

DAS RESPOSTAS DO EXECUTADO NOS QUADROS DA TEORIA DA POSTULAÇÃO E DEFESA DIANTE DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

RESPONSES OF THE EXECUTIVE IN THE THEORY OF TABLES POSTULATION AND DEFENSE BEFORE THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLED

Luciano Henrik Silveira Vieira¹

Resumo

O direito de ação (acesso ao Direito) independe de qualquer condição, mesmo que procedimental, pois elevado à categoria de direito fundamental e assegurado pela garantia constitucional do devido processo. Em tal concepção se inclui a execução, em qualquer de suas modalidades, uma vez que somente se concretizará o “acesso à justiça” se forem oportunizados à parte o contraditório, a ampla defesa e a incessante fiscalização da construção do provimento jurisdicional, como uma expressão da democracia constitucionalizada. Nessa perspectiva de *direito democrático*, o chamado processo de execução tem de ser revisitado, a fim de garantir aos que serão atingidos pelo provimento a possibilidade de expor todas as matérias que entender defensáveis. Portanto, é importante ressaltar que, mesmo que o devedor não maneje adequadamente, segundo a ótica procedimentalista, seu meio impugnativo, poderá ainda discutir eventuais erronias havidas no procedimento executivo, sob pena de ofensa a princípios constitucionais indelévels, segundo a moderna *Teoria do Processo*.

Palavras-chave: Respostas do executado. Incondicionalidade do Direito de Ação. Defesas típicas e atípicas (heterotópicas).

1. INTRODUÇÃO

Como não se pode mais enxergar o processo como relação jurídica (em que a parte requerente poderia exigir da parte requerida o cumprimento de um dever jurídico), pois impregnada de concepções individualistas e ultrapassadas, devendo tal teoria ser “sempre negada e seu conceito substituído por uma conexão de normas jurídicas, enquanto conexão de condutas reguladas pelas normas” (GONÇALVES, p. 84), uma vez que é a vontade da lei que obriga as partes, e não estas que se obrigam em si mesmas, ou seja, o que se pode afirmar, na execução, é que o credor possui uma posição de vantagem em relação ao devedor frente à norma, mas nada além disso, pois todos os argumentos e direitos serão verificáveis no procedimento. Pelo que, devemos entender que a condenação ou o ajuizamento da execução

¹ Graduado em Direito - Faculdades Milton Campos (2001), Pós-graduado em Direito (2005) e Mestrando em Direito Processual pela PUC/Minas. Atualmente é professor titular da Fundação Educacional de Oliveira. Tem experiência profissional nas áreas de Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito Empresarial. Advogado militante. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil no curso de graduação em Direito da Feol. Inscrito em disciplina isolada do mestrado em Direito Processual da PUC/Minas. Advogado. E-mail: luciano.henrik@gmail.com.

de um título extrajudicial cria uma obrigação no tocante a uma prestação de quantia certa, mas que a técnica executiva faz superar a relação obrigacional e cria uma obrigação processual.

O Estado Democrático de Direito, preconizado por nossa Constituição, é aquele em que o povo exerce o poder diretamente ou por meio de representantes escolhidos em eleições periódicas e livres, pelo voto direto e secreto, para mandatos periódicos, possuindo como fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a supremacia da Constituição, a conformação das decisões emanadas dos órgãos estatais à legalidade e aos direitos fundamentais e a separação das funções do Estado (ou separação dos poderes), tudo de acordo com os mandamentos previamente acertados no respectivo texto constitucional. Por isso é que se diz que o processo, presente no artigo quinto da Constituição, é um direito-garantia impostergável, representando uma conquista do cidadão contra eventuais arbitrariedades dos entes públicos e políticos. Ressaltando-se que a principiologia constitucional do devido processo compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, regendo, axialmente, as estruturas procedimentais dos segmentos da Administração (*lato sensu*).².

Certo é que no direito brasileiro a disciplina do processo passou por inúmeras mudanças desde a edição do código de processo civil, com ênfase para a execução civil, onde foram alterados substancialmente diversos conteúdos. O espírito da reforma, no que pertine ao livro das execuções, segundo seus precursores, foi o de criar instrumentos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela jurisdicional executiva, almejando-se ultrapassar a profusão de formas técnicas que seriam incapazes de fazer valer o fim precípuo do processo, que é a solução do litígio. Tentou-se abreviar o procedimento executivo, o que acabou por gerar um novo panorama de adequação da atuação jurisdicional à natureza do título executivo.

Apesar de discordarmos das justificativas, uma vez que foi pervertida a promessa constitucional de uma tutela jurisdicional racional, lógica e em tempo razoável, entendemos que as reformas foram bem recebidas, pois significaram a especialização dos procedimentos em razão do título levado à jurisdição executiva, se judicial ou extrajudicial, e igualmente resultando numa especialização das formas de defesa do devedor-executado.

Nesse contexto, será explicitado neste ensaio o impacto da reforma processual nos meios típicos de defesa colocados à disposição do devedor para se insurgir contra a execução. Tratar-se-á, também, dos meios de defesa atípicos à disposição do executado, a fim de não ser

2 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

maculado o texto constitucional, que garante amplo acesso ao judiciário e ao direito de ação (entendido como o direito de acesso ao exercício do devido processo).

Por fim, apresentaremos posicionamento no sentido de que a busca pela celeridade, por vezes desassistida da racionalidade constitucional, não pode extirpar a possibilidade de o devedor oferecer defesa ampla durante o procedimento executivo (judicial ou extrajudicial), devendo sempre o chamado processo de execução ser enxergado com as lentes voltadas para os fundamentos constitucionais da execução civil.

2. OS MEIOS DE RESPOSTA DO EXECUTADO

Numa visão afastada da principiologia constitucional, há vozes no sentido de que, na execução, “os postulados do contraditório e da ampla defesa estão presentes, mas voltados basicamente ao controle da regularidade e adequação dos atos executivos” (RODRIGUES, p. 610), isso porque a visão de grande parte da doutrina processualista brasileira ainda está arraigada à ideia de que o magistrado encontra-se no centro da chamada relação jurídica processual, no que se denomina a atividade executiva como “tutela jurisdicional executiva”, que possui como finalidade primordial a satisfação do direito do credor/exequente, numa noção bastante individualista e antidemocrática do procedimento executivo, pois a atividade jurisdicional existe em razão do devido processo, e não o inverso.

Desta feita, empenhamo-nos em reforçar o entendimento de que

A cognição jurisdicional, enquanto atividade compartilhada de valoração das provas e argumentos esboçados nos autos (cartulares ou eletrônicos), encontra, no *devido processo* (base principiológica e vinculante da função jurisdicional que abriga modelos procedimentais esculpidos em lei) seu fator hermenêutico e delimitador. Nada pode escapar ou agredir a principiologia constitucional (MADEIRA, p. 123).

Na realidade constitucional, o executado pode se opor ao procedimento por qualquer forma lícita existente no ordenamento, seja pelos meios típicos previstos no Código de Processo Civil (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos de devedor), pelas vias atípicas (exceção de pré-executividade, ação rescisória, ação anulatória e embargos de terceiro) ou até por intermédio das chamadas defesas heterotópicas, o que será tratado ulteriormente neste artigo.

Então, tratando-se das chamadas execuções sincréticas, a forma tecnicamente prevista para a defesa do executado é a impugnação ao cumprimento de sentença, que instaura um procedimento cognitivo anexo ao módulo executivo já instaurado, conforme previsto no artigo 475-J, e seguintes, do CPC. Quanto à ação de execução propriamente dita, direcionada

às execuções fundadas em título extrajudicial, prevê o Código que a defesa do executado se dará mediante embargos (art. 736 e seguintes, CPC). E em qualquer dos dois procedimentos será possível a utilização dos chamados embargos de segunda fase (previstos no art. 746, CPC). Mas não pode haver impedimento a que o executado lance mão de meios de oposição à execução avulsos e/ou não previstos expressamente pelo Código de Processo Civil, uma vez que a Constituição não impõe limites técnico-procedimentais ao direito de ação e obriga a concretização do devido processo para a licitude da privação dos bens do executado (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB), entendendo-se como direito de ação o direito-garantia do jurisdicionado de estar (participar) do devido processo. E somente participará do procedimento se tiver acesso a ele.

3. A PENHORA

Não há como prosseguir neste trabalho sem que se trate da penhora, que é o ato processual mais importante, de acordo com a disciplina do código, até que se efetive a alienação dos bens que se sujeitaram à atividade executiva. Além disso, como será debatido à frente, a penhora é pré-requisito para a oposição da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º, CPC) e também para eventual pedido de suspensão da ação executiva efetuado pelo executado (art. 739-A, § 1º, CPC).

“Denomina-se penhora o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo” (BARBOSA MOREIRA, p. 237). É a penhora um ato executivo endoprocessual, não existindo fora do processo de execução (incluindo-se neste tópico a execução por título judicial), que tem por finalidade a individuação e a preservação dos bens que serão submetidos à atividade executiva. “Trata-se, em suma, do meio de que se vale o Estado para fixar a responsabilidade executiva sobre determinados bens do devedor” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 179).

Analisando a execução por quantia certa sob a ótica da função jurisdicional, pode-se dizer que a penhora manifesta-se como o primeiro ato executivo em que o Estado agride o patrimônio do devedor inadimplente, a fim de que seja ulteriormente realizada a expropriação dos bens penhorados, objetivando a realização coativa do direito do credor.

Certo é que a penhora importa em individualização, apreensão e depósito dos bens do devedor passíveis de sofrerem a atividade executiva, objetivando retirá-los da livre disposição do executado e sujeitá-los à expropriação. Aperfeiçoada a penhora pela apreensão e depósito dos bens, seguidos da lavratura do competente auto ou termo de penhora, emergirá imediatamente a indisponibilidade daqueles bens afetados pela atividade executiva.

Depois de formalizada a penhora, adquire o credor o chamado direito de sequela, representado pela ineficácia de eventuais alienações dos bens sobre os quais recaiu a constrição, possuindo ainda o exequente o direito de preferência sobre tais bens diante de qualquer outro credor que não possua privilégio ou garantia anterior.

Quanto a suas funções, reconhece-se à penhora três principais, que são: individualizar e apreender os bens destinados a suportar a atividade executiva, a conservação desses bens (a fim de evitar sua deterioração, perda ou desvio) e criar o direito de preferência para o credor, desde que não existam prelações estabelecidas anteriormente.

3.1. O equívoco da terminologia “penhora on-line”

Como cuidamos de tratar sucintamente da penhora, entendemos por bem ainda dispensar algumas linhas desta pesquisa aos efeitos trazidos pela disposição do artigo 615-A do CPC, acrescentado ao código pela Lei n. 11.382/2006, haja vista ter o desacertado termo “penhora on-line” se tornado lugar comum na praxe forense.

O bloqueio de dinheiro diretamente na conta do devedor com o objetivo de suportar a atividade executiva foi iniciado no direito brasileiro na justiça do trabalho, tendo sido efetivamente trazido para o âmbito da justiça comum com edição do artigo 655-A do CPC (acrescentado ao código pela Lei n. 11.382/2006), sendo efetivado por meio de um convênio entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário, com a finalidade de possibilitar a realização de bloqueios e desbloqueios de ativos existentes nas instituições financeiras em nome de pessoas físicas ou jurídicas. Esse instituto, também chamado de Bacen-Jud, foi criado mais especificamente para a solução de entraves havidos no processo de execução (*rectius*: procedimento executivo).

O referido sistema tem por objetivo aproveitar a modernidade tecnológica da computação exercendo uma atividade efetivamente satisfatória, capaz de proporcionar rapidez no recebimento do crédito pelo exequente. E uma de suas grandes vantagens é a eliminação da necessidade “dos burocráticos ofícios às instituições financeiras, uma vez que as informações sobre os ativos poderão ser requisitadas pelo magistrado por meio eletrônico” (WAGNER JUNIOR, p. 629), o que acontecia toda vez que se necessitava quebrar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas correntes dos devedores nos processos de execução. As requisições são agora feitas por meio de *site* próprio na rede mundial de computadores, onde o magistrado tem acesso por uma senha que lhe é previamente fornecida.

Entretanto, enxerga-se grande equívoco técnico-processual, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com relação ao emprego de tal mecanismo, pelo simples fato de ter sido

disseminado no meio jurídico brasileiro o termo “penhora on-line”, quando, na verdade, de penhora não se trata. O bloqueio realizado via Bacen-Jud nada mais é do que um procedimento eletrônico, realizado pela autoridade supervisora do sistema bancário (portanto, não investida da função jurisdicional), não podendo ser considerado como penhora, uma vez que tal procedimento eletrônico é efetivado fora de um processo judicial e a penhora, como já relatado, é um procedimento eminentemente endoprocessual, não tendo guarida no direito processual civil brasileiro qualquer outra forma de penhora que não tenha sido realizada dentro do caderno processual da execução.

O que acontecerá neste caso no mundo jurídico, após a realização da indisponibilidade do dinheiro pela via do bloqueio *on-line*, e depois de esgotado o prazo para o devedor que teve seus ativos financeiros bloqueados se manifestar sobre possível impenhorabilidade daquela conta bancária (art. 655-A, § 2º, CPC), é a formalização da penhora, que se efetivará por termo nos autos, redigido e assinado pelo escrivão responsável pela guarda dos autos processuais.

Podendo-se concluir este tópico com a afirmação de que o bloqueio eletrônico deve ser tratado como um procedimento realizado pelo juiz por meio tecnológico, dando início aos atos que antecederão à fase expropriatória. Já a penhora ocorre em momento diverso, quando o magistrado determina que aquele valor anteriormente bloqueado seja transferido para uma conta judicial, passando assim a ficar disponível ao órgão judicial e indisponível ao devedor, mediante expedição do “termo de penhora”. Concluído esse segundo momento, e não havendo nenhum tipo de objeção processual, poderá o magistrado disponibilizar aquela quantia bloqueada ao credor.

4. A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

A impugnação ao cumprimento de sentença deve ser entendida como o meio processual próprio para que o executado demonstre sua pretensão contra a execução fundada em título judicial, a partir da apreensão judicial de seus bens.

Como peça *endoprocessual* que é (salvo quando desassistida do efeito suspensivo, art. 475-M, § 2º, CPC), deve ser entendida como uma defesa do executado contra a pretensão do exequente, até porque, num modelo constitucional de processo, não faria sentido

Exigir (impor, verdadeiramente) que alguém, para *reagir* a um pedido de tutela jurisdicional formulado por outrem, tenha de tomar a iniciativa de romper a inércia da jurisdição para pedir uma tutela jurisdicional em sentido oposto ou, mais amplamente, que, de alguma forma, impeça que a iniciativa anterior surta seus

regulares efeitos. A hipótese é, claramente, de *defesa* e não de *ação*. *Reage-se*; não se age. (BUENO, p. 482).

Além disso, o Código mesmo trata a impugnação como *incidente processual* e não como *ação incidental*, uma vez que disciplina que a decisão que a resolve é interlocutória, desde que não importe em extinção do próprio módulo processual executivo (art. 475-M, § 3º, CPC).

Os fundamentos legais que dão suporte ao processamento da impugnação estão expressos no rol descrito no art. 475-L, CPC, sendo importante destacar que no *caput* do citado dispositivo processual há o advérbio “somente”, que implica na delimitação das matérias que poderão ser deduzidas na impugnação, ficando o impugnante adstrito às hipóteses ali contempladas. Assim, caso tenha o devedor tenha interesse em argüir alguma outra matéria em sua defesa, o que não deixa de ser possível (de acordo com o modelo constitucional de processo), deverá fazê-lo por intermédio de outro meio processual.

Bem assim, nota-se também que o quadro hipotético previsto no art. 475-L é mais sucinto que o quadro hipotético previsto no art. 745, que trata dos embargos à execução. Sendo simples a justificativa, pois a impugnação é defesa do executado nos casos de execução fundada em título judicial, onde a formação do próprio título já pressupõe prévia (regular: constitucional) participação dos interessados na construção do provimento (sentença), razão pela qual não pode o executado reacender discussões já debatidas e encerradas no procedimento cognitivo, fase de *certificação* do direito, cabendo à fase executiva a *realização* do direito já certificado.

4.1. Necessidade de constrição judicial e de petição inicial para o aviamento

Não é possível a oposição da impugnação sem ter antes ocorrido a apreensão judicial de bens, pois “a prévia realização da penhora, ou a segurança do juízo, constitui pressuposto processual objetivo da impugnação. O art. 475-J, § 1º, somente cogita da intimação do executado após a penhora” (ASSIS, p. 1.184). Então, caso queira o executado se opor ao início da execução (2ª fase do procedimento cognitivo sincrético) antes da apreensão de bens seus, deverá promover sua pretensão sob outra forma idônea, mas não a impugnação tipificada no Código, e, graças ao processo constitucionalizado, deverá o magistrado receber dita petição e determinar a intimação da parte contrária (credor; exequente) para se manifestar.

Uma outra indagação procedimental seria no sentido da necessidade ou não de petição inicial. De nossa parte, entendemos pela resposta positiva. Como é um incidente processual

cognitivo em que não caberá ao magistrado restringir a atividade probatória das partes (mais especificamente do impugnante) além da limitação já exposta no módulo processual próprio (art. 475-L, CPC), e que poderá causar até mesmo a extinção do procedimento, “o executado aviará a impugnação por escrito e em peça autônoma. Constitui ônus do impugnante atender às indicações do art. 282” (ASSIS, p. 1.184). À mesma conclusão também há que se chegar quando se analisa o art. 475-M, § 2º, CPC, que determina que a impugnação será autuada em apartado dos autos principais quando não lhe for conferido o efeito suspensivo.

Por tais motivos, aplicam-se à peça impugnativa ora comentada os seguintes dispositivos processuais: 282 (petição inicial); 283 (documentos necessários); 236 (intimação pelo órgão oficial); 258 (atribuição de valor econômico); 284 e 294 (possibilidade de o impugnante emendar/aditar sua petição); 332 (provas permitidas); 401, 402 e 403 (possibilidade de prova testemunhal, nos casos de alegação das chamadas *exceções substantivas*).

4.2. Rejeição liminar e oportunidade de manifestação do exequente

Num primeiro momento, analisando-se apenas o Código (já que tal decisão ofenderá o modelo constitucional de processo, pois afasta o contraditório), poderíamos afirmar que é possível o indeferimento liminar da peça de impugnação (entendida como via processual típica para contrastar os atos executivos após a penhora na execução de título judicial), pois, pela redação do art. 475-R, seria plenamente aplicável a este tipo de execução as hipóteses contempladas no art. 739, que cuida exatamente da rejeição liminar dos embargos. “Assim, em casos de intempestividade da impugnação, inépcia da petição da impugnação ou apresentação de impugnação manifestamente protelatória, a defesa do executado pode e deve ser *liminarmente* rejeitada, prosseguindo-se na sua inteireza a prática dos atos executivos voltados à satisfação do exequente” (BUENO, p. 497).

De toda forma, é importante ser destacado que, mesmo que o executado tenha sofrido uma decisão de rejeição liminar da impugnação, poderá ele, além de interpor o recurso cabível, ajuizar demanda autônoma a fim de opor-se aos atos constritivos e à própria execução. A esse respeito, reportamos o leitor às considerações explanadas no item “5.2” deste ensaio, que servem também de suporte para o presente compartimento.

Rememorando-se que, num Estado em que o processo é constitucionalizado, é indiscutível e até imprescindível que o exequente seja ouvido a respeito dos argumentos e pedidos lançados pelo executado na impugnação. Entretanto, o art. 475-M, CPC, que cuida do *procedimento* da impugnação, é silente acerca do momento e da forma como se dará tal

manifestação. Assim, forte no que prevê o art. 475-R, aplicaremos as disposições do art. 740, pelo que, deve o exequente ser *intimado* na pessoa de seu advogado. Devendo, inclusive, ser este também o procedimento adotado quando, na impugnação, o executado faz pedido de suspensão do procedimento executivo, ou seja, antes de atribuir o efeito suspensivo pleiteado, deverá o juiz determinar a intimação do exequente para se manifestar, uma vez que, até mesmo para exercer legitimamente seu “poder geral de cautela” (que é o fundamento que dá apoio a tal tipo de decisão), tem de ser verificado previamente o contraditório, e, ainda assim, há que se aferir a relevância dos fundamentos.

Isso sem falarmos que seria postergar a finalização do procedimento (contrariando o art. 5º, LXXVIII, CRFB) primeiro atribuir efeito suspensivo e, depois, dar a oportunidade ao exequente de oferecer caução e ver o normal prosseguimento da execução, sendo que poderia ele assim ter se manifestado anteriormente (antes da concessão do efeito suspensivo) e ter tido o procedimento seu normal curso, desde que devidamente prestada a caução, conforme disciplinado no art. 475-M, § 1º, CPC.

4.3. Condenação em honorários advocatícios e despesas processuais para o sucumbente do incidente de impugnação

Vejamos primeiramente a doutrina:

Seja qual for o alcance do *decisum*, o juiz condenará o(s) vencido(s) nas despesas do incidente (art. 20 § 1º), distribuindo-se os ônus no caso de êxito parcial. Somente haverá condenação do(s) vencido(s) nos honorários advocatícios, arbitrados consoante apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, ocorrendo extinção da execução (ASSIS, p. 1.191).

Com todo o respeito que dispensamos ao respeitável *Araken de Assis*, ousamos discordar. Já de início há que ser manifestado que os advogados das partes não são dispensados nesta fase de impugnação, sendo mesmo exigidos da mesma forma como o foram durante todo o procedimento anterior ao provimento. Aliás, a única diferença de atuação do advogado na impugnação em relação aos embargos à execução refere-se à técnica processual utilizada, pois os argumentos, meios comprobatórios, prazo, acuidade, etc., serão os mesmos. Além disso, segundo o que prevê o art. 20, § 4º, do CPC, não há qualquer óbice à condenação do vencido em honorários na impugnação, pois impõe-se a condenação “*nas execuções, embargadas ou não*”, não existindo qualquer restrição legal em relação à execução decorrente de título judicial (nesse sentido, vide REsp n. 978.545-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.04.08).

Portanto, é inquestionável o cabimento de condenação em honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença. Tendo sido este também o entendimento da comissão que elaborou o PLS 166/2010 (Projeto de Lei do Senado que instituiu o Novo Código de Processo Civil, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados), conforme redação do art. 495, §§ 4º³ e 5º⁴, no original.

Com relação às chamadas custas processuais da impugnação, exigidas a título de taxa judiciária ou custas judiciais, caberá a cada Estado-membro da Federação defini-las.

5. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Quanto ao procedimento executivo dos títulos extrajudiciais, a Lei n. 11.382/2006 promoveu-lhe inúmeras mudanças, alterando diversas regras quanto aos embargos do executado, aproximando, como alguns doutrinadores já preconizavam antes da vigência da citada lei, suas características às do processo de conhecimento. Tal legislação também cuidou de eliminar o efeito suspensivo automático dos embargos e aumentar o prazo para que o devedor os oferte (de dez para quinze dias). Os embargos do devedor (arts. 736 a 740, CPC) tornaram-se o gênero do qual são espécies os embargos à execução contra a Fazenda Pública (arts. 741 a 743, CPC), os embargos à execução (arts. 744, 745 e 747, CPC) e os embargos contra a adjudicação, a alienação e a arrematação (art. 746, CPC), além da existência típica na Lei n. 6.830/80 dos embargos em face da execução fiscal (que não serão tratados neste ensaio). Isso excluindo-se o caso da execução por quantia certa contra o devedor insolvente, que também demandará tratamento próprio em outra oportunidade.

Entende-se como embargos à execução (ou embargos do executado) o meio processual próprio para que o executado demonstre sua pretensão contra a execução fundada em título extrajudicial, a partir da juntada do mandado citatório aos autos (art. 738, CPC). Nossa doutrina clássica sempre considerou os embargos à execução como “ação” cognitiva autônoma e incidental oposta à pretensão executória manifestada no processo de execução⁵, objetivando desconstituir o título executivo ou até a declaração judicial de sua nulidade ou inexistência, justificando tal posicionamento pelo fato de que na execução seriam apenas praticados atos instrumentais que procurariam conferir ao credor a satisfação do seu direito,

3 “Transcorrido o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação, sobre o valor da execução incidirão honorários advocatícios de dez por cento, sem prejuízo daqueles impostos na sentença.”

4 “Findo o procedimento executivo e tendo como critério o trabalho realizado supervenientemente, o valor dos honorários da fase de cumprimento da sentença poderá ser aumentado para até vinte por cento.”

5 Nesse sentido: *Araken de Assis*, 2008, p. 1.081; *Alexandre Freitas Camara*, 2007, p. 411; *Humberto Theodoro Junior*, 2003, p. 262; *Enrico Tullio Liebman*, 2003, p. 293-294; *Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior*, 2009, p. 631; *Marcelo Abelha Rodrigues*, 2008, p. 612; *Misael Montenegro Filho*, 2010, p. 482; *Ovídio A. Baptista da Silva*, p. 155.

não cabendo a análise de fatos para o acerto da relação jurídica, em razão da radical dicotomia antes existente entre os chamados “processo de conhecimento” e “processo de execução”⁶, portanto, pela incompatibilidade de convivência de atos executivos com atos cognitivos, necessário se tornaria o deslocamento da garantia do contraditório e da ampla defesa para outro compartimento processual, que seria autônomo em relação ao “processo” originário (com cognição e sentença próprias); sendo incidental à execução porque se qualifica como uma causa prejudicial, pela possibilidade de colocar fim à demanda executiva caso a pretensão do devedor seja acolhida.

Revestimo-nos da doutrina de LIEBMAN (2003, p. 293-294), onde se evidenciou que os embargos destacam-se da atividade executória:

(...) em virtude da oposição, nova relação processual autônoma, seja por apresentar pressupostos próprios, distintos dos da relação executória, seja por ter natureza diversa, pelo fato de constituir uma relação processual de cognição, da qual, se origina, para as partes, a expectativa, e para o órgão judiciário, o poder e a obrigação de proferir uma decisão. (...) Dessa forma, as duas relações processuais podem desenvolver-se cada qual por sua conta, com trajetórias independentes. (...) Conquanto autônoma, nem por isso a relação processual de cognição que assim se vem a constituir, deixa de ter alguma conexão com a relação de execução, conexão que se torna visível, porque gera-se e destaca-se dela como um ramo do tronco principal.

Nessa perspectiva, poder-se-ia dizer que os embargos de devedor não são apenas uma resistência passiva à execução (como se dá com a contestação no processo de conhecimento), uma vez que o embargante assume verdadeira posição ativa na busca de seu direito, exercitando mesmo seu direito de ação vislumbrando a possibilidade de uma sentença que desconstitua o título que instrumentalizou a execução ou que declare sua nulidade.

Ratificando tal entendimento, já se afirmou que

Do ajuizamento da ação cognitiva incidental de embargos, uma nova relação jurídica processual se forma, onde e sendo válida, invariavelmente, necessitará do acerto acerca do direito contraditado, assumindo, por isso, o caráter de pretensão resistida - lide.⁷

Cumprindo também dar nota ao fato de que entre os embargos do devedor e a execução que lhe antecedeu há estreita relação, apesar de serem processados autonomamente,

6 Distinção que já está ultrapassada em virtude do atual sincretismo dos procedimentos cognitivos e executórios, principalmente após a edição da Lei n. 11.232/2005.

7 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. “Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial – lei n. 11.382/2006”. In DIAS; NEPOMUCENO, 2009, p. 35.

uma vez que o resultado dos embargos refletirá diretamente no desfecho da execução manejada pelo credor.

Bem por isso não há como descartarmos a abalizada doutrina de *Cassio Scarpinella Bueno*, para quem os embargos trazem uma concepção de defesa, sendo este um tema fundamental do direito processual civil, explicando que

Não há como sustentar que os embargos sejam ‘ação’, uma nova e substancial diversa ‘ação’, exercitada por um novo e diverso processo. No máximo, naquela perspectiva, trata-se da *mesma* ação já exercitada e que, ao longo do processo, vem sendo exercida. (...) Não há sentido em sustentar que os ‘embargos à execução’ sejam uma ‘ação’ na qual o executado exerce em juízo a sua ‘defesa’. Trata-se, justamente por força deste seu objetivo principal, de *defesa* do executado em face o exequente. Não *ação*. (BUENO, p. 514).

Então, como já há um processo instaurado, e sendo os embargos mecanismo técnico de reação do executado contra a execução por título extrajudicial, não há como desconsiderarmos serem os embargos verdadeiro meio de defesa exercido pelo devedor viabilizando ao Estado-juiz o conhecimento de questões que poderão obstaculizar a chamada “prestação da tutela jurisdicional executiva em prol do exequente”. Além disso, há que se distinguir ação e direito de ação:

Ação será sempre o mesmo que procedimento e o direito-de-ação será instituto de direito constitucionalizado que enseja o exercício do direito de movimentar a jurisdição, seja de modo juridicamente adequado ou não, não se misturando ao direito de agir que, para nós e perante várias legislações processuais, inclusive a brasileira, significa o direito de estar no procedimento apurável após a instauração do procedimento pela existência e observância de pressupostos e condições que a lei estabelecer para a formação técnico-jurídica do procedimento, o que a lei brasileira denomina impropriamente formação do processo (Livro I, Título VI, do CPC em vigor). (LEAL, p. 129).

Ou, mais resumidamente, mas com a profundidade necessária, o direito de ação, que é irrestrito e incondicionado, pode ser entendido como o direito de acesso ao exercício do devido processo⁸. De qualquer forma, sob o ponto de vista da principiologia constitucional, não importa serem os embargos ação autônoma ou defesa, pois o que realmente deve ser prestigiado é a oportunização ao executado de discutir e questionar a formação, a regularidade ou a continuidade do procedimento executivo (tanto no plano processual quanto no plano

8 Conceito cunhado pelo professor Fernando Horta Tavares, em aula expositiva da disciplina *Fundamentos Constitucionais da Execução Civil*, do curso de Mestrado em Direito Processual Civil da PUC/Minas, 1º semestre de 2011.

material), inclusive pela força do argumento de que na execução não são apenas praticados atos instrumentais objetivando a satisfação do direito do credor.

5.1. Embargos à penhora como mecanismo processual próprio para o executado impugnar os atos de penhora ou de avaliação depois de esgotado o prazo ditado pelo art. 738 do CPC

Fato não raro na praxe forense é a realização da penhora e respectiva avaliação após a apresentação dos embargos à execução (ou depois de esgotado o prazo respectivo), os quais, obrigatoriamente, devem ser opostos em até quinze dias da juntada aos autos da execução do mandado de citação. Pois bem, é inegável a existência no Código de uma lacuna havida entre o término do prazo dos embargos (art. 738, CPC; 836 do PLS166/2010) e o momento inicial do prazo para se opor os chamados embargos de segunda fase, que somente podem ser oferecidos depois de ocorrida a adjudicação, a alienação ou a arrematação dos bens que já se encontravam penhorados (art. 746, CPC). Neste caso, ficaria o executado em situação processual de desguarnecimento, por não enxergar a viabilidade de um meio processual previsto imediata e expressamente na lei para poder discutir erros da penhora, como lhe é permitido pela redação do art. 745, II, CPC (“nos embargos poderá o executado alegar penhora incorreta ou avaliação errônea”).

Como não se pode pretender que o devedor oponha embargos contra vícios de uma penhora (ou avaliação) que ainda não ocorreu, há três soluções encontradas na doutrina nacional: a *primeira*, defendida por *Fredie Didier Junior*, diz que o executado deve peticionar aditando a petição inicial dos embargos à execução, a fim de que o aditamento seja recebido pelo juiz e submetido ao contraditório (o que não se sustenta, pelo fato de que os embargos já podem ter sido julgados quando for efetivamente realizada a penhora de bens do devedor no feito executivo, em julgamento liminar – art. 739, III, CPC – ou até mesmo em julgamento meritório antecipado, por ter se tratar a matéria debatida de questão unicamente de direito – art. 740, *caput*, CPC; não se justificando a adição porque não se poderia aditar o que já foi julgado, em razão de o aditamento previsto na lei processual ter a função de corrigir eventuais irregularidades da petição inicial, não sendo lícito proceder a tal mecanismo após a manifestação do réu - neste caso o credor-exeqüente - ou o julgamento da lide, conforme dicção dos artigos 284 e 294 do CPC); a *segunda*, capitaneada por *Teresa Arruda Alvim Wambier*, sustenta que o executado poderá manifestar sua oposição a defeitos da penhora ou da avaliação por simples petição nos próprios autos da execução (com o que também não

concordamos, pelo menos enquanto estiver em vigor o atual CPC⁹, porque, em obediência ao próprio Código, pode-se afirmar que os embargos são o mecanismo próprio para se discutir a penhora incorreta ou a avaliação errônea - arts. 736 c/c 745, II); e a *terceira*, com a qual comungamos, defendida por *Sérgio Bermudes*¹⁰ e *Luiz Guilherme Marinoni*¹¹, entende, de acordo com a melhor técnica processual, que a solução seria o oferecimento de novos embargos, pois não cabe ao intérprete forçar uma atividade processual quando a lei disciplina meio próprio para regular seus interesses, denominando-se esses novos embargos de *embargos à penhora* (ou à avaliação, conforme o caso), inclusive reclamando-se a suspensão do feito executivo até a conclusão dos embargos ora em comento, por já estar seguro o juízo pela penhora e de conformidade com a manifestação nesse sentido por parte do executado (art. 739-A, § 1º, CPC).

E assim o é porque no Estado Democrático de Direito a lei, editada pelos representantes eleitos pelo povo, é uma expressão da democracia. E, quando há na lei lacunas percebíveis após sua publicação, deverá o intérprete procurar nas normas específicas daquela matéria uma solução plausível, para somente depois socorrer-se dos outros ramos do direito, sempre respeitando a racionalidade constitucional. Por assim ser, quando se depara com espaços não disciplinados em um código, deve-se buscar dentro do próprio diploma legal uma resposta para o impasse. Por isso é que se afirma neste texto que a impugnação à penhora superveniente à oposição dos embargos do executado deverá ser manejada, tecnicamente, por meio de embargos à penhora, pois o próprio código de processo civil prescreve que a penhora incorreta e a avaliação errônea são matérias argüíveis em embargos (art. 745, II, CPC).

5.2. Rejeição liminar dos embargos: decisão inconstitucional?

O art. 739 do CPC faz alusão a três hipóteses de rejeição liminar dos embargos que merecem comentários: quando intempestivos, quando inepta a petição inicial ou quando manifestamente protelatórios. Com relação ao primeiro caso, não há muito o que se discutir, já que a imposição de prazos limites para a atuação dos interessados faz parte da ciência processual e até compõe a segurança jurídica. Com relação ao segundo caso, além de se ter de averiguar se o juiz concedeu ao embargante a oportunidade de emendar sua petição, há que se argumentar que uma inicial só poderia ser considerada inepta se fosse totalmente ininteligível,

9 Chamando-se a atenção para o fato de que, de acordo com o art. 838, § 4º, do PLS 166/2010 (no original), de relatoria de *Teresa Arruda Alvim Wambier*, “a incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição”.

10 In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abril/2008, p. 27-33.

11 In: *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. – 2. ed. – São Paulo: RT, 2010, p. 720.

pois a Constituição não obriga o indivíduo a apresentar nos autos peças tecnicamente perfeitas, isso sem falarmos que já existe uma relação processual instaurada entre as mesmas partes, o que reduz a necessidade de preenchimento indefectível de todos os elementos previstos no art. 282. Aliás, cabe afirmar que nem mesmo a falta das chamadas condições da ação¹² serviria para dar suporte a uma rejeição liminar dos embargos diante da ordem constitucional vigente, sendo que todos os potenciais defeitos de forma são verificáveis no procedimento e após a manifestação da parte adversa. Veja-se

Como se sabe, a relação processual é uma relação caracterizada pelo dinamismo. Causa-nos espécie que a larga aceitação da relação processual como relação dinâmica ainda conviva com a ideia segundo a qual as condições da ação são aferidas no início do processo e assim permaneçam incólumes até o final (GUIMARÃES, p. 144).

Quanto ao terceiro caso (embargos “manifestamente protelatórios”), além de denotar subjetividade conceitual, sua redação é de uma atecnia lamentável, pois demonstra que o legislador ainda se encontrava preso à técnica processual anterior, em que a oposição dos embargos sempre suspendia o processamento da execução ou que os fundamentos do embargante não eram razoavelmente sérios. Ora, como os embargos não mais suspendem a execução, se os argumentos do embargante não forem relevantes (art. 739-A, § 1º), não se pode considerar que a oposição dos embargos seja protelatória, pois não estará retardando qualquer ato processual executivo, assim, “ou os embargos com fundamentos sérios suspendem a execução, mas não são protelatórios; ou não têm fundamento sério algum, não suspendendo a execução e, neste caso, também não sendo protelatórios” (NEVES, p. 233). Como se não bastasse, o § 6 do art. 739 do CPC autoriza a efetivação dos atos de penhora e de avaliação mesmo quando concedido o efeito suspensivo, o que reforça o argumento de que os embargos não possuirão cunho procrastinatório. Portanto, não se mostra correta a rejeição liminar quanto ao inciso III do mesmo art. 739, pois, além dos argumentos lançados acima, estará tal decisão mitigando o contraditório e a ampla defesa; mesmo porque, diante de eventual rejeição, nada obsta a que o executado promova ação autônoma para discussão de

12 Inclusive porque já se concluiu que “tais condições são apuráveis no próprio procedimento, o que deduz a conclusiva de que as *matérias de processo* são requisitos de observância obrigatória para a *constituição e desenvolvimento* de um *procedimento juridicamente válido* que, uma vez configurado nos termos da lei, conduz à construção de um provimento de mérito”. SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. “Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito”. In: Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre/RS, vol. 5, n. 14 – jan/mar. 2011, p. 250.

seus direitos (defesa heterotópica) – art. 585 § 1º, CPC c/c art. 5º, XXXV, CRFB, o que será tratado logo adiante.

5.3. Aplicação do instituto da revelia nos embargos

Quanto à revelia do embargado/exeqüente que não cuida de oferecer resposta aos embargos, a doutrina diverge, para alguns “natural se afigura que, inexistindo resposta aos embargos, o embargado seja considerado revel” (ASSIS, p. 1.159), isso porque a “impugnação corresponde, em sua essência, a uma contestação, a ela se aplicando, pois, todas as regras constantes nos arts. 300 a 303 do CPC” (CAMARA, p. 423), para outros “não tem aplicação aos embargos à execução o disposto no art. 319, impondo, em qualquer caso, que o magistrado investigue a correção das questões levantadas pelo executado/embargante para proferir a sua decisão.” (BUENO, p. 551).

De nossa parte, comungamos com a ideia de que não se aplica a revelia ao procedimento dos embargos, primeiro porque somos adeptos da corrente minoritária segundo a qual os embargos são defesa e não ação autônoma, e segundo porque o exequente (embargado) já atuou no processo, demonstrando, no mínimo, uma presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação retratada no título, pelo que, a sua inércia no procedimento dos embargos não resultará em presunção de veracidade dos fatos alegados pelo embargante/executado, não surtindo efeito, aqui, as disposições dos artigos 285 e 319 do Código de Procedimentos.

5.4. Crítica à redação do parágrafo único¹³ do art. 740 e inconstitucionalidade do parágrafo único¹⁴ do art. 741 do CPC

Mesmo que se diga que a intenção do legislador foi a proteção aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, não há como não criticar, pejorativamente, a atecnia redacional do *parágrafo único do art. 740*. Ora, como já dito acima, depois que as regras dos embargos foram alteradas, fazendo com que não exista mais a suspensividade obrigatória dos atos executivos mediante simples oposição de embargos à execução, não mais se pode aceitar que quaisquer embargos, mesmo aqueles desprovidos de fundamentação séria ou manifestamente inadmissíveis, sejam protelatórios, uma vez que, sem relevância da argumentação do embargante, não será concedido o efeito suspensivo (art. 739-A, § 1º), o que reforça a

13 Art. 740. *Parágrafo único*: “no caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exeqüente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução”.

14 Art. 741. *Parágrafo único*: “para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a CF”.

afirmação de que a execução terá continuidade, portanto, sem qualquer retardo. Então, ou os embargos possuem racional fundamentação e suspendem o andamento do feito executivo justificadamente, ou, do contrário, não suspenderão a execução e não terão natureza protelatória, por conseguinte.

*Quanto ao parágrafo único do art. 741 (e 475-L, § 1º), sem entrarmos na discussão da falta de isonomia com que o legislador processual cuida das regras pertinentes à Fazenda Pública em detrimento do particular (v.g.: prazos diferenciados – arts. 501 e 836 do PLS 166/2010, no original), é inegável a ofensa à Constituição constante do dispositivo legal que autoriza o executado a alegar a inexigibilidade do título sob o fundamento de que a sentença exequenda (já transitada em julgado) fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, haja vista o flagrante desrespeito à coisa julgada, que é uma garantia fundamental (art. 5º, XXXVI, CRFB e art. 1º do PSL 166/2010) do jurisdicionado contra eventuais arbitrariedades da Administração (*lato sensu*), trazendo uma absurda instabilidade ao sistema jurídico, por possibilitar a existência de uma tutela jurisdicional não definitiva, fazendo com que o órgão jurisdicional perca a autoridade de por fim às controvérsias.*

Há argumentos defendendo a constitucionalidade do dispositivo, baseados no fundamento de que é da norma infraconstitucional a tarefa de definir como se dará a coisa julgada (local onde serão estabelecidos surgimento, desaparecimento, excepcionalidades, relativização e tratamento procedimental), argumentos esses que, apesar de razoáveis, não se sustentam, pois, mesmo que o tratamento da coisa julgada material compita à legislação infraconstitucional, não deixa a sentença transitada em julgado e não rescindida de ser imutável e de ser protegida textualmente pela Constituição. Mas, apesar de tal discussão constar da ADIn 2.418-DF - rel. Min. Cezar Peluso, sendo o STF um tribunal sabidamente mais político do que jurídico, acreditamos que a regra será mantida (até porque replicada no PLS 166/2010, conforme art. 496, § 4º).

Não se quer aqui defender que a coisa julgada seja absolutamente imutável, como se estivesse imune a qualquer impugnação, mas apregoamos que sua desconstituição siga as regras democraticamente editadas e vigentes no direito nacional que, para isso, perfilhou hipóteses de combate no artigo 485 do Código de Procedimentos, que deve ser respeitado enquanto não confrontar com as disposições constitucionais.

5.5. Perda do prazo para embargar e cabimento de ação autônoma prejudicial à execução

Questão intrincada é a que ocorre quando o executado deixou transcorrer *in albis* o prazo de quinze para opor seus embargos, uma vez que, *a priori*, estaria precluso seu direito de discutir as matérias ventiladas no art. 745 do CPC.

A primeira manifestação que entendemos conveniente ser feita é a de que a Constituição assegura que nenhuma ameaça ou lesão a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Pelo que, sabendo-se que o texto constitucional sobrepuja qualquer lei inferior, é inimaginável que a simples ausência de embargos à execução tenha o condão de afastar a possibilidade de defesa por conta de uma preclusão ocorrida no procedimento executivo.

Ora, o direito de acesso ao Direito¹⁵ reclama que se assegure tal garantia em condições de plena efetividade, não sendo concebível sua morte em 15 (quinze) dias em razão de um mecanismo endoprocessual (art. 183, CPC). Relembrando que a preclusão opera efeitos meramente endoprocessuais, portanto, não possuindo o condão de impedir que o executado busque outros meios para demonstrar a irregularidade da execução, por via de uma ação prejudicial autônoma (cognominada de defesa heterotópica). Em consequência, o cabimento de defesa heterotópica se dá em nível de preceitos e garantias constitucionais, em função do direito de ação e do irrestrito direito de amplo acesso ao Direito (ou à função judiciária), como retratado no artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, CRFB.

Se nenhuma lesão pode ser subtraída à apreciação do Judiciário, qualquer lesão ao direito do devedor verificada no “processo de execução” também não poderá ser desprezada, principalmente pelo fato de que na execução não ocorre o accertamento cognitivo de direitos, não incidindo contra o devedor, então, a barreira da coisa julgada. Por assim ser, entender que os embargos do devedor na execução por título extrajudicial seriam o único meio possível de oposição disponibilizado ao executado seria no mínimo vedar a validade do texto

15 Adota-se nesta pesquisa a concepção de “acesso ao Direito” em detrimento da clássica “acesso à Justiça” pelas próprias e profundas justificativas de **Fernando Horta Tavares**, que assim explanou: “porque a primeira se enquadra melhor à ideia do Estado de Direito calcado na observância do Princípio da Reserva Legal como norteador das relações jurídicas e que por isso mesmo não pode se confundir com a expressão polissêmica ‘justiça’, tampouco com o significado que se pretende atribuir neste artigo ao tema ‘Acesso ao Direito’, entendido como o conjunto de princípios estruturados constitucionalmente para garantir não só o acesso do Cidadão aos tribunais e demais órgãos estatais como também, e, além disso, que este direito se exercite segundo o conteúdo definido pelos demais princípios configuradores do *Devido Processo*”. TAVARES, Fernando Horta. “Acesso ao Direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 266.

constitucional e um contra-senso, uma vez que se estaria dando à preclusão uma força maior até que a da coisa julgada, que, a rigor, pode mesmo ser rescindida.

Aliás, desde há muito os mais conceituados doutrinadores da ciência processual já defendiam a viabilidade da ação autônoma para se discutir questões tocantes à execução. Para comprovar tal assertiva, damos destaque à antiga lição do festejado *Eduardo J. Couture*, que assim se manifestou:

Como temos nos expressado, a jurisprudência e a doutrina têm se dividido sobre este ponto: e, portanto, sustem-se, por uma parte, que o que foi debatido no juízo executivo não pode ser revisto por via ordinária, por outra parte aduzindo-se que a lei não fez distinção alguma a esse respeito e que o juízo de revisão é consagrado sem qualquer limitação. Permitimo-nos considerar que, dentro do direito uruguaio, é esta a interpretação procedente, com as ressalvas já formuladas¹⁶ (1990, p. 476).¹⁷

Poder-se-ia argumentar que há um grande inconveniente processual no caso do ajuizamento da ação autônoma (defesa heterotópica), que é o prosseguimento da ação de execução, uma vez que a demanda declaratória (pois normalmente visa a declarar a nulidade da execução) não impede a prática dos atos que integram o procedimento executivo, podendo mesmo ocorrer de os bens penhorados serem expropriados, tendo em vista que não se suspenderá a execução, pelo fato de o art. 739-A, § 1º, CPC, somente se aplicar aos embargos propriamente ditos.

Todavia tal inconveniente não é intransponível, pois bastará ao devedor propor uma ação cautelar incidental à sua ação declaratória autônoma ou até mesmo pleiteando, a título de tutela antecipatória, encartada na própria ação declaratória, a suspensão do processamento da execução. Comungando de tal proposta, encontramos a manifestação de MONTENEGRO FILHO (2010, p. 496), que assim se expressa:

A jurisprudência pátria, sensibilizada com a situação incômoda do devedor, admite a propositura da medida cautelar incidental, para obstar o curso da execução até o desate da ação declaratória que se processa em apenso. Não afastamos a possibilidade de o devedor pleitear o deferimento da tutela antecipada no âmbito da

16 Texto original: “*Tal como hemos expresado, la jurisprudencia y la doctrina se han dividido sobre este punto: y en tanto se sostiene, por una parte, que lo debatido en juicio ejecutivo no puede reverse en vía ordinaria, por otra se aduce que la ley no ha hecho distinción alguna a este respecto y que el juicio de revisión ha sido consagrado sin limitación alguna. Nos permitimos considerar que, dentro del derecho uruguayo, es ésta la interpretación procedente, con las salvedades ya formuladas.*”

17 No mesmo conduto de ideias veja-se: “decorrido o prazo de quinze dias a que se refere o art. 738, não será mais adequada a utilização de embargos do executado como meio de o demandado na execução apresentar sua defesa. Nada impedirá que ele se utilize de outros meios (como, por exemplo, a propositura de uma ‘ação declaratória da inexistência da obrigação’), *In*: CÂMARA, 2007, p. 415; ou “ressalte-se que o uso da ação autônoma não se vincula à observância do prazo dos embargos (art. 738). É lícito ao vencido empregá-lo após o desaparecimento da oportunidade para embargar”, *In*: ASSIS, 2008, p. 1.113.

ação declaratória, devendo demonstrar o preenchimento dos requisitos atinentes à prova inequívoca da verossimilhança da alegação (requisito básico) e do *periculum in mora* (requisito alternativo) ou do manifesto propósito protelatório do réu (situação menos comum, já que o réu a que se refere a norma seria o credor da ação de execução).¹⁸

Destarte, por todas essas razões, conclui-se que não há impedimento a que o executado, caso não tenha conseguido embargar a execução a tempo e modo, possa deduzir sua defesa em ação própria, que deverá ser distribuída por dependência à execução. A propósito, a melhor solução será, aplicando-se o código de procedimentos de forma sistemática, a suspensão da execução, em interpretação do disposto no art. 265, IV, CPC, até a decisão final da demanda movida pelo devedor, inclusive com a reunião dos feitos, por conexão (art. 103, CPC), a fim de se evitar decisões contraditórias acerca do mesmo direito em debate.

Sobre as chamadas defesas heterotópicas, deixaremos para discuti-las mais à frente neste trabalho.

6. A EXCEÇÃO (OU OBJEÇÃO) DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Diz-se *pré-executividade* porque a questão debatida se refere a algo que seria precedente à própria execução, dizendo respeito, por exemplo, aos pressupostos processuais ou à quitação da obrigação, que seriam prejudiciais do mérito. E, apesar de poder ser considerado um excesso semântico a distinção entre objeção e exceção, alguns doutrinadores assim procedem, dizendo que a *objeção* cuida de matéria de ordem pública (norma cogente): a falta das condições da ação ou dos pressupostos processuais (podendo até ser declarada *ex officio*), e a *exceção*, por sua vez, seria utilizada quando houvesse discussão de questões na esfera privada: pagamento, novação, compensação, prescrição e transação, etc.

O certo é que a exceção de (pré)executividade é um incidente endoprocessual, criado doutrinariamente, que representa um meio de reação do executado contra a execução, independentemente de segurança do juízo.

18 Para corroborar seu ponto de vista, cita o referenciado doutrinador o seguinte julgado: REsp n. 135.355-SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 04.04.2000, publ. DJ 19.06.2000, p. 140, que traz a auspiciosa ementa: “em curso processo de execução, não há impedimento a que seja ajuizada ação tendente a desconstituir o título em que aquela se fundamenta. Inexistência de preclusão, que essa opera dentro do processo, não atingindo outros que possam ser instaurados, o que é próprio da coisa julgada material. Carecendo a ação da eficácia própria dos embargos, a execução prosseguirá, salvo se, em cautelar, for outorgado efeito suspensivo. Julgada procedente a ação extingue-se a execução. Se a sentença sobrevier ao exaurimento da execução, abrir-se-á ao executado a possibilidade de, mediante ação condenatória, reaver o que houver pago indevidamente”.

Tem cabimento quando o executado pretender discutir qualquer matéria ligada à admissibilidade ou continuidade da própria execução, mas não se coadunando com eventual dilação probatória, por exigir a verificação de plano do direito manifestado pelo executado¹⁹.

Portanto, sempre nos casos de identificação de nulidade no procedimento será útil o manejo da exceção, uma vez que “a nulidade da execução não se convalida, ainda que deferida. Nesse caso, a qualquer momento, antes de sua extinção, o juiz poderá reconhecer a nulidade e declará-la” (SANTOS, 2009, p. 53).

Quanto à aplicação vantajosa da exceção de pré-executividade, que deve ser oferecida “enquanto não forem penhorados bens do executado; a partir daí a defesa há de ser veiculada obrigatoriamente por meio de embargos do devedor ou impugnação” (COSTA MACHADO, p. 1.033), *Araken de Assis* posiciona-se positivamente, pois, para ele, “a exceção de pré-executividade não pode ser encarada como expediente pernicioso ou maligno. Ao contrário, presta-se admiravelmente para impedir o prosseguimento de execuções inúteis, beneficiando o conjunto da atividade jurisdicional, ou evitar dano injusto ao executado” (p. 1.070).

Além disso, pode acontecer de o executado ter perdido o prazo para opor os embargos (art. 738, CPC), caso em que também caberia o oferecimento da exceção, até porque não se pode sujeitar o executado aos atos de penhora se a execução não tiver real viabilidade; isso sem falarmos que a lei não pode excluir da apreciação do órgão judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRFB). Até porque, caso o executado faça mau uso do expediente ora em destaque, estará sujeito às sanções previstas nos artigos 656, § 1º, parte final, e 14, inciso V e parágrafo único, constantes do Código de Procedimentos.

Nesse panorama, seria um contra-senso, por exemplo, exigir-se que o suposto devedor fosse submetido a algum ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ter sido praticado. Devendo-se ressaltar que “qualquer execução pode ser questionada por meio de exceção de pré-executividade, seja fundada em título extrajudicial ou em sentença” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 471).

19 A propósito vide STJ, REsp n. 794.698-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 15.02.2007, publicação DJ de 22.03.2007, p. 292.

6.1. Remanesce a utilidade da exceção após a edição das leis 11.232/2005 e 11.382/2006?

Há entendimentos no sentido de que, depois que os embargos deixaram de ter natureza suspensiva como regra, a exceção de pré-executividade não se faz mais necessária, ou, pelo menos, foi reduzido significativamente seu campo de atuação²⁰. Com o que não podemos concordar, primeiro porque a exceção amplia a possibilidade de discussão processual, trazendo maior possibilidade de aplicação do contraditório e da ampla defesa, e depois porque, no que concerne à execução por título judicial (alterada pela lei 11.232/2005), é óbvio que ao executado interessa discutir o pretense crédito antes que ocorra efetivamente qualquer constrição em seu patrimônio, uma vez que a oportunidade de oferecimento da impugnação pressupõe a existência da penhora (art. 475-J, § 1º, CPC). Bem assim, no que concerne à execução por título extrajudicial (lei 11.382/2006), apesar de ter abolido a obrigatoriedade da garantia do juízo para o oferecimento dos embargos, tem-se que a execução terá prosseguimento contra o executado mesmo que tenha oposto embargos (art. 739-A, CPC) e, mesmo que o juiz tenha concedido o efeito suspensivo previsto no art. 739-A, § 1º, tal ato não impedirá a efetivação da penhora e da avaliação de bens do executado (art. 739-A, § 6º), subsistindo, portanto, o interesse do executado em impedir a realização da penhora por meio de exceção de pré-executividade, desde que tenha relevantes fundamentos para tanto.

Sob esse prisma é que se pode afirmar que, “em última análise, o objeto da exceção de pré-executividade equivale ao dos embargos (arts. 741, 745 e 475-L)” (ASSIS, p. 1.073).

7. A AÇÃO RESCISÓRIA

À primeira vista poderia parecer estranho inserirmos a ação rescisória no rol dos meios de defesa do executado, mas não é sem razão tal alocação. Como já expresse neste ensaio, é viável ao executado defender-se por meio de ações de conhecimento autônomas, geradoras de demandas autônomas (defesas atípicas). São ações que não geram mero incidente dentro do processo em que se desenvolve a execução e nem tampouco constituem procedimento incidental ao procedimento executivo (como se dá com os embargos do executado). Tais ações tanto podem ter por escopo combater a execução ou a pretensão ali exercida (ação impugnativa autônoma) quanto podem ter por fundamento outras utilidades ou vantagens processuais, sendo apenas consequência de seu processamento a inviabilidade jurídica da execução, que é exatamente o que ocorre com a ação rescisória.

20 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. – 4. ed. – São Paulo: RT, 2008, p. 611.

7.1. Hipóteses em que a ação rescisória poderá também se constituir como defesa do executado

Além de inúmeros outros casos que podem emergir na prática forense, basta-nos pensar nas hipóteses em que o executado promove ação rescisória contra uma sentença que está sendo executada e que é contrária a uma outra, já transitada em julgado e não rescindida, na qual restou declarada a inexigibilidade do título, ou seja, estando aquela sentença exequenda em confronto com a coisa julgada (art. 485, IV, CPC), ou até no caso de rescisória promovida em face de sentença condenatória que serviu de título executivo contra o executado, sob o fundamento de que há documento novo que comprova a quitação da obrigação (art. 485, VII, CPC), caso em que a rescisória poderá ter por finalidade tanto a anulação do título executivo quanto o reconhecimento da insubsistência da dívida.

Por isso, é irrecusável que:

A ação rescisória prevista no art. 485 também pode desempenhar papel relevante na execução, na medida em que se ponha a necessidade de desconstituição de decisões transitadas em julgado. É o exemplo clássico da “sentença que reconheça a existência da obrigação” do inciso I do art. 475-N, já transitada em julgado, isto é, sem que se trate de execução provisória, estar surtindo os seus regulares efeitos. O executado pode pretender questionar o título valendo-se daquele mecanismo (BUENO, p. 583).

Como visto, o manejo da ação rescisória pode trazer benefícios ao executado, pois, mesmo sabendo-se que o ajuizamento da rescisória não impedirá o cumprimento da sentença rescindenda (art. 489, 1ª parte, CPC), é possível que o executado consiga a suspensão do processamento da execução, a título de pedido liminar inserido na petição inicial da própria rescisória (art. 489, 2ª parte, CPC), demonstrando, assim, real utilidade para o executado em utilizar a ação ora comentada.

8. A AÇÃO ANULATÓRIA

É óbvio que, pensando no ordenamento jurídico constitucional, não opostos os embargos à execução, ou sendo estes liminarmente rejeitados, possível será a propositura de demanda cognitiva autônoma pelo executado para questionar o objeto da execução, até porque, como ainda não houve pronunciamento judicial definitivo acerca dos direitos das partes, não é crível que se prive o executado do direito constitucional de levar ao judiciário o conhecimento de sua pretensão.

Sendo exatamente esse o entendimento a consubstanciar a propositura da *ação anulatória* com fundamento no artigo 486 do CPC, em que o executado intentará a anulação

de atos praticados pelas partes em juízo que independem de sentença (ex.: declarações unilaterais de vontade ou a arrematação)²¹ ou reclamam sentença meramente homologatória.

A pretensão anulatória visa à desconstituição de *ato das partes* praticado no processo, seguido ou não de homologação. Não se destina a atacar ato praticado pelo órgão jurisdicional, pois este é insuscetível de desconstituição por esta via, por não se subordinar ao regime civilístico de invalidação dos atos (já que a ação anulatória presta-se a atacar vícios que maculam o ato praticado previstos no chamado “direito material”: os vícios de vontade, por exemplo). O objeto da ação anulatória não é uma sentença, mas um ato da parte, eventualmente homologado por sentença.

No que tange aos atos “que não dependem de sentença”, não pode haver dúvida de que não podem ser objeto de ação rescisória (que exige decisão jurisdicional final), e a simples circunstância de estarem inseridos no processo não exclui a possibilidade de serem anulados por via autônoma.

A ação anulatória pode atacar atos meramente homologados por sentença judicial ou simplesmente atos processuais que não necessitaram ser homologados por sentença.

Destaca-se ainda que há um sem número de opiniões acerca do cabimento ou não da anulatória quanto às sentenças que homologam o que foi entabulado pelas partes, sem fazer qualquer juízo de mérito, uma vez que, por se tratar de sentença, há justificativas de que seria atacável somente pela via da rescisória. Entretanto, a ação anulatória deve ser considerada a via correta para a desconstituição de transação homologada judicialmente, porquanto a simples homologação da transação extingue o litígio sem análise do mérito das pretensões deduzidas em juízo, mesmo diante da redação literal dos artigos 269, inciso III e 485, inciso VIII, ambos do CPC. Não há contradição nessas concepções, posto que é pressuposto para a ação rescisória uma sentença de mérito (art. 485, *caput*, CPC), o que abrange somente as sentenças em que verdadeiramente houve a interferência do juiz na questão posta à sua apreciação, pelo que, descabe o ajuizamento de ação rescisória para dissolver sentenças homologatórias que apenas autenticaram a vontade das partes, sem avaliação de fundo, remanescendo, para tais casos, a possibilidade do manejo da ação anulatória.

Para identificar o cabimento de uma ou outra, não se cogita sobre o tipo de procedimento, mas sim sobre a ocorrência, ou não, do exame do mérito (que é quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido, dando razão a uma das partes e negando-a à outra, dirimindo o conflito levado a juízo). Assim, havendo apenas simples homologação da vontade das partes,

21 Vide STJ, 4ª T., REsp n. 49533-4-RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 27.3.1995, DJU 5.6.1995.

que se limite a avaliar a regularidade formal da avença, o caso comportará ação anulatória. Ademais, a aceitação do manejo de ação anulatória no mesmo juízo da homologação só vem a tornar o judiciário mais acessível e a resposta jurisdicional mais efetiva para quem pleiteia anulação de transação por vício de “direito material”, uma vez que, via de regra, tais ações exigem dilação probatória, o que é mais afeto ao primeiro grau de jurisdição.

9. OS EMBARGOS DE TERCEIRO

É pacífico que somente o patrimônio do devedor é que se sujeita à execução (art. 591, CPC), mas há casos excepcionais em que o patrimônio de terceiros não participantes da lide será alcançado (art. 592, CPC). “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)” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 281).

Considera-se legitimado para o oferecimento dos embargos de terceiro, “no que tange ao processo executivo, quem, cumulativamente: a) não estiver indicado no título executivo; b) não se sujeitar aos efeitos do título; e c) não integrar (ainda que ilegítimamente) a relação processual executiva” (ASSIS, p. 1.199), por não ter tomado assento na relação jurídico-processual (art. 472, CPC) e por não poder suportar prejuízos se não lhe foram previamente resguardadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como é indubitoso que o embargante não se transforma em parte do procedimento executivo pelo simples ato de opor seus embargos de terceiro, conclui-se que estes embargos representam um remédio posto à disposição de quem não figura nos autos para desembaraçar bens seus irregularmente envolvidos no processo. Assim, é uma reação do terceiro com a pretensão de trazer controvérsia acerca do domínio ou da posse sobre o(s) bem(s) apreendido(s) judicialmente. Sendo possível, inclusive, a oposição dos embargos de terceiro pelo compromissário comprador de imóvel, mesmo sem ter levado o título a registro (Súmula 84-STJ).

9.1. Fungibilidade entre os *embargos de terceiro* e os *embargos do devedor*

Certo é que, num Estado em que o processo é constitucionalizado, o *nomen iuris* atribuído pela parte ao mecanismo processual por ela utilizado é irrelevante, portanto, a conversão de embargos de terceiro em embargos do devedor, quando foram erroneamente ajuizados, dependerá apenas do requisito da tempestividade.

Assim, se foram opostos embargos de terceiro quando, na verdade, por se tratar de parte qualificada no processo (executado), deveriam ter sido interpostos embargos à execução, deverá o magistrado conhecer daquele remédio da mesma forma, desde que ajuizado dentro do prazo ditado pela lei (art. 738, CPC). Nesse sentido, “nada impede que os embargos do ‘devedor’ sejam recebidos e processados corretamente como embargos de ‘terceiro’. Não se cogita, aqui, de dúvida objetiva, porque é obscura e difícil a distinção entre partes e terceiro no processo executivo” (ASSIS, p. 1.203).

9.2. Legitimidade (dupla) do cônjuge ou companheiro para embargar

Pela redação do artigo 1.046, parágrafos 2º e 3º do CPC, o cônjuge e o companheiro (arts. 5º, I, e 226, §§ 3º e 5º, CRFB), a teor do que prevê os artigos 655, § 2º e 475-J, § 1º c/c 475-R, todos do CPC, possuem dupla legitimidade: uma para opor embargos de devedor e a outra para opor embargos de terceiro, com a finalidade de defender bens próprios e comunicáveis (art. 1.725, CC e Súmula 134-STJ), ressalvada apenas a hipótese de dívida contraída em proveito da economia familiar (art. 1.644, CC).

Infere-se, então, que possui o cônjuge ou companheiro legitimidade para opor embargos à execução quando pretender impugnar o título, a dívida ou a regularidade do processo, desde que respeite o prazo legal (art. 738, CPC), e também para opor embargos de terceiro, a fim de evitar que o patrimônio próprio e exclusivo responda pelo débito em execução, ou até para defender o chamado “bem de família” (hipótese em que demonstrará interesse de salvaguardar a habitação da família diante da omissão ou da ausência do titular do bem que figurou originariamente no procedimento).²²

Uma questão assaz interessante é aquela que foi trazida pela edição da lei 11.382/2006, que inseriu o artigo 655-B no CPC, atinente à (i)legitimidade do cônjuge alheio à execução para defender sua meação por meio de embargos de terceiro quanto a *bem indivisível* (conceito a que se chega com a interpretação, *a contrario sensu*, do art. 87 do Código Civil).

No nosso entender, continua sendo possível o ajuizamento dos embargos de terceiro, só que terá por objeto apenas a metade do resultado econômico final da expropriação, preservando-se a meação quando do praxeamento do bem.²³ Essa inovação que adveio com o citado dispositivo legal e que resolveu de forma inteligente o entrave até então existente quanto a um resultado útil e realmente eficaz de várias execuções, acabou por esvaziar,

22 A propósito vide REsp n. 1.203.869-MG - 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.10.10, p. DJe 08.10.10.

23 Nesse sentido: acórdãos de n. 1.0702.06.301411-3/001 e 1.0024.05.829802-7/001, ambos do TJMG.

“quanto aos bens indivisíveis, para fins de embargos de terceiro, em parte, o § 3º do art. 1.046” (COSTA MACHADO, p. 898).

10. AS DEFESAS HETEROTÓPICAS

No âmbito da ciência jurídica, as defesas heterotópicas constituem meios autônomos de impugnação manejáveis pelas partes litigantes ou terceiros interessados. Recebem tal nomenclatura por se efetivarem de forma distinta da que normalmente se utiliza, não se sujeitando aos meios ordinários dos recursos e das ações.

As defesas heterotópicas inauguram uma nova relação jurídica processual ou interferem numa já existente, possibilitando que outra solução venha a ser dada ao processo no qual está incidindo, fazendo emergir uma discussão não considerada anteriormente e que possibilitará uma modificação do *decisum*, pelo que, pode-se dizer que possuem a finalidade de corrigir falhas processuais que os sujeitos do processo podem ter incorrido, como eventuais nulidades, vícios, ou até uma prevalência de interesses de maior repercussão jurídica.

Assim, à guisa de conclusão, pode-se afirmar que o executado dispõe de quatro mecanismos de reação direcionados diretamente contra a execução: a defesa incidental (embargos e impugnação ao cumprimento de sentença), a defesa endoprocessual (exceção de pré-executividade), a ação anulatória prevista no art. 486 e as defesas heterotópicas (ações autônomas que podem ser “ajuizadas prévia, incidental ou ulteriormente ao processo executivo”) (ASSIS, p. 1.063).

10.1. A *querela nullitatis* ou simplesmente ação declaratória

Diz-se ser a *querella nullitatis* a ação impugnativa (constitutiva ou des-constitutiva) que deu origem a todas as outras defesas heterotópicas. Ao contrário da ação anulatória, que ataca questões do chamado “direito material”, a *quelela nullitatis* visa a questões processuais. O vício de citação que contamina o processo é exemplo clássico de manejo desta ação, que é autorizada inclusive pela disposição do art. 4º do CPC, onde se concede ao interessado a possibilidade de ajuizar ação simplesmente pleiteando declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, bem assim até uma eventual ação declaratória de falsidade ou inexigibilidade do título.

10.2. Defesas heterotópicas constitucionais: *habeas corpus* e mandado de segurança

O principal traço distintivo destas defesas constitucionais em relação às anteriormente tratadas situa-se no campo das provas, porque aqui o leque de atuação é mais objetivo, pois não comportam dilação probatória, havendo mesmo necessidade de provas pré-constituídas quando de seus manejos.

Quanto ao *habeas corpus*, deixaremos de tratá-lo, pois muito mais afeto ao direito processual penal, escapando as hipóteses contemplativas dos temas tratados nesta pesquisa. Já quanto ao mandado de segurança, que tem cabimento contra ato do poder público, ou de quem suas vezes fizer, que tenha violado direito líquido e certo (art. 5º, LXIX, CRFB), pode também ser enxergado como um mecanismo de reação do executado contra questão processual decidida na execução (ex.: decisão interlocutória proferida em execução de tramita perante a lei n. 9.099/95, os chamados Juizados Especiais Cíveis).

Por fim, as defesas heterotópicas devem ser tratadas como eficientes meios autônomos de impugnação das decisões judiciais, até porque suas variantes de aplicabilidade são incontáveis, gerando constantes reavaliações de posições doutrinárias retrógradas e não consentâneas a um Estado onde o processo é constitucionalizado. Sendo importante novamente ser repisado que não pode haver impedimento a que a parte lance mão de meios de oposição à execução avulsos e/ou não previstos expressamente no Código de Procedimentos, uma vez que a Constituição, que é hierarquicamente a lei superior,²⁴ não prescreve a atividade técnico-procedimental para que o interessado tenha acesso ao direito de ação, mas sim submete a licitude da privação de bens dos litigantes à efetivação do devido processo (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB).

11. A MORATÓRIA LEGAL

Como estamos tratando da defesa do executado, não podemos encerrar este ensaio sem alguns breves comentários acerca do advento do artigo 745-A do Código de Processo Civil, que permitiu ao executado um parcelamento da dívida, desde que a reconheça.

A lei 11.382/2006 trouxe uma significativa inovação no âmbito do procedimento executivo, autorizando o executado a parcelar a dívida em até seis vezes (desde que depositado o valor correspondente a 30% do montante exequendo), bastando reconhecer o crédito do exequente e preencher os demais requisitos expressos no dispositivo legal.

24 A respeito da supremacia da Constituição como um princípio a ser perseguido vide DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 115-118.

Para *Araken de Assis* (p. 470), “o art. 745-A representa poderoso estímulo ao cumprimento voluntário e meio hábil para encerrar execução que, inexistisse o parcelamento, recortaria o patrimônio do executado”. A propósito, tal previsão foi mantida pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do novo CPC, conforme disposto no art. 837, e seus parágrafos, do PLS 166/2010.

11.1. A iniciativa unilateral do executado vincula o exequente?

De acordo com a disposição do Código, desde que preenchidos os requisitos formais ditados em lei, pode-se perceber que a intenção do legislador foi no sentido de que, manifestada a vontade do executado de parcelar a dívida, e observados os requisitos legais para o deferimento, terá o juiz de acatar o parcelamento, mesmo contra a vontade manifestada do exequente, pois somente essa vinculação é que justificaria a renúncia ao direito de opor embargos contemplada na parte final do § 2º do art. 745-A, CPC.

Defendendo tal proposta veja-se:

Não há outra forma de interpretar o dispositivo legal, porque, sem a segurança de que terá seu pedido deferido caso cumpra as exigências formais, dificilmente o executado abrirá mão de seu direito de embargar ao reconhecer a dívida com a mera expectativa de ser aceito o seu pedido de pagamento parcelado.²⁵

Esta é, inclusive, a justificativa para o título dado pelos autores a esta matéria: “moratória legal”. *Luiz Guilherme Marinoni*, por exemplo, assevera que, “atendidos os pressupostos, tem o juiz o dever de deferir o parcelamento. Nesse contexto, tem o executado direito ao parcelamento do valor em execução” (2010, p. 722).

Todavia, tais afirmações têm de ser vistas com ressalvas, porque poderão chocar-se com outros dispositivos legais e, principalmente, com a principiologia constitucional.

Ora, por tudo o que já foi expandido neste estudo, e também em obediência aos princípios processuais-constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, é óbvio que o juiz não pode deferir o parcelamento sem a prévia consulta ao exequente, apesar de omissa o dispositivo legal em comento.

11.2. Antinomia: ofensa à regra prevista no art. 314 do Código Civil

Como dito acima, entende-se que a intenção do legislador foi no sentido de que basta a opção manifestada pelo executado e o preenchimento das exigências legais para que o juiz

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Propostas para um novo CPC: defesa do executado*. In “Revista de Processo – REPRO n. 186”, RT, p. 238.

defira o pedido (percebendo-se tratar-se de direito subjetivo do executado), porém, o art. 314 do Código Civil em vigor prescreve que *“ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”*, ou seja, a regra processual está atritando com a regra material, resultando numa inegável antinomia.

Cumpre-nos aqui trazer a opinião de um civilista a respeito do assunto, para dar o contraponto, portanto, vejamos a doutrina de *Sílvio de Salvo Venosa*:

Como se nota, a novidade processual foi emitida em benefício exclusivo do devedor e, a nosso ver, não toca os princípios basilares obrigacionais do Código Civil. Há que se dar homogeneidade e interpretação lógica, portanto, a essa antinomia entre o art. 745-A do CPC e arts. 313 e 314 do Código Civil. A preponderância deve ser segundo o critério da especialidade, pois os arts. 313 e 314 regulam as obrigações em geral, enquanto a norma inserida no CPC é procedimental, sediada na fase de execução (VENOSA, p. 343).

Desta feita, o parcelamento do débito, entendido como direito “subjetivo” do executado, desvirtua o direito adquirido do exequente, violando os artigos 5º, inciso XXXVI, da CRFB e 314 do Código Civil, que disciplina a indivisibilidade da obrigação e o seu cumprimento da forma avençada.

Com efeito, não pode o credor ser compelido a receber parceladamente se assim não foi pactuado. Destarte, chega-se à conclusão de que o parcelamento da dívida somente poderá ser deferido mediante **prévia consulta e aquiescência** do exequente.

12. CONCLUSÃO

No Estado em que o Direito é Democrático, jurisdição e cognição são atividades regidas pela Teoria do Processo, que se orienta pelos princípios inafastáveis do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do direito ao advogado, num espaço procedimental formalizado²⁶, o que garante a estabilização dos argumentos expostos no caderno processual, sem prejuízo da necessária fiscalização dos atos emanados pelo Estado-juiz.

Em razão das equivocidades legiferantes e consequentes provimentos contrários à ordem constitucional que presenciamos ainda hoje é que se deve reafirmar que,

Numa Sociedade Aberta (sociedade democrática em que há uma discursividade reconstrutiva incessante das normas), não há que se falar na existência de leis sem que sobre elas paire uma contínua interpretação (e revisão) principiológica-

26 A respeito do conceito de procedimento, iniciado por *Elio Fazzalari*, vide GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. – Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 105-111.

constitucional. **A norma infra-constitucional não existe por si só, devendo ser incessantemente joeirada, via discurso processual, pelas normas constitucionais** (MADEIRA, p. 212).

Por isso é que não podemos enxergar o sistema codificado como um bloco fechado, sem possibilidade de discussão aberta, democrática e ampla, ainda mais quando levamos nossas desavenças ou inseguranças para que sejam solucionadas pelo judiciário, que tem a responsabilidade de julgar de acordo com a racionalidade jurídica e, principalmente, constitucional. No atual momento da evolução humanística, principalmente numa sociedade científica, pluralista e moralmente heterogênea, os direitos fundamentais (aqui incluídos o acesso ao judiciário e ao devido processo), considerados como princípios jurídicos que não podem ser abolidos (art. 60, § 4º, IV, CRFB), especialmente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, “são válidos enquanto corresponderem às *exigências morais* sentidas em um período específico” (CAMBI, p. 134), e são auto-aplicáveis a partir do momento em que o direito positivado não é mais capaz de dar respostas objetivas às complexas controvérsias morais, políticas e jurídicas oriundas das relações humanas.

Nesse novo Estado em que vivemos, empregado nos textos jurídicos como um paradigma²⁷, que é dimensionado por princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, a única fonte de legitimação de exercício do poder é o povo (comunidade política composta de pessoas livres e dotadas de direitos-poderes subjetivos). Nessa perspectiva, Estado Democrático de Direito é aquele em que o povo exerce o poder diretamente ou por meio de representantes escolhidos em eleições periódicas e livres, pelo voto direto e secreto, para mandatos periódicos, possuindo como fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a supremacia da Constituição, a conformação das decisões emanadas dos órgãos estatais à legalidade e aos direitos fundamentais e a separação das funções do Estado (ou separação dos poderes), tudo de acordo com os mandamentos previamente acertados no respectivo texto constitucional.

O Direito, após a institucionalização da democracia constitucionalizada, adotou o modelo teórico do Estado Democrático como base interpretativa, inferindo-se que, no Brasil, a legislação infraconstitucional necessita (no sentido de ser impostergável) de uma releitura constitucional, com mais ênfase ainda o nosso Código de Processo Civil, editado ainda sob o

27 O vocábulo *paradigma* neste texto adotado deve ser “entendido como um conjunto de hipóteses científicas gerais e de lei e diretrizes técnicas necessárias à sua aplicação, assim adotado por uma comunidade científica, verdadeiras realizações científicas reconhecidas em âmbito universal, as quais, durante certo tempo, na busca da resolução de determinados problemas, fornecem soluções modelares para os praticantes de determinada ciência” (DIAS, 2010, p. 55).

contexto do Estado Social de Direito (pois entrou em vigor em 1º janeiro de 1974), possuindo um discurso anacrônico perante a nova ordem constitucional.²⁸

Afinal de contas, na atualidade constitucional, as decisões jurisdicionais não serão consideradas democraticamente racionais simplesmente por serem amparadas por outras emanadas em casos análogos (jurisprudência) ou fundadas em leis vigentes que tiveram o respectivo processo legislativo acelerado a “toque de caixa”, pois a legitimidade dos provimentos está em terem sido respeitados *todos* os princípios processuais constitucionalizados (*contraditório, ampla defesa, isonomia, duração razoável dos procedimentos, fundamentação racional das decisões e acesso ao devido processo*), alçados à categoria de direitos fundamentais pelo texto da Constituição Federal em vigor, sem prejuízo da estrita observância ao princípio da reserva legal.

Por todos esses fundamentos, bem como diante de tudo o que foi expendido nesta pesquisa, torna-se óbvio que ao executado há que ser dada a oportunidade de discutir todo o direito que entender potencialmente maculado, com o mais amplo arcabouço jurídico possível que estiver a seu alcance, não podendo, por isso, ser cerceado por técnicas procedimentais descritas no Código de Procedimentos, pois editado numa realidade distanciada do atual modelo de Estado Democrático de Direito, introduzido pela atual Constituição Federal, que preconiza como princípio fundamental a vinculação da jurisdição a tal maquete democrática.²⁹

Abstract

The right of action (access to law) is independent of any condition, even though procedural, because the status of a fundamental right guaranteed by the constitutional guarantee of due process. Such a concept including the implementation in any of its forms, since only be realized "access to justice" if they are part of the opportunity to the adversary, to present his case and the continuous supervision of construction of the judicial remedy, as an expression of constitutionalized democracy. In this perspective of democratic law, called the execution process must be revisited in order to guarantee that will be achieved by providing the possibility to show all matters it considers defensible. Therefore, it is important to note that even if the debtor does not properly managed, from the viewpoint proceduralist, through its appeal, may also discuss any erroneous procedure took place on the executive, under penalty of indelible offense to constitutional principles, according to the modern theory of the Process.

Keywords: Executive's response, unconditionally the right of action, defenses typical and atypical (heterotopic).

28 SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado, p. 253.

29 A respeito do “princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito” vide DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 114-115.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Lei Federal n. 5.869, de 11 janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil.

Lei Federal n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil.

Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166/2010, Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. – 11. ed. - São Paulo: RT, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. – 28. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BERMUDES, Sérgio. “**Embargos à penhora na execução de título extrajudicial**”. In Revista da Escola Nacional de Magistratura, vol. 2, n. 5, 2008, p. 28-33.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. – 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. II. – 14. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – São Paulo: RT, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. – 15. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; AMORIM MACHADO, Felipe Daniel (coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 9. ed. – Barueri, SP: Manole, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. – Tercera edición (póstuma) – Reimpresión inalterada – Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo civil reformado**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Tópicos sobre a última reforma processual (execução por quantia certa)** – parte 2. Artigo disponível em http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/downloads/artigos/Alguns_aspectos_da_reforma_de_2006%2011.pdf, acessado em março de 2011.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** – 11. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo.** – Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUIMARÃES, Filipe. **Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro.** In “Revista de Processo – REPRO n. 178”, RT, 2009, p. 123-152.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução).** – Campinas, SP: Bookseller, 2003.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito.** – Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, vol. 3: Execução. – São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** – 2. ed. – São Paulo: RT, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, vol. 2. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado.** – São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, vol. 2: obrigações. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Propostas para um novo Código de Processo Civil: defesa do executado.** In “Revista de Processo – REPRO n. 186”, RT, 2010, p. 229-240.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil.** – 4. ed. - São Paulo: RT, 2008.

SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. **Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucionalizada do acesso ao direito.** *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre/RS, vol. 5, n. 14 – jan/mar. 2011, p. 244-268.

SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR, Nelson; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. **Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior.** São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, vol. 2: execução e processo cautelar. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo de execução (série processo de execução e assuntos afins; v. 2)**. – São Paulo: RT, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. 2. – 5. ed. – São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. – 3. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático**. In “Revista de Processo – REPRO n. 195”, vol. 36, RT, maio-2011, p. 111-136.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol. II**. – 34. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, vol. I**. – 50. Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução**. – 23. Ed. – São Paulo: Leud, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. – São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; FONTES, Rômulo Fernando Novais. **Objecção de consciência: a legítima recusa a tratamento médico**. Artigo publicado na Revista Eletrônica da Fundação Educacional de Oliveira (REFEOL) – ISSN 2236-000X. Ano I, n. 1, jan/jul 2011, disponível em feol.com.br.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo civil: curso completo**. – 3. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.