*, 9ª ed., São Paulo, 1984.

- \_\_\_\_\_. *Processo Cautelar*, 6ª ed., São Paulo, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Nova Lei de Execução Fiscal*, 1ª ed., São Paulo, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, 1ª ed., v. IV, Rio, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, 2ª ed., v. V, Rio, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Execução*, 2ª ed., São Paulo, 1975.
- \_\_\_\_\_. “A Investigação de Paternidade e o Direito de Alimentos em face da filiação adulterina *a matre*”, in *Rev. Forense*, v. 238, ps. 38-44, e *Rev. dos Tribunais*, v. 452, ps. 21-30.
- \_\_\_\_\_. “Depósito e Administração dos bens penhorados”, in *Rev. Brasileira de Direito Processual*, v. 3, ps. 71-94.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. I e II, 1ª ed., São Paulo, 1974-1975.
- TORRES VERA, Javier. *Jurisdicción y Cautela*, 1ª ed., Santiago do Chile, 1965.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*, 1ª ed., São Paulo, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Da Contumácia no Processo Civil Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo, 1964.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual*, 1ª ed., São Paulo, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. XIII, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, Dialética, 1998.
- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Rev. dos Tribunais, v. VI, 1ª ed., São Paulo, 1974.
- VILAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*, 1ª ed., São Paulo, 1971.
- VINCENT, Jean. *Voies d'Exécution – Précis Dalloz*, 10ª ed., Paris.
- \_\_\_\_\_. *Procédure Civile – Précis Dalloz*, 16ª ed., Paris, 1973.
- VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*, ed. 1934, Madrid.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*, 2ª ed., São Paulo, 1969.
- WALTER, Belmiro Pedro. *Fraude de Execução*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso Avançado de Processo Civil*, São Paulo, RT, 1998, v. II e III.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii*. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo, RT, 1997.
- WHITAKER, José Maria. *Letra de Câmbio*, 7ª ed., São Paulo, 1963.
- ZANZUCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*, Milão, 1964.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Título Executivo e Liquidação*, São Paulo, RT, 1999.

## ÍNDICE DOS FLUXOGRAMAS

- 26 – Liquidação de sentença por cálculo do contador (arts. 604-605) - pág. [102](#)
- 27 – Liquidação de sentença por arbitramento (arts. 606-607) - pág. [103](#)
- 28 – Liquidação de sentença por artigos (arts. 608-609) - pág. [104](#)
- 29 – Execução para a entrega de coisa certa (arts. 621-628) - pág. [167](#)
- 30 – Execução para a entrega de coisa incerta (arts. 629-631) - pág. [168](#)
- 31 – Execução das obrigações de fazer (prestações fungíveis) (arts. 632-637) - pág. [184](#)
- 32 – Execução das obrigações de fazer (prestações infungíveis) (art. 638) - pág. [185](#)
- 33 – Execução das obrigações de não-fazer (arts. 642-643) - pág. [186](#)
- 34 – Execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646-729) - pág. [274](#)
- 35 – Embargos do devedor (arts. 736-744) - pág. [301](#)
- 36 – Execução por quantia certa contra devedor insolvente (arts. 748-773) - pág. [340](#)
- 37 – Extinção das obrigações do insolvente (arts. 777-782) - pág. [341](#)
- 38 – Procedimento cautelar comum (arts. 802-803) - pág. [423](#)
- 39 – Arresto (arts. 813-820) - pág. [463](#)
- 40 – Seqüestro (art. 823) - pág. [477](#)
- 41 – Caução (arts. 829-834) - pág. [491](#)
- 42 – Busca e apreensão (arts. 840-843) - pág. [499](#)
- 43 – Exibição (contra parte da lide) (arts. 844-845 e 355-359) - pág. [513](#)
- 44 – Exibição (contra terceiro) (arts. 360-362) - pág. [514](#)
- 45 – Produção antecipada de provas (arts. 846-851) - pág. [528](#)
- 46 – Alimentos provisionais (arts. 852-854) - pág. [540](#)
- 47 – Arrolamento de bens (arts. 857-860) - pág. [549](#)
- 48 – Justificação (arts. 861-866) - pág. [556](#)
- 49 – Protestos, notificações e interpelações (arts. 867-873) - pág. [565](#)
- 50 – Homologação do penhor legal (arts. 874-876) - pág. [571](#)
- 51 – Posse em nome do nascituro (arts. 877-878) - pág. [578](#)
- 52 – Atentado (arts. 880-881) - pág. [590](#)
- 53 – Protesto cambiário (arts. 882-884) - pág. [596](#)
- 54 – Apreensão de títulos retidos (arts. 885-887) - pág. [597](#)