



O CONTRADITÓRIO DO EXECUTADO NA NOVA EXECUÇÃO CIVIL

*Juvêncio Vasconcelos Viana*¹

RESUMO

O presente artigo analisa as formas de defesa do devedor na nova execução civil brasileira.

Palavras-chave

Processual. Constitucional. Contraditório. Execução.

ABSTRACT

This article analyses the defense of judgment debtor in new brazilian execution.

Key-words

Process. Constitutional. Contradiction. Execution

1. PALAVRAS INTRODUTÓRIAS.

Tomemos certas premissas para o desenvolvimento de nosso tema: de um lado, a moderna idéia da efetividade do processo; de outro, a garantia do contraditório em sede da execução.

Quanto ao primeiro ponto, vale rememorar que, depois de toda uma fase *autonomista* da evolução do processo, fase marcada por diversos avanços conceituais, chega-se a um momento metodológico no qual, mais que nunca, reconhece-se no processo um “instrumento” – não puramente técnico, de aplicação do direito material -, mas com fins sociais e políticos a serem realizados.²

Mais ainda, a partir do momento que se reconhece ao processo tais escopos (sociais, políticos e jurídicos) a serem alcançados, sua efetividade será medida, exatamente, pelo grau de aproximação de tais fins. O quão mais próximo esteja o processo daqueles escopos, atingindo-os satisfatoriamente, poderá aquele afirmar-se *efetivo*.

¹ Advogado em Fortaleza. Procurador do Estado do Ceará. Professor da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito Processual pela USP.

² Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17-23.

Eis a relação entre os conceitos de instrumentalidade e de efetividade.

Quando falamos em “crise da prestação jurisdicional”, talvez não haja momento mais sensível para essa quanto a seara da execução (v.g., problemas com a efetivação de ordens judiciais, dificuldades no recebimento de quantia certa), área na qual está-se exatamente cuidando da realização material de situações reconhecidas em lei ou sentença.

Quer-se, assim, o resultado equivalente àquele que a parte teria com o espontâneo cumprimento da obrigação pelo devedor. É o princípio da “máxima coincidência possível”, o qual, na dicção de José Carlos Barbosa Moreira, “deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito”.³

Quanto ao segundo ponto, apesar de posicionamentos contrários do passado,⁴ não há mais dúvidas, em tempos atuais, quanto à presença do contraditório em sede de execução.⁵

Diversos fatores nos conduzem ao reconhecimento de sua incidência *in executivis* (v.g., a imposição constitucional do princípio a qualquer processo judicial,⁶ a consolidação jurisprudencial da “exceção de pré-executividade”).

Basta verificar que o princípio do contraditório há de ser observado atento às peculiaridades do processo sobre o qual esteja a incidir.

Há contraditório na execução, sem dúvida, apenas em *latitude diversa* daquela em que o mesmo princípio manifesta-se, por exemplo, no processo de conhecimento.⁷

Há o risco, contudo, de que se coloquem em grau bastante elevado aquelas idéias (de humanização da execução, contraditório etc.) a ponto de transformar-se a execução em um “*processo do devedor*” e não, como deve ser, na atividade adequada à satisfação do credor.

Não é de hoje a advertência acerca dos perigos da expansão da tutela do devedor (através do direito constitucional, direitos fundamentais etc.), que poderia por em crise a eficiência do processo executivo. Vale lembrar, também

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

⁴ Apontando uma índole não contraditória da execução, cf. SATTI, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 2o. vol, trad. Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 532.

Liebman também afirma que não há contraditório na execução, contudo, chega a dizer “que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos)”, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 44.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 161-178.

⁶ Art. 5º, inc. LV, Const.

⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 129.

o credor goza de direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito a uma tutela efetiva de seu crédito.⁸

O desafio está lançado aos operadores do direito em geral: propiciar, de um lado, uma tutela executiva efetiva, assegurando à parte vencedora/credora exata e precisamente aquilo que restou reconhecido na sentença ou em título extrajudicial, sem descurar, de outra banda, da imposição do contraditório, para os casos em que aquela atuação (executiva) se faça de forma ilegítima ou descabida.

2. RELEMBRANDO OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

No direito brasileiro, construiu-se a idéia de que o processo de execução seria, precipuamente, modalidade de atividade jurisdicional prática e material, desenvolvida sob a premissa de não haver, ali, matéria a ser discutida e decidida.⁹ Daí, não se prever, em sua estrutura procedimental interna, momento formal para a apresentação de *defesa* pelo devedor.

Além dessa tentativa de impor-se certa *pureza* àquela atividade, invocava-se, ainda, o fenômeno da eficácia incondicional do título executivo, a qual permitiria percorrer a execução sem depender da demonstração da existência do direito. A lei se abstrairia de tal causa para dar força e valor somente à sanção incorporada no título, dando caminho livre à ação (executiva) que dele se originaria.

Tudo isso, é claro, não excluiria a possibilidade do aparecimento de controvérsias em relação ao processo de execução.

É que, como bem lecionava Willis Santiago Guerra, “não é, nem poderia ser absoluta a independência da execução em face da verdadeira situação de direito material existente entre as partes. A dívida pode não mais existir por pagamento, prescrição ou qualquer outro fato extintivo e nesse caso seria inadmissível prosseguir-se na execução. É certo que o devedor não pode defender-se diretamente na execução, invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito. Entretanto, dispõe o devedor de um meio eficaz para anular ou reduzir a execução ou tirar do título a sua eficácia executiva. Esse meio chama-se *embargos do devedor*. Os embargos constituem uma verdadeira ação (de conhecimento) com a finalidade de desconstituir o título exequendo. O ataque não é contra a execução em si mesma e, sim, contra o título que lhe serve de fundamento”.¹⁰

Apesar de algumas premissas da lição do saudoso mestre terem, modernamente, se relativizado, o fato é que os embargos à execução foram colocados no sistema como uma ação de iniciativa do devedor, com formação

⁸ Advertência feita por Wolfgang Grunsky, texto da conferência *Problemas constitucionais do processo executivo no ordenamento jurídico alemão*, proferida no auditório da pós-graduação-UFC, Fortaleza, 1989.

⁹ Evitando-se, assim, o suscitar de questões que somente retardariam a marcha do procedimento.

¹⁰ GUERRA, Willis Santiago. *Notas da disciplina de Direito Processual Civil – Execução*, UFC, 1988, p. 2.

de um processo próprio, dotado de autonomia estrutural *mas umbilicalmente ligado ao processo de execução instaurado pelo credor*.¹¹

Essa natureza dos embargos à execução foi confirmada pela reforma do CPC, ainda na década de noventa, ao disciplinar-se o tema da desistência da execução, permitindo que os “embargos de mérito”, relativos à própria existência do crédito, prosseguissem como uma ação autônoma se assim quiser o embargante (alínea *b*, parágrafo. único, art. 569, CPC).

Reconhecida tal natureza, tais embargos possuíam, além dos pressupostos processuais gerais, outros de natureza mais específica, demonstrados logo na sua petição inicial, quais sejam, tempestividade e segurança do juízo.¹² Mais ainda, vale registrar que os embargos tinham, por previsão legal, a regra da suspensividade do processo executivo, no todo ou em parte.

A reforma do CPC, em sua nova etapa, atingiu em cheio o tema dos embargos à execução.

Nesse ponto, duas leis nos interessam diretamente: a primeira, Lei n. 11.232/2005, que disciplina o chamado “cumprimento da sentença” e introduz, no lugar dos embargos, a via da *impugnação* pelo executado; a segunda, Lei n. 11.382/2006, que trata na execução do título extrajudicial, altera o Livro II do Código e traz uma disciplina nova para a conhecida via dos embargos à execução.

3. A IMPUGNAÇÃO

Através da primeira lei (n. 11.232, de 22-12-2005), a execução de sentença condenatória no pagamento de quantia certa deixa de ser um processo autônomo para tornar-se apenas uma *fase* do processo de conhecimento que gerou aquela mesma sentença.

Tínhamos dado tal passo, antes, em relação às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 461, 461-A, CPC);¹³ avançou-se, na mesma linha, em relação às obrigações de pagar quantia certa.

A sentença condenatória em quantia certa não mais precisará de um processo (autônomo) de execução para se fazer valer. É o triunfo do chamado “processo sincrético”. Fundem-se, numa mesma base processual, as atividades de reconhecimento e de atuação do direito.¹⁴

¹¹ Expressão empregada por Willis Santiago Guerra.

¹² Embora esse último pressuposto fosse dispensado em alguns casos, v.g., nos embargos à execução de obrigação de fazer.

¹³ Ver ainda o art. 475-I, CPC.

¹⁴ Diante disso, o Livro do II do CPC, volta-se à realidade da execução (processo de execução) dos títulos extrajudiciais. As normas do Livro II, contudo, ainda auxiliarão àquela fase de cumprimento da sentença (observe-se que a disciplina específica do cumprimento da obrigação de pagar vai apenas até a fase de apreensão-avaliação). Assim, as regras do Livro II CPC serão aplicadas subsidiariamente para o cumprimento da sentença (art. 475-R), *v. infra*.

Pois bem, se a reforma introduziu a executividade *lato sensu* para as sentenças condenatórias em quantia certa, por razões de “simetria”, também tinha que criar, nessas situações, um contraditório compatível: a impugnação incidental (art. 475-L, CPC).

A introdução da nova via de reação do executado traz algumas questões à análise.

Existem muitas dúvidas na doutrina quanto à real natureza da impugnação incidental.

Para alguns, a mesma consistiria em simples *defesa*, traduzida num mero incidente processual.¹⁵

Optando-se por tratar a impugnação como mera defesa, surgiria séria questão acerca da eficácia preclusiva que a sua não interposição poderia acarretar, impedindo a discussão daquelas matérias *a posteriori*.

Se a impugnação tiver natureza de defesa, adverte Paulo Lucon, “sem a sua apresentação, opera-se verdadeira preclusão *pro iudicato*, não se admitindo a alegação de qualquer matéria atinente ao débito exequendo (ressalvadas as matérias de ordem pública, sobre as quais o órgão jurisdicional pode e deve se pronunciar – *ex vi* art. 267, §3º)”.¹⁶

Para outros, a impugnação – a exemplo dos antigos embargos à execução do título judicial – permaneceria com a natureza de *ação de oposição à execução*.¹⁷

Ao tempo dos embargos a execução, reconhecia-se que a perda do prazo de sua oposição (então de 10 dias) era algo que trazia uma eficácia apenas endoprocessual. Tal contumácia não inibia a busca do devedor por uma tutela jurisdicional autônoma.¹⁸ Essa também há de ser a conclusão, hoje, se admitirmos natureza de *ação* para a via da impugnação.

Por fim, há posição de que sua natureza oscilaria, a depender do fundamento utilizado, ora aparecendo como mera *exceção processual* (v.g., inc. II, III, art. 475-L), ora como autêntica *ação incidental* (v.g., incisos I e VI e §1º, art. 475-L).¹⁹

¹⁵ É a posição, por exemplo, de CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei n. 11.232/2005. In: RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, p. 70. JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 148; MARTINS, Sandro Gilberto. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130; WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel García. *Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de Títulos Judiciais. In: *Direito Processual Comparado*. PELLEGRINI, Ada Grinover. CALMON, Petrônio, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 712

¹⁷ Cf. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314.

¹⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado. In: *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 249-260.

¹⁹ Cf. GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36, São Paulo, março 2006, p. 81.

O fato é que, ainda que venhamos a reconhecer à impugnação a natureza de uma ação, a mesma não contará com um novo processo (como havia nos embargos) para discutir qualquer das situações autorizadas legalmente (*v. infra*), sendo que de sua decisão caberá, inclusive, recurso de agravo de instrumento, medida de impugnação mais compatível com celeridade da nova técnica de cumprimento.

De qualquer sorte, é importante que o ali decidido (em sede de impugnação) faça “coisa julgada”,²⁰ impedindo que o devedor vá ressuscitar o fundamento eventualmente repellido em outra via processual (ação autônoma etc.).²¹

3.1. Oferecimento

Observando a sistemática do cumprimento da sentença, temos que (art. 475-J), não havendo o pagamento voluntário da parte do devedor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Mediante técnica de concentração, faz-se conjuntamente as duas providências, seguindo assim modelo de maior rapidez, já observado na execução fiscal brasileira (art. 7º, Lei 6.830/80).

Lavrado o respectivo auto (penhora-avaliação), procede-se de logo a intimação do executado para, querendo, oferecer sua impugnação.

Vê-se, pois, que essa virá após a segurança do juízo e a avaliação do bem apreendido.²²

Novas regras visam facilitação daquele ato de comunicação, quer permitindo que essa se proceda na pessoa do advogado do executado, quer autorizando o emprego de outros meios de comunicação que não a via do mandado.

Assim, a intimação poderá ocorrer: a) na pessoa do advogado, mediante as técnicas que são comuns a esse profissional do direito (v.g., diário da justiça, correio);²³ ou, b) na falta desse, na pessoa do devedor ou, quando for o caso, de seu representante legal, por mandado ou pelo correio.

Realizada a intimação, poder-se-á oferecer a impugnação no prazo de quinze (15) dias. Eis outro requisito: a tempestividade, também verificável na realidade dos embargos (*v. infra*).

Passado aquele prazo, qual a conseqüência?

Perde o executado a oportunidade de reagir à execução pela via

²⁰ Assumindo natureza de ação, esgotados os recursos, haveria sim coisa julgada (GRECO, L. op. cit. p. 82).

²¹ Mas, há opinião contrária à formação da coisa julgada na espécie. José Ignácio Botelho de Mesquita, entende que, com a “metamorfose” sofrida (de embargos para impugnação), deixa de haver sentença de mérito e, assim, a decisão da impugnação não faria coisa julgada (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Metamorfose dos embargos*. n. 85, *AASP*, maio/2006, p. 59-61).

²² Afinal, um dos fundamentos da impugnação pode ser, exatamente, a avaliação errônea (inc. III, art. 475-L).

²³ Arts. 236 e 237, CPC.

ordinariamente prevista, inclusive com a possibilidade de pugnar, por sistemática própria (art. 475-M), efeito suspensivo.

Perdida essa oportunidade, parece-nos, não desaparece a possibilidade de trazer à baila a discussão daquelas nulidades absolutas da execução ou matérias de ordem pública²⁴ ou mesmo, conforme o caso, buscar a via de ação autônoma.²⁵

A possibilidade de vir argüir ausência de pressupostos ou vícios insanáveis da execução não vai embora com a nova disciplina.

Nada obsta que o executado venha mesmo, antes da oportunidade legal, deduzir aquelas matérias; ou ainda, que o faça mesmo transcorrido o prazo legal (afinal, são matérias de ordem pública, valendo então o §3º, art. 267). Pagará, contudo, as despesas de retardamento.

Percebe-se, portanto, que não desapareceu a utilidade e o espaço para o emprego da “exceção de pré-executividade” nessa fase de cumprimento. A constrição patrimonial, como visto, permanece como algo prévio à impugnação, daí porque o executado poderá tentar reagir por outros caminhos.

Embora não se ignore que o intuito da lei tenha sido por termo ao emprego de tais *exceções de pré-executividade*, ainda não será agora que essas abandonarão nossa prática forense.

3.2. Fundamentos

Diz a lei (art. 475-L) que a impugnação incidental “somente poderá versar sobre ...”. A norma mantém a conhecida idéia de *restritividade*²⁶ das hipóteses de reação à execução fundada em título judicial. Tentou-se, ali, realizar a difícil tarefa consolidar, em uma única via, a reação do executado.

A norma finda por trazer limites à cognição do juiz nessa fase. São matérias, em regra, supervenientes à condenação. Há casos, contudo, em que se discute o “passado”; matérias anteriores à formação do título, diga-se melhor (v.g., inc. I e §1º, ambos do art. 475-L).

Quanto ao elenco daqueles fundamentos - recorde-se a oposição italiana a atos executivos -, foram mantidas conhecidas situações, algumas de índole formal, processual, outras “de mérito”, as quais o sistema já contemplava ao tempo dos embargos à execução, tendo havido a supressão (ao menos aparente) de algumas.

São fundamentos que se encontravam no antigo art. 741 do CPC, que cuidava dos embargos à execução lastreada em título judicial. Tal norma não foi eliminada do sistema, mas restou mantida, com especificidade, para os casos de

²⁴ Muitas constantes daquele rol do art. 475-L (v.g., incisos II, IV e V).

²⁵ Nesse sentido, cf. ASSIS, A. op. cit., p. 334.

²⁶ Melhor não usar – como fazem alguns – a expressão *taxatividade*, haja vista certa “abertura” proporcionada pelo inciso VI do art. 475-L.

Execução em face da Fazenda Pública (arts. 730-731, CPC).²⁷ Ou seja, mantida aquela norma (art. 741), significa dizer que ainda encontramos, no sistema, situação de embargos à execução fundada em título judicial.

Passemos ao exame dos fundamentos da impugnação:

- a. *falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia* (inc. I, art. 475-L) – Este constitui inciso que permite o executado vir discutir matéria anterior, ainda relativa à *fase de conhecimento*. Quando tal fundamento era referido no inciso I do art. 741, CPC, dizia-se: *falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia*. Comparando os dois textos, vê-se suprimida do inciso I do art. 475-L a expressão “... no processo de conhecimento”. Compreensível isso, afinal não estamos falando um novo processo, mas sim de uma “fase” (executiva) ainda do mesmo processo. Passou-se a dizer “... se o processo correu à revelia” (algo mais técnico do que a “ação” correr à revelia, já que essa constitui apenas o poder de provocar a atuação jurisdicional). De qualquer sorte, para a caracterização plena desse fundamento, continuamos contando com o binômio: *nulidade do chamamento (citação) + ocorrência da revelia*;²⁸
- b. *inexigibilidade do título* (inc. II) – Cuida-se de outro fundamento conhecido. Há muito o legislador impõe ao título (melhor, ao crédito que esse encerra) os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.²⁹ A exigibilidade do bem devido “em nada concorre para identificar o direito que vai à execução, nem, de forma alguma, para estabelecer contornos do processo executivo; ela diz apenas que é chegado o momento da satisfação da vontade concreta da lei, sem que haja mais qualquer impedimento legal”.³⁰

Através de Medida Provisória (nº 2180-35) houve a equiparação de tal atributo (ou melhor, da ausência desse) à situação bastante diversa, qual seja, a da “sentença inconstitucional”. Acontecia então a positivação da “coisa julgada inconstitucional”.³¹ O fundamento já estava, pois, no sistema (pr. único do art. 741, CPC) através de Medida Provisória; agora, é re-introduzido mediante *lei* no texto do código (§1º, art. 475-L).³² Na proposição inicial de tal fundamento (inconstitucionalidade

²⁷ Acerca do tema, cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 103-134.

²⁸ Valendo registrar que a doutrina – embora vacilante quanto a real natureza do problema (se de inexistência, ineficácia ou nulidade) – vem admitindo certo “concurso” de meios de impugnação à decisão, dada a gravidade do vício, para o reconhecimento do mesmo, v.g., ação rescisória, *querrela nulitatis*.

²⁹ Algo que foi corrigido na atual redação do art. 586, CPC, *v. infra*.

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*, 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 483.

³¹ Acerca das polêmicas em torno desse fundamento, inclusive percorrendo as posições quanto à sua (in)constitucionalidade, cf. Juvêncio Vasconcelos. *Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: alguns reflexos em matéria tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito. (coord.) *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 262-293.

³² “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 Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

do título) para o art. 475-L, havia distinções para o texto finalmente aprovado: a) chegou-se a cogitar da hipótese da sentença inconstitucional como um inciso próprio (isso, certamente, para corrigir sua criticável associação com o conceito de inexigibilidade); b) referiu-se à “... sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade ou em arguição de descumprimento de preceito fundamental” (essa redação inicialmente proposta, melhor, procurava restringir a incidência da norma às situações de controle concentrado de constitucionalidade). Tais proposições, como se vê, no final, não vingaram.³³

- a. *penhora incorreta ou avaliação errônea* (inc. III) – Cuida-se de situação antes inclusa no inciso V, art. 741, CPC, o qual versava sobre “*excesso de execução*, [³⁴] ou nulidade desta até a penhora”. Com a nova sistemática do cumprimento da sentença, como vimos, a penhora ocorre juntamente com a avaliação e, após isso, a intimação para os fins de impugnação. Logo, essa não vai tratar apenas de vícios ocorrentes até a penhora – como se dava nos conhecidos “embargos de primeira fase” – mas também daquelas irregularidades que se manifestarem quanto à avaliação;
- b. *ilegitimidade das partes* (inc. IV) – Considerando cuidar-se de uma execução, posterior a uma fase de conhecimento, é de se perceber que tal fundamento não contará com toda essa amplitude. Não haverá, ao menos de princípio, maiores dificuldades quanto à verificação da legitimidade dessa fase executiva. De qualquer sorte, em prol do tema, convém atentar para as regras de legitimação que permaneceram no Livro II do CPC (arts. 566-568),³⁵ especialmente quando nos depararmos com eventual sucessão processual, cuja regularidade deve ser conferida;
- c. *excesso de execução* (inc. V) – O fenômeno tem sua definição legal no art. 743, CPC, aqui também aplicável (art. 475-R). Cuida-se de situação que decorre, nada mais nada menos, da própria idéia de *fidelidade* da execução ao título. No caso de excesso – mais exatamente quanto ao inc.I do art. 743 CPC - caberá ao executado declarar de logo o valor que entender correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação (§2º, art. 475-L). Trata-se da criação de interessante ônus para o impugnante. Dá maior seriedade ao seu contraditório. Algo similar ao que já ocorre em sede do processo de consignação em pagamento, no que tange à defesa do consignado, quando esse contesta a não integralidade do depósito (pr.

³³ O STJ tem cuidado, todavia, de atenuar a incidência de tal fundamento: “A jurisprudência desta Corte também é pacífica no sentido de que o parágrafo único, do art. 741 do CPC, não é aplicável às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua introdução no ordenamento jurídico, feita pela Medida Provisória n. 2180-35/2001 (24-8-2001). Isso porque, à época da constituição do título, que a parte alega ser inexigível, não se cogitava a inconstitucionalidade das normas que serviram de fundamento à decisão judicial, remanescendo a coisa julgada material. Precedentes” (STJ – 1ª. T.; AGR no RESP n. 711.302-SC; Rel. Min. Francisco Falcão; j. 21-6-2005; v.u.).

³⁴ Hipótese tratada, doravante, no inciso V art. 475-L.

³⁵ Recordando que a Lei n. 11.232/05 revogou a “execução às avessas” do art. 570 CPC.

único, art. 896, CPC). Nesses casos, eventual efeito suspensivo a se atribuir à impugnação há de ser parcial, permitindo seguir a execução em relação à parte incontroversa (*v. infra*);

- d. *qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença* (inc. VI) – Continua presente a hipótese que dá certa “abertura” ao rol dos fundamentos à reação do devedor. Afinal, diz-se ali “qualquer causa ...”, o que demonstra que o elenco mencionado não é “fechado”.³⁶ Cuidam-se das mesmas hipóteses que sempre constituíram os chamados “embargos de mérito”.

É, de certa forma, o *processualizar* do tema material das formas de extinção das obrigações. O acolhimento da impugnação em tais casos traz sérios efeitos substanciais. Manteve-se a compensação dentre aquelas situações exemplificativas, saindo, contudo, a expressão – que trazia certa confusão prática –³⁷ “... com execução aparelhada”. Continua – não podia deixar de ser – a referência à *superveniência* de tais fundamentos, ou seja, manifestação de tais causas extintivas ou impeditivas após a formação do título judicial.

Não constam do rol do art. 475-L duas antigas hipóteses de embargos à execução de título judicial:

- a. *a cumulação indevida de execuções* (antigo inc. IV do art. 741, CPC)³⁸ – tema que, em verdade, perde espaço, haja vista que, finda a fase condenatória do processo, passaremos ao cumprimento específico da sentença ali proferida.³⁹ A hipótese é mantida nos embargos à execução do título extrajudicial (inc. III, art. 745, CPC);
- b. *a incompetência do juízo, suspeição e impedimento do juiz* (antigo inc. VII, art. 741)⁴⁰ – a não menção de tais problemas não quer dizer que esses não venham a ocorrer. A incompetência, em caso de execução de título judicial, sempre foi matéria (embora não impossível) de rara verificação. De qualquer sorte, havendo incompetência absoluta (funcional), essa constitui matéria oponível até mesmo pela via de “objeção”, por simples petição.

Se havia situação de incompetência relativa (v.g., em razão de foro), tal

³⁶ Mostrando o caráter exemplificativo de tal cláusula legal, destacando diversas outras situações materiais (v.g., distrato, perda do interesse, morte do credor, nos casos de créditos personalíssimos), cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 663-664.

³⁷ Fazia alguns pensar que o crédito trazido à compensação deveria constar de execução ajuizada. Equivocado pensar, a nosso sentir.

³⁸ O art. 573 CPC dispõe sobre a cumulação de execuções.

³⁹ Leonardo Greco, após asseverar não se exaustivo o rol do art. 475-L, diz: “omitiu o legislador de 2005 a cumulação indevida de execuções, mencionada no inciso IV do artigo 741, mas me parece que ela pode ocorrer, especialmente nos casos em que a execução não se processe no juízo de origem, como admitido pelo artigo 475-P” (GRECO, L. op. cit., p. 81).

⁴⁰ O que trazia certa antinomia com o art. 742, CPC, prevendo a via das exceções rituais para tais vícios. A jurisprudência, contudo, parecia tolerante quanto ao emprego de uma e outra via.

deveria ter sido deduzida ainda na fase cognitiva, em momento próprio, já estando na fase executiva, a matéria resta alcançada pela preclusão. Por fim, se emergirem causas supervenientes de suspeição ou impedimento do magistrado nessa fase, caberá o tradicional remédio da exceção instrumental. É o caso de ir-se ao art. 742, aplicável subsidiariamente (incidência do art. 475-R, mais uma vez).

3.3. Suspensividade

Os embargos à execução, em seu velho regime (revogado §1º do art. 739, CPC), acarretavam a suspensividade automática do processo executivo.⁴¹

A impugnação não terá, ordinariamente, efeito suspensivo (art. 475-M), mas poderá o juiz atribuir-lhe tal efeito.

A adoção no Brasil da suspensividade *ope iudicis* nos aproxima do modelo italiano (art. 624 daquele código), onde na oposição o magistrado dá suspensividade de acordo com a relevância dos motivos.⁴²

Dessa maneira, o efeito suspensivo da impugnação será *ope iudicis*, ou seja, a depender de pronunciamento judicial que o outorgue, é claro, de maneira fundamentada (art. 93, IX, Const.).

A lei, em técnica que não é nova no sistema (v.g., art. 558, CPC), emprega conceitos indeterminados, que deverão ser verificados à luz do caso concreto pelo juiz. Não se cuida de simples discricionariedade do julgador.

Para que venha o efeito suspensivo da impugnação: a) devem ser relevantes seus fundamentos; b) o prosseguimento da fase executiva poderá causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A doutrina tem registrado certa nota de “cautelaridade” em tal caso, contudo, pugnada pelo executado, trata-se de uma tutela de urgência passível de ser prestada sem um processo respectivo (cautelar).

Para tal fim, não se está diante de mero *fumus boni iuris* e o risco de dano há de ser grave e não pairar dúvida.

Seria interessante a atenção do magistrado para as regras dos §§ 4º e 5º do art. 739-A, CPC, no ato da concessão do efeito suspensivo, para que esse venha apenas parcialmente quando a impugnação versar sobre fundamentos análogos àqueles ali tratados. Embora tais regras pertençam à disciplina do efeito suspensivo dos embargos, essas podem se aqui aplicadas por razões sistêmicas e teleológicas.

O efeito suspensivo pode ser requerido logo na petição de oferecimento da impugnação, mas nada impede que esse venha posteriormente, em petição avulsa. Alguns entendem poder o mesmo ser concedido de ofício pelo juiz.⁴³

⁴¹ Podendo, em determinadas situações, ser essa eficácia apenas parcial (antigos §§ 2º e 3º do art. 739).

⁴² Confira-se o levantamento procedido por WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J. op. cit. p. 161.

⁴³ É a opinião de KNIJNIK, Danilo. in *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232/2005*. OLIVEIRA,

Da decisão acerca do pedido de suspensividade, deferindo-o ou não, caberá agravo de instrumento. A forma retida de agravar não se demonstra apta e eficiente ao combate desse pronunciamento.⁴⁴

Mesmo se atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos da execução (§1º, art. 475-M). Trata-se de uma “contracautela neutralizadora que, prestada, não paralisará o andamento da efetivação da tutela da sentença condenatória”.⁴⁵

A caução, que poderá ser real ou fidejussória, deve ser, na letra da lei, “suficiente e idônea”. Impõe-se – ao juiz, em especial - verificar concretamente esses requisitos. Deve haver proporcionalidade entre a caução tomada e com o possível dano possa advir ao executado.

Não há necessidade, à semelhança do que ocorre com a execução provisória (inc. III, art. 475-O), de um procedimento cautelar específico (arts. 826-838) para a tomada da garantia. Essa é prestada nos próprios autos.

3.4. Processamento

A impugnação vem por petição dirigida, sem os rigores do art. 282, CPC, ao próprio juízo que toca a fase executiva do processo, de princípio, nos mesmos autos desse. Não há mais, como ao tempo dos embargos, a formação de um novo processo.

Apresentada sua petição, a impugnação será processada, como dito, nos próprios autos. Nos casos em que não deferida a sua suspensividade, a mesma terá seu curso em autos apartados (§2º, art. 475-M).

Não há, na lei, maiores detalhes quanto ao processar da impugnação.

É razoável pensar que essa possa ter uma rejeição liminar, v.g., por intempestividade, não enquadramento nas situações do art. 475-L, à exemplo do que ocorre com os embargos à execução (vide art. 739 e seus incisos).

Admitida que seja a medida, claro que deverá haver um contraditório em face do exequente.

A esse deve ser assegurada a possibilidade de reação à impugnação. Razoável que esse venha a respondê-la em quinze dias, prazo que se sugere por

Carlos Alberto Álvaro de (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164.

⁴⁴ Mostrando que o recurso há de ser o agravo de instrumento, mesmo diante da nova sistemática trazida pela lei 11.187/2005, cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11.232/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? p. 27. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, p. 74, artigos da *Revista do Advogado*, n. 85, São Paulo: AASP, maio/2006.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma primeira impressão. FUX, Luiz. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

isonomia processual (afinal esse é prazo que o executado dispõe para impugnar o cumprimento).

Se necessário, serão deferidas e produzidas provas, realizando-se inclusive audiência de instrução.

Da decisão que resolver a impugnação, rejeitando-a, caberá agravo de instrumento, ordinariamente desprovido de efeito suspensivo, o que permitirá o prosseguimento da execução. Caberá ao agravante, diante do caso concreto, pugnar extraordinariamente o efeito suspensivo (art. 558, CPC).

Acolhida a impugnação, havendo extinção da execução, será aquela decisão impugnável mediante apelação.

A natureza da decisão que julga o incidente, para alguns, é variável: extinto o processo, temos sentença; rejeitada a impugnação, é interlocutória, cabendo agravo.⁴⁶

Da resolução da impugnação deverá caber a fixação de honorários,⁴⁷ por princípio de causalidade. Não há diferença no trabalho aqui realizado daquele procedido nos velhos embargos da execução do título judicial. Mas essa não é uma posição pacífica.⁴⁸

Fica a indagação de saber-se com tratar dos vícios que vierem posteriormente à penhora, na fase expropriatória.

Possível sustentar, a essa altura, o cabimento dos “embargos de segunda fase” (à adjudicação, alienação e arrematação), modalidade típica de embargos para a execução que se diz expropriatória. Mais uma vez, se iria buscar resposta na regra do art. 475-R.

Ainda que não se concorde com tal idéia, de cabimento de embargos nessa fase ulterior do cumprimento, há de se admitir que tais vícios sejam argüidos mesmo que por simples petição. O não cabe é retirar-se do executado o direito à impugnação e discussão de máculas ulteriores, relativas às medidas da fase expropriatória.

4. NOVO REGIME DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Como dito, mexeu-se também na *principal* via de tutela processual do executado: os embargos à execução.

Diz-se “principal” porque, há tempos, foi debelado o chamado “mito dos embargos”, a crença de que esses fossem único caminho de impugnação à disposição do devedor em relação à execução injusta.

⁴⁶ WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J.. op. cit, p.163.

⁴⁷ Nesse sentido, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: RENAULT, S. BOTTINI, P. op. cit. p. 145. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76.

⁴⁸ Contra o cabimento de honorários, cf. KNIJNIK, D. op. cit. p. 166.

São reconhecidas ainda em favor do devedor outras vias – internas ou externas – de reação à execução, v.g., ações autônomas de discussão do crédito (§1º art. 585, CPC), exceções de pré-executividade.

Em linhas gerais, mantida a natureza jurídica do remédio (ação), as maiores novidades residem, precisamente, na desnecessidade de prévia segurança do juízo, antigo requisito de admissibilidade dessa via, e na supressão de seu efeito suspensivo (legal e automático), podendo esse ser atribuído pelo próprio magistrado, em casos excepcionais, mediante garantia.

4.1. Segurança do juízo e tempestividade

No plano da admissibilidade dos embargos, sempre tivemos dois requisitos: primeiro, o da segurança do juízo (embora esse requisito não fosse seguido em toda e qualquer modalidade de embargos, v.g., os embargos do processo de execução de obrigação de fazer e da execução contra a Fazenda Pública); segundo, o da tempestividade.

Não há mais, doravante, a exigência da segurança do juízo.

Há aqui, no plano da literalidade das normas, uma diferença para a proposição da impugnação incidental (medida de reação do executado na fase de cumprimento-execução de sentença, art. 475-J), haja vista que, ali, a medida viria após a realização da diligência de penhora-avaliação.

Contudo, é de se registrar que parte da doutrina vem se posicionando quanto a não exigência da segurança do juízo também para os fins da impugnação.⁴⁹

Diz agora o CPC que a parte executada oporá embargos “independentemente de penhora, depósito ou caução” (art. 736, caput),⁵⁰ embora esses meios devam ser usados para os fins de obtenção de suspensividade (*v. infra*).

A não exigência da segurança do juízo trará, na prática forense, uma diminuição do emprego das “exceções de pré-executividade”. Isto porque a maioria dos devedores buscava (ou forçava) tal via de defesa por ser a mesma “menos onerosa” para o executado. Com tal reforma, não se elimina, de uma vez por todas, a conhecida forma de reação do devedor, contudo, como dito, retira-se muito de seu âmbito de utilização.⁵¹ Ainda conviveremos com essa forma de reação do devedor por algum tempo.

O outro requisito – o da tempestividade – também sofre mudança.

O prazo de interposição dos embargos passa a ser de 15 dias (a exemplo

⁴⁹ Cf. BEDAQUE, J. op. cit. p. 75.

⁵⁰ Revogou-se expressamente o art. 737, CPC, que disciplinava as formas de tal segurança do juízo (penhora, depósito).

⁵¹ Mostrando que ainda não é o “fim” da exceção de pré-executividade, cf. WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit. p. 189; e THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181-182.

da impugnação de sentença, art. 475-L), contados da mera juntada do mandado de citação (art. 738). É claro que, por razões de contraditório, o mandado citatório deve trazer a advertência para o executado embargar em 15 dias.

São revogadas, pois, aqueles antigos termos *a quo* de contagem desse prazo que constavam dos incisos (I a IV) do artigo.

Não havendo mais a segurança do juízo, segue a idéia de juntada pura e simples do mandado citatório aos autos (tal como nos moldes do processo de conhecimento ou do antigo regramento da execução de obrigação de fazer – antigo inc. IV, art. 738, CPC, hoje revogado).

Temos então regras especiais para contagem do prazo:

- a. acom vários executados* – a contagem do prazo inicia-se a partir da juntada de cada mandado (e não da juntada do último, como ocorre normalmente, art. 241, inc. III, CPC). Abre-se exceção à tal regra no caso de executados casados (§1º, art. 738).

Na contagem do prazo dos cônjuges, contudo, impõe-se distinguir a situação do art. 655, §2º, CPC, o qual prevê o chamamento do cônjuge no caso de penhora de imóvel. Nessa situação, “o prazo para a apresentação de embargos é autônomo, contando-se da juntada de cada um dos mandados de citação, nos casos em que apenas um dos cônjuges é citado, originariamente, como executado, e o outro somente passa a integrar o pólo passivo da execução em razão da penhora de imóvel, nos termos do art. 655, §2º., acima comentado”.⁵²

Por fim, registre-se haver posição, na doutrina, pregando que esse trato especial de contagem do prazo também deve ser observada nos casos de união estável devidamente documentada.⁵³

- a. por precatória* – da juntada da comunicação (a qual dar-se-á, inclusive, por meio eletrônico) do deprecado aos autos (e não da carta precatória como é comumente feito - art. 241, IV).

É uma medida interessante e prima pela celeridade processual (§2º, art. 738).⁵⁴ Quanto ao *oferecimento* de tais embargos, é de ser observada a norma do art. 747 do CPC.

- a. o art. 191, CPC, não se aplica à contagem de tal prazo (§3º, art. 738), seguindo-se aqui certa linha de pensamento já antes sustentada.*⁵⁵

⁵² WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit. p. 198.

⁵³ BUENO, Cássio Sacarinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 260.

⁵⁴ Talvez fosse o caso de se pensar trazer tal alteração para o processo em geral, tornando essa disciplina específica em comum.

⁵⁵ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224.

4.2. A não suspensividade como regra

Assume-se que os embargos não terão efeito suspensivo (art. 739-A). Uma antiga aspiração da doutrina, registre-se.⁵⁶

A exemplo do que ocorreu na “fase de execução” da sentença condenatória em quantia certa, em sua impugnação incidental (art. 475-M), aqui, de igual, mudou-se do efeito suspensivo “legal” para um efeito suspensivo “judicial”.

A opção vigente chega em certa mão contrária do que fora estabelecido em momento inicial da reforma do código, quando se optara por explicitar o efeito suspensivo generalizado dos embargos executivos.

Daí porque, agora, temos a reformulação do inciso I do art. 791, CPC, que previa a suspensão pura e simples do processo com o mero recebimento dos embargos.

Essa norma tem sua redação adaptada à nova sistemática. Diz que suspende-se a execução: “... no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A)”.

Apesar disso, o embargante poderá requerer ao juízo a concessão de tal efeito, desde que atenda a determinados requisitos legais. Um efeito suspensivo *ope iudicis*, pois.

Dispõe o §1º do art. 739-A do CPC: “O juiz *poderá*, a *requerimento do embargante*, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, *sendo relevantes seus fundamentos*, o prosseguimento da execução *manifestamente* possa causar ao executado *grave dano de difícil ou incerta reparação*, e desde que a execução já esteja *garantida por penhora, depósito ou caução suficientes*”.

A norma diz que o juiz “poderá” atribuir o efeito suspensivo. Contudo, tal possibilidade não constitui competência discricionária do magistrado. Ele precisará, uma vez provocado, verificar a ocorrência dos requisitos que a lei coloca para tal fim. É a incidência, pura e simples, do princípio-mor da motivação (art. 93, IX, CF).

Constituem requisitos da medida de suspensividade: a) relevância de seus fundamentos; b) que o prosseguir da execução possa *manifestamente* [atenção para a expressão de intensidade] causar *grave dano de difícil ou incerta* reparação. São requisitos que se assemelham a outros casos de tutela de urgência do código (v.g., efeito suspensivo do agravo, art. 558, CPC); e c) a outorga de garantia.

Caberá ao magistrado, como dito, a verificação desses, revelando-os em decisão fundamentada; motivada também há de ser a decisão de eventual revisão dessa suspensividade (§2º art. 739-A).

⁵⁶Mostrando a relação entre a busca da efetividade e a não suspensividade das impugnações à execução, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: *Processo de Execução*. SHIMURA, Sergio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 384-386.

A norma também deixa claro que a suspensividade não virá *ex officio*, dependendo de iniciativa do executado, condicionando-a a seu requerimento. Assim, constitui ônus do embargante, quando de sua postulação, a demonstração daqueles pressupostos.

Esse requerimento, de regra, será feito logo na inicial dos embargos, mas nada impede que o mesmo venha posteriormente, em caso de manifestação superveniente do *periculum in mora*.

Ainda, requer-se que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução, os quais a lei, de forma redundante,⁵⁷ adjetiva de “suficientes”.

Ou seja, além da demonstração daqueles requisitos legais, deve haver o oferecimento de bem(ns) em garantia para o advento da suspensividade. Há, em tal exigência, certa contradição com o disposto no §6º do mesmo artigo.

Ainda que o devedor obtenha a suspensão judicial num primeiro momento, isso não lhe dá total garantia de sobrestamento do processo executivo.

Primeiro, a suspensividade não impedirá a penhora e avaliação (é uma “meia” suspensão, pois). Não inclui aí atos de expropriação; estes não estão liberados, portanto.

Trata-se de suspensividade relativa, a qual mesmo decretada não impede a prática de determinados atos (a exemplo do que ocorre com a paralisação do processo e o decreto-efetivação de medidas de urgência, v.g., arts. 266 e 793, CPC).

Ademais, a decisão de suspensividade detém certa carga de resolutividade.

Pode aquela ser revista (modificada ou revogada) a qualquer tempo, desde que cessem as circunstâncias que a motivaram. Um pouco de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* quanto à determinação de suspensão. Mais uma vez, quer-se a iniciativa da parte (de certo, da embargada).

As hipóteses de suspensividade parcial dos embargos – que nasceram com o movimento de reforma – ficaram mantidas (§§ 3º e 4º). Temos no §4º, art. 739-A, especificamente, os “embargos subjetivamente parciais” de que fala Cândido Dinamarco. Tal regra não deixa de ser adoção, no campo específico da execução, de certos princípios do fenômeno do litisconsórcio, mais especificamente, o da autonomia (arts. 48 e 49, CPC).

São normas que prevêm situações de atenuação da eventual eficácia suspensiva da via embargatória, apontando casos onde a mesma somente ocorreria de maneira parcial, ora elegendo critério puramente objetivo, ora fazendo-o por parâmetro mais subjetivo.

Assim, se: *a*) os embargos forem opostos, por exemplo, com fundamento no excesso de execução; ou *b*) existirem vários executados e apenas um desses

⁵⁷ Talvez com um fim “didático” ou de simples ênfase.

resolva embargar, deduzindo matéria que lhe é exclusiva (v.g., ilegitimidade passiva *ad causam*), em uma e outra situação a suspensividade dos embargos, ainda que deferida pelo magistrado, será apenas parcial.

Em outras palavras, no primeiro exemplo, nada impedirá o prosseguimento do processo executivo em relação ao *quantum* incontroverso ou, na segunda hipótese, em relação aos demais executados.

Tais “*feixes incontroversos*” da demanda executiva não devem ser afetados pela eficácia suspensiva da ação de embargos.

Toda essa sistemática chega com a clara finalidade de oferecer maior efetividade à via executiva, evitando suspensões amplas e desnecessárias, preservando, assim, a eficácia do título quanto às partes incontroversas do crédito ali representado ou da responsabilidade executiva também ali traduzida.

Em meio às regras da suspensividade dos embargos encontramos o §5º do art. 739-A, que diz respeito ao tema do “excesso de execução”.

Parece-nos que tal norma está deslocada sistematicamente. Melhor seria que a mesma constituísse um dos parágrafos do art. 745, CPC, que cuida do tema em meio aos demais fundamentos dos embargos. Cabia, para tal regra, uma melhor sistematização.

Como vemos, o tratamento do efeito suspensivo dos embargos chega na mesma linha do foi previsto para a impugnação incidental. Faça-se aqui um rápido paralelo entre os regimes do art. 475-M e do art. 739-A, §§, ambos do CPC.

Vejamos:

- a. nos embargos, para sua propositura, não há requisito da segurança do juízo, mas essa terá de ocorrer para fins de postulação do efeito suspensivo; na impugnação, ao requerer-se seu efeito suspensivo, já estará seguro o juízo, haja vista a sua oportunidade de oferecimento, exatamente após penhora-avaliação;
- b. resta explícito, na disciplina do efeito suspensivo dos embargos, que esse virá mediante requerimento da parte embargante; para a impugnação nada se diz, fazendo alguns sustentarem a possibilidade de tal efeito suspensivo se deferido *ex officio* pelo juiz;
- c. ambos os dispositivos (art. 475-M e art. 739-A, §§) fazem remissão às expressões reveladoras da aparência de bom direito e do risco de dano de difícil reparação; contudo, nos embargos, há ainda outro requisito à concessão: exige-se garantia do juízo;
- d. na disciplina do efeito suspensivo dos embargos deixa-se clara a *provisoriedade* da eficácia daquela decisão suspensiva; na impugnação nada se diz. Contudo, cuidando-se também de modalidade de tutela de urgência, também sustentável que o efeito suspensivo da impugnação possa ser revisto ou modificado;

- e. nos embargos, há regra expressa quanto à eficácia parcial da suspensão permitindo correr a execução em relação a parcelas incontroversas ou devedores não alcançados pela discussão; na impugnação, nada se diz acerca disso, contudo, é absolutamente razoável (e salutar) a aplicação de tais regras por razões teleológicas e sistêmicas;
- f. estando a execução embargada, ainda que deferido o efeito suspensivo, poderá ocorrer penhora (ou reforço dessa) e avaliação; no plano da impugnação, já houve penhora-avaliação.

4.3. Fundamentos

Dizia a antiga redação do art. 745 do CPC que, fundada a execução em título extrajudicial, o devedor poderia “alegar, em embargos, além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”.

Ao invés de ser, como outrora, meramente “remissiva” (às matérias do antigo art. 741 e do plano do processo de conhecimento),⁵⁸ a nova regra chega detalhando hipóteses de cabimento dos embargos. É correto que foram referidas ali algumas matérias que não necessariamente precisariam da via de ação de embargos para seu reconhecimento.⁵⁹

Vejamos:

- a. *nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado* (inc. I, art. 745) – aliás, uma matéria que sempre pôde, inclusive, ser deduzida em sede de objeção de pré executividade;
- b. *penhora incorreta ou avaliação errônea* (inc. II) - O aparentemente contraditório é que esses embargos podem ser oferecidos independente da segurança do juízo. Como insurgir-se, então, contra vícios da penhora ou da avaliação se essas forem realizadas após o decurso do prazo de 15 dias? Não deve haver óbice à discussão da matéria, pensamos. Seria o caso de, por tal fundamento, contar-se o prazo após a realização do ato de constrição (penhora) ou, ainda, poder-se trazer tais nulidades à debate independentemente da via dos embargos;
- c. *excesso de execução ou cumulação indevida de execuções* (inc. III) - Quanto ao tema do “excesso”, é de se ver o art. 743, CPC, que elenca suas situações. Repetiu-se, aqui, a regra do ônus de apontar o valor correto da execução. Mas, como já acusamos, pensamos que essa está fora do melhor lugar (§5º, art. 739-A). Acerca da cumulação indevida de execuções, confira-se o

⁵⁸ Portanto, referindo-se a algumas matérias incompatíveis com uma execução de título extrajudicial.

⁵⁹ Daí, afirmarem alguns autores que existem, naquele artigo (art. 745), fundamentos para os quais, não obstante a opção do legislador, não havia razões para que os “embargos” fossem tratados como ação (cf. WAMBIER, L. WAMBIER, T. MEDINA, J op. cit.p. 190).

art. 573, CPC. Não observados os pressupostos ali apresentados, cabíveis serão os embargos à execução.

- d. *retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621) [inc. IV, art. 745]* - É um fundamento típico em sede de execução para entrega de coisa.⁶⁰ O possuidor pode exercer o *jus retentionis* (art. 1.219, CC) opondo-se a sua restituição até ser pago o valor das benfeitorias. É um meio excepcional de defesa do possuidor (de boa-fé)⁶¹ para manter em suas mãos a coisa alheia até o ressarcimento do que gastou com o bem (*v. infra*).
- e. *qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (inc. V)* – retoma, nesse inciso, a antiga fórmula, liberando limites de cognição, como na velha redação do art. 745. Assim, ausência das condições da ação, falta dos pressupostos processuais, pagamento e outras matérias extintivas ou modificativas da obrigação, tudo isso se insere nesta cláusula final.

4.4. Embargos por retenção de benfeitorias

Como visto, cuida-se de fundamento próprio da execução para entrega de coisa. Opondo-os, almeja o executado manter em suas mãos a coisa até o ressarcimento do que nela investiu.

Acaso procedentes, a sentença dos embargos não será condenatória, nem se está a perseguir um título executivo judicial em favor do embargante. Acolhidos que sejam, ter-se-á o reconhecimento do impedimento legal ao prosseguimento da execução, até que venha o pagamento das benfeitorias, ônus imposto ao exequente.⁶²

Desde a reforma do CPC, o fundamento serve às execuções fundadas em títulos extrajudiciais. Isso considerando o sincretismo que atingiu a execução de obrigação de entrega de coisa fundada em título judicial (ver o art. 461-A)⁶³ e a “transposição” do art. 744 para o Capítulo “Dos Embargos à Execução Fundada em Título Extrajudicial”.

⁶⁰ Tem-se entendido que esse direito (de retenção) alcança também as acessões (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.771).

⁶¹ A norma material civil prevê que o “possuidor de boa fé ...”. Ao possuidor de má fé nenhuma possibilidade há de reter. Esse terá direito ao ressarcimento das benfeitorias apenas necessárias, mas não lhe assiste direito à retenção (art. 1.220, CC). Logo, exclui-se a iniciativa e legitimidade de tais embargos ao possuidor de má-fé.

⁶² “O efeito da sentença que acolhe tais embargos consiste em impor ao exequente o ônus de pagar tais benfeitorias (ou o saldo resultante de eventual compensação com frutos ou danos), *como requisito para que a execução possa prosseguir*; enquanto não o fizer, a execução permanecerá suspensa, extinguindo-se por abandono em caso de permanecer nesse estado por tempo superior a um mês ou a um ano, conforme o caso” (DINAMARCO, C. op. cit. p. 727).

⁶³ Nas denominadas “ações executivas lato sensu” (análogo ao que acontece em despejos e possessórias), a matéria de retenção há de ser deduzida de logo na contestação, sob o risco de ocorrer preclusão quanto à essa defesa (cf. DINAMARCO, C. op. cit. p. 724).

Com a lei 11.328/06, foi revogado o art. 744, CPC que cuidava, em norma própria, do procedimento de tal medida.

A disciplina de tais embargos já era sucinta. Pensamos que não se devia ter revogado aquela norma. Talvez tivesse sido a oportunidade de trazer sim mais dispositivos para aclarar a disciplina desses embargos (que sempre tiveram uma única regra para seu tratamento).

Havia explícitos requisitos para a inicial dos embargos (era o antigo §1º do art. 744), os quais, não atendidos, geravam o não recebimento dos embargos.

Queria-se ali: descrição das benfeitorias “necessárias, úteis ou voluptuárias”;⁶⁴ o estado anterior e atual da coisa; o custo das benfeitorias e o seu valor atual; a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias (antigos incisos I a IV daquele parágrafo).

Não obstante isso, pensamos que aquela “idéia” do artigo ainda vale, ou seja, ainda terá o embargante, em prol do conhecimento de seus embargos, por exemplo, de detalhar benfeitorias, apontar-lhes valor etc..

De qualquer sorte, o tema foi inserido nas disposições do art. 745 e §§, não trazendo normas rigorosamente “novas”.

Permite-se a postulação pelo embargado de compensação do valor de frutos ou danos sofridos com o das benfeitorias (art. 745, §1º). Tal possibilidade não passa de reflexo da situação de direito material (art. 1.221, CC) no plano do processo.

A antiga redação do tema (velho §2º art. 744, CPC) dizia que o embargado, em sua resposta, podia “oferecer *artigos de liquidação* de frutos ou danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias”. É certo, apesar da redação que era ali empregada, que não se estava querendo referir a um procedimento autônomo de liquidação (por artigos). Tudo se dava, como hoje, nos próprios autos dos embargos. A supressão àquela terminologia, na vigente redação, evita dúvidas.

Por fim, o §1º do art. 745 deixa explícito - o que seria previsível, em situações dessa natureza -, que é possível a designação de perito para o fim de apurar os valores a serem compensados.

Pode ser imitado na posse o exequente, desde que preste caução ou deposite o valor das benfeitorias ou que resultar da compensação (§2º, art. 744). A eficácia suspensiva desses embargos, pois, some com a imissão de posse que pode ser decretada mediante a prestação de caução, quer do preço, quer da diferença *frutos-danos x benfeitorias*.

4.5. Embargos à adjudicação, alienação ou arrematação

São os conhecidos “embargos de segunda fase”, para vícios e matérias posteriores à penhora - e, atualmente, à avaliação também - (art. 746).

⁶⁴Essa menção das *voluptuárias* era sem sentido, afinal elas não ensejam retenção.

Para alguns, constitui postura equivocada do legislador manter dois embargos na execução. Contudo, respeitada tradição de nosso direito processual, o segundo momento de interposição de embargos restou mantido.

Eram chamados “embargos à arrematação ou adjudicação”. Hoje, a terminologia é mais ampla – “embargos à adjudicação, alienação ou arrematação” -, não somente incluindo nova modalidade expropriatória, como também observando, na própria denominação do remédio, a ordem preferencial das medidas.

Trata-se de modalidade típica de embargos para o processo executivo de caráter expropriatório. Não podem ser manuseados tais embargos, é claro, visando atingir outros meios expropriatórios da execução por quantia, v.g., desconto em folha, usufruto.

São ofertados no prazo de 5 dias (antes, o prazo era de 10 dias), contados da adjudicação, alienação ou arrematação, ou seja, dos respectivos autos ou termos desses.

Excluído o prazo de sua interposição, o trato procedimental dos capítulos anteriores será observado subsidiariamente.

Poderá fundar-se em “nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora” (art. 746, caput).

Na velha redação do artigo, quanto aos fundamentos relacionados com a existência do crédito, citavam-se, especificamente, pagamento, novação, transação e prescrição; mas a doutrina cuidava de afirmar que o rol era mais amplo do que aquele citado, que ali contávamos apenas com alguns exemplos (o que não quer dizer que o devedor pudesse deduzir, em sede dessa modalidade de embargos, qualquer matéria; importa recordar que deveriam ser fundamentos “supervenientes à penhora”).

Para o pólo passivo dos embargos vão o exequente e o arrematante.

Propostos os embargos, abre-se a possibilidade de desistência pelo adquirente (arrematante etc.) quanto ao bem objeto da expropriação. Trata-se de uma postura unilateral, quase potestativa.

Manifestada tal vontade, o juízo acata-a e limita-se a mandar levantar a quantia (§§ 1º e 2º).

Isso porque, deferida a desistência, “os efeitos são imediatos. Extinguem-se os efeitos da alienação judicial e o preço depositado pelo adquirente será liberado em seu favor, incontinenti”.⁶⁵

Se os embargos forem tidos como protelatórios, o juiz fixará multa, a qual reverterá em favor de quem desistiu de arrematação. Observe-se, aí, mais uma vez, a preocupação da recente lei com a repressão à deslealdade processual.

⁶⁵ THEODORO JUNIOR, H. op. cit. p. 226.

4.6. Processamento

Apresentada a inicial dos embargos, uma vez distribuída por dependência, esses serão autuados em apartado (pr. único, art. 736).

A petição inicial contará com os requisitos do art. 282, CPC; seguirá com os documentos necessários à prova do alegado (art. 283, CPC). Tais documentos poderão vir em cópias, as quais o advogado declarará autênticas, em técnica similar ao que já ocorria com o instrumento do agravo do art. 544, CPC.

Essa possibilidade de autenticar os documentos que instruem os embargos, contudo, é absorvida pela previsão (mais ampla) do inc. IV do art. 365, CPC.

Levados ao juiz, os embargos receberão sua admissibilidade: positiva ou negativa.

No que tange à sua rejeição liminar, a lei nova traz hipóteses conhecidas e uma outra nova.

São causas de indeferimento liminar dos embargos (art. 739):

a) quando intempestivos (inc.I); b) quando inepta a petição (art. 295) – hipótese que vem na linha do antigo inciso II; contudo, *inépcia* é conceito menor, definido apenas no parágrafo único do art. 295;⁶⁶ c) quando manifestamente protelatórios (inc.III).

Essa ultima situação merece comentário à parte.

São *manifestamente protelatórios* os embargos quando esses não tiverem o mínimo de fundamento, uma manifesta improcedência. Em outros termos, são “aqueles em que a mera leitura de sua petição inicial revela não terem a menor possibilidade de êxito”. O dispositivo está a “autorizar o juiz a constatar de plano que não há direito algum para o executado-embargante”.⁶⁷

Cuida-se de uma hipótese de rejeição liminar dos embargos no mérito, somando-se a hipóteses modernas de tal forma de “indeferimento” (v.g., art. 285-A, CPC).

Não deixa de ser – mais uma - medida de combate à má-fé processual trazida pela reforma.

É preciso apenas tomar-se cuidado com a incidência adequada da norma, evitando a sua aplicação desproporcional, que possa agredir o exercício regular do contraditório do executado.

Nesse caso, o juiz imporá multa não superior a 20% do valor em execução (pr. único, art. 740), cuja cobrança será promovida na própria execução (art. 739-B).

⁶⁶ A antiga hipótese de indeferimento quando fora do art. 741 do código perdeu sua razão de ser, haja vista que a defesa nos casos de execução de sentença não vem mais por ação de embargos e sim pela impugnação (art. 475-L).

⁶⁷ BUENO, C. op. cit. p. 266.

Admitidos os embargos, o juiz decidirá, conforme o caso, acerca do pedido de efeito suspensivo (*v. supra*) e mandará ouvir o exequente (embargado), em 15 dias.

Não oferecendo resposta naquele prazo, há restrição à incidência dos efeitos da revelia, uma vez que, nessa situação, há um elevado grau de probabilidade da existência do direito do credor representado pelo título executivo.⁶⁸

Apresentada que seja a impugnação do embargado,⁶⁹ caso sejam juntados novos documentos, abrir-se-á espaço para réplica.

Após, os autos irão conclusos para o juiz, o qual poderá: a) lançar de logo julgamento; ou b) acaso necessite de prova oral, designar audiência de conciliação, instrução e julgamento.

5. NOTA CONCLUSIVA

Por tudo que foi visto, temos que a preocupação do legislador era exatamente a de maximizar o *modus* de satisfazer o crédito exequendo, mas sem aniquilar o direito de defesa do executado.

Pensamos que isso foi alcançado, quer em sede da impugnação incidental, quer nos novos embargos à execução. Temos, doravante, em qualquer daquelas vias de reação do executado, inovações de maior “equilíbrio” para o trato da situação *credor x devedor*.

Em outros termos, doravante, assegura-se uma marcha melhor e mais efetiva do processo executivo, inibem-se iniciativas procrastinatórias, medidas que chegam para o lado do credor, sem, contudo, suprimir-se do executado seu contraditório e possibilidade de reação.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – Anotações de uma primeira impressão. FUX, Luiz. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de Direito Processual*, 4ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, p. 74, artigos da *Revista do Advogado*, n. 85, São Paulo: AASP, maio/2006.

⁶⁸ LUCON, P. op. cit. p. 262.

⁶⁹ Que não passa, em essência, de autêntica peça de contestação.

- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Metamorfose dos embargos*. n. 85, AASP, maio/2006
- BUENO, Cássio Sacarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei n. 11.232/2005. In: RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do “cumprimento da sentença” conforme a Lei n. 11.232/2005* Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela processual do direito do executado. In: *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05, *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo, março 2006.
- GUERRA, Willys Santiago. *Notas da disciplina de Direito Processual Civil – Execução*, UFC, 1988.
- JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JR., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2006
- KNIJNIK, Danilo. *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232/2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de Títulos Judiciais. In: *Direito Processual Comparado*. PELLEGRINI, Ada Grinover. CALMON, Petrônio, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Embargos à Execução*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224.
- MARTINS, Sandro Gilberto. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, 2o. vol, trad. Luiz Autuori, Rio de

Janeiro: Borsoi, 1973.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Coisa Julgada e Inconstitucionalidade: alguns reflexos em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WOLFGANG GRUNSKY, texto da conferência *Problemas constitucionais do processo executivo no ordenamento jurídico alemão*, proferida no auditório da pós-graduação-UFC, Fortaleza, 1989.

YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: SHIMURA, Sergio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: RENAULT, Sérgio. BOTTINI, Pierpaolo. (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2006.