

MARCUS VINICIUS TADEU PEREIRA

**A Defesa Intraprocessual do Devedor na Execução e Perspectivas de sua
Ampliação à Luz da Evolução dos Princípios do Processo Civil Brasileiro.**

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

CURITIBA
2007.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	4
RESUMO	5
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I:	9
I.1 - Noções de efetividade do processo.....	9
I.2 - O papel do juiz para um processo efetivo.....	13
I.3 - Evolução doutrinária e legislativa.....	21
I.4 - Efetividade e tempo no processo.....	24
I.5 - Instrumentalidade do processo.....	27
CAPÍTULO II:	31
II.1 - Evolução histórica dos conceitos. Processo, dogmática e relativização.....	31
II.2 - Efetividade e renovação de teorias do processo, aplicadas à execução.....	38
II.3 - Princípios constitucionais do processo civil.....	42
II.4 - O papel do réu para um processo efetivo.....	51
CAPÍTULO III:	56
III.1 - Evolução teórica e tendências do processo civil, para a defesa do executado.....	56
III.2 - A condenação, a sentença e a execução.....	62
III.3 - Efetividade do processo e defesa do devedor.....	68
CAPÍTULO IV:	76
IV.1 - Oposição do devedor à execução.....	76
IV.2 - Formas de defesa do devedor.....	81
IV.2.1 - Os embargos e sua natureza.....	83
IV.2.2 - Ações autônomas do devedor.....	85
IV.3 - Matérias alegáveis pelo devedor.....	88
IV.4 - Defesa no próprio processo de execução.....	92
IV.4.1 - Denominação - exceção, objeção, defesa - e definição.....	96
CAPÍTULO V: A Defesa Intraprocessual	102
V.1 - Justificação e permissivo legal.....	107

V.2 - Defesa Intraprocessual e garantia do juízo.....	111
V.3 - Matérias alegáveis na Defesa Intraprocessual.....	117
V.3.1 - Pressupostos processuais e condições da ação.....	117
V.3.2 - Exceções Materiais e prova da matéria alegada.....	124
V.4 - Oportunidade de interposição.....	128
V.5 - Decisão e recursos.....	133
V.6 - Efeitos da interposição e respectiva decisão.....	138
V.7 - Litisconsórcio na Defesa Intraprocessual.....	141
V.8 - Preclusão da matéria alegável na Defesa Intraprocessual.....	148
CAPÍTULO VI:	152
VI.1 - O juiz e a decisão sobre a Defesa Intraprocessual.....	152
VI.2 - As disposições do CPC e as alterações legislativas.....	155
VI.3 - Perspectivas de utilização do instituto.....	160
VI.4 - Outras tendências atuais do processo civil.....	166
CAPÍTULO VII: Considerações Finais	170
CONCLUSÃO	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	- artigo
CCB	- Código Civil Brasileiro
CF	- Constituição Federal
coord.	- coordenador
cf.	- conforme
CPC	- Código de Processo Civil
inc.	- inciso
p.	- parágrafo
RE	- Recurso Extraordinário
Rel.	- Relator
RESP	- Recurso Especial
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJPR	- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
vol.	- volume.

RESUMO

O trabalho propõe um perfil, e sustenta a permanência de sua validade e interesse, do instituto da Defesa Intraprocessual do Devedor, em um processo de execução, que é a forma de apresentação de objeção ao andamento da execução em curso contra si, nos próprios autos do processo executivo, sem necessidade de oposição de embargos ou prévia garantia do juízo, em matérias específicas e quando preenchidos requisitos legais, analisada à luz dos princípios gerais do processo civil, do entendimento doutrinário atual, do aprimoramento das normas gerais a reger a sistemática da execução e, ainda, em face da evolução e reformas da legislação processual a respeito do tema.

INTRODUÇÃO

O sistema legal-processual brasileiro tem evoluído significativamente nos últimos anos, em direção ao que se convencionou chamar de processo de jurisdição efetiva, isto é, um sistema processual eficaz, que consiga ser adequado às aspirações dos demandantes e realmente atinja os objetivos propostos de conferir a cada um o seu bem da vida, a salvo de violações a direitos.

Essa noção de efetividade da jurisdição, portanto, tem norteado estudos doutrinários que tratam, com essa mesma perspectiva, assuntos diversos dentro da processualística civil em nosso país, impulsionados não somente pela disseminação de novas idéias pelos práticos do processo, mas também pela experiência amarga acumulada no ordenamento judiciário vigente, em que a solução efetiva de litígios tem cedido lugar aos paliativos e consolos de resolução incompleta, para que as partes interessadas não tenham que arcar com um processo lento e ineficaz.

Enfim, embasado em tal disseminação de teorias e idéias de que se deve privilegiar a efetividade no processo civil, o legislador tem contribuído com reformas substanciais no ordenamento vigente, positivando, paulatinamente, as noções consagradas como princípios pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de adotar medidas que sejam capazes de fazer valer os escopos do processo, sobretudo, e mais especificamente, a efetividade dos meios de ação do processo civil.

Entre esses novos rumos tidos como prioritários do processo civil, muitos dos quais foram mesmo alçados à categoria de princípios constitucionais, em um movimento claro de “constitucionalização” do processo em suas bases ideais, está o consenso em trazer para o mundo da vida, ao mundo dos fatos, com razoáveis rapidez e grau de certeza, as ordens, imputações, determinações, decisões e formas de direito a que, por conclusão em ordenamento vigente, mediante um devido processo legal, o Judiciário aponta.

Evidentemente, é na oportunidade da execução do direito reconhecido no processo, como ordenada pelo nosso sistema legal, que alcançar efetividade é tarefa imperiosa e premente, uma vez que, na fase anterior do procedimento, de cognição, ter-se-iam garantido os princípios constitucionais do processo civil (contraditório, ampla defesa etc.) e, dali em diante, desde que respeitados os princípios de respeito às partes e às formas legais, restariam atos de consumação da tarefa de conferir, afinal, ao titular do direito, o bem da vida que lhe foi deferido¹.

A ação executiva está, pois, fortemente ligada à idéia de efetividade da jurisdição. De fato, mais do que uma espécie de ação, é o instrumento pelo qual a ordem proferida na cognição judicante alcança seus efeitos. Já em obras hoje consideradas clássicas, mesmo pioneiras no estudo do processo civil, dizia-se que é no processo de execução que se “transforma o direito em fato”, ao contrário do processo de conhecimento, em que se “transforma o fato em direito”.

O presente trabalho, então, tem como objetivo discorrer e analisar justamente essas teorias, de avanço no processo de execução como parte de um movimento de atualização, aprimoramento, evolução do direito processual civil, no qual nosso país sempre foi expoente, levando em conta, para a tarefa, os antecedentes históricos que formaram o consenso atual pelas mudanças, a explanação dos conceitos elementares e específicos essenciais à compreensão do tema e do momento legislativo atual, detendo-se, com mais atenção, justamente no instituto da execução de decisões e títulos que, bem resolvidas, confirmam legitimidade à jurisdição, diante de uma sociedade cada vez mais ciente de seus direitos e da realidade política e jurídica que a cerca, e que a faz, nesse sentido, cada vez mais demandar presteza e (para bem aplicar o conceito) efetividade.

¹ DINAMARCO afirma a respeito que “a função estatal pacificadora só se considera cumprida e acabada quando um desses resultados tiver sido obtido. Enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo tendo sido reconhecido como tal, o conflito permanece e traz em si o coeficiente de desgaste social que o caracteriza, sendo também óbice às felicidades da pessoa.” (Execução Civil, p. 95).

Para tanto, além da análise teórica e fundamentação lógica e conceitual, propõe-se o cotejo do tema com dados concretos, tanto a necessidade de mudança como os efeitos que já se fazem sentir diante das recentes alterações no sistema processual, para, enfim, concluir que o processo civil brasileiro bem merece seu lugar de destaque, de vanguarda, na ciência jurídica processual, abrangendo idéias coerentes e avançadas, modos de efetivação diligentes e abertas para o futuro, pois deixa antever novas perspectivas para institutos de aceitação e eficácia evidentes.

Desta forma, a tanto se procura contribuir, com o estudo do tema da defesa do executado no próprio processo de execução, independente de oferecimento de garantia e proposição de embargos, bem como as perspectivas da ampliação desse instituto no sistema processual, em que ainda não há sua previsão expressa, para a colmatação dessa lacuna e, em última análise, para o aprimoramento do direito processual civil brasileiro.

1. CAPÍTULO I.

I.1. Noções de Efetividade do Processo.

Ao tratar de “efetividade”, a doutrina questiona, com frequência, o alcance do próprio conceito. Como se conceitua, com precisão, o termo efetividade, se aplicado ao processo civil? É possível uma definição única e acatada universalmente para o termo? Afinal, o que significa efetividade do processo?

A idéia de efetividade de jurisdição e do processo civil, como acima indicado, vem sendo lapidada ultimamente pelas inovações doutrinárias e legislativas. As inovações da lei, ou ao menos o consenso na necessidade de inová-la, não se restringem ao Código de Processo Civil, mas se estendem às legislações adjetivas, como aquelas que dispõem sobre impenhorabilidade de bens, formas e executoriedade de títulos de crédito, obrigações contratuais etc. Ao indicar as condições em que um bem pode ser penhorado para garantir uma dívida, ou os requisitos para uma duplicata representar um negócio jurídico e se revestir de executividade em caso dele ser descumprido, para ficar apenas nesses dois exemplos, o legislador deixa claro o ideal de aprimorar as formas jurídicas, para serem meios realmente válidos de resolução de conflitos.

Não é de todo equivocado equiparar efetividade com segurança jurídica, pois, em parte, os dois termos se aliam como um único movimento da teoria processual, que visa ordenar o processo e o procedimento judiciário brasileiro de modo a conferir a quem o demanda, com um mínimo de percalços, o resultado esperado, de forma satisfatória.

O termo efetividade, pois, passou a ser abrangido de formas diversas, por vezes confundido com mera rapidez na sucessão de fases do processo, outras vezes entendido como “completude”, isto é, a solução final, exaurida, da atividade do processo. Para alguns, ainda, passou a ser entendida por uma fórmula

pragmática, como resolver o processo, em um mínimo de tempo possível e com um máximo de resultado a ser alcançado. O sentido exato do termo, contudo, para fins deste estudo e conforme os mais abalizados autores, é outro, é mais amplo, tomado como um desígnio central do processo, uma preocupação que a lei e o processo sirvam aos efeitos que se espera que produzam.

Por um lado, o pensamento científico-jurídico vem dando especial atenção ao problema, formulando ideais de mudança e atuação do processo na vida civil, de modo a conseguir os resultados almejados, que é alcançar o escopo social do direito processual, ou seja, “conferir a cada um o que é seu”. Por outro, o ordenamento jurídico positivado assimilou, como continua assimilando, esses ideais, de forma a incluir a noção no próprio texto constitucional² e no sistema processual vigente³, mediante reformas legislativas e aplicação, concretamente, de experiências práticas e jurisprudenciais já em vigor, sempre com base em vasto respaldo doutrinário.

Mesmo terminologicamente, a questão da efetividade se vincula à fase executiva do processo civil. Obtida uma decisão, ou título, ou partindo-se de uma situação mais ou menos definida judicialmente, procura-se *executar* o direito ali contido, mediante a invocação de regras de procedimento previamente definidas no CPC, com o intuito de efetivar a situação jurídica consolidada pelo sistema.

Como é sabido, o processo executivo depende de um reconhecimento anterior da relação obrigacional, pretendida, por meio de um título que confere a seu titular o direito a um crédito, ou um bem da vida, chancelado pelo pronunciamento do judiciário ou pelo ordenamento jurídico, para que desse título faça

² o que se verifica claramente na aprovação, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, da inclusão, no artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais, inciso específico sobre o direito do jurisdicionado de obter a uma tutela célere à sua pretensão, cuja redação dispõe: “*Inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”

³ Exemplo disso é a ampliação das hipóteses de comportamento da parte consideradas como litigância de má-fé ou resistência infundada ao andamento do processo, expressas nos artigos 17, 18 e 600 do CPC, este último relativo especificamente a processos de execução.

uso pela via judicial. Não há discussão acirrada, portanto, sobre a existência ou não do direito de executar, pois isso já teria sido objeto de julgamento pelo judiciário ou mesmo pela presunção de veracidade e exeqüibilidade, que detêm os títulos executivos extrajudiciais.

No processo de execução, pois, em que muito da questão de direito já foi resolvida, efetividade vem sendo confundida com pressa, com tempo ganho, com agilidade. Então, todas as inovações vêm sendo formuladas no sentido de cercar de garantias o credor, para receber seu crédito, mas também que o receba em tempo hábil, que a pretensão seja satisfeita rapidamente e sem obstáculos.

Uma teoria baseada em tais princípios e levando o termo em tal sentido, contudo, poderia deixar a desejar em isenção, promovendo atos de expropriação ou imposição de sanções com avidez, em detrimento das garantias do devedor que não devem ser ignoradas. Uma pronta e conseqüente reação da doutrina neste aspecto, portanto, tratou de legitimar, assim como o direito do credor pela satisfação de seu crédito, o direito do devedor em impedir atos que lhe sejam demasiadamente danosos.

Seja por quais correntes doutrinárias tenha sido, o importante é que se criou o consenso de que o processo de execução, para melhor atender aos anseios das partes e da sociedade, direção última do escopo do processo civil, mereceu mais atenção e alternativas viáveis para se agilizar, modernizar-se e, sem deixar de garantir meios de defesa e correição nos procedimentos, resolver a pretensão apresentada, da melhor forma possível.

Assim, o consenso foi firmado de que o direito processual deve se preocupar com as formas aptas a propiciar uma real e efetiva solução dos conflitos,

sempre presentes na sociedade⁴. Não se pode pugnar pela efetividade do processo como um fim determinado e valioso a ser alcançado; deve-se levar em conta a real função social e política do processo, pois efetividade não é apenas resolver o conflito, mas prestar a tutela adequadamente, com valor e qualidade, valorizando menos o resultado da demanda do que a justiça da atividade jurisdicional prestada⁵.

Um considerável avanço para a busca de maior celeridade da satisfação do direito do credor foi justamente admitir que o sistema do Código de Processo Civil, reformado somente há pouco tempo, não era o ideal, mas passível de falhas e sujeito a vários obstáculos que o devedor, mesmo dentro da lei, poderia apresentar como objeção à satisfação de um direito, mesmo que já tivesse sido reconhecido pela jurisdição.

Por outro lado, as mudanças significativas aprovadas para o processo de execução são de vigência muito recente e, por isso, seus efeitos ainda não puderam ser totalmente examinados de modo empírico, à exceção dos índices estatísticos que justificaram sua aprovação, sanção e vigência.

Se levarmos em conta que o processo de execução, desde sua idealização como parte separada em nosso sistema legal processual, seria justamente o meio processual pelo qual o direito reconhecido em fase anterior seria levado a cabo, seria transformado em “fato”, então a doutrina chegou a um ponto em que se reconheceu que o caminho para a transformação do direito em fato, ou a satisfação do credor, para fazer valer o direito que muitas vezes lhe fora garantido por decisões de mérito, julgadas em várias instâncias, não estava atingindo a contento as metas a que se propusera, isto é, garantir o cumprimento da ordem judicial que ditara o direito, em tempo hábil, sem embaraços, mas sem esquecer do necessário e consagrado direito de defesa do devedor.

⁴ MARINONI, Luiz G., *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 24.

⁵ PASSOS, Calmon, em artigo da Revista Síntese de Direito Processual Civil, 1/35.

As inovações legais e doutrinárias, portanto, passaram a analisar tais questões, muitas vezes apoiadas em estatísticas, outras em pura lógica processual, para argumentar que o processo de execução precisava ser simplificado, uma vez que, em se tratando de execução de título judicial, muito da discussão que sempre ocorria na execução era mera repetição do que fora julgado em momento anterior (cognição).

Em que pese essa ampla positivação de regras executivas, pouco deixando à discricionariedade do julgador (e das partes), concluiu-se, em tempos mais recentes, que falta a esse procedimento um maior poder de realmente resolver as demandas, bem como adequar seus intrincados momentos procedimentais à agilidade atual dos negócios jurídicos.

I.2 - O papel do juiz para um processo efetivo.

O juiz, enquanto sujeito da relação processual, é dotado de poderes que lhe permitem desempenhar com eficiência a condução do processo, visando sua solução eficaz do caso concreto. Classicamente, entende-se que tais poderes se apresentam em quatro espécies: *notio*, que é o poder do juiz de conhecer um conflito de interesses, ordenar medidas de instrução e pôr em ordem, dentro do sistema vigente, os atos da relação jurídica examinada; *vocatio*, que é o poder de fazer comparecer ao juízo as partes e aqueles que sejam úteis à obtenção da solução para a causa; *coertitio*, que é o poder de chamar à ordem as partes, aplicar e impôr a disciplina, a força e a obrigatoriedade; e *iudicium*, que é a função jurisdicional por excelência, o poder de julgar, decidir a lide, com base no que foi colhido no procedimento e na sua valoração, entendida a partir de sua discricionariedade sobre os elementos presentes.

A doutrina processual hodierna é uníssona no sentido de que o *iudicium*, para o juiz da atualidade, não mais se limita a dizer o direito com base nos

elementos postos, mas poder mais valorativo e eficaz do juiz dentro da lide, atinando às reais aspirações das partes.

Ao tratar de discricionariedade do julgador, a ciência processual pretende conferir maior poder e autoridade para o juiz da causa efetivamente tomar atitudes, ordenar atos e valorizar livremente os elementos do processo, com o intuito de, aproximado das partes por convivência, aplicar melhor a hipótese legal ao caso concreto, que teve oportunidade de conhecer de perto e evidenciar à luz daquelas mesmas provas e atos que promoveu.

É sabido que o bom exercício da jurisdição depende da boa atividade do juiz que, para tanto, deve ter a seu alcance instrumentos adequados e poderes suficientes para ordenar os atos, partes e elementos de uma lide, bem como punir abusos, prevenir atos inadequados e obstáculos à solução da demanda. Para o juiz, se não lhe for possível uma neutralidade total, deve ao menos prevalecer a noção de que seja privilegiado o interesse das partes sobre o do Estado, de uma forma que, para o julgador que o representa, não haja diferença entre querer levar o processo a um resultado justo e querer que vença a parte que tem razão.⁶

A preocupação com a condução do processo pelo juiz, portanto, deve começar já na sua própria formação, fortalecendo-o perante os interesses conflitantes. Uma vez investido no cargo, deve ter garantias de que seu entendimento seja não só respeitado e atendido, mas fique a salvo de manobras que o desprestigiem ou mesmo o penalizem por eventual desagrado à parte vencida.

O sistema processual vigente procura atender a essa necessidade, ao conferir garantias ao juiz, consagradas na constituição. Por elas se pode entrever

⁶ BARBOSA MOREIRA trata do assunto com semelhantes termos, em artigo intitulado “Sobre a participação do juiz no processo civil”, publicado pela RT sob o título de Participação e Processo, 1988, p. 389. O entendimento do ilustre professor aqui foi retirado de menção dele feita por MARINONI, em seu *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 39.

realmente a necessidade de independência do juiz e sua proximidade com a lide. Pode-se entrever, também, a intenção correta do legislador, constitucional ou infraconstitucional, em conferir ao juiz o poder-dever de julgar a lide dentro de parâmetros justos e adequados ao caso concreto.

Por isso é possível entender que a Constituição Federal, vigorando em período democrático de nossa história política, quis afastar o poder-dever da jurisdição de um positivismo estrito, que tantos embaraços causou aos doutrinadores que o defendiam algumas décadas atrás, após amargas experiências políticas que comprometeram a função jurídica a ponto de submetê-la aos ditames da ordem vigente, uma ordem combatida e mesmo aterradora.

Afastado, pois, de uma visão positivista e conformista com a norma posta, o juiz pode valer-se de institutos democráticos e reconhecidos pela sociedade, de modo a lhe conferir a legitimidade necessária à atuação reconhecida e respeitada dos jurisdicionados, para realmente resolver as lides propostas.

Algumas garantias constitucionais aos juízes têm origem longínqua e há muito tempo são reconhecidas como essenciais para o fortalecimento da instituição judiciária, como as garantias de carreira, independência e imparcialidade do juiz, irredutibilidade de vencimentos e inafastabilidade do cargo, tratadas como princípios constitucionais (artigo 95 da CF/88), de modo a deferir ao julgador, a quem decide lides muitas vezes de capital importância, uma segurança imprescindível ao bom exercício da função.

Por outro lado, a Constituição Federal dispõe expressamente os princípios que devem nortear a atuação jurisdicional do juiz, seja de qual instância for, em especial as formas de ingresso e promoção na carreira, a obrigatoriedade de fundamentação de decisões (art. 93, IX, da CF/88), e o CPC confirma a idéia no capítulo que trata dos poderes e atos do juiz (artigos 125 a 133 do CPC).

Alguns outros princípios insculpidos no texto constitucional respaldam tais assertivas, como aquele do juiz natural, a proibição de juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII, da CF/88). Outros expressam certas imposições da constituição à atividade jurisdicional (administrativa ou judicial), com o intuito de que o processo tenha condições de seguir dentro da correição que dele se espera. É o caso das garantias dos jurisdicionados, como o contraditório, ampla defesa, acesso a documentos etc., a funcionar também como balizas para o julgador, que deve atuar dentro de parâmetros conhecidos para evitar eventuais oposições a seu julgamento e convencimento, por uma ofensa a tais princípios.

Como bem frisou DINAMARCO⁷, “o *trinômio vitaliciedade-inamovibilidade-irredutibilidade de vencimentos*, assim como definição tão objetiva quanto possível dos critérios para a carreira dos juizes (art. 93, incs. I-III), são penhores da independência destes perante os órgãos dos demais Poderes do Estado. Também o Poder Judiciário como um todo é dotado de uma série de prerrogativas institucionais: autogoverno, autonomia administrativa e orçamentária etc. (art. 96)... A independência é um indispensável fator de imparcialidade.”

A imparcialidade do juiz, portanto, é basilar para a administração adequada as Justiça, no Estado de Direito, o que o mestre citado volta a frisar, “A imparcialidade, enquanto importantíssima, não é um valor em si própria mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a igualdade. Quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa.”⁸

Ora, neste estudo justamente se expõe que a busca pela efetividade do processo, sobretudo em sua fase executiva, depende da valorização da igualdade

⁷ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. 1, p. 202.

⁸ Idem, p. 201.

entre as partes, em atenção equilibrada às duas faces do devido processo legal, que garante ao autor a efetividade na satisfação de sua pretensão e ao réu a plenitude de defesa adequada e sem obstar a solução definitiva e justa da causa, o que é aplicação do conceito acima transcrito, como adiante será demonstrado mais acuradamente.

Assim, conclui-se que a Constituição e os princípios nela insculpidos, tanto como garantias para o julgador, quanto para os jurisdicionados, funcionam como segurança para a atividade efetiva do juiz para dirimir conflitos, escopo máximo do direito aplicado.

Pois bem, os princípios do processo civil, igualmente alçados a um *status* constitucional, permitem que, aplicados com correição pelo agente público da jurisdição, pelo Estado-juiz, haja condução da lide em consonância com as demais premissas e normas objetivas previstas na lei maior, para que o sistema processual, por mais variado e até complexo que seja, sempre tenha, em última análise, um rumo, um escopo indeclinável, que seja a solução dos litígios.

A estrutura do sistema processual civil brasileiro, pois, segue essas diretrizes genéricas, e traduz seus preceitos nas normas processuais e procedimentais, traduzindo para o sistema vigente em regras de processo, a intenção como acima dito. Daí decorrem as regras do Código de Processo Civil a respeito dos deveres e responsabilidades do juiz (art. 125), as garantias da livre aceitação e valoração da prova (art. 131), entre outros. Pode-se ver seus efeitos até na definição legal de segurança jurídica da coisa julgada (art. 467), no conceito de limitação de alcance das decisões do juiz (arts. 128 e 460), nas restrições legais e regulamentares a recursos (art. 506, 511, 525 p. 1º, 542, 544 etc., além das regras previstas nos regimentos dos tribunais)⁹.

⁹ Lembrando também as regras regimentais dos tribunais quanto a preparo, comprovação e certificação de atos, verificação dos prazos quando as peças são protocoladas via correio, fac-símile ou outro meio, além da usual norma de vedação de recursos regimentais contra despachos de expediente ou de admissibilidade de outros recursos (em geral, agravos) com ou sem efeito suspensivo etc.

Ao juiz da causa, contudo, na primeira instância, no foro de discussão da lide, é dado maior poder para conduzir o processo, o que se traduz nas regras de procedimento do sistema processual, para que o mesmo possa indeferir provas inúteis ou protelatórias (art. 130), possa acarear pessoas (art. 418, II), buscar objetos e documentos (art. 399), realizar inspeções judiciais (art. 440), obter depoimentos e cotejar provas (art. 418, I), refutar provas ilícitas (art. 332), controlar a perícia e indagar pontos ao perito (art. 437), enfim, dirigir a instrução da causa, exemplos concretos do poder jurisdicional do juiz no processo civil.

Além disso, como ao juiz é garantido o livre convencimento, pode se ater a determinadas provas em detrimento de outras, podendo também, para prolatar decisão, embasar-se em apenas alguns dos pontos suscitados, sem necessidade de tomar todos os pontos da discussão como elementos de decisão (art. 459). Sua motivação segue seu convencimento e apenas deve atender a regras formais de exteriorização na sentença, forma prevista em lei, com os necessários relatório, fundamentação exposta e dispositivo, e ater-se aos limites do pedido, sob pena de invalidação (no caso de decisões *extra petita*).

Ora, se ao juiz se confere tais poderes, para a melhor condução do processo, e tal poder, também um dever, é amparado tanto pelo escopo intencional do legislador, constitucional e infraconstitucional, bem como pelo sistema processual vigente, então é natural e até esperado que haja valorização do papel do juiz na solução da lide, e que alguns outros institutos com o mesmo sentido, ou novidades seguidoras do mesmo rumo mesmo escopo, sejam acatadas pelo ordenamento vigente.

A sua admissão pelo ordenamento, deve-se notar, independe de terem os institutos propostos sido expressamente inseridos em leis vigentes, isto é, positivados, ou não, pois, em muitos casos, é pela jurisprudência, pelo uso, que se consagra certa medida legal, para posterior adaptação do texto legal.

Com efeito, a dinâmica do direito, sempre em um movimento de acordo com as aspirações e com as realidades da sociedade, não somente estimula as mudanças, mas as incentiva, as acata em seu proveito, desde que, por positividade ou experiência, provem-se benéficas.

Essas disposições podem ser levadas a cabo, com a participação ativa do julgador, porque o órgão investido de jurisdição tem o poder de sujeitar a parte e seu patrimônio; isto que dizer que, uma vez presentes os requisitos legais e condições constitucionais de aplicação da norma pelo órgão de jurisdição, o Estado-juiz substitui-se ao obrigado, pela relação jurídica, podendo, então, prescindir de sua vontade para o cumprimento da disposição ditada pela lei aplicada ao caso concreto julgado.

Em outras palavras, após a oportunidade do obrigado, pela lei ou relação negocial, cumprir o que lhe é determinado, e sem obter sucesso, tem lugar a atividade jurisdicional substitutiva do Estado, um seu caráter já admitido como conceito no estudo da atividade jurisdicional aplicada ao cidadão. A sentença judicial, pois, substitui a vontade do obrigado e lhe impõe o cumprimento do entendimento exarado pelo magistrado, cuja sanção passa a ser promovida por meio de um procedimento que visa alcançar o fim desejado, se o devedor tivesse praticado, por sua vontade, no que a jurisdição lhe substituiu.

Ora, se a prestação jurisdicional tem caráter substitutivo, isto é, aplicada quando acatado o pedido da parte titular do direito para se tornar factível, então é preciso mesmo conferir ao julgador, que recebe o pedido e o analisa, poderes para conduzir o processo com correição, sejam eles institucionais, como os acima indicados princípios e garantias da magistratura, sejam aplicados ao processo, para conduzi-lo em atenção às normas processuais, ou de natureza prática, a conferir efetividade aos atos do processo e obtenção de resultados que realmente possam satisfazer o pleito pela jurisdição e os direitos tutelados. Exemplos disso, no Código de Processo Civil, são a possibilidade de chamar a atenção da parte por ato atentatório à dignidade da Justiça

(artigo 599, II), a imposição de multa por atraso (artigos 287 e 461, p. 4º), ou o exercício, por meios específicos, do poder geral de cautela (artigos 798 e 799).

De fato, o ordenamento processual, recentemente reformado, trouxe à expressão legal, positivados pelas alterações recentes, ideais de ampliação dos poderes do juiz para conduzir o processo, não somente quanto à sua regularidade formal, mas adequado ao escopo que dele se espera, em última análise um julgamento célere, eficaz e adequado à pretensão, respeitados os limites do pedido¹⁰.

Desta forma, denota-se uma atuação do julgador como intermediário das relações, muitas vezes desgastadas, entre as partes de uma demanda, ou entre estas, de um lado, e aqueles (ou os bens envolvidos) em face dos quais irão se produzir os efeitos do julgamento daquela demanda, evidenciando o papel do juiz como verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico¹¹, pois, por meio de decisões proferidas para solucionar casos concretos, contribui para a positivação de regras de equilíbrio de poder, pautado por escolhas da sociedade.

Pelo papel do juiz, portanto, deve ser privilegiado o conceito de efetividade, pelo seu ideal, que é deferir àqueles que buscam a tutela jurisdicional do Estado uma solução real, adequada e pertinente para as demandas que lhe são submetidas. Aos operadores do direito cabe a responsabilidade de não tomar o termo - Efetividade - como um valor, um objetivo em si mesmo, mas assimilá-lo em seu sentido próprio, predicando a qualidade desse valor. Nas palavras de CALMON DE PASSOS, deve-se evitar que efetividade da tutela ou efetividade do processo seja apenas um modo de falar sobre a necessidade política de tornar incontestável o ato de poder do magistrado¹².

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério, *Devido Processo Legal*, p. 124.

¹¹ DINAMARCO, *Instituições*, vol. 1, p. 198.

¹² PASSOS, Calmon, *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, 1/32.

O juiz, como aplicador da lei e dos princípios atinentes, deve visar a dimensão democrática e real do termo, tornando sua atuação efetiva uma procura por uma tutela adequada, positiva, pertinente, voltada ao cidadão, fomentando um nexó saudável entre a tutela jurídica, o processo efetivo e a cidadania. É desta forma, entre outros elementos, que o juiz pode escapar aos grilhões de um positivismo estrito e buscar formas alternativas de solução para os conflitos que lhe são submetidos, para apreciação e julgamento. Há espaço para a atividade jurisdicional pura do juiz dentro da lide, desde que obedeça às balizas previamente estabelecidas e não fuja dos princípios gerais do direito e das formas predeterminadas, para transformar seus ideais de direito, em relação ao caso concreto, em realidade para os demandantes.

Em palavras resumidas, se atendido o devido processo legal, cabe ao juiz parcela grande de responsabilidade para administrar a jurisdição, com amplo espaço de manobra, reconhecido pela legislação e pela doutrina, conferindo valor inegável à experiência de julgamentos dos tribunais - a jurisprudência.

I.3 - Evolução doutrinária e legislativa.

O ideal de conferir efetividade ao processo, como dito, vinha já há tempos sendo amadurecido por vários autores, de modo que, atualmente, o processo civil é entendido de uma forma que inclui muitas das idéias daqueles pensadores, algumas já assimiladas e positivadas, inclusive, outras, embora não inseridas no texto da lei, consagradas pelo uso forense, com ampla aceitação por juizes e doutrinadores, com base em conclusões acertadas dos teóricos do processo civil.

O movimento ora descrito não é tão recente. Suas raízes já estavam presentes mesmo no texto original de nosso Código de Processo Civil vigente, em que algumas “brechas” foram inseridas no sistema “ordinarizado” da lei para que, em certos casos específicos, o poder discricionário do juiz e as particularidades da causa

pudessem ser levados em conta para uma solução adequada durante o processo, em detrimento da ordem institucional prevista na lei.

Algumas possibilidades de “quebra” da dogmática estabelecida foram paulatinamente assimiladas pelo Judiciário, tais como o poder geral de cautela do juiz, expandido dos procedimentos cautelares específicos até o curso de um processo ordinário comum; a interpretação extensiva da doutrina a alguns itens enumerativos do Código de Processo Civil, afastando a idéia de restrição das hipóteses de cabimento da agilidade processual em certos casos, como as ordens para se cumprir imediatamente certos provimentos (art. 461), simplificação dos atos de constrição, como penhora e registro (art. 659, p. 4º), imposição de *astreintes*, entre outros.

Com o tempo, a idéia de efetividade consagrou-se e seus reflexos não tardaram a ser vistos em textos legais e em artigos com redação reformada no Código de Processo Civil, entre os quais, por exemplo, cita-se a mudança no regime de recursos para decisões interlocutórias (agravos), evoluída da reforma de 1994, que, com a interposição direta no tribunal *ad quem*, substituindo a remessa entre juízos anterior, não visava outra coisa que não agilizar o procedimento de estabilização de decisões no curso da demanda, até a valorização da modalidade retida, vigente a partir de 2006, sempre com o fim de dar agilidade, efetividade ao processo como um todo.

Assim foi também a evolução de institutos para a adoção, no sistema processual brasileiro, da antecipação dos efeitos da tutela, em casos em que o direito invocado era suficientemente evidente, desde logo, para que o juiz lhe conferisse adiantadamente algum deferimento, antes do final do processo, sem, contudo, deixar de lado a oportunidade de ampla defesa e atendimento ao devido processo legal, culminando nos recentes estudos para o reconhecimento da executividade imediata do direito reconhecido antecipadamente.

O movimento de valorização dos princípios do processo civil, que acarretaram em sua “constitucionalização”, tendência de que trataremos mais adiante, somado aos anseios cada vez maiores por um processo ágil e capaz de resolver conflitos, estes por sua vez com crescente rapidez e variedade, levaram o legislador a aproveitar algumas lições da doutrina para reformar o procedimento de modo a torná-lo mais adequado às naturezas das demandas comuns.

Nessa seara, o processo executivo, como visto o meio pelo qual a efetividade da jurisdição é posta à prova e a oportunidade processual em que se deve realmente mostrar agilidade e adequação, vem sofrendo contínuo avanço, permeado por reformas que valorizam os novos parâmetros, como a busca pela efetividade, e no modo de seu processamento.

Denota-se que a intenção do legislador das reformas processuais, sobretudo no âmbito da execução, tem sido sempre adequar a duração do processo às necessidades da parte, equilibrando a garantia indeclinável de defesa ampla com efetividade, com possibilidade de solução em tempo razoável.

Tais foram as perspectivas que, aproximando o entendimento doutrinário mais abalizado e hodierno, trazido do consenso dos estudiosos do processo civil pela necessidade de sua adequação ao dinamismo exigido pela sociedade contemporânea, do esforço do legislador, reunindo tais noções em projetos e debates, os quais culminaram na edição de leis que, sucessivamente, alteram institutos processuais para lhe conferir justamente a celeridade e racionalidade.¹³

¹³ A respeito, oportuno é transcrever parte relevante da Exposição de Motivos, feita pelo Exmo. Ministro da justiça, a propostas das leis reformadoras do CPC (n. 11187, 11276, 11277 e 11280, de 2005), atinente ao ponto exposto: “*Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. Desde há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder judiciário do poder legislativo e do próprio poder executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de processo Civil.*”

I.4 - Efetividade e tempo no processo.

A evolução e sucessiva aprovação legislativa das inovações do processo civil deixam claro um seu ponto em comum, qual seja, a intenção do legislador em tornar o processo mais dinâmico, célere, adequado às necessidades de urgência das partes, evitando desgastes desnecessários e tentando reduzir o tempo de “espera” pela solução judicial dos litígios, no mais das vezes dependente de um processo de execução do direito reconhecido. Isto porque, em muitos aspectos, a execução permanece sendo o “calcanhar de Aquiles” do processo, haja vista a dificuldade que, muitas vezes, é encontrada em realizar o direito reconhecido mais ainda não cumprido¹⁴.

Embora seja pacífico que o sistema processual demanda naturalmente tempo para se resolver, e que retirar do sistema algumas fases não significa necessariamente resolver o problema da demora na solução de uma ação, é o problema do tempo passado entre o início do processo e a satisfação final da pretensão da parte vencedora, à qual assiste realmente o direito reconhecido, que consome esforços de diversos autores, para os quais é preciso uma alteração na dinâmica processual, dividindo o ônus do decurso do tempo no processo entre as partes, de acordo com suas pretensões e matérias impugnadas.

Ora, o procedimento comum do processo civil, de cognição exauriente, privilegiou mais a segurança do que a celeridade, para tanto cercando a lide de garantias e conferindo valor à prova e, assim, relegando a um plano inferior os rios sumários, em que a cognição não ia a fundo e apreciava os casos pelas aparências, quando o valor evidente seria a segurança jurídica.

¹⁴ CARNEIRO, Athos G., REPRO 128/115.

O desenvolvimento da ciência processual seguiu a mesma linha, analisando o processo pela perspectiva do rito ordinário, buscando respaldo nos autos previstos na lei para que o caso fosse submetido ao judiciário e, valendo-se de toda a segurança permitida na instrução, tivesse como objetivo a prolação de decisão baseada na certeza jurídica.

Como essa forma de prestação jurisdicional demanda tempo, criou-se a espécie de tutela que serviria como instrumento de manutenção da situação e dos bens durante o decurso do tempo necessário à consumação de todos os atos do juízo exauriente, acautelando direitos em discussão. Proliferaram, pois, formas de tutelas sumárias e cautelares com tal função, na proporção do dinamismo crescente na sociedade. Por sua vez, como o direito processual civil, por natureza, trata de questões que dizem respeito a direitos patrimoniais, teve necessidade de tutelar questões de urgência, por via sumárias, na medida da crescente rapidez e a influência da segurança jurídica na consumação de negócios.

Formou-se consenso de que, afora a já esperada demora na prestação jurisdicional, cuja instrução demanda naturalmente tempo para se desenvolver, o processo padece com atos das partes, capazes de atrasar ainda mais a solução final da causa, sejam eles praticados como meios de defesa, quando cabem ao réu, seja por dificuldades em tomar iniciativas de seguimento adequado do feito, quando cabem ao autor, promovente da demanda.

Assim, criou-se uma discussão doutrinária acerca dos limites aceitáveis de duração de um processo judicial, trazendo à tona questões sobre a valorização do tempo no processo, e o ônus em que ele se torna para quem tem interesse em sua solução.

Certamente, não se pode conceber um processo imediato, sem que para tanto houvesse que se abrir mão de garantias e qualidade de jurisdição; o processo

demora certo tempo, naturalmente, para cumprimento de suas fases mais elementares. Os atos processuais, mesmo os mais básicos, embora tenham todos uma oportunidade para ocorrer no processo, nem sempre se aperfeiçoam instantaneamente, demandando etapas para consumação.

A própria noção, tão lógica, de que o processo visa a solução de um direito violado, que se busca a verdade pelas alegações das partes e a reparação mais próxima do dano possível, fazem concluir que, para tanto, atos serão praticados, prazos para o julgamento serão estabelecidos e critérios serão utilizados pelo Judiciário.

Por outro lado, o tempo que um processo demanda para solução vem sendo, há muito, objeto tanto de estudo quanto de crítica, como motivo relevante, senão o principal, pelo que a jurisdição apresenta falhas, deixa a desejar em suas atribuições, ao menos na visão do jurisdicionado que suporta todo o tempo do processo antes de ver a solução para o caso que lhe submeteu.

É certo que uma justiça tardia é uma justiça imperfeita, ou mesmo denegada, o que, por vezes, chega ao extremo de levar as partes a desacreditar na Justiça, no Judiciário e nas promessas do Estado em tutelar seus interesses, com danosas conseqüências¹⁵. Tal entendimento é partilhado em consenso pelos doutrinadores. A respeito, concluía já o estudioso NICOLÓ TROCKER que *"a morosidade é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capital), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura-se por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição"*¹⁶.

¹⁵ TUCCI, Rogério, *Devido Processo Legal*, p. 106.

¹⁶ Extraído de artigo de CARPENA, Márcio, *Efetividade do Processo de Execução*, p. 02.

Ora, não se pode admitir no litígio judicial, atos protelatórios e manifestamente retardatários que prejudicam o direito material, depõem contra o próprio Poder Judiciário e representam um custo altíssimo à administração da Justiça. Com efeito, estudando o tema, muitos autores demonstraram que, além do prejuízo às partes, decorrente da demora no processo, danos ocorriam ao Poder Judiciário, reputado incapaz se propor soluções adequadas à dinâmica social, com conseqüente queda de confiança na instituição¹⁷, além de gerar problemas de ordem estrutural e financeira.

A discussão, então, chegou à indagação de quais seriam os limites entre o exercício de direito de defesa e interesse legítimo na ineficácia da pretensão da parte adversa, por parte do réu em um processo, e o abuso desse direito, capaz de inviabilizar o andamento eficaz do processo.

O consenso doutrinário é no sentido de que o sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e inibir as defesas abusivas, que são consideradas por autores até mesmo um “direito do réu que não tem razão”¹⁸. A defesa é direito, nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

I.5 - Instrumentalidade do processo.

O processo civil, que sempre foi visto como o instrumento de realização do direito material invocado e submetido à jurisdição, com o tempo, e diante da renovação dos conceitos pela evolução do pensamento processualista, passou

¹⁷ Sobre esse fenômeno, MARINONI já o mencionava, em tom crítico à demora na solução de processos, que, segundo seu entendimento, causam danos às partes e ao sistema, na medida que o cidadão, ao deixar de confiar e, em seguida, relegar ao desuso o judiciário, cria na sociedade uma espécie de “litigiosidade contida”, pondo em risco a estabilidade da ordem. Uma leitura mais detalhada pode ser tomada em sua obra *Tutela Antecipatória*, p. 214.

¹⁸ O “direito do réu que não tem razão”, aqui usada como expressão a ilustrar o argumento sobre direito de defesa do réu, é outro tema de excelente exposição doutrinária do professor MARINONI em sua obra *Tutela Antecipatória*, de muita valia para compreensão do tema deste capítulo.

também a ter um caráter instrumental em relação à sociedade; em outras palavras, passou a ser visto como o instrumento pelo qual a sociedade leva seu direito material, ou a pretensão ao reconhecimento de um seu direito material, à jurisdição.

A visão do processo em sua instrumentalidade é um amadurecimento da ciência processual, após a fase de estudos que caracterizou o processo como autônomo em relação ao direito substancial a ele vinculado pelos atos das partes litigantes, sendo que esta fase de autonomia, que muito contribuiu para a evolução dos conceitos do processo e institutos da ciência processual, era, por sua vez, dissociação de uma fase de sincretismo entre direito material e processual, que por muito tempo foi a base do pensamento jurídico na sociedade ocidental¹⁹.

Os institutos já consolidados então serviram de suporte para um sistema jurídico apto a conduzir, por um processo aprimorado, aos resultados práticos desejados²⁰. O pensamento instrumentalista, portanto, das preocupações dos doutrinadores passou às do legislador, que aplicou a noção às reformas da lei processual que já há tempos vem modificando o edifício do sistema processual civil brasileiro.

Evolução significativa na visão do processo como instrumento foi a acolhida que a Constituição deu a princípios de condução do processo, elevando-os a *status* de matéria constitucional e, assim, elencadas como preceitos fundamentais do direito em nosso país, valorizando o processo civil, devido, indispensável (*due process of law*) como meio capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional não somente segura, mas também eficaz²¹.

A instrumentalidade do processo, pois, não mais se limitou a significar a utilização do procedimento e seus meios para obtenção de um julgamento, como um fim imediato, mas também para um fim mediato, que é a segurança de

¹⁹ A respeito do tema, vide exposição do item II.1, do capítulo II, deste trabalho, adiante.

²⁰ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 22

²¹ vide capítulo II, item II.3, deste trabalho.

cumprimento e execução adequada das leis, constitucionalmente garantido. Instrumentalidade, pois, neste aspecto, muito se relaciona com uma jurisdição constitucional do processo, e é justamente a visão do processo, como meio para a jurisdição atingir seus escopos, que permeou a visão doutrinária que respaldou a onda renovatória dos institutos do direito processual civil brasileiro e a legislação pertinente.

A respeito da conceituação do processo como instrumento, precisa é a colocação de DINAMARCO: *“a consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (due process of law), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim. Cada ato processual tem um fim, ou escopo específico, e todos eles em conjunto têm o escopo de produzir uma tutela jurisdicional justa, mediante um processo seguro.”*²²

Ainda para o referido autor, o grande mérito da ciência processual foi não somente ter reconhecido a idéia da instrumentalidade das formas, mas tê-la assimilado a ponto de permear a doutrina hodierna e a prática processual, assim a fixando em sua finalidade, ou escopo, como parâmetro a partir do qual se devem aferir as incongruências e nulidades.

É desta forma que, dentro da legalidade e em consonância com os princípios do processo civil, se tornou possível aproveitar atos praticados no curso de um processo, ou mesmo toda uma fase do procedimento, evitando-se repetições desnecessárias, atrasos, penalização excessiva das partes e excesso de formas de regularização do feito, pela convalidação do ato reputado nulo, suprimindo-se-lhe a característica que acarretava naquela sua nulidade.

É justamente nesse sentido, de simplificação, valorização do escopo jurídico e entendimento das formas previstas no ordenamento processual como

²² DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. II, p. 596.

instrumentos, que se pode fundamentar inovações no processo civil, entre as quais a admissão da defesa intraprocessual do devedor, que este trabalho irá oportunamente demonstrar ser meio de aprimoramento do processo de execução, como via que é de materialização do direito.

CAPÍTULO II.

II.1 - Evolução histórica dos conceitos: Processo, dogmática e relativização.

O processo civil brasileiro, que tem suas raízes em tradições jurídicas do direito romano, em muito deve seus fundamentos às chamadas *legis actiones*, que eram fórmulas de procedimento, utilizáveis de acordo com a natureza do pedido formulado ante a autoridade. Tais fórmulas foram assimiladas e ampliadas, cada qual seguida por um tipo de demanda, ainda vinculada à espécie de procedimento.

Herdou-se com isso, também, um sincretismo entre o direito pretendido e a ação correspondente, com sua fórmula de apresentação e trâmite até proclamação de julgamento, de modo a ocorrer uma certa confusão entre o plano do direito material e do direito processual. O titular de um direito material era, ao mesmo tempo, titular do direito de pleitear, perante o magistrado, o reconhecimento desse direito por meio da fórmula de procedimento jurisdicional (*actiones*).

Esse sincretismo foi o meio pelo qual o acesso à jurisdição se consagrou, desde a antiguidade e estendendo sua influência pelos sistemas jurídicos modernos, até nossos dias, atuando sobremaneira pelas grandes codificações, em que a indicação de direitos e regras sociais, civis e penais, correspondia à indicação de formas de procedimento e requisição de jurisdição.

Importando a legislação portuguesa, nosso país desenvolveu suas normas de processo com base no mesmo sistema das *legis actiones*, onde cada direito e cada ação tinham seu procedimento próprio. Após a época das ordenações, com a consolidação do Estado brasileiro e seus respectivos atos normativos, a codificação brasileira manteve a tradição de vincular o objeto da ação ao processo respectivo. O sincretismo ente os planos material e processual no direito brasileiro permaneceram, pois, vigentes por muito tempo, mesmo justificado por doutrinadores nacionais e naqueles que os embasavam.

Ainda sob esse ideário de sincretismo foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, que previa fórmulas de processo de modo casuísta, unidos ainda os planos material e processual, embora já anunciando tendências novas e assimilando a noção do processo como ente autônomo, distinto do direito material interessado.

Ora, já desde o século XIX, cogitava-se a distinção entre direito material e processual, do que resultaram discussões sobre a aceitação da existência de um direito processual autônomo; após a célebre polêmica entre Windscheidt e Muther, como sabido, a doutrina passou a acatar que haveria, sim, uma ação processual distinta, com sua própria natureza jurídica ²⁵.

Neste ponto, as regras então vigentes de trâmite procedimental foram recepcionadas como regras gerais de existência do direito processual, algumas já consagradas pela tradição ou pela prática, e serviram de base para a formação de regras secundárias, indicando o método de proceder-se em demanda, para aplicação das regras materiais. Consolidou-se, portanto, a dogmática do processo, estudada de forma científica, em que as distinções entre o material e o processual foram definidas.

Nesta fase de evolução da ciência processual, os estudiosos perceberam que o processo não é somente um modo de exercício dos direitos, pois, distintamente dos bens da vida que são objeto do direito material. Tem como objeto certos fenômenos que ocorrem no processo de fazer valer aqueles bens, tais como os três pilares elementares do estudo sistemático da ação: a jurisdição, a ação e o processo.²⁶

²⁵ **Windscheidt** defendia que a *actio* não era um meio de defesa de um direito, mas o próprio direito; em outras palavras, era o poder de agir contra outrem. O entendimento de **Muther** era contrário, afirmava que havia distinção entre o direito e a ação, e assim inaugurou a ciência do processo como direito autônomo da parte litigante.

²⁶ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. II, p. 254.

Foi então que as noções da relação processual (parte – Estado – parte), assimilaram a idéia da existência, no processo, além do objeto mediato (este que se confunde com o objeto do direito material – o bem, o valor), de um objeto imediato, que é o direito ao pedido, a pretensão, o provimento da Jurisdição. Formou-se, então, a ciência do direito processual, com a compreensão da existência autônoma de um objeto perante a sujeição da pretensão em Juízo (provimento), dela decorrendo e se definindo as noções sobre Jurisdição, ação e processo.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 é, entre nós, o símbolo máximo, expressando com maestria e a rigor as idéias que consolidaram, algum tempo antes, o auge da dogmática.

Em artigo pertinente, GUSMÃO CARNEIRO afirmava que o Código de Processo Civil de 1973 revela-se obra magnífica da arquitetura jurídica. A tal afirmação, segue-se a dúvida: A prestação jurisdicional, no entanto, tornou-se sempre mais célere e eficiente?²⁷.

O desenvolvimento das teorias do processo civil levaram em conta interesses de formar um processo cercado de garantias, para que a solução do litígio privilegiasse a certeza, em detrimento do tempo a ser suportado pelas partes e o órgão jurisdicional, com possibilidade de ampla defesa e contraditório, ampla dilação probatória, graus de jurisdição, possibilidade de revisão de decisões judiciais (recursos) etc.

A essa forma de condução do processo, suas fases e garantias, separadas por fases, modos de produção e observância, deu-se a conhecida expressão de “ordinarização”, isto é, o isolamento das funções processuais, a separação estrita de atos particulares a cada forma e fase de processo (cognição, execução, cautelar,

²⁷ CARNEIRO, Athos G., REPRO 128/115.

procedimentos especiais), consagrada na legislação processual brasileira (que foi seguida e celebrada em muitos países).

Esse dogmatismo, embora com reconhecidos méritos, acarretou conseqüências danosas para a operação de nosso direito, condicionando toda a dinâmica social atingível pelo direito aos conceitos legalistas preexistentes e, sobretudo, consagrados positivamente em leis processuais.

De fato, o pensamento acadêmico brasileiro voltou-se, por muito tempo, ao conceito do direito como “fato”, retirando-lhe juízo de valor e, assim, despindo-o de qualquer conteúdo axiológico. O sentido que era dado, então, à norma, seguia sempre sentido unívoco, o que facilmente se observa nas comuns discussões sobre a “natureza jurídica” de determinados institutos, balizadores da atividade jurisdicional. È o caso, por exemplo, da questão grandemente discutida da neutralidade da ciência processual e do juiz como seu aplicador²⁸.

A questão era que, por muito tempo, tais princípios, embora elogiáveis por garantir o rumo da atividade judicante e limitar pretensões descabidas, tornaram-se limitadores da atividade praticada pelos operadores do direito, a ponto de se tornarem barreiras que tolhiam a extensão ao processo da dinâmica social; foi preciso questionar o dogmatismo para relativizar as formas da atuação judicial, para que se consolidassem noções de existência de princípios norteadores da atividade do direito e do processo, porém sem caráter de limitadores da atividade judicante, mas de parâmetro para que o processo se desenvolva de acordo com as aspirações e necessidades das relações sociais.

Com a aceitação de que as diferenças devem ser acatadas, os conceitos relativizados e o processo dinamizado, a jurisdição passou a ter novo papel, de conferir o direito de forma ativa, participativa, acompanhando a dinâmica social,

²⁸ BAPTISTA, Ovídio, *Processo Civil, Individualismo e Democracia*, p. 300.

fazendo par com a sociedade. Nova forma de pensar a atividade jurisdicional aproximou o direito da sociedade, adequando ritos e conceitos, do papel do direito, para a atualidade, sempre dinâmica, mutável, assimilando como fontes justamente essa dinâmica e os entendimentos advindos do corpo social.²⁹

Imbuídos desse espírito mais “democrático” em seus questionamentos, os doutrinadores puderam perceber que as aspirações da sociedade iam mais além da discussão acadêmica sobre natureza jurídica de conceitos e institutos em vigor, mas deveriam realizar adaptações do sistema de aplicação do direito – na forma do processo civil – para caracterizar nova fase evolutiva da ciência processual. Daí decorreu a nova “onda” de renovação do pensamento sobre o processo e a seqüência de reformas na legislação.

Ainda durante a fase de assimilação dos conceitos e mudanças pela doutrina, certos princípios, já consagrados tempos antes, acabaram sendo incorporados pela legislação, dentro desse espírito dogmático “ordinarizado” e que em muito o justifica. São princípios orientadores do processo civil, de obrigatória observância no curso do processo, tais como o contraditório, o livre convencimento do juiz acerca da prova, o duplo grau de jurisdição etc. Com o passar do tempo, tais princípios foram, inclusive, alçados a princípios constitucionais.

Como será exposto neste trabalho, esse movimento de “constitucionalização” de regras processuais teve como conseqüência a valorização do escopo social do processo, em ligação notável com a relativização do processo civil, permitindo o desenvolvimento das teorias que fomentaram as “ondas” renovatórias da ciência processual, ponto este que é relevante para as tratativas do tema deste trabalho.

No entanto, a prática processual exigia providências que tutelassem situações de emergência, mantendo casos provisórios, sobretudo com o

²⁹ Batista, Ovídio, *Op. Cit.*, p. 297/320

crescente dinamismo das relações jurídicas no decorrer dos anos após a consolidação da dogmática na legislação. De certa forma, essa lógica, uma vez acolhida pela ciência processualista, contribuiu para aproximar, no estudo do tema, os planos material e processual.

O desenvolvimento das teorias processualistas acabaram por chegar a um ponto em que o processo seria compreendido como instrumento, como forma de exteriorização do direito material invocado, dentro de uma lide, cujo fim e objetivo seria a satisfação daquele direito, na chamada instrumentalidade do processo.

Foi assim, pois, que a evolução da fase de autonomia do processo civil levou à reaproximação dos planos material e processual, no estudo da ciência jurídica. Entre as razões para tal evolução foi a preocupação crescente com a efetividade do processo.

Então, se um processo precisa alcançar efetividade, precisa fazer valer certas situações de fato, que vão surgindo no curso da demanda, então deve prever tutelas provisórias, vigentes durante certo tempo, para garantir direitos incidentes e garantir, em última análise, a correção do próprio processo até seu final.

Foi nesse sentido que as reformas legislativas alteraram a lei processual, dando-lhe mecanismos de inter-relações entre os processos de conhecimento, execução e cautelar, “misturando” elementos de um e outro, com vistas a obter maior efetividade nos provimentos e aplicação eficaz das decisões, no que acabou sendo chamado de movimento de “relativização” do processo civil, atendendo aos clamores da sociedade pelo atendimento do trinômio “qualidade-tempestividade-efetividade”³⁰.

³⁰ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 115.

O ideal de acesso universal à Justiça, levando em conta as demandas de grande parte da população antes excluída, por sua natureza legalista, patrimonial e de garantia jurídica, do processo civil, orientou a doutrina no sentido de valorizar a simplificação de procedimentos para resolução de demandas mais simples, com a idéia de que a Justiça não mais deve ser proclamada unicamente em Tribunais, esperando que ecoe na vida prática das pessoas e que estas a atendam meramente por adesão às idéias julgadas.

Também nessa seara germinaram os conceitos de uma “parajurisdição”, ou seja, âmbitos diferenciados de produção de regras de resolução de litígios, ampliando o acesso da pessoa comum, com lides de menor amplitude, a algum órgão oferecedor de justiça, legitimado pelo ordenamento, mesmo que despojado dos rigorismos do judiciário na sua apresentação usual³¹.

Com a noção de que todos devem ter o direito de submeter sua pretensão em Juízo, foi necessário repensar o sistema judicial, para incluir novas formas de pedidos, bem como novas relações jurídicas, algumas vezes díspares (como a de cidadãos contra grandes corporações), manejando os recursos previstos na legislação para atendê-las.

Já a segunda onda renovatória trouxe à baila as idéias de direitos que interessam à coletividade, a várias pessoas de forma igual (ou ao menos semelhante). Surgiram as figuras dos direitos coletivos, ou direitos homogêneos. Seriam novos bens que deveriam mesmo ser tutelados pelo direito, de forma única, coesa, homogênea, cujos efeitos deveriam interessar a toda a comunidade. Foi o caso dos direitos de classes, de relações jurídicas enquadradas em uma mesma categoria (relações de consumo, por exemplo), de questões ambientais, de questões de direito público etc.

³¹ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 121.

As reformas processuais levaram a cabo, então, as novas noções, positivando as normas que já vinham sendo reconhecidas na aplicação de leis vigentes. Foi a “terceira onda” renovatória em nosso sistema processual, alterando procedimentos e inserindo providências típicas de uma espécie de processo em outro, isto é, inserindo, dentro de um processo de conhecimento, medidas de caráter acautelatório, ou admitindo providências de cunho probatório em processo de execução, ou ainda tutelando casos de urgência de forma diferenciada. Em suma, um movimento que conferiu dinamismo ao sistema processual e aos operadores em sua condução.

II.2 - Efetividade e renovação das teorias do processo, aplicadas à execução.

A consagração dos novos ideais do processo civil efetivo e instrumental, assimilada pelo Judiciário e positivada nas reformas legislativas, como visto, levou à ocorrências de “ondas” reformistas em nosso ordenamento, atingindo vários aspectos de forma e função do processo civil em vigor.

Especificamente quanto ao processo de execução, a onda de reformas o atingiu seguidamente e conseguiu valorizá-lo mais, após um período em que a função clássica da *júris dictio*, praticamente considerada aquela praticada dentro do processo de conhecimento, deixava a função executiva relegada ao ideal de meros atos de administração de uma ‘justiça já feita’, à qual os juízes e demais operadores do direito pouco prestavam atenção.

Como indicado acima, valorizada a fase executiva do processo, diante da idéia já consagrada do processo como instrumento de materialização do direito reconhecido e da execução como forma desse instrumento produzir efeitos na realidade, as alterações legislativas passaram a visar justamente o aprimoramento dessas formas e a buscar um procedimento mais eficaz.

Com efeito, algumas medidas aparentemente simples, culminando em reformas no texto da lei processual, trouxeram para o processo executivo a noção, então já largamente aceita, de que o processo, além do escopo da busca da verdade material, cercada de garantias, também devia servir ao interesse das partes por uma solução eficaz e a tempo razoável, como parte intrínseca da função jurisdicional e que tinha tanta importância oferecer uma solução judicial eficaz, quanto oferecê-la a princípio.

Exemplos de tais ideais nas reformas de nosso Código de Processo Civil foram as alterações na execução provisória da sentença (artigo 587, recentemente alterado), a facilitação de execução de sentenças com valor certo, em que a função de liquidação foi simplificada e o cálculo permitido para a própria parte (artigo 604, só recentemente revogado, e o artigo 614), além das alterações substanciais na legislação extravagante e nas execuções específicas, como a de prestação alimentícia e a execução fiscal.

Neste ponto, não poderíamos deixar de anotar que a adoção de ritos simplificados de procedimento, para causas igualmente simples, por meio da valorização e conferimento de autoridade aos juizados especiais, faz parte do quadro de amadurecimento do pensamento de efetividade da jurisdição, no campo do processo civil. Se simples a demanda, simples o rito.

Em seguida, a onda renovatória consolidou alguns institutos já em uso no direito comparado, como a ação monitória, que buscava condensar fases de cognição em casos de demandas com prova pré-constituída, em que não se pode deixar de notar o intuito do legislador de conferir, mais uma vez e por mais uma via, efetividade ao judiciário.

A doutrina tomou consciência, pois, e cada vez com mais convicção, da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo

desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe cabe³². O desafio dos processualistas, portanto, não mais se restringia às formas, mas a um equilíbrio entre as técnicas para a tutela dos direitos e a valorização das garantias constitucionais e aprimoramento da função do processo.

Então surgiram as novidades na legislação processual, voltadas para esse foco e amparadas no pensamento doutrinário hodierno, que leva em conta tanto a manutenção da ordem processual e das formas quanto a efetividade da jurisdição, trazendo para o ordenamento, positivados e respaldados por teorias substanciais, modelos novos de aplicação do direito por vias diferenciadas de tutela.

Uma de tais novidades, muito estudada e já relativamente longeva, mas de importância capital para se assimilar os novos modelos de tutela diferenciada no bojo da técnica processual, foi a ação monitória, que bem exemplifica a evolução da lei processual no sentido dos ideais de aprimoramento das formas existentes com um escopo mais efetivo. Partindo de uma intolerância com a duração desmesurada de uma ação, os obstáculos temporais e de forma que se lhe impunham as técnicas tradicionais, e visando que a tutela buscada seja efetivamente aplicada, garantindo o resultado da jurisdição, chegou-se a um procedimento que confere qualidade de título de forma injuntiva, isto é, aproxima o direito invocado da prova que se pretende fazer de sua constituição, por uma via relativamente ágil e condicionada ao reconhecimento da parte adversa e do Juízo, a via monitória.

Relevante para a compreensão do tema deste trabalho, que valoriza a fase executiva do processo, é entender como se consolidou a ação monitória, evolução de conceitos e positivação de ideais da doutrina de aproximação dos planos cognitivo e executivo, dentro de um mesmo processo.

³² BARBOSA MOREIRA, texto da obra *Temas de Direito Processual*, in TUCCI, *Devido Processo Legal*, p. 154.

Com efeito, o direito do jurisdicionado a obter a tutela executiva do Estado depende de ter previamente se munido de um título, isto é, uma declaração de certeza obtida da condenação, para o que a parte deve recorrer inicialmente ao processo de conhecimento. A novidade do procedimento monitório foi que a formação do título se tornou mais célere, pois a fase de conhecimento, sumariada, diminuiu o tempo necessário e as formas previstas, sem abrir mão das garantias de defesa, desde logo importando, com a possibilidade de se defender, em ordem de pagamento.

Intermediária posição entre a cognição necessária à condenação do réu e a presunção de certeza que se confere ao título que se executa; Prescinde-se de toda a “ordinarização” para a obtenção de uma presunção de validade, sem prescindir da declaração de certeza que o documento escrito (art. 1102 CPC) traz, dependendo sempre de sua aceitação ou superação da defesa da parte demandada, a que se garante, por força da legislação, mas também, e sobretudo, pela própria natureza jurídica do instituto, o devido processo legal, com possibilidade de defesa, recurso e dilação probatória. Aplicação relevante do conceito é notada ao se tratar das possibilidades de defesa do devedor, dentro do feito executivo.

Por sua vez, ainda outras reformas na lei vieram na esteira de tal entendimento e, muito recentemente, a reforma do Código de Processo Civil alcançou os lamentos dos operadores do direito e alterou substancialmente a parte que regula o processo executivo, trazendo novidades esperadas, algumas boas medidas e, também, alterações já presentes na prática forense ou praticadas há tempos pela jurisprudência. Exemplo disso foi a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais, a eficácia executiva atribuída às sentenças voltadas ao cumprimento das obrigações de fazer e entregar coisa, entre outros³³.

Ora, se em alguns casos a evolução foi notável, em outros, infelizmente, a alteração foi somente de forma, pois, se estudada com calma a

³³ CARNEIRO, Athos G., REPRO 128/115.

substância contida nas novas regras, continua um procedimento muito semelhante ao anterior reformado, apenas com novas denominações, o que faz exemplo a chamada “impugnação” à execução de título judicial (artigo 475-J, p. 1º, do CPC).

Esse é um elemento relevante da presente pesquisa e, oportunamente será tratado com mais minúcia. Desde logo, contudo, a seu respeito pode se dizer que, se ainda estão aquém das expectativas de um processo célere, legalista e efetivo, por outro lado estão de acordo com o consenso doutrinário que visa um processo adequado às aspirações da sociedade e à evolução doutrinária de busca de um sentido mais moderno, justo, equitativo e dinâmico do processo civil.

As reformas demonstram a contínua evolução do pensamento processualista, sobretudo se cotejado com as propostas de novas alterações legislativas, em vias de aprovação; Demonstram, enfim, novos rumos de um ordenamento processual no país, que sempre acompanhou, na vanguarda, o aprimoramento dos sistemas legais de efetivação e concretização de escopos da Jurisdição.

Com efeito, a doutrina não deixou de acompanhar o movimento de verdadeira relativização das formas esculpidas no bojo de nossa lei processual e, sempre na vanguarda, elaborou conceitos que, com o passar do tempo, foram largamente aceitas pelo judiciário a ponto de serem positivadas; outras noções tiveram alcance considerável, embora ainda não estejam insculpidas na lei processual, tem aplicação incontestes nas demandas atuais.

II.3 - Princípios constitucionais do processo civil.

Como visto, o processo civil brasileiro foi atingido por sucessivas “ondas” de renovação, trazendo em seu bojo muito dos novos ideais de um processo eficaz e comprometido com a extensão da aplicação da jurisdição à sociedade.

No decorrer desse processo, muitos dos princípios legais de condução de uma lide foram alçados à categoria de direitos fundamentais da jurisdição, inseridos no texto constitucional e estendidos, como garantia, ao exercício da jurisdição à sociedade como um todo, e consagrados na categoria de princípios, isto é, constitutivos da ordem jurídica, reveladores dos critérios e valores que irão orientar a aplicação das regras postas, nos casos concretos.

Ao se mencionar garantia constitucional de um processo, o primeiro postulado geralmente saliente é a garantia de ampla defesa, um princípio basilar assimilado na realidade jurídica tanto quanto na social, enraizado mesmo na cultura da sociedade como irrevogável e essencial, sobre o qual muitos outros princípios se embasariam.

Ao princípio da ampla defesa está intimamente ligado o do contraditório, participação ativa de ambas as partes contrapostas em uma lide, exercendo cada uma suas funções e pedidos e sustentando suas razões. A garantia de haver contraditório é garantia de uma defesa ampla, noções consagradas pelo uso forense e que a legislação reconhece, a ponto de estimular que uma lide somente seja apreciada para prolação de decisão após o exaurimento dos meios alegados de defesa.

A regra tradicional está expressa de forma irretirável no artigo 5º, LV de nossa Constituição Federal, assegurando a todos os litigantes o contraditório e ampla defesa, para que nenhum processo tramite sem a ciência de seus atos às partes interessadas.

O princípio que está insculpido no referido artigo 5º, LV, da CF/88, porém, é mais amplo do que a mera obrigatoriedade de informação da parte que, contra si, tramita processo judicial ou administrativo; é a garantia de que haverá, em uma lide, igualdade de tratamento e afastamento de atitudes que impeçam o exercício,

pela parte demandada ou mesmo pela parte adversa, de suas razões livremente durante o trâmite, sabendo o que se argumenta, como e por quê os argumentos foram expostos e se foram aceitos pela autoridade condutora da ação.

É, pois, um princípio indeclinável, a partir do qual outros princípios de condução processual se desenvolvem, sejam eles de natureza ideal, como a igualdade das partes, ou mesmo estritamente processuais, como certos atos que devem ser atendidos no trâmite de um processo em atenção à regra constitucional, de caráter prático, como a bilateralidade das audiências, a regularidade das intimações e publicações de despachos, a isonomia na concessão de prazos para manifestações nos autos etc.³⁵

No mesmo sentido, outros princípios presentes na Constituição Federal podem ser analisados à luz da atividade jurisdicional e em muito se relacionam com o direito processual civil, servindo de elo entre as características consolidadas do processo, por um lado, e a onda de elevação de regras processuais, de outro, como parte do já mencionado movimento de “constitucionalização” das regras processuais que serviram de base para as tendências doutrinárias estudadas neste trabalho.

Assim, o princípio da isonomia, igualdade perante a lei (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/88), aplica-se, como acima dito, na concessão de prazos, oportunidades e participação no processo a ambas as partes, independentemente de sua condição; lembra-se que o sentido visado pela inserção de tal norma como princípio constitucional – e como princípio do processo civil, pela seara de raciocínio deste tema –, não foi igualar apenas o uso do tempo e prazos de processo entre as partes, o que se confere pela previsão legal de prazos em dobro ou opções de dilatação na lei processual (artigos 188, 191 e 298, do CPC), mas sim oferecer uma igualdade substancial, isto é, tratamento igual entre partes consideradas iguais. De qualquer forma, o que há é a

³⁵ TUCCI, R., *Op. Cit.*, p. 90.

aplicação, no âmbito do processo civil, de uma garantia constitucional aplicada – isonomia legal e processual dos litigantes.

Além do já mencionado princípio do juiz natural, expresso na legislação pertinente (artigo 132 do CPC) e chancelado pela Constituição Federal como norma para a prestação jurisdicional (art. 5º, XXXVII, CF/88), também exemplo do tema ora exposto, observa-se no texto da Carta Magna outras situações em que o processo é conduzido por normas alçadas a princípios basilares e *status* constitucional, elementares como o direito de ação (art. 5º, XXXV), ou ainda a inadmissibilidade de prova ilícita, conceito consolidado já há muito tempo e sempre recepcionado pelas legislações novas ou reformadas; a necessária publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), não somente o desfecho, mas sua motivação (art. 93, IX), salvo exceções restritas e expressas, e mesmo o duplo grau de jurisdição, adiante tratado.

Esses novos ideais do processo civil, pois, contribuíram, não somente com alterações legislativas, mas com mudança no sentido do processo e sua relação com o direito invocado, para a priorização de certos aspectos do processo, como sua visão instrumentalista, sua efetividade e legalidade.

Assim, de certa forma, os princípios do processo civil insculpidos na Constituição serviram de base para o pensamento processualista atender certas expectativas das partes judicantes, o que refletiu nas formas usuais e, mais tarde, nas reformas da lei específica, com novos institutos para a agilidade, efetividade e praticidade no procedimento de que se vale para atender aos fins do processo, entre os quais consagrou-se o escopo social da jurisdição.

Na esteira da utilização dos princípios do processo como garantias constitucionais do cidadão, ente as quais passou a ser valorizada a do acesso à Justiça, surgiu a discussão sobre a relação entre “fazer valer” os direitos constitucionais das partes e a agilidade e efetividade requeridas de um processo judicial.

Ora, como já exposto neste trabalho, um processo ágil é um processo efetivo, se assegura à parte que lhe submete sua pretensão um julgamento em tempo razoável, sem abrir mão de garantias de correta condução dos procedimentos. Assim, ao mesmo tempo que as partes têm o direito constitucional de apreciação de sua demanda pelo Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), tem o direito de a obterem sem dilações indevidas, aproveitando as fases e atos da melhor forma possível e em tempo razoável, o que dá um sentido mais amplo e, porque não dizer, mais adequado ao princípio constitucional de que se trata, pois baliza o processo civil não somente pelo procedimento e normas de condução, mas pelo escopo que dele se espera. De fato, não basta mais oferecer o sistema de solução de litígios pelo Judiciário, mas é preciso oferecê-lo em condições, isto é, capaz de solucionar as demandas de forma adequada à dinâmica social³⁶.

Ora, se ao cidadão é garantido pela Constituição que tenha acesso à Justiça, para o mesmo então é preciso garantir que esse acesso ocorra não de forma dogmática, ininteligível, como formas legais enraizadas em cultura jurídica extensa, porém privativa dos letrados, mas sim de forma célere, prática, adequada, acessível, enfim, efetiva.

Se o acesso à Justiça é direito do cidadão, garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF/88), com as novas tendências do direito processual também passou a ser que o acesso seja feito a uma Justiça efetiva, adequada, que responda aos anseios; quando se fala em direito a uma tutela jurídica, é pacífico que tal sentença hoje tem um sentido mais amplo, do direito a uma tutela jurídica adequada. E, esta última expressão deve também ser entendida em sentido mais amplo, em que, por tutela adequada, também se quer dizer tutela tempestiva e eficaz, isto é, ao mesmo tempo hábil para atender a uma situação concreta a partir de regras processuais determinadas, mas adequando-as à realidade e com vistas sempre à solução mais eficaz

³⁶ TUCCI, R., *Op. Cit.*, p. 103.

e sem impor ônus em demasia às partes, além da natural condenação pela análise e julgamento da questão.

Assim, por tutela efetiva, deve-se almejar a realização do direito, e não apenas a declaração de que tal direito existe, tendo sido como tal apreciado pelo julgador do caso concreto, ou então meramente determinar que alguém deve atender ao direito que foi reconhecido a outrem (condenação).

Com efeito, quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que, na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, nessa ordem de idéias, tem de se apresentar como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela.

O legislador constitucional assimilou o ideal, de hialino consenso na doutrina, em recente reforma do texto de nossa Constituição Federal, ao incluir, entre os direitos indeclináveis do cidadão, o direito a um processo célere, expresso na regra do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, como acima já mencionado.

Apesar das críticas da imposição textual da celeridade processual, quando o desenvolvimento real satisfatório do processo depende muito mais de situações concretas do que da previsão legal, tem evidente importância a adoção de tal necessidade da jurisdição (oferecer solução às demandas em tempo razoável) como princípio constitucional expresso. É a consolidação, positivada, da noção que a doutrina já assimilara da prática processual, que um processo, para ser julgado efetiva e adequadamente, tem que ser de forma célere; não somente com brevidade, mas

equilibrando o tempo do processo à premência da parte litigante e o interesse do Estado e dos participantes na regularidade do procedimento.

Parte substancial da doutrina vem se debruçando sobre uma aparente contradição entre os princípios da celeridade e instrumentalidade do processo e o duplo grau de jurisdição, como se um estivesse a obstar a consumação de outro. É o entendimento, por exemplo, de NERY JR., ao expor que, se a Constituição prevê a existência de recurso, não quer dizer que garanta o uso deles na condução do processo; e, não havendo garantia expressa, então não é inconstitucional a lei inferior que busca limitar o acesso a certos recursos, estabelecendo regras de admissibilidade e restringindo as matérias que deles pode ser objeto, como nos recursos especial e extraordinário, cuja aplicação prática são os artigos 541 e 542 do Código de Processo Civil e os respectivos regimentos internos.³⁷

Já outros autores vão ainda mais longe ao sustentar, como MARINONI³⁸, que o duplo grau de jurisdição não é preceito constitucional e como tal não deve ser tratado. Sua tese é que o direito brasileiro não prevê, seja na constituição, seja na tradição jurídica do direito processual, a necessidade de duplo grau de jurisdição para o processo civil ser coerente com as regras constitucionais esperadas.

O autor acima mencionado afirma ainda que, embora os recursos devam existir e o acesso aos mesmos deve ser reconhecido, não é possível manter a obrigatoriedade da jurisdição em somente se satisfazer, ou as partes somente se satisfazerem com a prestação jurisdicional “confirmada” por um grau duplo. Chega mesmo a expor que a insistência da prática processual brasileira em julgar em duas (ou mais) instâncias uma mesma causa, em determinados casos que podem ser resolvidos definitivamente em apenas uma delas, é causa relevante para a demora no trâmite dos

³⁷ NERY JR., Nelson, *Princípios*, p. 154/156. De fato, o STJ e o STF precisam, em seus regimentos internos, as regras de processamento dos recursos, sem as quais o mérito destes não chega a se julgado, por falta de regularidade de interposição mais do que previsão legal de cabimento. Especificamente, os artigos 86, 253 e 255 do RISTJ e 57 do RISTF. No mesmo sentido os regimentos dos tribunais estaduais e regionais federais.

³⁸ MARINONI, Luiz G., *Tutela Antecipatória*, capítulo VIII, p. 208 e ss.

processos e causador de obstáculos à plena prestação jurisdicional célere e efetiva, este objeto tão seriamente almejado pela ciência processual hodierna.³⁹

É fato que há previsão constitucional de tribunais para revisão dos julgados no texto constitucional, que mesmo lhes define a competência para processar e julgar recursos, que por sua vez também têm expressa previsão constitucional e legal. Isso não quer dizer, segundo o autor supracitado, que tais recursos sejam garantias constitucionais à regularidade do processo civil, sendo que muitos processos podem – e devem – ser resolvidos em instância única ou ao menos com menos vias recursais, sem que isso acarrete em cerceamento de defesa ou negativa de norma constitucional de revisão de julgados pelos recursos previstos.

Se por um lado devemos reconhecer as vantagens da previsão legal e constitucional dos recursos e instâncias variadas, servindo mesmo para correção de erros presentes nos processos e meio de equilíbrio e disseminação de precedentes, o que confere à experiência dos tribunais grande valor na construção do entendimento vigente sobre determinado assunto jurídico, por outro lado o duplo grau de jurisdição, como praticado no Judiciário em nosso país, apenas mantém na esfera judicial, por mais tempo do que o necessário, o bem da vida que é disputado na causa, obstando o pleno reconhecimento que sobre ele teria o vencedor da demanda e, assim, prejudicando-o, enquanto beneficia indevidamente a parte que não tem direito, pois, *“quanto maior a duração do processo mais ele se presta a prejudicar o autor que tem razão e premiar o réu que não a tem.”*⁴⁰

Portanto, para certa parcela da doutrina, entre os quais o eminente professor já nominado⁴¹, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional nem princípio fundamental da justiça; ao contrário, se toda causa submetida ao judiciário

³⁹ MARINONI, Luiz, *Op. Cit.*, p. 208/210.

⁴⁰ *Idem*, p. 213.

⁴¹ Além do professor Marinoni, podemos citar, na mesma corrente, ADA PELEGRINI GRINOVER, CRUZ E TUCCI, ARRUDA ALVIM, TEIXERIA FILHO, entre outros.

dependesse de revisão recursal, estaria comprometida a oralidade, a proximidade do juiz com a causa, a multiplicidade de fontes de direito, a celeridade e instrumentalidade do processo, noções que se consolidaram na doutrina nacional e poria obstáculos à realização plena do direito que tais noções propiciam, caso admitidas e aplicadas nos processos de forma integral. Em suma, o duplo grau de jurisdição, se alçado a categoria de preceito constitucional, estaria em conflito com o escopo máximo do processo, que é conferir a tutela almejada em tempo razoável e de forma eficaz, ou seja, a efetividade da jurisdição, ponto crucial do consenso doutrinário processualista atual.

Há, porém, corrente doutrinária dissonante, como a noção muito bem sustentada por DINAMARCO⁴², que defende a admissibilidade de recursos, por vários motivos, entre os quais o saudável movimento de uniformização da jurisprudência pelos órgãos jurisdicionais variados, o controle entre instâncias e um necessário equilíbrio entre segurança jurídica e ponderação nos julgamentos, o que se realiza com o oferecimento às partes litigantes de mais de uma oportunidade de êxito nas demandas submetidas ao judiciário.

O eminente jurista salienta, contudo, tanto a premissa de que as maiores probabilidades são de acerto nos julgamentos, a legitimar a procura, em outras instâncias, pela sua confirmação, quanto a particularidade de ser um princípio constitucional distinto, porque, *“diferentemente dos demais princípios da tutela constitucional do processo, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei”*.⁴³

Sem embargo de tais entendimentos, compartilhados por muitos excelentes estudiosos, o essencial é que a nossa Constituição garante, de forma expressa ou velada, às partes litigantes uma condução adequada do processo civil, visando sempre a solução dos conflitos e de forma efetiva, realizando o direito reconhecido. E,

⁴² DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 236/237.

⁴³ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 239.

em se tratando do processo de execução, objeto deste estudo, esse consenso e as garantias da constituição são mais evidentes na renovação do entendimento acerca da efetiva prestação jurisdicional, do que faz parte uma adequada noção dos limites e garantias da defesa do devedor.

Item 4. O papel do réu para um processo efetivo.

O entendimento novo sobre o escopo da jurisdição, de que, para além da prestação jurisdicional, deve-se almejá-la com efetividade, isto é, conferindo não somente agilidade, mas qualidade e adequação às demandas que buscam a intervenção do judiciário, não foi desenvolvido sem um profundo respaldo teórico, sedimentado por discussões acadêmicas e doutrinárias tão coerentes quanto a experiência concreta de casos que serviram de base para a construção do pensamento processual hodierno.

Esses novos “ideais” do processo civil e da execução beberam de fontes teóricas variadas e que, crescente e sucessivamente, frisam a necessidade de renovação nos parâmetros de aplicação da justiça, dos conceitos de jurisdição e do papel dos operadores de direito e do Estado nessa mesma renovação.

A evolução dos conceitos que proporcionaram o aprimoramento das formas legais de condução do processo, sempre visando à estabilização das expectativas do cidadão, por meio da segurança jurídica aliada à efetividade da prestação jurisdicional, vem sendo balizada pelo consenso do equilíbrio necessário entre os objetivos principais do processo, como a declaração do direito e seu conferimento a seu titular reconhecido, e a garantia consagrada da parte vencida de responder a um processo com possibilidades de defesa e pela forma menos prejudicial possível.

Evidentemente, não se pode admitir que, em nome da ampla defesa de quem é executado em um processo, tornemos a execução complexa e com possibilidades desproporcionais às partes. Deve haver equilíbrio entre a celeridade exigida pelo credor, certamente intuito do legislador e da doutrina reformadora, e as garantias de defesa do devedor, bem mensuradas, que podem ser-lhe ofertadas de modo a não comprometer o seguimento efetivo do feito executivo. A respeito, observação pertinente do prof. OVÍDIO BAPTISTA:

“O ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas ao demandado? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘devido processo legal’ com ‘plenitude de defesa’?”⁴⁴

Ora, esse cuidado no equilíbrio da condução do processo é tema relevante para as conclusões deste trabalho, como adiante será demonstrado. Se entendida não somente como meio de agilizar o cumprimento de obrigação pelo devedor, em favor do credor que a espera, mas também como meio de resolução de conflitos com equilíbrio, legalidade e satisfação dos princípios devidos a ambas as partes na lide, então um processo executivo efetivo terá que levar em conta os direitos de ambos os lados; agilidade em conferir o direito ao titular, mas respeitando as regras e formas em benefício daquele que se lhe obriga.

⁴⁴ BAPTISTA, Ovídio, *A plenitude de defesa no processo civil*, in ARENHART, S., *Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis*, p. 1000.

A rigor, o conceito de efetividade, acima tratado, aplicado ao tema do processo executivo, não deve ser reduzido apenas como conseguir uma execução rápida, mas também uma execução enxuta, legalista, aprimorada, respeitosa em seus atos de expropriação de bens e imposição de atos para que um devedor realmente cumpra uma decisão, na lide em que foi vencido.

Defender os direitos do devedor, sobretudo seu direito à defesa, portanto, não é criar óbices ao andamento de um processo executivo; é somente garantir que o mesmo siga um rumo de legalidade e exatidão, a salvo de desmandos e garantindo a vigência das normas e da Constituição.

Muitas vezes (e este é um ponto a que este trabalho quer chegar), uma defesa coerente do devedor pode agilizar a demanda, em benefício do próprio credor e, por conseqüência, do Judiciário. Sendo ainda mais específico, muitas vezes uma moção do devedor, mesmo à parte de seus meios de defesa reconhecidos ou tradicionais (como os embargos, por exemplo), podem subtrair discussões que demandariam tempo, abreviar fases processuais intermediárias e até tornar desnecessária a interposição dos embargos, ou outras ações do devedor.

O interesse do credor, então, não deve se limitar à pressa em ver a execução ter seguimento, mas que esse seguimento siga as regras preestabelecidas, tenha uma legalidade incontestada e possibilite ao devedor se insurgir contra eventuais enganos, abusos ou fases desnecessárias, da forma mais concisa e apropriada possível, visando sempre uma solução eficaz.

Defende-se tal idéia com o exemplo de uma execução que, se dependesse exclusivamente dos embargos de devedor para possibilitar a defesa do executado, para definição do valor correto do título que se demanda, teria que esperar o julgamento daqueles embargos para ter seguimento. Caso procedentes os embargos,

toda a fase anterior deveria ser desfeita, o que, notadamente, não beneficiaria, nem interessaria, ao credor.

Efetividade da jurisdição, pois, muitas vezes foi resumida apenas como modos de apressar o processo de execução. Ao contrário, como acima explanado, a garantia dos direitos de defesa do devedor é, portanto, função essencial da Jurisdição como meio de garantir um processo civil executivo eficaz.

Pode-se sustentar que o estudo da viabilidade, aprimoramento e correição da defesa do devedor em um processo executivo, trata também de uma função de caráter social da jurisdição, a que o processo serve como instrumento. Não somente um movimento jurídico-social com vistas à obtenção de mais aplicação das funções do processo, mas também um movimento legislativo que consolide os novos entendimentos a respeito, a partir dos princípios que, entre nós, já estavam em voga desde a Constituição de 1988, que trata, em vários pontos, da busca por um Estado que promova o bem-estar social e a resolução de litígios e desigualdades.

Para tanto, foi necessário – e continua a sê-lo – pensar o processo de forma diversa daquela proposta pelo dogmatismo enraizado em nosso sistema jurídico vigente. Limitar o processo ao uso de fórmulas que, embora modernas, têm raízes arcaicas, seria, pois, um contra-senso para essa mudança na visão processualística que ora domina o pensamento jurídico, não somente no Brasil, mas em vários países, nos quais, inclusive, nossos juristas foram buscar inspiração.

Contudo, mesmo diante das novas e empolgantes perspectivas que, em tal momento, abriam-se em nosso mundo jurídico, cumpre frisar que nenhuma tendência laborada em doutrina cogitou em se desalinhar da forma de um processo servido por regras próprias, autônomas, gerais e aplicáveis ao caso concreto pela obra do julgante. Muito poucos foram os que se aproximaram em demasia do que se pode

chamar de uma “escola de livre direito”, em que quiméricas noções de direito particular permeavam propostas de “decodificação”.

Um processo equilibrado, aplicando sistematicamente as regras de direito material, a ponto de fornecer o titular da demanda um roteiro de *método* para atuação judicial e aplicação dos princípios e leis vigentes, foi, e continuou a ser, o mote principal da processualística brasileira nos tempos de mudança.

Nessa seara, o papel da dogmática jurídica ficou, como já exposto, muito relativizado; para não se converter em abstração vazia, teve que se compôr em método para que direito invocado se coadunasse com a justiça almejada. Relativização, sim, porém mantendo a vigência e fora do sistema estatal de condução da lide – o processo autônomo codificado.

CAPÍTULO III.

III.1 - Evolução teórica e tendências do processo para a defesa do executado.

As noções em voga no processo civil atual, os princípios que a partir delas se desenvolveram e as perspectivas que delas se extraem têm como objeto, com especial atenção, a efetivação das decisões judiciais como meio de garantia de direitos às partes litigantes e à sociedade, como estabilizador das expectativas sociais. Portanto, estudar a relação entre essas questões e a fase executiva do processo civil, momento de realização do direito disposto pela jurisdição, é questão capital e objeto do trabalho, doravante.

A evolução da doutrina do direito processual seguiu uma linha que unia os pensadores clássicos da escola alemã, cujo foco estava no estudo do objeto do processo e da demanda, os grandes estudiosos da escola italiana de direito processual, de que fizeram parte, entre outros, Carnelutti, analítico da teoria da lide como centro do sistema processual, Chiovenda, com o destaque que deu à teoria da ação como direito concreto, e seus seguidores que estenderam os conceitos, como Calamandrei e Liebmann, este que uniu a linha de pensamento da Itália, onde ainda produzem frutos, até modernamente com as obras de Capelletti que menciona a teoria da efetividade do processo⁴⁵, à nossa doutrina nacional, em sua própria linha evolutiva, a que se juntaram os mestres Rezende Filho e o eminentíssimo Pontes de Miranda, com vasta obra.

Com as contribuições de Liebmann ao nosso processo civil, a doutrina nacional se desenvolveu com grandes nomes, como Bueno Vidigal, Alfredo Buzayd, também redator do CPC vigente, Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos e outros; mais adiante, já na vigência do atual CPC, a linha foi mantida por autores do calibre de Galeno Lacerda, Calmon de Passos e o eminente professor Egas Moniz de Aragão.

⁴⁵ Além de Edoardo Ricci, G, Tarzia e outros (*anotados por DINAMARCO, C., Instituições, vol. I, p. 259*).

Em certo ponto, a doutrina divergiu com linhas de entendimento um pouco mais variadas, questionando institutos e promovendo ideais novos de aproximação do processo com a dinâmica social, do que acabou por decorrer as novas tendências de tutela, de um lado Barbosa Moreira, Ovídio Baptista e Humberto Theodoro Jr., entre outros, e de outro lado Arruda Alvim, Cândido Dinamarco, Araken de Assis, Luiz Marinoni, entre outros.

Em mais sucintas palavras, exposta por meio da legislação, a dogmática processual no Brasil foi assimilada a partir de teóricos que inspiraram uma linha de pensamento conexo que liga, em nossa ciência processual, nossos estudiosos aos italianos, e até mesmo às primeiras lições de Von Bulow. Desenvolvida a partir de tais ensinamentos, referida evolução linear levou o sistema processual civil brasileiro á vanguarda da ciência processual e avanço de técnicas, porém vinculando o Judiciário ao sistema ordinário, privilegiando a segurança em detrimento da praticidade e do tempo.

Por tal razão é que se diz que nosso Código de Processo Civil “já nasceu velho”, nas palavras do prof. Athos Gusmão Carneiro, pois as teorias processualistas a partir de então seguiram o rumo da dogmática, desprestigiando as técnicas de solução diferenciada de litígios e diversidade de tutelas adequadas ao processo específico (tutelas diferenciadas), o que só bem recentemente vem tendo considerável evolução.

Ora, a mesma influência dos processualistas italianos que se fez sentir na consagração do modelo dogmático de nossa lei processual também é vista na evolução das doutrinas mais hodiernas a respeito do aproveitamento do processo, redundando nas já mencionadas “ondas renovatórias” de nosso processo civil.

Por muito tempo o consenso foi que cognição e execução eram dois tipos distintos de atividade jurisdicional, sendo que a primeira seria primordialmente intelectual, a função de dizer o direito (*júris dictio*) propriamente dita,

para descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso, enquanto que a segunda seria notadamente material, pelas operações práticas para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, para coincidir a regra e os fatos⁴⁶. A atividade de uma não se confundiria com a da outra forma, própria de cada processo, embora admitisse seu desenvolvimento concomitante em uma mesma relação processual, havendo certos requisitos especiais.

Em certo ponto, porém, a doutrina reconheceu que havia, sim, cognição dentro do processo de execução, ainda que em menor grau, o que, servindo-se das noções evolutivas do pensamento processualista, abriu caminho para o entendimento de que seriam aplicáveis ao processo de execução certos elementos do processo de conhecimento, relativizando as fronteiras entre as duas espécies de jurisdição.

Entre as diversas “modalidades” de jurisdição, pois, está a tutela jurisdicional executiva, como expressão do resultado da atividade judicante em favor daquele que está amparado pelo direito material a conferir-lhe requisito para efetiva-lo, por meio da execução forçada prevista na lei processual.

A tutela executiva pode dizer respeito à consumação do direito reconhecido a uma parte, pelo julgamento de um processo de conhecimento, em que não houve cumprimento espontâneo da parte vencida, ou em casos em que previamente se conferiu direito a alguém pela força que a lei deu à exteriorização de um negócio jurídico, nas hipóteses de títulos extrajudiciais. No dizer de DINAMARCO, esse conferimento prévio da legislação é justamente a adequação jurídica aos casos em que o sujeito tem à sua disposição a execução forçada sem a necessidade de percorrer um processo de conhecimento, isto é, tenha em mãos seu direito amparado por algum tipo de título executivo extrajudicial⁴⁷.

⁴⁶ LIEBMAN, E. T., *Processo de Execução*, p. 37.

⁴⁷ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 150.

Ora, tal concepção da tutela jurisdicional executiva pode fazer crer que o processo é visto pela perspectiva do exequente; ao contrário, há consenso na doutrina a respeito⁴⁸ de que o devedor é merecedor da tutela jurisdicional executiva tanto quanto o credor, na medida em que se lhe permite atos e meio para fazer com que a execução siga impondo-lhe menos ônus quanto possível, princípio aliás expresso na legislação (artigo 620 do CPC).

A necessidade de alterar o procedimento inserido no Código de Processo Civil, para torná-lo mais efetivo e de acordo com o consenso visível na torrente doutrinária contemporânea, sedimentou-se nas conclusões levadas, como projetos, ao legislador, por eminentes processualistas que já há tempos propunham a assimilação da noção de celeridade e efetividade do processo, incluída uma maior valorização do processo de execução.

HUMBERTO THEODORO JR. já afirmava que *“não há razão no plano lógico, para continuar a considerar, nas ações condenatórias, a força executiva como diferida, se nas ações especiais a execução pode ser admitida como parte interessante essencial da própria ação originária.”* Para o autor, portanto, dever-se-ia ampliar os efeitos da cognição para que, dentro do processo que reconhece o direito, a pretensão seja efetivada, cumprida a obrigação por quem deve cumpri-la.⁴⁹

Ora, a ordem processual é, naturalmente, menos suscetível a mudanças, ou ao menos as assimila em ritmo mais lento, do que a ordem de direito material. Depende, então, de uma dinâmica de interpretação do sentido das noções indicadas no texto legal material e, sobretudo, na Constituição, sem que isso o torne – o processo – de novo visto como mero instrumento técnico, uma sucessão de atos, a regular a procura pela satisfação do direito material invocado. O avanço na ciência

⁴⁸ Cita-se como exemplo a obra de GARCIA MEDINA, da qual se extrai o raciocínio que ilustra o parágrafo, *Execução Civil*, p. 50.

⁴⁹ THEODORO JR., H., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 239.

processual também privilegia a execução. Aplica-se com precisão, nessa seara, o pensamento de ARRUDA ALVIM:

“Se esse abrandamento de fronteiras entre o processo de conhecimento e o de execução leva à existência de hipóteses como a do art. 461, p. 3º, o reverso também é verdadeiro. Isto é, sob determinadas condições, devem ser admitidos incidentes de cognição dentro da execução. Com efeito, a exceção de pré-executividade, tema de que tratamos neste trabalho, constitui segmento de conhecimento inserido no campo do processo de execução... Em outras palavras, mesmo no processo de conhecimento á atos executórios, e também no processo de execução existe (rectius, pode existir) certa atividade cognitiva conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso exigirem.”⁵⁰

Pela via da interpretação dinâmica dos ideais propostos pela Constituição e pelas leis de direito material, o processo civil adquire característica de instrumento de mutação da realidade legal material, com o intuito de mantê-la atual e adequada à realidade social na qual está inserida; o exercício do processo civil, pela prática da judicância em atenção às demandas que lhe são submetidas, leva a uma influência no modo de pensar os princípios expressos na lei maior e as regras em vigor na legislação civil.

Ora, ao juiz, que aprecia e decide o caso concreto, embora não tenha nas mãos os critérios definidos de bem e de mal, estabelecidos pela sociedade, auxilia, com sua atividade prestada com um próprio bom senso, na procura das razões

⁵⁰ ALVIM, Arruda, *Exceção de Pré-executividade*, in SHIMURA, Sérgio (org.), *Processo de Execução*, p. 229/230.

de base que lhe permitem decidir pela opção mais justa⁵¹. Assim, sua função dá segurança jurídica, caminho para a aplicação de uma jurisdição mais efetiva.

Então, como já explanado anteriormente, a relação do juiz com o processo, meio para alcançar aquela jurisdição efetiva, deve ser igualmente pautada pela legalidade e proximidade do juiz com o caso, sobretudo no processo executivo, no qual sua atuação, mais ou menos incisiva, influi para um maior ou menor êxito nos resultados obtidos com os atos que ordena; mais que isso, uma sua atuação apropriada irá definir um alcance maior ou menor de responsabilidade ao devedor, seja ela patrimonial somente, ou mesmo de obrigações no processo para que, podendo se defender (como lhe garante a Constituição), não obste em demasia a satisfação do crédito que contra si é demandado.

Observada pelo juiz, portanto, é a conduta das partes; e sobretudo no processo executivo, fase de realização e efetivação do direito reconhecido a uma das partes litigantes, em que a presunção do direito está ao lado do credor, deve o juiz atentar da conduta do devedor, para que não haja desigualdade no tratamento e na relação jurídica entre ele e o credor, atinando às oportunidades de solução de controvérsias, incidentes ao feito executivo, de forma célere e eficaz; Para tanto, a agilidade da análise dos pleitos do devedor tem capital relevância, e afinal nos demonstra que, em um processo executivo, tratar da defesa do executado pode ser, no mais das vezes, forma de zelar pela efetividade da jurisdição.

Sem nos opormos às inovações legalistas e do momento de mudança na legislação processual em geral, visando maior celeridade, brevidade, efetividade e praticidade, em particular a legislação processual executiva, devemos analisar as condições dadas ao devedor nesta fase da demanda judicial, tanto a luz das novas leis e entendimentos vigentes, quanto comparativamente ao sistema consagrado do Código de Processo Civil.

⁵¹ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 200.

III.2 - A condenação, a sentença e a execução.

A tradição brasileira sempre foi a de consagrar a sentença condenatória cível como título executivo judicial por excelência, considerada sua formação em juízo, em prévio processo de conhecimento com fase de contraditório pleno. Muito embora a natureza própria derivada justamente da existência de um prévio processo e julgamento a distinga do título executivo extrajudicial, ambos foram equiparados, para fins de regular processo de execução; nas palavras de FUX, “*o título formado fora do juízo era equiparado à coisa julgada para os fins de se considerar a execução como definitiva.*”⁵² A diferença basilar, porém, continuou a ser, por muito tempo, no âmbito do mérito permitido na defesa do devedor, na via dos embargos à execução, que naquelas fundadas em título extrajudicial, em razão da ausência daquela jurisdição prévia, é mais amplo.

No entanto, tomando por base o conceito clássico de título executivo judicial – a sentença condenatória -, os estudiosos desenvolveram tanto o sistema que regula a sua execução forçada, expressada com já mencionado brilhantismo no ordenamento positivado, quanto os princípios a regular o procedimento nesta fase executiva, consagrando, assim, a evolução admitida entre a condenação e sua efetivação.

É da sentença judicial, portanto, que deriva boa parte do pensamento acerca da sucedânea fase de sua efetivação. Já em eras anteriores às ondas renovatórias do processo civil, estudos e classificações desenvolviam o sistema; Consoante PONTES DE MIRANDA, que expôs sua conhecida classificação quinária das sentenças e seus efeitos, aponta-se-lhes as seguintes notas distintivas: a) “A ação declarativa é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica”; b) “De regra, a ação constitutiva prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a

⁵² FUX, Luiz, *A Reforma do Processo Civil*, p. 108/109.

pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in iudicium deducta*, pretensão constitutiva (há-a, no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que é a especialização, pelo exercício da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva”); c) “A ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*con-damnare*)”; d) “A ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental”; e) “A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está”.⁵³

Ensinava ainda o mestre citado, que “*a eficácia executiva das sentenças de condenação é só efeito, e não força. Por isso, não lhe é inerente, essencial.*”⁵⁴.

No modelo do processo civil brasileiro que há muito é vigente e, apesar das alterações recentes, ainda é o usual, as sentenças condenatórias não são capazes de dar ao titular do direito a imediata satisfação, que dependerá da conduta do vencido na fase de conhecimento, ou do obrigado pela emissão de título; caso não haja cumprimento espontâneo, inicia-se a fase executiva, que é, na verdade, a substituição desse cumprimento espontâneo pelas atividades executivas. Por meio do processo de execução, haverá a realização específica do direito reconhecido, efetivando o direito já obtido, declarado, mas não consumado.

É necessário, pois - e o avanço da doutrina processualista vem reconhecendo essa necessidade -, abrandar a dicotomia que a prática do sistema vigente na legislação acabou por formar entre processo de conhecimento e de execução.

⁵³ PONTES DE MIRANDA, F., *Tratado das Ações*, vol. 1, fls. 134/136.

⁵⁴ *Idem*, p. 223.

Havendo, nos atos decisórios ditados nas diversas formas de cognição, cargas inerentes de caráter declaratório, condenatório e mesmo executivo, como já havia sido proposta pelo mestre supracitado, então a separação proposital entre as espécies de processo – execução e conhecimento – deve ser superada, por refletir momento anacrônico à classificação rigorosa das pretensões e ações; seja no plano teórico, seja no prático, não há sentido em manter essa distinção, pois é possível tratar o processo civil a fundo sem qualquer alusão a ela, em aplicação da lição recebida e assimilada pela doutrina.⁵⁵

Ora, para que um direito possa ser efetivado, é antes preciso declará-lo, ou seja, declarar que o direito existe e deve ser devidamente cumprido pelos envolvidos. Esta declaração é levada a cabo na mesma decisão que impõe ao vencido na lide a determinação para que atenda ao direito reconhecido, impõe-lhe o cumprimento da obrigação ali contida, de conferir à parte vencedora o efetivo exercício do direito que lhe assiste; em outras palavras, a sentença que declara o direito é a que condena o réu a observá-lo. Sobre o raciocínio, desenvolveu MALACHINI precisa exposição:

“As ações e as sentenças têm a multiplicidade da vida, e não se pode, vendo-lhes um único aspecto, obscurecer-lhes os outros. Assim, para dar apenas um exemplo muito simples, não se pode negar, absolutamente, que uma sentença condenatória ou constitutiva tenha também o seu elemento declaratório; não pode o Juiz constituir ou desconstituir a relação jurídica, condenar ou não condenar o réu sem, primeiro, declarar se existe essa relação jurídica, se existe razão de direito para constituí-la ou para desconstituí-la, se o réu adimpliu ou não adimpliu a prestação. Em toda condenação, em toda constituição (positiva ou negativa), existe, insita, uma declaração de direito, em favor de uma ou de outra parte, ou parcialmente em favor de ambas.”⁵⁶

⁵⁵ MIRANDA, Pontes, *Op. Cit.*, p. 173/179

⁵⁶ MALACHINI, Edson R, *A eficácia preponderante das ações possessórias*, REPRO 71/16.

Estudando a legislação processual ainda nos primeiros tempos de vigência de nosso Código de Processo, SANTOS já afirmava de maneira semelhante, quanto às sentenças condenatórias terem também caráter declaratório, pois *“tais ações tendem a uma sentença que, além da declaração quanto à existência de uma relação jurídica, contém a aplicação da regra sancionadora, isto é, aplica ao réu a sanção, em que incorre por desobediência ao imperativo legal regulador da espécie posta em juízo.”*⁵⁷

Uma sentença condenatória não é, por si só, o objetivo almejado pela parte que busca a tutela jurisdicional. Esta, por definição, é o amparo ministrado pelo Estado, através dos juízes, a quem tem razão em um litígio deduzido em um processo⁵⁸. Isso quer dizer que a jurisdição não tutela os direitos em voga, mas sim as pessoas, ou grupos de pessoas, envolvidas na questão. A sentença, como forma pela qual o juiz reconhece o direito invocado – ou, em caso de improcedência, não o reconhece em relação à parte demandante – é então apenas a declaração da existência (ou inexistência, no caso das ações declaratórias negativas) do direito da parte em ver satisfeito aquele direito.

Nesse sentido, ARENHART expõe, não sem um pertinente viés crítico, que *“a sentença condenatória é impotente para tutelar direitos, mormente no que se refere a direitos absolutos (e com maior realce para os direitos da personalidade)... Ultima ratio, a função da sentença condenatória é, tão somente, abrir ao vencedor o acesso ao processo de execução; é formar um título executivo. A sentença condenatória é nada mais que um ato preparatório da futura execução.”*⁵⁹

Como bem sintetiza DINAMARCO⁶⁰, no processo executivo, por sua vez, ao contrário do julgamento de uma pretensão, procura-se a satisfação da

⁵⁷ SANTOS, Moacyr A, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 174.

⁵⁸ DINAMARCO, C, *Instituições*, vol. I, p. 104.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio C., *Tutela inibitória*, p. 161.

⁶⁰ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 106.

pretensão do exequente, sem qualquer juízo sobre a existência, ou não, do direito, para que a este seja oferecida a tutela jurisdicional, e só a ele, visto que o desfecho da execução seria único, e ao devedor restaria o cumprimento da ordem judicial.

Caso, no curso do processo executivo, o devedor obtenha, por meios e vias próprias, o reconhecimento de que a relação de crédito e débito, ou obrigações diversas, entre ele e o autor demandante, então obtém para si a tutela jurisdicional que nega existência ao direito, embora, com isso, não aufera ganho, não obtenha nada do autor.

De qualquer forma, a tutela jurisdicional é conferida a ambas as partes, que a ela têm direito, constitucionalmente garantido; o que se destina a somente uma das partes, então, é o resultado da prestação jurisdicional, o ganho de causa que traz à tona o conceito moderno de processo civil de resultado, que, na boa visão do autor citado⁶¹, e uma consciência de que o valor do sistema processual está na capacidade de propiciar à parte que tenha razão no litígio, uma situação melhor do que a que tinha antes de iniciado o processo.

Pelo mesmo motivo é que ASSIS entende que a função executiva é a mais relevante das três funções consagradas da atividade jurisdicional (cognitiva, executiva e cautelar)⁶², justamente por significar maior aproximação do direito reconhecido com a realidade fática que dele se espera.

Percebeu-se também que tal pacificação só aconteceria se a tutela jurisdicional fosse repensada na ótica do direito material. Ao invés de critérios eminentemente processuais, é mister a utilização de critérios variados, de acordo com o direito material tutelado. No dizer de Carnellutti, não basta que os direitos sejam declarados, é preciso que eles sejam promovidos.

⁶¹ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 108.

⁶² ASSIS, Araken, *Reforma do processo executivo*, REPRO 81/9.

As já sedimentadas alterações da lei processual, sobretudo as que possibilitaram a inserção de elementos de cognição sumária e antecipação no bojo da tutela de conhecimento (como os artigos 461 e 273), vieram dar amparo legal às aspirações dos litigantes por tutelas efetivas em seu viés mandamental e executivo, permitindo ao juiz conceder a tutela que melhor irá se adequar ao direito pleiteado, independentemente daquela que fora requerida pela parte. Isto porque o juiz deve ser o maior compromissado com a efetividade da tutela jurisdicional. Para THEODORO JR., por exemplo:

“A classificação realmente importante das sentenças (considerando tanto a decisão do juiz singular como o acórdão dos tribunais) é a que leva em conta a natureza do bem jurídico visado pelo julgamento, ou seja, a espécie de tutela jurisdicional concedida à parte.” Dentro dessa perspectiva, classifica ele as sentenças em condenatórias, constitutivas e declaratórias. Já as sentenças mandamentais e executivas, — como comandos a serem cumpridos dentro do mesmo processo em que a sentença foi proferida — não são essencialmente diversas das três categorias clássicas: “Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças”⁶³

O consenso pela adequação do processo aos anseios dos jurisdicionados superou as disposições do ordenamento estabelecido; a forma então vigente não servia para justificar, por exemplo, a necessidade de instauração de um

⁶³ THEODORO JR., Humberto, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 516/518.

novo processo, contendo ampla fase de cognição (que são os embargos), para executar um título que, para o jurisdicionado, lhe custou um processo diverso, que lhe favoreceu com a condenação do vencido mas lhe impôs todo um procedimento de maturação e prolação do direito invocado.

Foi então, pela sucessão de ideais propostos pela doutrina, que se pretendeu – e, ao final de tempos de renovações, pode se concluir que obteve sucesso – resolver a chamada “crise da condenação”, em que a sentença condenatória pouco concedia à parte vencedora da lide, ao passo que as sentenças constitutivas e declaratórias pareciam lhe conceder tudo o que fora pretendido.

A evolução passou, então, a levar em conta a valorização da sentença como título hábil a conferir, efetivamente, o direito pretendido à parte, limitando os obstáculos formais e de conteúdo que o vencido poderia opor, acarretando em maior atenção e regramento da fase executiva, no que tange à defesa do devedor.

III.3 - Efetividade do processo e defesa do devedor.

Ao réu em um processo também assiste a tutela jurisdicional. Ao contrário do senso usual de que a tutela jurisdicional é conferida a quem demanda, pela prodigalidade dos exemplos nesse sentido, cumpre pensar o processo também pela tutela que é conferida ao requerido em uma demanda, as formas pelas quais o seus direitos (defesa constitucional, isonomia de tratamento e oportunidades, o devido processo legal enfim) são observados pelo sistema judicial.

É preciso considerar, pois, que, como contraposto ao direito de ação, está o direito de defesa do réu, ou seja, o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito do autor, opção que o réu deve buscar somente em hipóteses racionalmente justificadas, mas que constitui fase essencial do processo e busca sempre

a efetiva tutela jurisdicional de um direito – o direito do réu de influir no convencimento do juiz.⁶⁴

No dizer de DINAMARCO, “*assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu em caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste.*”⁶⁵.

O sistema processual expressa diversas formas de tutela do réu, quando este tem razão na demanda, e o acoberta em certos institutos de limitação do direito de ação da parte adversa. É assim, por exemplo, na regulação da necessária legitimidade ativa (artigos 6º e 267, inciso VI, do CPC), dos prazos diversos para o autor (arts. 219, 326, 407 etc.), previsão de abandono de causa (artigo 267, inciso III), dever de tratamento isonômico às partes litigantes (art. 125, I) e, mais especificamente, necessidade de o autor estar munido de título executivo para ingressar com a ação de execução (artigos 586 c/c 618, I).

Portanto, de várias formas e intensidades variadas, o réu pode receber tutela jurisdicional. E isso ocorre na execução, com a distinção de que, neste caso, a real satisfação da pretensão caberá unicamente ao exeqüente (autor), jamais ao réu (devedor), pela própria natureza da causa. Não obstante, em favor do réu deve ser ministrada a tutela, garantindo a isonomia entre as partes, obrigatória nas demandas e pelo que deve zelar o Judiciário, e também seus direitos constitucionais de obtê-la, mesmo no feito executivo com presunção de crédito em favor do autor/credor.

Assim como o direito de ação tem seu procedimento adequado e exige técnicas de ordenação, o direito à defesa tem seus ritos e garantias previstas, como forma de alcançar a tutela de negar o direito ao titular do direito de ação, a parte

⁶⁴ MARINONI, Luiz, *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 308.

⁶⁵ DINAMARCO, C., *Fundamentos do Processo Civil*, vol. II, p. 828

adversa⁶⁶. Zelar pela correta defesa do executado, pois, é aplicar o devido processo legal, desde que não se frustrar o direito do credor, pela natureza do processo de execução, precedido de título que reconhece o direito de crédito.

É certo, a prática processual fez constatar que, em muitos casos, o óbice à efetivação do cumprimento das decisões judiciais é o próprio devedor, que, sob pretexto de exercer sua ampla defesa, tem a seu dispor elementos de dilação indefinida do processo⁶⁷, muito além do limite razoável de tempo para solução da demanda.

Por conta dessa constatação, parte do pensamento doutrinário entendeu como necessário, para uma maior eficácia no cumprimento de decisões judiciais (e também para o cumprimento das obrigações refletidas em títulos executivos extrajudiciais), limitar os meios pelos quais o devedor da obrigação, geralmente vencido no processo de conhecimento ou emitente de título extrajudicial, adie o feito indefinidamente, com justificativas e argumentos dependentes de solução pelo Judiciário antes da solução final do caso.

É fato, o processo executivo tem obstáculos como esse; são comuns os casos em que o vencedor da lide tem dificuldades em realmente ter o efeito prático de sua vitória, porque tem que se submeter a desmesuradas manobras de defesa.

Parece-nos viável que o pensamento acerca da efetividade do processo de execução não deve, por um lado, subtrair ao devedor seus meios de defesa,

⁶⁶ MARINONI, Luiz G., *Op. Cit.*, p. 308.

⁶⁷ Expressão aqui livremente aplicada, para ilustrar a idéia do parágrafo, a partir da explicação, irônica e crítica, sobre as formas de defesa jurídica que a K., personagem da célebre obra de Kafka, é dada curiosamente por um pintor, que lhe faz as vezes de advogado. O referido trecho da obra, parte do longo discurso do pintor que expõe a K. as opções que tem diante do processo instaurado conta si, dispõe que “*a dilação indefinida consiste em manter o processo permanentemente em uma das fases iniciais. Para conseguir tal coisa é preciso que o acusado e seu colaborador, embora certamente sobretudo este último, mantenham de modo ininterrupto um contato pessoal com a justiça...O processo precisa continuar movendo-se dentro do pequeno círculo a que artificialmente ficou limitado. Isso naturalmente acarreta para o acusado certos incômodos que você não deve julgar excessivamente maus. Com efeito, tudo é meramente exterior.*” (KAFKA, F., *O Processo*, p. 186/187).

uma defesa que lhe é constitucionalmente garantida e necessária para o devido processo legal, garantindo, mesmo para o credor, que todo o processo se desenvolva com legalidade e correção perante os princípios basilares do Estado de Direito; por outro lado, não se pode conferir ao devedor meios desproporcionais, para o exercício desse direito de defesa, mormente quando muito de seus argumentos já teriam sido expendidos – e vencidos – no curso do processo ordinário de conhecimento.

Assim as reformas da legislação processual, decorrentes dessa nova noção de efetividade proporcional, tem se voltado para o tema, buscando fórmulas de conferir ao credor, em tempo razoável e sem descuidar das garantias constitucionais do processo, o que lhe foi deferido judicialmente. Do que não se deve descuidar, contudo, é a correção dos meios dispostos ao devedor para se defender, pois um processo em que uma das partes não possa efetivamente se manifestar (se defender), retira a legitimidade do poder jurisdicional⁶⁸.

O processo civil deve, então, ser visto de uma perspectiva atual de atuação como instrumento da realidade jurídica, com o intuito de atender tanto às demandas das partes quanto o interesse público, este transcendente aos limites objetivos e subjetivos do litígio, um movimento de verdadeira “publicização” do processo, como instrumento da sociedade para realização dos escopos da jurisdição⁶⁹.

Ora, a realização da justiça por meio do processo, escopo social que baliza o entendimento aprimorado da teoria do processo, como acima mencionado, não pode ser estudada sem se levar em conta que o momento especial de realização desse reconhecimento do direito é a execução do direito reconhecido.

Aprimorar a execução do julgado, pois, é aprimorar o processo como um todo, e essa medida passa pela instrumentalização das formas de alcance da

⁶⁸ CAPELLETTI, Mauro, em estudo citado por MARINONI na obra *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 311.

⁶⁹ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 57.

satisfação do direito reconhecido ao credor, diante do devedor que tem que ser compelido a cumprir a determinação judicial, como é esperado pela sociedade, que demanda por segurança jurídica - e a demanda com qualidade -, isto é, que seja administrada com pontualidade, sem riscos ou procrastinações, embora sem deixar de lado as garantias constitucionais adquiridas e consagradas e a possibilidade do devedor de se defender a contento, de forma legal e adequada, para a prestação efetiva da ordem jurisdicional.

Nos processos de execução em que uma das partes é a Fazenda Pública, por sua vez, a disparidade entre as partes é mais visível. Pensar – e repensar – as possibilidades de defesa do devedor dentro do processo de execução, que por envolver a Fazenda Pública já admite por natureza uma complicação maior, é mister, às vezes em benefício do próprio erário. A defesa intraprocessual, mesmo que admita temas específicos e seja limitada, irá, senão diminuir as dívidas para o com o fisco, ao menos diminuir o volume dos processos para sua discussão e cobrança.

Especificamente tratando da defesa do devedor, sempre se consagrou o princípio da garantia do juízo como condição prévia ao recebimento de sua defesa, na forma usual e “clássica” que são os embargos do devedor. Hodiernamente se admite que os embargos não são, afinal, a única forma de defesa do devedor, apenas a mais eficaz e mais adequada.

Se valorizar a celeridade e, por conseguinte, a efetividade, é admitir que, dentro do processo de execução, há necessidade de se garantir a correção da defesa do devedor, mesmo se valorizada a posição do credor com crédito já reconhecido judicialmente, mesmo se o objeto for a pretensão do credor, então há de se admitir dentro do processo a oportunidade de defesa que não seja aquela propriamente de mérito (própria de embargos), mas defesa incidente, que pode servir à celeridade e, assim, ao escopo da legislação, do processo executivo e aos interesses do próprio credor.

Tal é o objeto da admissão da defesa do devedor à margem da previsão legislativa dos embargos e sem prévia garantia do juízo, tema deste estudo, bem como as conclusões a respeito das novas perspectivas de ampliação das formas desta defesa incidente, dentro do próprio processo executivo. Para tanto, e antes de concluirmos sobre as perspectivas abertas para o tema, cumpre expor uma análise dos conceitos envolvidos.

Em comum, as reformas processuais no Brasil e na Itália têm, além das fontes compartilhadas, dos autores respeitados como basilares no entendimento e formação da ciência processual e normas de procedimento, a intenção de conferir maior agilidade nos ritos e procurar atender melhor às aspirações da sociedade por um sistema eficiente e das partes por um processo que solucione as demandas sem obstáculos.

Comentando os ideais norteadores das reformas no sistema processual italiano, TUCCI dispõe:

“Atento às tendências contemporâneas no sentido de imprimir maior celeridade procedimental com o escopo de diminuir a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado, a reforma ora analisada [processo na Itália] procurou, por um lado, introduzir mecanismos que assegurassem a efetividade da tutela jurisdicional e, por outro, contornar algumas atecnias existentes há muito tempo no sistema processual italiano.”⁷⁰

Observa-se, portanto, que o consenso por um processo mais ágil, aliando efetividade e adequação às demandas sociais, não é privilégio de autores nacionais nem tão recente. Tanto no Brasil como em outros países, as reformas

⁷⁰ TUCCI, R., *Devido Processo Legal*, p. 218.

legislativas foram surgindo sucessivamente, assimilando ideais analisados e propostos pela doutrina, muitas vezes após exitosas experiências práticas adotadas por construção jurisprudencial, culminando numa tendência inexorável de relativização das formas em busca de um processo instrumental, mais célere e com tutelas diferenciadas, valorizando-a por seu resultado.

Como bem esclareceu a Exposição de Motivos proposta para a recente legislação reformadora do Código de Processo Civil, sem embargo da adoção das teorias contemporâneas acerca das funções do Estado e da jurisdição, não havia sentido em manter embaraços às exigências naturais relativas aos objetivos do processo, por mero apego aos tecnicismos formais. Daí que se afastou a velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento, merecendo acolhida, ao invés, o hodierno ideal de integração das funções cognitivas e executivas.

Por sua vez, houve valorização, essencial para a consagração dessa tendência, da jurisdição de primeiro grau, com a cessão de poderes mais amplos ao juiz da causa, cujas decisões, senão suficientes para as partes, ao menos com credibilidade suficiente para ensejar, desde logo, atos de execução provisória, com ganho inquestionável de tempo e economia de atos, mesmo sem abrir mão das garantias de duplo grau, acesso aos recursos e revisão de decisões.

Por tais razões, falar em efetividade do processo, hoje, é falar, de forma indissociável, em modernização das formas e relativização do processo, com assimilação dos conceitos de provisoriedade, para atos executivos e condenatórios, bem como medidas antecipatórias de conferir direitos verossímeis e aprimoramento dos institutos de tutela de urgência.

No que tange ao processo de execução, a simplificação das formas de impugnação da pretensão creditícia também seguiu a mesma tendência, com a possibilidade de serem acatadas, pelo julgador da lide, certos argumentos de defesa,

fora da via usual dos embargos, e equilibrar o andamento do feito executivo, evitando demora e visando eficácia na solução final da causa.

CAPÍTULO IV.

IV.1 - Oposição do devedor à execução.

O processo de execução, é sabido, tem índole satisfativa e não normativa, como é o processo de conhecimento, em razão da ausência do elemento de incerteza jurídica quanto ao direito sustentado pela parte, este já julgado, ou assim confirmado por lei, na forma de um título reconhecido.

Para nosso ordenamento jurídico, o processo de execução, em sua forma mais comum, que é a de quantia certa contra devedor solvente, tem como finalidade “expropriar bens do devedor para satisfazer o crédito do credor” (art. 646 do CPC). A execução, então, consiste na atuação da sanção formulada na sentença condenatória⁷¹, meio pelo qual se revela em maior evidência a função estatal de atuar o direito objetivo a caso concreto.

Para DINAMARCO, execução é *“como uma cadeia de atos de atuação de vontade sancionatória, ou seja, conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material. A esse conjunto de atos dá-se o nome de sanção.”*⁷²

Parte o processo de execução, pois, de uma pré-concebida fase de reconhecimento de que há um credor e um devedor, que há um titular de direito de crédito em face de outra parte reconhecidamente devedora e que deve ser impelida a cumprir a obrigação.

Mesmo partindo da presunção de existência de um crédito que deve ser cumprido, e assim dar ao credor posição privilegiada de autor de medidas de

⁷¹ SANTOS, Moacyr A, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 222.

⁷² DINAMARCO, C., *Execução Civil*, p. 112.

imposição de cumprimento da obrigação, servindo-se, para tanto, do aparelho estatal judiciário para fazer cumprir o que determinou a jurisdição anterior (processo de conhecimento) ou a lei vigente (títulos executivos extrajudiciais), deve-se observar a natureza de ação civil que tem a execução e que se forma quando o credor inicia os procedimentos de demanda de cumprimento, a seu favor, da obrigação assumida pelo devedor pelo título que a representa.

Sendo ação, e devendo atender ao devido processo legal para sua realização e apoio do Estado, então deve atender a alguns requisitos para seguimento, sejam eles de ordem formal (processo, petição, requisitos do pedido, juízo competente), sejam de ordem material (existência de crédito válido, cumprimento da ordem legal de solicitação do Judiciário para apoiar a pretensão).

Ora, se ao credor cabe expor a pretensão creditícia em ação executiva, ao devedor cabe defender-se, para que a execução siga a legalidade, para que se lhe respeitem os bens, a incolumidade e a ordem jurídica representada pelo Juízo que preside a lide. E sua defesa, por definição, é o contraposto negativo do poder de ação⁷³, ou seja, conjunto de faculdades permitidas ao demandado para se opôr à pretensão da parte adversa, pleiteando sua rejeição.

No processo de execução, em princípio, não cabem discussões sobre a existência ou não do direito ao crédito demandado (embora as comporte em relação a outras questões). O contraditório, contudo, deve sempre estar presente mesmo nos processos de execução, porque, apesar de afastar as discussões sobre a existência do direito, contêm decisões relevantes para o andamento do feito e atos das partes, e por isso devem ser proferidas de acordo com o conhecimento prévio das questões suscitadas. O contraditório ao devedor, pois, é indispensável tanto para a legalidade do processo, em que muitas de suas fases dependem de manifestações de ambos os lados (por exemplo, sobre os bens que serão constritos, sobre seu valor, sua avaliação, sua

⁷³ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. I, p. 297.

substituição, remição etc.), quanto para dirimir desde logo questões que, adiante, poderiam inviabilizar o processo de forma muito mais danosa. É, portanto, de interesse do credor que haja um contraditório na execução.

A preocupação com o contraditório permanece na oportunidade de defesa em processo de execução. O diálogo do juiz com as partes não deve ser confiado ao processo de conhecimento, mas estendido ao processo de execução, pois a busca de efetividade nesta espécie de procedimento não deve ignorar a cautela necessária à legalidade do feito.

Como já exposto anteriormente, o processo executivo brasileiro, de modo crescente, vem seguindo uma tendência de atender o escopo social do processo e abrandar o apego ao jurídico, visando uma prestação jurisdicional mais efetiva; admite-se, na execução, por essa mesma seara, que a pretensão creditícia se instale e a lide tenha seguimento com atos de constrição de bens do devedor, que somente após a segurança do juízo, tem finalmente seu acesso às vias de defesa. Nesse contexto estão os embargos do devedor.

Apesar da aparente contradição entre a permissão, ou melhor, a garantia de meios de defesa ao devedor, por um lado, e a procura de uma execução célere e efetiva, de outro, é preciso mesmo atender ao princípio do contraditório, como já exposto neste trabalho⁷⁴, pois a participação efetiva do executado no processo é que caracteriza e fundamenta uma relação processual executiva válida e constitucional, e não um mero procedimento de expropriação. Como bem alega ARENHART⁷⁵, é graças a este princípio que é possível a arguição de objeções de pré-executividade. É evidente que o momento da apresentação de tal defesa deve ser regulado, para evitar o uso inescrupuloso dessa via de defesa como item a mais no rol das possibilidades de adiamento do cumprimento da obrigação pelo devedor.

⁷⁴ Vide capítulo II, item II.3, acima, neste trabalho.

⁷⁵ ARENHART, S., em artigo incluído na obra *Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis*, de coordenação de WABIER, *Op. Cit.*, p. 985.

Segundo se definiu, por muito tempo, no ordenamento jurídico processual, “o devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal” (artigo 736 do CPC, redação anterior).⁷⁶ Somente em recente alteração, a regra que define a defesa possível ao executado passou a ser admitida independentemente de penhora, depósito ou caução.

Então, a lei processual prevê o meio de defesa do devedor na execução, e o faz, primeiramente, com o meio usual e válido para que o devedor possa se defender, os embargos. Notadamente, o código permite a defesa por meio de embargos, mas sua redação (“poderá se opor”) já deixa antever que não seria essa via a única opção do devedor; de fato, este pode não querer se opor, ou preferir se opor de outra forma, seja visando desconstituir o título, seja visando anular a decisão que o obrigou à prática do ato que então é executada (em casos de títulos judiciais).

Os Embargos sempre foram entendidos como tendo natureza jurídica de ação, ou, mais precisamente na lição de LIEBMANN, uma ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória.⁷⁷

O processo de execução, tramitando por um procedimento preestabelecido em lei e que serve de preparo a um provimento legalmente capaz de desfalcocar patrimonialmente uma parte em benefício de outra, não prescinde da

⁷⁶ No hiato ente a redação e a submissão deste trabalho à aprovação do colegiado, como é sabido, uma nova alteração legislativa (lei n. 11382, de 6.12.2006) alterou os termos expressos do referido artigo. Sendo o parágrafo acima anotado parte de raciocínio a respeito da matéria genérica da defesa do devedor, prévio à discussão acerca da obrigação da segurança do Juízo como requisito de sua admissibilidade, manteve-se o texto com a redação do artigo na forma anterior e conhecida; o sentido do argumento do capítulo permanece o mesmo. Contudo, para ilustração, indica-se o cotejo com a nova forma que lhe deu a alteração recentíssima, *in verbis*: “Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. Parágrafo Único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, p. 1º, in fine) das peças processuais relevantes.”

⁷⁷ LIEBMAN, E. T., *Processo de Execução*, p. 216.

existência de uma regular Relação Processual, esta vista como um diálogo entre autor e réu na demanda executiva – credor e devedor – em que ambos participam dos atos daquele procedimento. Esta relação processual é a “instrumentação jurídica da exigência política do contraditório”⁷⁸ e condição para se estabelecer o equilíbrio entre a exigência de satisfação do interesse do credor e a necessidade de se respeitar a incolumidade do devedor.

Tratando do necessário equilíbrio entre o seguimento da execução como satisfação do direito já reconhecido do credor, de um lado, e a necessária cautela com os direitos do devedor, de outro, é pertinente a lição do eminente prof. BARBOSA MOREIRA:

“De um lado, porém, não deve a execução ter curso, se o crédito atribuído ao exeqüente no título porventura não subsiste; e, de outro, fica a sua realização, em qualquer caso, sujeita a minuciosa disciplina, da qual não há de se afastar. Cuida o ordenamento de dispensar ao executado a proteção imprescindível, resguardando o seu legítimo interesse de não se submeter à atividade executiva, quando tenha deixado de haver razão para que ela se desenvolva, ou quando o seu desenvolvimento porventura transborde os estritos limites em que deve conter-se. É natural que se abra ao executado, em semelhantes hipóteses, o ensejo de impugnar a execução; não propriamente defendendo-se, mas contra-atacando, com o fito de tirar eficácia ao título, e portanto deter a atividade executiva, desfazendo a que já se houve realizado ou, pelo menos, reduzi-la às justas proporções.”⁷⁹

A razão da oportunidade do devedor se opor à pretensão do exeqüente é clara, a possibilidade de defesa, garantia constitucional ao demandado, para

⁷⁸ DINAMARCO, *Execução Civil*, p. 165.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, J., *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 352.

que, dependendo de sua atitude, instaure-se uma lide contestada ou tenha seguimento a execução, com os atos que lhe são próprios e aos quais o devedor pode apresentar oposição, embora mais restrita, reduzida às formas e sucessão dos atos executivos.

IV.2 - Formas de defesa do devedor.

Pois bem, visto que a defesa do devedor em um processo de execução é muito mais do que a prática de atos de condução do processo, visando a satisfação do crédito do credor, há de ser considerado o viés processual que defende o devedor, adequado aos princípios constitucionais do processo (contraditório e ampla defesa) tanto quanto às novas exigências de um processo de resultado, eficaz e capaz de resolver a demanda a contento, em tempo hábil e de forma menos onerosa às partes.

O sistema do Código de Processo Civil admite, mesmo, a defesa do devedor, em alguns aspectos específicos, além da forma usual, principal e substancial dos embargos de devedor; observamos isso quando a lei processual regula os casos em que o devedor tem a oportunidade, legalmente expressa ou admitida segundo a discricionariedade do juiz, de manifestar-se e até impugnar alguns atos do procedimento da execução, como os bens sujeitos à penhora e seu valor, que pode acarretar em excesso ou insuficiência da constrição; prazos e intimações, cuja correição fica sujeita às alegações do devedor; avaliação dos bens, designação de praça e até meios de expropriação, como adjudicação ou arrematação de seu bem; ainda, cabe-lhe o direito de participar de todo o procedimento, sobretudo se a execução lhe obriga à prática ou abstenção de algum ato.

Por outro lado, ainda há de ser frisada a forma da defesa em procedimento monitório, conforme sua natureza jurídica peculiar. De fato, este admite que o apontado devedor, caso se oponha à pretensão de crédito do credor, apresente sua defesa nos autos, na forma de Embargos Monitórios (art. 1102c do CPC). Embora não

se trate, a rigor, de defesa intraprocessual, como se quer entendê-la no presente trabalho, é forma de o devedor apresentar defesa, que não seja na usual via dos embargos, mas dentro do processo em que se lhe opõe pretensão creditícia, sistematizado pela lei processual, caso análogo para cotejo com o processo executivo sobre o qual se debruçam as presentes considerações.

A ação monitória trouxe para o processo civil brasileiro, portanto, uma via de cognição sumária, unindo institutos do rito ordinário, de conhecimento e de execução, com a presunção de validade da prova pré-constituída do crédito demandado. É, pois, como já se sustentou anteriormente, uma assimilação do ordenamento jurídico de ideais renovadores da doutrina processualista brasileira, que, em seguida, passou a admitir, em nome da agilidade processual requerida pela dinâmica social, relativização das formas para buscar a efetividade tão necessária à prestação jurisdicional.⁸⁰

Em outras palavras, a ação monitória vale como exemplo do esforço do legislador em aliar o legítimo interesse do credor com a proteção dos direitos do devedor, para tanto desenvolvendo técnicas e aproveitando institutos de experiência frutífera para adequar a norma processual e permitir o alcance maior da jurisdição, na fase executiva.

Decorreu, então, em nosso processo civil, uma extensão dessas possibilidades, já adiantadas no texto do Código de Processo Civil, para que possam ser aplicadas em casos mais variados, quando em benefício do devedor, do credor e da Jurisdição ao propor soluções independentemente do sistema de fases e embargos e buscando solução com maior rapidez.

Em nosso sistema processual, pois, ao devedor já é possível, dentro do processo de execução, intervir para corrigir equívocos e preparar atos de execução; é-lhe permitido discutir a penhora, o bem (ou bens) por ela atingido, seu

⁸⁰ TUCCI, R., *Op. Cit.*, p. 175.

valor e forma de constrição; ele pode nomear bens e substituí-los, cuidar de prazos e intimações, bem como remir a execução, se lhe aprouver; pode também suscitar questões de ordem pública, que devem ser analisadas pelo juiz com benefícios às partes, evitando nulidades e embaraços no processo; pode alegar pagamento ou erro material, bem como identificar-se a contento como devedor, negar a existência de relação jurídica por ilegitimidade de parte evidente, entre outras opções.

IV.2.1. Os embargos e sua natureza.

Como visto, a principal via para o devedor apresentar suas razões de defesa são os Embargos de Devedor, com rito particular previsto no Código de Processo Civil e que permitem a análise judicial das razões de defesa, com todas as garantias constitucionais e legais devidas, garantias essas indeclináveis para a legalidade do procedimento, como acima explanado.

Ora, se este estudo visa a análise da defesa do devedor em processo de execução, uma questão relevante e preliminar deve ser suscitada, qual seja, a de que os Embargos de Devedor, mais do que uma via de defesa, são uma ação para o devedor. Com efeito, têm os Embargos à Execução natureza jurídica de ação, com todos os seus requisitos e características.

Processualmente, dependem de distribuição e preparo; dependem de petição inicial fundamentada, com os requisitos que lhe são impostos pela lei processual (art. 251 e ss. e 282 do CPC), indicação de meios probatórios e pedido específico (art. 286); Precisam ser recebidos pelo juiz e de seu teor ser intimada a parte adversa.

A diferença fundamental entre esta ação – Embargos à Execução – e as ações de forma geral é que, como característica para seu recebimento, é dependente

de um processo de execução, geralmente será interposta quando o juízo da execução estiver garantido pela penhora ou depósito (art. 736 CPC, redação anterior).⁸¹ Tal condição não lhe retira, contudo, a natureza de ação própria para o devedor apresentar as razões pelas quais se opõe à continuidade indefesa do processo de execução que se lhe move.

Assim, a natureza dos embargos como ação é inequívoca, pois depende da iniciativa do executado; sendo ação, tem como partes o próprio executado, como autor, e o detentor do título exequendo, como réu (embargado). O objetivo legal dos embargos, por sua vez, é desconstituir a execução, tendo em seu mérito o crédito pretendido, possuindo, portanto, caráter eminentemente constitutivo.

Ora, se são espécie de ação para o devedor, então, *stricto sensu*, não podem ser elencados entre as vias de defesa do executado em um processo de execução, justamente porque formam um outro processo, outra relação jurídico-processual, afastando-se do rol que se coloca à disposição do devedor no processo executivo já instaurado.⁸²

De fato, a natureza autônoma e própria de ação, com formação de nova lide entre as partes, relativizou-se, como muitos dos outros institutos do processo civil, com a união, nos mesmos autos do processo de conhecimento que originou o título que se quer executar e as fases de execução desse título, em que a oposição do devedor não mais depende do processamento dos embargos, mas sim de uma chamada impugnação ao crédito, recebida como resposta do devedor, cuja matéria é limitada, e dentro do próprio processo principal.

⁸¹ Assim como anteriormente anotado, este parágrafo foi composto diante dos termos então vigentes do artigo 736 do CPC, os quais, com o advento da lei 11382/2006, sofreram alterações relevantes. O sentido do argumento deste capítulo, porém, permanece e por isso manteve-se, no texto, de forma genérica, a redação anterior. Para cotejo com a redação mais recente, vide a conclusão deste trabalho, adiante.

⁸² As recentes alterações legislativas que regem o processo de execução (leis n. 11232/2005, 11382/2006) alteraram, de certa forma, essas definições que, por muito tempo, norteavam a conceituação doutrinária e a prática processual a respeito dos embargos. Assim, em casos de execução de título judicial, os conhecidos embargos dão lugar à chamada impugnação à execução, como ditada nos artigos 475-L e 475-M do CPC, reconhecido seu papel de defesa, sem conferir-lhe caráter de ação própria.

IV.2.2 - Ações autônomas do devedor.

Ao devedor em processo de execução cabe, ainda, a via das ações autônomas para propor combate à demanda executiva, caso tenha ou não embargado o processo, hipótese que alcança várias previsões legais⁸³, para desconstituir o título executivo, opção que já obteve a chancela jurisprudencial e é tema de excelente estudo do professor MALACHINI⁸⁴, no qual sustenta a possibilidade de o executado se opor à demanda que se lhe impõe, por meio distinto daquele preconizado pela lei processual.

Como expusemos acima, o processo de execução não admite, a princípio, cognição a ensejar uma sentença de mérito que a julgue; há, isto sim, elementos de cognição em seu bojo que demandam do juiz decisão a respeito de incidentes e condutas, ou ainda sobre o processo, distinto do mérito da causa, propriamente dito. A discussão de questões de mérito, neste caso, dependerá então de tê-las suscitado o devedor, seja nos embargos, a tempo e modo, seja em ação distinta. Nas palavras de MALACHINI, se, no processo de execução,

*“não houve julgamento de mérito, ou seja, julgamento sobre a efetiva existência do crédito, afirmada pelo suposto credor com a apresentação do título executivo, isso significa que o suposto devedor tem o direito público subjetivo de provocar um pronunciamento judicial sobre a questão; só poderia ser impedimento a isso a coisa julgada material (CPC, art. 267, V, e 301, VI e §§. 1º e 3º). Não importa que não haja, in casu, previsão específica na lei, para essa ação, como há para os embargos à execução (arts. 736 e ss..)”*⁸⁵

⁸³ Cita-se, para ilustrar, o artigo 585, parágrafo 1º, do CPC, como já mencionado neste trabalho.

⁸⁴ MALACHINI, Edson R., *Comentários*, p. 83/129.

⁸⁵ Idem, p. 108/109.

Se, por um lado, é desnecessário que haja previsão específica de ação autônoma para o executado na lei processual, diante do princípio de que a cada pretensão haverá uma ação (art. 5º, XXXV, CF/88 e art. 75 do CCB), por outro lado nosso ordenamento jurídico assinala previsões que justificam plenamente que o devedor faça uso da via autônoma para contraditar o título, a obrigação imposta ou a demanda executiva. É o caso, por exemplo, do artigo 574 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a responsabilidade do credor pela promoção de uma execução que, afinal, tenha se revelado injusta, denota que, ao devedor que suportou uma execução indevida cabe uma ação autônoma; é possível entrever, portanto, um permissivo legal para a discussão de mérito, quanto à execução e seus elementos, em ação distinta, de iniciativa do executado.

As ações autônomas do devedor, para combater o direito creditício que conta si tem o credor, podem acarretar em questões prejudiciais à execução iminente ou mesmo já iniciada. Sendo certo que se dispõe ao devedor meios autônomos para combater a demanda executiva, também o é que tais vias não podem obstar a instauração da execução, ou, caso já iniciada, o seu seguimento.

A condição legal para a instauração da execução é a existência do título executivo; ser portador de um título torna o credor parte legítima e com interesse suficientemente respaldado para promover sua demanda; ademais, se o título executivo é abstrato e, até prova em contrário ou impugnação viável, tem presunção de certeza e liquidez, então não deve ser obstado o direito de ação de execução com base em título, por via autônoma.

Ora, a recíproca deve também ser verdadeira. Havendo direito de ação autônoma, com suas próprias condições de proposição, pedido e procedimento, não se deve obstar que o devedor se valha dessa ação autônoma, que lhe seja possível, para discutir a obrigação que se lhe impõe e para desconstituir título vigente contra si, ou ainda para questionar a validade da dívida nele representada.

Por outro lado, se a execução já em curso é embargada pelo devedor, por meio da via legal com seu respectivo procedimento e requisitos expressos, independe o fato de eventual ação autônoma do devedor ser proposta, antes ou na pendência do procedimento dos embargos. Estes constituem a única forma legalmente expressa de suspender a execução e essa é uma sua finalidade precípua.

Há, de qualquer forma, outras vias para o executado se defender, embora não sejam propriamente vias de defesa; mas deferem ao devedor meios de combater o processo de execução contra si movido, embora sem a previsão de suspender a execução, com a contrapartida de que, em seu bojo, sendo processo de conhecimento visando a declaração de inexigibilidade do título (ou similar), caberá decisão de mérito, após instrução, com maior amplitude de matérias a serem discutidas.

A inter-relação dessas vias, aparentemente dissociadas por natureza, presta-se à agilidade da lide entre as partes, credor e devedor, valendo como forma de ampliar a discussão acerca da obrigação controversa sem afetar frontalmente o rito legal da execução. De fato, a execução e a ação autônoma devem ter curso livre; apenas podem vir a se unificarem com o julgamento de uma delas (obtendo declaração sobre o título na ação autônoma ou julgamento dos embargos à execução). Tal é um caso claro da evolução da doutrina processualística a respeito da defesa permitida ao executado, uma realização material da tendência de relativização dos institutos do processo civil brasileiro – união e simbiose de elementos cognitivos e executivos em um só processo – e de ampliação das formas aceitas de defesa do devedor além dos embargos.

Por fim, com a vigência próxima da lei reformadora do Código de Processo Civil⁸⁶, determinando ao executado que interponha, querendo, seus embargos à execução, independentemente de penhora ou depósito, em prazo contado de sua

⁸⁶ Lei n. 11382/2006, que deu nova redação ao artigo 736 do CPC.

citação no processo executivo, é possível entrever uma aproximação entre a via usual disposta ao devedor para se defender, os embargos, na forma conhecida, e a via da ação autônoma, para desconstituir o título ou a obrigação nele indicada, opção sempre reconhecida ao devedor, embora tratada distintamente.

É que com a lei processual a prever que os embargos tramitam separadamente à execução, independentemente dela estar ou não garantida previamente, e, ordinariamente, desprovidos de efeito suspensivo em relação a esta, a natureza jurídica dos embargos em muito se aproxima de uma ação autônoma, com processamento concomitante à demanda executiva (no mesmo juízo, embora apartados).

A distinção entre uma e outra via de defesa ao executado, neste caso, passa a ser o prazo definido de quinze dias, contados da citação da ação executiva, para a oposição dos embargos, enquanto, para as ações autônomas, como acima mencionado, não haveria limitação temporal.

IV.3 - Matérias alegáveis pelo devedor.

Uma questão relevante para a análise das vias admissíveis de defesa do devedor em um processo de execução é a delimitação das matérias alegáveis em cada uma de suas formas permitidas na lei. Sim, pois mesmo aos Embargos à Execução, autuados em apartado e com natureza de ação própria, impõe-se uma limitação de conteúdo, que é permitido ao devedor, sob pena de, ultrapassando-o, padecer sua defesa de vício que obste seu seguimento.

Toda defesa de uma execução é a esta dependente, o que é lógico. E a execução correlata parte também de uma presunção *juris tantum* da existência de um crédito, consubstanciada no título que se executa, aliás uma condição *sne qua non* da continuidade e mesmo recebimento da execução.

Como já explanado acima, o processo de execução é instaurado já com certa presunção de que não há matérias litigiosas a serem ainda decididas, justamente para evitar repetição de alegações que, anteriormente, no processo de conhecimento ou pela presunção que consigo traz o título executivo, já foram definidas.

Mesmo assim, é natural que haja discussão acerca de questões inseridas na demanda executiva, em relação ao procedimento, ao objeto que constitui o título e obediência ao direito de lhe ser imputada ação menos onerosa; controvérsias que surgem, pois, do próprio processo de execução.

Por outro lado, pode-se ainda aventar a possibilidade de controvérsia fundada na real situação jurídica, material e mesmo anterior à formação da lide executiva, como existência de pagamento, prescrição etc.

Então, embora sempre condicionada à interposição dos embargos típicos, a oportunidade de defesa do devedor sempre foi reconhecida no ordenamento processual brasileiro. Por muito tempo, os autores admitiam somente a via dos embargos, uma vez que a presunção do título conferia ao credor o direito de somente ver instaurada a controvérsia após ter segurança que o juízo alcançaria seus fins, pela penhora ou depósito.⁸⁷

Pois bem, se há a presunção de existência de um crédito, representado por um título que, por sua vez, também e presume válido (outro dos requisitos de seguimento de uma execução – art. 618 do CPC), então a defesa do executado deve se ater ao que se representa e o que se busca com o título, dependendo se tratamos de um título judicial ou extrajudicial.

⁸⁷ LIEBMAN, E. T., *Processo de Execução*, p. 216.

A lei processual prevê, inclusive, em seções distintas, a defesa do executado, por meio de embargos, como em espécies definidas pelas suas particularidades, se fundados em título judicial (denominado de impugnação, *ex vi* artigo 475-L do CPC) ou extrajudicial (art. 736 CPC), se combatendo a execução, ou alguns de seus atos (adjudicação e arrematação – art. 746 CPC), embora, a rigor, seja incluídas todas no gênero de embargos, como defesa do devedor.

Em caso de título executivo judicial, a amplitude das matérias permitidas ao devedor é mais restrita porque a ela precede todo o processo de conhecimento, seja por que rito tenha tramitado (sumário, ordinário), ocasião em que se deve ter decidido sobre muitas questões sobre a relação jurídica, existência ou não da dívida e forma de sua imposição, pela sentença (geralmente confirmada pelo Tribunal), formadora do título em questão.

Já no caso de títulos executivos extrajudiciais, o rol das matérias permitidas ao devedor é um pouco mais amplo, porque se incluem as oposições à validade dos próprios títulos, já que não foram atendidas de processo que lhes legitimasse e conferisse executividade.

De qualquer forma, seja judicial ou extrajudicial, há um título objeto da execução, que representa uma obrigação a ser cumprida pelo devedor e, por isso, sua defesa a ele deve se ater. E, a ele se atendo, pode ser manejada por mais de uma via legal.

Doutrinariamente, combate-se a noção de que o título traz consigo a “presunção” da dívida nele inscrita⁸⁸, o título seria o documento representativo do ato jurídico que origina a pretensão do exequente.

⁸⁸ MALACHINI, E. R., *Comentários*, p. 55.

Pois bem, então o devedor tem, para si, uma via de defesa na forma de ação, que são os embargos à execução. Chega a ser definido como ação de conhecimento, geradora de processo autônomo, com suspensão da execução para que o devedor possa impugnar a pretensão creditícia e a validade da relação processual executiva⁸⁹. Tem, pois, todas as características de uma ação comum, porém depende do cumprimento de certas condições para seu recebimento e processamento, entre as quais a mais importante é a prévia garantia do juízo da execução.

Além disso, é pertinente notar que, nos embargos, o devedor tem uma posição ativa, isto é, toma a iniciativa da demanda, e a si cabe o ônus de conduzir o processo, não somente se defendendo, mas, como autor, exercendo direito de ação.

Ora, ao devedor não se poderia, sempre, em todas as hipóteses, oferecer apenas uma via de defesa condicionada, dependente de uma prévia garantia do juízo, para que a defesa pudesse ser recebida e analisada.

Com efeito, existem questões que independeriam da formação dessa outra lide, desse outro processo, que são os embargos, entre outras razões porque são questões simples que podem ser percebidas com facilidade pelas partes e pelo juiz da causa; condicionar a análise de tais questões, que não se incluem necessariamente naquelas listadas como condições dos embargos (art. 745 do CPC), a todo o procedimento de interposição, recebimento e apreciação dos embargos, com a garantia do juízo e atos formais respectivos, seria um contra-senso, se a intenção de todo o feito executivo é o oposto, isto é, resolver a discussão em benefício do credor, respeitando as garantias ao devedor.

Explica-se: Algumas questões relacionadas ao título executivo, cuja regularidade é essencial à demanda, e cuja certeza, liquidez, exigibilidade e regular processamento pelo credor são requisitos legais de continuidade da execução, podem

⁸⁹ WAMBIER, Teresa (coord.), *Processo de Execução*, p. 286.

ser resolvidas dentro do processo executivo, em razão de sua simplicidade, da facilidade e rapidez, do poder do juiz em dirimir questões e também quando não prejudicam credor ou devedor, ao contrário, podem militar mesmo em favor da pretensão executiva.

Como acima explanado, não haveria razão para insistir que alguma questão pontual (por exemplo, pedido de apresentação de cópias corretas de um documento controverso, ou identificação exata de um bem objeto de constrição) dependesse de várias fases processuais, tomando tempo no processo, que caracterizam – antes, condicionam – os embargos à execução, quando as partes se beneficiam, o tempo diminui e o juiz tem o poder de dirimir tais controvérsias no seio do feito executivo. Negar ao Judiciário tal oportunidade seria ir contra o escopo da jurisdição, de que tratamos em capítulo anterior⁹⁰, e contra os princípios gerais do processo civil.

Ora, se muito se discute sobre as opções do devedor no processo que se lhe move, é porque o comportamento do devedor, muitas vezes, influencia o andamento e o resultado da execução, seja para bem ou para mal. A intervenção dele no processo executivo, dependendo da questão que se vai defender, portanto, é aceitável e deve ser até mesmo estimulada, justamente para o bem do processo e das partes.

Como visto, então, a defesa do devedor pode ocorrer no seio do processo executivo. Ora, ocorrendo dentro do processo, e levando-se em conta, ainda, a questão tão relevante da correta nomeação dos institutos processuais, essa prática deve então ser chamada de Defesa Intraprocessual.

IV.4 - Defesa no próprio processo de execução.

O tema é familiar no cotidiano forense e vem sendo objeto de crescente interesse doutrinário, a partir da admissão, pela jurisprudência, de teorias

⁹⁰ Capítulo II, item II.4.

formuladas de que a defesa pode ocorrer, dentro de certos limites, nos autos do processo executivo.

Mesmo diante da recente entrada em vigor de alterações na sistemática da execução e dos embargos, com as reformas do Código de processo Civil, já mencionadas, o interesse pelo tema da defesa do executado no próprio processo de execução permanece, pois também permanecem as hipóteses em que aquela se fundamenta; a natureza jurídica diversa dos embargos do devedor o torna via hábil para discussão de certos temas específicos da execução em curso.

Nosso ordenamento jurídico já previa a possibilidade de o devedor se manifestar dentro dos autos do processo executivo, para suscitar certas matérias específicas. A possibilidade não é de todo inédita, como vem sendo anotado em trabalhos sobre o tema⁹¹, pois se estende desde legislações tão antigas como as regulamentações de execução fiscal da República Velha, decretos de 1885, 1888 e 1890⁹², relativos aos primórdios da organização fiscal, ou ainda aplicação do sistema de exceções, presente já no CPC de 1939.

Também não se pode deixar de registrar que o eminente PONTES DE MIRANDA já deixava antever, em obra ainda de 1966, que ao executado cabia apresentar defesa que demonstrasse a insubsistência da execução, antes da oportunidade dos embargos e de uma então desnecessária constrição em seu patrimônio⁹³.

⁹¹ Revista da AJUFE n. 73/99.

⁹² O Decreto do Império n. 9885/1885, dispunha que o réu “não seria ouvido” se comparecesse em juízo antes da penhora, salvo comprovação de que já havia pago a dívida. Também nesse sentido o Decreto n. 848/1890.

⁹³ Disse MIRANDA que “*a alegação de inexistência, de invalidade ou de ineficácia de sentença é alegável, antes da expedição do mandado de penhora, pois tal ato só é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença*”. Nota na obra de SHIMURA, S., *Processo de Execução*, p.212.

No entanto, como bem observou ALVIM⁹⁴, *“repugna à doutrina mais tradicional a introdução de um incidente de conhecimento no seio do processo de execução. Deveras, se, no processo de conhecimento, a atividade jurisdicional é essencialmente declaratória (todas as modalidades de sentença suscetíveis de serem proferidas no processo de conhecimento têm, como sabe, uma carga declaratória), de outro lado, também é verdadeiro asseverar que, conquanto haja atividade jurisdicional no processo de execução, este é primordialmente voltado à satisfação do credor.”*

Oportuno lembrar, ainda no raciocínio acima, o sucinto e preciso entendimento de ZAVASCKI, que afirmou que *“pela sua peculiar natureza, a ação de execução se destina a promover atos práticos de transformação da realidade. Nela, em regra, não há juízo sobre a existência do direito representado pelo título executivo ou, mesmo, sobre a legitimidade dos atos de execução. Quem tiver interesse em opor-se à execução ou de contestar a legitimidade dos atos nela praticados, deverá fazê-lo em ação paralela de embargos.”*⁹⁵

Mesmo com a presença, por vezes velada, discreta, mas sempre admitida, no direito brasileiro, da possibilidade de o devedor se defender da execução, por meio de formas distintas dos embargos, ou defesa que tenha como condição a garantia do juízo, por muito tempo a ciência processual cerrou fileiras no entendimento, muito atrelado ao dogmatismo então em franca vigência e aceitação⁹⁶, de que os embargos seriam, sim, o único meio de defesa do executado, do réu em processo de execução fundado em título executivo, sobretudo o judicial.

Com efeito, LIEBMAN, sobre o tema e antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, já anotava:

⁹⁴ ALVIM, Eduardo, em seu artigo na obra coordenada por SHIMURA, S., *Processo de Execução*, p. 212.

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori, *Comentários ao CPC*, p. 578.

⁹⁶ Sobre a evolução da doutrina processual e dogmática, vide capítulo II, item II.1, deste trabalho.

“O devedor não pode defender-se diretamente na execução invocando qualquer espécie de defesa, inclusive os fatos extintivos do crédito, que constituem neste plano armas sem gume. Por exemplo, quando citado inicialmente para a execução, não pode apresentar-se ao juiz e querer provar que pagou sua dívida. O juiz não o pode ouvir e deve mandar seguir a execução. O único meio de que o executado dispõe são os embargos, que poderão ser promovidos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exequente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida.”⁹⁷

Em parte pela evolução das idéias rígidas da ciência processual autônoma, eivada de um positivismo então valorizado, e em parte pela aceitação do então recente código de processo, com sua ambição de compreender, nas disposições de seu bojo, as hipóteses imagináveis de procedimento, acatou-se a regra de que a lei processual previa apenas os embargos, e assim deveria ser, inobstante as hipóteses que a casuística apresentasse ao julgador, na prática forense.

Como visto, contudo, a moderna doutrina processualista vem, desde há algum tempo, superando essas barreiras com a relativização das formas e do Código de Processo Civil, buscando justamente essa inserção de elementos de um dos livros do nosso código nos outros, em sucessivas ondas renovatórias, as quais, ainda, admitiram o engrandecimento da discricionariedade do juiz para, analisando o caso concreto, aplicar a lei de forma coerente e consonante com o escopo final da norma processual instrumental.

Pertinente ao tema, DINAMARCO expôs:

“embora ele (o juiz) não julgue no processo executivo, deixar absolutamente de julgar ali o juiz não deixa. Nem só de mérito existem

⁹⁷ LIEBMAN, E. T., *Processo de Execução*, p. 216.

sentenças; nem só sentenças profere o juiz (cf. CPC, art. 162). Pois seria inconcebível um juiz robot, sem participação inteligente e sem poder decisório algum. O juiz é seguidamente chamado, na realidade, a proferir juízos de valor no processo de execução, seja acerca dos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito.”⁹⁸

Relevante notar a conexão, feita pelo eminente doutrinador, entre os pronunciamentos judiciais feitos pelo juiz na execução e o conteúdo de tais atos decisórios em feitos executivos, versando sobre condições da ação, justamente a matéria que pode combater a validade da execução, a exigibilidade do título ou legitimidade da parte, por meio da defesa direta, no seio do processo de execução, o que será tratado devidamente adiante, na justificação principiológica e legal da defesa intraprocessual do executado, tema deste trabalho.

IV.4.1 - Denominação – exceção, objeção, defesa – e Definição.

A forma corrente do uso da defesa do executado, no próprio processo executivo, é a chamada “exceção de pré-executividade”, consagrada pelo uso e que abrange as intervenções do devedor no processo executivo para impugnar a pretensão do credor, quando para tanto se demonstra desnecessidade de toda a forma de embargos.

A própria denominação “exceção de pré-executividade”, apesar de consagrada há tempos na doutrina e na prática forense, é objeto de críticas pertinentes em obras sobre o tema. A razão estaria tanto na imprecisão dos conceitos “defesa”, “exceção” e “pré-executividade”, como indicaremos a seguir, quanto no âmbito que, na

⁹⁸ DINAMARCO, C., *Fundamentos do Processo Civil*, vol. II, p. 1197.

prática, se quis dar a tal forma de interposição de defesa, pelo executado, como se fosse um gênero em que algumas espécies variadas pudessem se encaixar.

Pois bem, vimos que, dentro ou fora dos autos da ação executiva que se lhe move, o devedor tem a faculdade – mais ainda, tem a garantia – de se defender da melhor forma que lhe aprouver. Sua intervenção no processo, já na condição de devedor – de uma obrigação, de uma quantia determinada, da abstenção de um ato – cumprirá a intenção de se opor à pretensão deduzida pelo credor. Exerce, pois, seu direito de defesa, seja pelas vias previstas formalmente na lei, entre as quais os embargos, seja por vias alternativas e simplificadas.

Assim, nossa legislação processual, admitindo a defesa como garantia indeclinável do réu, permite-lhe exercer tal direito de várias formas, algumas delas com previsão específica. No processo de conhecimento, segundo a lei processual, o réu pode comparecer no processo basicamente por três visa de defesa, dispostas no seu artigo 297, quais sejam, a contestação, a exceção e a reconvenção.

Dessas três, a contestação é a defesa propriamente dita, na qual o réu nega os fatos, impugna as alegações e documentos, pugna pelas provas que detém, ou diz deter, torna pontos controversos e define o rumo da instrução, combatendo o pedido (ou os pedidos) da parte adversa. Por outro lado, se na mesma oportunidade, além de combater o pedido do autor, também apresenta um pedido contraposto, invertendo a fundamentação da pretensão em desfavor do autor, então estará reconvindo.

Cabe ao réu, porém, apresentar, conforme o caso, outras formas de resposta, que são as exceções, isto é, *“a ação do réu, conta o autor, para excluir o andamento da ação, evitando a condenação, quando se opõe contra o direito alegado, ou para impedir que se processe segundo a intenção do autor, mas consoante os*

desejos do réu, quando fundado em motivo jurídico, que a tal autoriza.”⁹⁹, uma oposição à forma de apresentação da lide; o Código de Processo Civil nos apresenta as três exceções essenciais, que são as de incompetência, impedimento e suspeição. São estas, então, exceções processuais disponíveis ao réu, caso cabíveis, para que se oponha à pretensão do autor.

À parte as especificações acerca das exceções processuais, como indicadas na lei processual, para o processo de conhecimento, a legislação é clara ao indicar exceção como uma forma de defesa indireta, que combate a forma de dedução da pretensão do autor, à margem do mérito da causa, isto é, do assunto que contra o réu é apresentado.

Então, se no processo de execução são aplicáveis as normas próprias do processo de conhecimento, no que couber e quando não forem dissonantes das regras específicas (art. 598 do CPC), a intenção de apresentar exceção, como meio de resposta do réu, vale também em ações de execução, sobretudo naquelas de título extrajudicial, em que não houve um prévio ajuizamento de demanda.

Com efeito, o título extrajudicial é demandado mediante ação própria que depende de distribuição a um juízo, submetido, pois, as regras de competência, conforme artigo 576 do Código de Processo Civil. Uma ação executiva que se distribui a um juiz ou comarca diversa daquela prevista na lei como competente para processar e julgar a demanda é passível de combate pela via de exceção (de incompetência), com fulcro no referido artigo, cumulado com as regras gerais dos artigos 94 a 100 do mesmo *codex*.

Suponhamos um exemplo, para ilustrar o raciocínio, que um credor distribua uma ação de execução de uma duplicata em Juízo diverso daquele da praça onde se celebrou o negócio, este competente para o processamento e julgamento,

⁹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. II, p. 229.

conforme artigo 100, IV do CPC e artigo 17 da Lei n. 5474/68, ou ainda que o credor de uma obrigação derivada de contrato distribua a ação para obrigar o réu a cumpri-lo, em juízo diverso daquele indicado na cláusula que expressa o foro de eleição; facilmente se admitiria que o réu se opusesse, no processo, pela via de exceção de incompetência.

Por sua vez, e por dedução simples, são cabíveis em um processo executivo também as exceções de suspeição e impedimento, nos casos e na forma prevista em lei.

Desta forma, demonstra-se que seria equivocado denominar com esse nome, “exceção”, uma forma de defesa que em nada se assemelha com as exceções típicas processuais. Com efeito, a dita “exceção de pré-executividade” trata de impugnar a execução de um título, dentro do processo executivo, sem se opor ao rito que se segue ou questionamentos sobre a competência para o processamento da demanda.

Parcela da doutrina, entre a qual o entendimento de MEDINA, especifica o tema, tratando de diferir as “objeções”, matérias que podem ser conhecidas pelo juiz, independente de provocação da parte, das “exceções”, matérias que, para poderem ser conhecidas pelo juiz, devem ser argüidas pela parte a quem aproveitam, estas submetidas ao instituto da preclusão, ao contrário daquelas, que podem ser deduzidas a qualquer tempo. Uma e outra forma, então, poderiam se qualificar como meras argüições, processuais ou substanciais, estas últimas sendo relativas ao mérito da demanda¹⁰⁰.

Ora, se há matérias que deveriam ser conhecidas pelo juiz, mesmo sem a intervenção das partes, então sua argüição pode ser feita a qualquer tempo, no processo executivo, e se feita pelo devedor, ocorrerá independentemente da via normal dos embargos.

¹⁰⁰ MEDINA, J. M. G., *Execução Civil*, p. 273.

Por outro lado, se a intervenção do réu no processo executivo visa obstar o seguimento da execução por óbice notado desde logo, e por isso mais uma vez se conclui que a expressão consagrada é equivocada. Na verdade, a defesa do executado dentro do processo de execução não é nem exceção, nem é “pré”, nem é de “executividade”

Alguns autores chegam à mesma conclusão, porém sem resolver a contento a imprecisão da nomenclatura; chamam à intervenção do devedor uma “objeção” ou mesmo “exceção de executividade” ou “objeção à executividade”¹⁰¹; há até mesmo a expressão “impugnação no juízo de admissibilidade”¹⁰²; Embora um pouco mais aproximado da natureza dessa via de defesa, não precisam a contento o sentido da intervenção do devedor no processo.

Ainda, é necessário argumentar, ao devedor se permite intervir no processo de execução por várias outras formas, que a rigor não se pode chamar de “defesa”, pois visam apenas conduzir as fases da execução com correção e dentro dos limites da legalidade. É o caso, no bojo do Código de Processo Civil, da nomeação de bens à penhora (art. 652, p. 3º), da petição que pede sua redução ou troca de bem dado em garantia do juízo (art. 668); ou ainda aquela que aceita ou combate a avaliação dos bens (art. 683, I), precisa-lhe a localização e o estado (art. 656, p. 1º), aceita ou combate atos de arrematação (art. 694, p. 1º) etc¹⁰³.

Admite-se ainda, embora de forma não expressa na lei processual, que o devedor intervenha nos autos de execução para chamar à regularidade o procedimento, denunciar abusos da parte ou de terceiros, ou requerer algo de específico ao juiz.

¹⁰¹ Entre os quais cita-se Teresa Arruda Alvim e Nelson Nery Jr., entre muitos outros.

¹⁰² Proposta por HUGO DE BRITO MACHADO, na *Revista de Direito Tributário*, n. 22/19.

¹⁰³ Todos os artigos referidos neste parágrafo foram indicados com a nova redação que lhes deu a Lei n. 11382/2006.

Destarte, não é todo comparecimento do réu no processo de execução que tem natureza jurídica de defesa, propriamente dita, e mesmo se o fosse, não seria toda defesa que teria as características de se opor à forma do procedimento ou mesmo fosse uma “objeção à executividade” do título demandado.

Por isso, esta dissertação trabalha com a idéia de que a defesa do executado, dentro do processo de execução, nos mesmos autos, deve ser chamada pelo nome de “defesa intraprocessual”, neste ponto comungando da lição de MALACHINI expressa em seus Comentários¹⁰⁴. Entende-se oposta uma defesa intraprocessual, pois, quando há a intervenção do devedor, nos autos de execução, opondo-se à forma de condução do processo e ao título objeto da lide, por quaisquer formas, desde que não cause prejuízo às demais partes e ao Juízo, nem fujam à legalidade nem configurem abuso ou procrastinação.

Em outras palavras, consiste a defesa intraprocessual *“na faculdade atribuída ao devedor de submeter ao conhecimento do juízo, nos próprios autos de execução e independentemente de penhora ou embargos, em qualquer fase de procedimento, determinadas matérias suscetíveis de apreciação de ofício ou relativas à nulidade do título executivo, que desponte evidente e flagrante.”*¹⁰⁵

¹⁰⁴ A respeito, vale transcrever sua lição: *“De nossa parte, propomos, então – e passaremos a dela usar nesses comentários -, a denominação genérica de defesa intraprocessual, que pode ser considerada simples e abrangente, não traduzindo senão a idéia de que se trata de qualquer meio de defesa do executado, exercido no próprio processo de execução, contra a própria ação executiva.”* (Comentários, p. 188/189).

¹⁰⁵ FANTONI, N., *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, 8/18.

CAPÍTULO V. A Defesa Intraprocessual.

Para as considerações seguintes, parte-se, pois, da premissa de que, ao devedor, é permitido, pela legislação vigente e sem violar qualquer norma processual, legal ou princípio constitucional do devido processo legal, intervir no processo de execução por várias maneiras, dentro ou fora dos autos de execução, além daquela mais específica e conhecida, os embargos do devedor.

O processo de execução desenvolve-se buscando satisfazer um direito já presumido do credor, e em seu interesse, como está expresso na lei processual (art. 612 do CPC). Nesse contexto, se o escopo do processo executivo favorece o credor, cabe ao devedor defender-se da melhor forma para atender a seus interesses e a definição do feito.

Se considerarmos que os embargos não são o único meio de defesa do devedor em um processo de execução, mas apenas o mais usado, o mais conhecido – e talvez o mais eficaz, mas abrangente, mas não o único -, então se abre caminho para se admitir que há outras formas de avanço, de seguimento no processo de execução, sem necessidade de toda a previsão legal a cerca dos embargos.

Em outras palavras, a admissão de outras formas de defesa do devedor não significa que se está a regredir, conferindo outros meios para o devedor adiar a efetivação da decisão que lhe condenou a alguma obrigação. Está apenas a se admitir que certos atos de defesa e certos assuntos discutidos em defesa podem ser feitos no bojo da execução, dispensando-se os embargos, a garantia do juízo a ele vinculada e todos o ônus de preparo, formas, tempo e custo que ele acarreta.

Embora a lei processual vigente não admita, de forma expressa, formas de impugnação à execução ou aos títulos que não seja a via dos embargos, pode-se concluir pela permissão tácita da discussão sobre a possibilidade de continuidade da

execução diante de óbices ao processo, se observarmos o sistema do Código de Processo Civil que determina ao juiz que, para admitir a ação, verifique o cumprimento das condições de ação. Ora, um juízo de admissibilidade feito pelo juiz, para ver se a ação tem condições de prosseguir, é naturalmente prévio à análise de mérito da execução.

Por isso, a defesa sobre o mérito da execução, se dependente dos embargos, dele poderia se dissociar se o objeto da defesa fosse justamente aquelas condições da ação, que o juiz tem obrigação legal de analisar (art. 126 CPC). Por sua vez, o devedor, como réu, tem o dever de alegar as matérias que impedem a admissibilidade da ação executiva na primeira oportunidade, o que, em uma ação de execução, precede a oportunidade de interposição dos embargos.

Ainda, cumpre frisar que a oportunidade do devedor em apresentar defesa, independentemente dos embargos, para suscitar questão que impeça o seguimento da execução, visa assegurar que seu patrimônio ou incolumidade não seja afetada por uma execução ilegal, o que, em última análise, é protegido constitucionalmente (art. 5º, LV, CF/88), oferecendo, indiretamente, um respaldo constitucional à defesa intraprocessual do devedor.

Desde que não haja obstáculo indevido ao seguimento da execução, portanto, com indevida dilação probatória ou abuso do direito pelo devedor, a defesa intraprocessual deve ser admitida, em consonância com os princípios adotados pela ciência processual para atingir os objetivos essenciais da jurisdição e sua função executiva.

HUMBERTO THEODORO JR. assim afirma: *“É verdade que o juiz, na execução, não age mecanicamente como um simples cobrador a serviço do credor. Sendo a execução parte integrante da jurisdição que corresponde ao poder-dever de realizar concretamente a vontade da ordem jurídica através do processo para*

eliminar uma situação litigiosa, é claro que a atividade executiva jurisdicional está subordinada a pressupostos de legalidade e legitimidade. E, por conseguinte, antes de autorizar a agressão patrimonial contra o devedor, terá o juiz de verificar a satisfação desses requisitos jurídicos, praticando uma cognição e fazendo acerto sobre eles.”¹⁰⁶

Trata-se da extensão da renovação dos conceitos, pela relativização das formas do ordenamento processual, que, como visto, visa aprimorar o processo civil a fim de lhe conferir celeridade e objetividade; Se esses conceitos podem – como bem o fizeram - atingir a sistemática do processo de execução, então deve-se concluir, forçosamente, que podem, e devem, também atingir as formas previstas de defesa do devedor, para tanto tomando-se em conjunto elementos do processo de conhecimento, execução e cautelar, sobretudo os institutos recém positivados, admitindo, assim, relativização nas vias de defesa, além dos embargos do executado..

Estender os meios de defesa do devedor para além das medidas típicas, entre as quais a mais típica, os embargos, é, sim, proporcionar maior efetividade ao processo. Várias questões podem ser desde logo dirimidas e evitar a instauração de um outro processo que são a rigor os embargos

Nesse aspecto não há que se temer alguma espécie de violação ao *due process of law*, porque a possibilidade do devedor participar ativamente do feito executivo com algumas petições em seu curso, como visto, é possibilidade prevista em lei e até saudável ao credor, que nenhum interesse terá em se opôr. Por exemplo, quando o executado nomeia bens, quando paga, quando informam onde estão e a condição em que estão os bens, quando aponta nulidades e irregularidades no procedimento que acarretam em correções úteis ao andamento da causa e ao escopo do processo executivo.

¹⁰⁶ THEODORO JR., Humberto, *Processo de Execução*, p. 501.

Como exemplo, vale a argumentação de que não haveria sentido prático, nem interesse formal das partes, em alongar um processo pelo incidente da defesa do devedor, na via dos embargos, com todo o trâmite, prévio e concomitante, de nomear bens para penhora, cuja aceitação ainda será objeto de manifestação do credor, seguido de intimação de penhora e, enfim, os embargos, com ou sem garantia do juízo, sua petição inicial e sua contestação pelo credor/embargado, entre aqueles atos previstos na legislação, tudo para dirimir algumas questões de menor relevância, ou sem o condão de alterar substancialmente a relação jurídica entre as partes (credor/devedor), embasada em um título executivo, matérias como correição da conta do débito, legalidade da atuação do contador, avaliador, depositário etc.

Ao contrário, em hipóteses como essas, em que o devedor apenas questiona eventuais erros de conta aritmética feito pelo credor ou pelo contador, ato necessário ao processo, conforme o artigo 614 do CPC, ou mesmo ausência de algum requisito legal do título a comprometer sua eficácia (como o evidente exemplo da duplicata sem aceite e sem protesto), são oportunidades que se dá ao réu uma oportunidade de ser ouvido, no trâmite do processo executivo, à parte a previsão legal de sua defesa nos embargos. Ademais, tal oportunidade é permitida em benefício do próprio credor, uma vez que pode acelerar fases da ação executiva e evitar desdobramentos desnecessários da discussão sobre o crédito, tudo com notórios reflexos processuais, como eventual sucumbência, dilação probatória, suporte de tempo decorrido do processo, entre outros.

Muitas vezes esses desdobramentos desnecessários são observados em casos concretos, em que o devedor apresenta argumentos para desconstituir títulos extrajudiciais, questionar sua validade e mesmo apontar falsidade em sua confecção ou seus elementos. Em hipóteses de fácil verificação de tais irregularidades, não haveria sentido em se obrigar a parte a realizar todo o procedimento de penhora, que é ato invasivo, pra então poder argumentar obstáculo evidente ao seguimento da ação; essa é justamente a justificativa da permissão legal à defesa intraprocessual.

Por outro lado, uma compreensão lógica da relação entre as partes faz concluir que a oportunidade de defesa intraprocessual não permite, ao contrário evita, qualquer intuito protelatório do devedor, para tentar se furtar à obrigação que se lhe demanda. De fato, se tal fosse a intenção, o devedor iria preferir nomear bens à penhora, que, recusados ou não, enfim redundariam em penhora, provável garantiria o juízo, distribuição, processamento e decisão em embargos, somente para nesta via apresentar a existência de óbice ao andamento da execução, em detrimento do interesse do credor e da própria Justiça, ganhando assim o tempo que tanto se lhe quer retirar. De outro lado, se lhe for dada a oportunidade de defesa intraprocessual, e a usa com correição, para suscitar questão evidente, além de evitar prováveis delongas, acaba por fornecer elementos para que o juiz resolva a questão com muito mais rapidez, sem que isso acarrete, necessariamente, em ônus para o credor.

A respeito, discorreu MEDINA em trecho pertinente de sua obra sobre as formas das manifestações do executado¹⁰⁷, quanto ao objeto do seu combate, além da opção dos embargos, distinguindo-as entre aquelas que atacam o ato executivo, propriamente, instigando o juiz a observar se o ato está sendo praticado validamente, como por exemplo a correição da nomeação de bens ou recusa de preço vil (art. 692 CPC); outras seriam as questões de admissibilidade da execução, presença de seus requisitos previstos em lei; e ainda haveriam aquelas excepcionais, visando atacar o fundamento da pretensão, o próprio crédito demandado, desde que não dependa de dilação probatória.

Pois bem, as duas primeiras formas correriam naturalmente no processo de execução, e há inclusive, para tanto, previsão legislativa, porque são inerentes ao desenvolvimento das atividades executórias do juiz. Já a terceira forma, como indicada pelo autor, seriam as matérias admitidas em sede de defesa intraprocessual.

¹⁰⁷ MEDINA, J. M. G., *Execução Civil*, p. 265.

V.1 - Justificação e permissivo legal.

O intuito de se evitar que o processo percorra caminhos mais longos, por conta de sucessivas fases do procedimento que podem ser abreviadas, de modo algum caracteriza um cerceamento de defesa; em visão diametralmente oposta, é aplicação do princípio do devido processo legal, e medida de celeridade processual, assim atendendo às disposições da Constituição e aos consagrados princípios mais avançados de nosso processo civil. Atende ao escopo esperado da jurisdição, na medida que possibilita ao devedor meios de resolver questões incidentes sem restrição de formas, sem deixar de garantir ao credor o direito pretendido, de expropriar bens do devedor para satisfação de seu crédito, porque a execução não é impedida pela apresentação, pelo executado, de defesa dentro do processo executivo.

A defesa intraprocessual é, pois, nesse sentido, de forma de defesa do executado para, tornando desnecessários certos ritos previstos em lei, promover o andamento da execução de modo a reduzir o ônus a ambas as partes litigantes, credor e devedor. A lei processual brasileira, embora não a apresente de forma expressa, a permite como consequência de princípios que deixa claro que devem ser seguidos. O sistema legal processual disponibiliza, assim, que o executado tenha em mãos certos meios de defesa, acatados por princípios incontestes (como o da menor onerosidade do devedor, contido no artigo 620 do CPC), que sirvam para equilibrar a condução do processo que, de início, privilegia o credor portador do título.

Ora, dirimir questões de ordem pública que possam obstar o seguimento da execução, ou mesmo evitar o prolongamento deste, decorrentes de se seguir caminhos mais longos para se atender a exigências legais dispensáveis, é interesse do Estado, que então deve declarar que não se dispõe a exercer a função jurisdicional de forma tão formal e, conseqüentemente, tão inadequada, inefetiva.

Um dos princípios legais para o processo executivo é o da *nulla executio sine titulo*, de entendimento essencial e expresso no artigo 618 do Código de Processo Civil. Da mesma forma que garante que o processo executivo somente seja acatado com a presença de título, como prova pré-constituída do direito reconhecido ao credor, também desde logo faz avançar o procedimento em favor deste, na medida que reconhece, desde logo, a validade da execução, desde que o respectivo título seja apresentado e revestido das formalidades legais.

Ocorre que, para que o Judiciário acate a pretensão fundada em um título, mesmo este gozando da presunção de que tem validade e o direito nele representado a prescindir de discussão, é preciso que, junto à pretensão, estejam presentes também os requisitos que corroborem aquela mesma presunção, para que o pedido possa ser admitido e professado em juízo. A ação executiva, portanto, assim como a ação de conhecimento, deve atender a certas condições, as quais, no sistema processual brasileiro vigente, devem ser consideradas em um plano prévio e distinto do mérito da causa¹⁰⁸.

A lei processual, assim, seguiu evolução por uma linha em que se tolhe ao devedor meios de defesa contra a constrição feita em seu patrimônio pela execução em curso, que não sejam aqueles permitidos após a garantia de que, caso vencida sua defesa, não teriam valido os obstáculos à pretensão do portador do título, cujo direito ficaria garantido com o juízo seguro. Apenas muito recentemente a evolução do processo de execução desviou-se dessa linha, como será visto adiante¹⁰⁹. Pela regra geral, pois, se a defesa do devedor exigir garantia do juízo, então seu patrimônio, ou parte dele, sofrerá a restrição da penhora; A coisa penhorada já pertence à execução, nela foi apreendida. Não mais depende apenas do devedor, até então seu proprietário, o seu destino¹¹⁰.

¹⁰⁸ ALVIM, Eduardo, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 154.

¹⁰⁹ V. adiante neste capítulo, o sub-item seguinte, em que se analisa a alteração no CPC sobre a admissão de embargos sem prévia garantia do juízo, novidade da recente lei n. 11382/2006.

¹¹⁰ LIEBMAN, *Processo de Execução*, p. 98, citado também por MEDINA, Op. Cit., p. 172.

A noção acima é bem comentada por DINAMARCO: *“a penhora é um gravíssimo ato de constrição judicial, que, ao concentrar a responsabilidade patrimonial sobre determinado bem e assim afeta-lo à satisfação do crédito, exclui a posse do devedor sobre ele e predispõe as coisas para que, mediante a alienação em hasta pública, no futuro o próprio domínio seja perdido. Embora em si mesma não altere o direito de propriedade do bem, obviamente a penhora dificulta sobremaneira a sua alienação, na realidade do mercado, reduz-lhe brutalmente o preço.”*¹¹¹

Nessa linha de raciocínio, se toda execução parte de um título executivo, e este traz o privilégio de que a demanda respectiva dependa da garantia do juízo pela constrição sobre bens do devedor, e se a penhora é ato executivo nitidamente prejudicial, pela sua natureza, então, se pensarmos no meio de defesa necessário ao devedor, deve-se concluir pela legitimidade deste em tentar evitá-la, desde logo.

Ora, se a defesa do executado se limitar aos embargos, ele não terá conseguido evitar a penhora, ato prévio à oportunidade de proposição daqueles. O interesse do devedor de evitar a penhora, portanto, não pode prescindir de oportunidade diversa de manifestação nos autos, desde que o faça dentro da permissão legal, ou seja, com tal ato não viole direitos, não procrastine o feito e não promova fraudes ou danos a ninguém.

Por outro lado, em relação ao equilíbrio necessário entre a presunção do título em favor do credor e a defesa esperada do devedor, como bem frisou MEDINA, *“o grau de certeza que ensejou a criação do título executivo, no entanto, determinará, normalmente, em que medida deverá ser tutelado o direito do executado. Pode-se dizer que os meios de ‘defesa’ colocados à disposição do executado variarão de modo inversamente proporcional ao grau de certeza que acompanhou a*

¹¹¹ DINAMARCO, C., *Fundamentos*, vol. II, p. 1199/1200.

concepção legislativa do título: quanto mais 'certo' o direito contido no título, mais limitado o âmbito da cognição que poderá ser realizada nos embargos."¹¹²

A evolução da doutrina acompanhou a evolução dos projetos do legislador, que culminaram com a entrada em vigor das recentes leis reformadoras, em certos pontos trazendo novidades relevantes e até mesmo coincidentes com o mérito deste trabalho.

Em especial, a alteração legislativa que retirou a exigência de segurança do juízo para a interposição de embargos do devedor¹¹³, tornou expressa e vigente uma expectativa longa dos processualistas. Em parte, a doutrina chegou mesmo a identificar tal novidade, em muitos aspectos louvável, devemos admitir, com o encerramento das discussões teóricas sobre a própria existência, ou ao menos interesse, da defesa intraprocessual do executado, o que mais claramente se vê da exposição de motivos feita à proposta da referida lei alteradora, *in verbis*:

"nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá da segurança do juízo, far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) Exceção de Pré-executividade, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa no andamento das execuções."

Mesmo diante da posição evidente do legislador, acompanhada certamente por considerável parcela de doutrinadores, assim como de bons motivos e

¹¹² MEDINA, *Op. Cit.*, p. 175.

¹¹³ Lei n. 11382, de 6.12.2006, alterando, entre outros, o artigo 736 do CPC.

intenções, adiante se demonstra que a via de defesa intraprocessual do executado permanece válida, interessante e a merecer atenção tanto do legislador eventual e futuro, como dos operadores do direito que, fato não incomum, deparam-se com situações em que os embargos, mesmo com sua nova forma, apenas serviriam para complicar o trâmite das execuções, justamente a hipótese que a exposição de motivos entende como indevida.

V.2 - Defesa Intraprocessual e garantia do juízo.

Por muito tempo, como visto, a distinção maior da defesa intraprocessual, em relação à forma usual de defesa, via embargos apartados, não era o fato de ser apresentada nos autos da execução, embora seja a forma usual e esperada, mesmo porque independe da formação dos autos de embargos; a característica principal era a desnecessidade de segurança do juízo (art. 736 CPC), condição legal expressa pra admissão da defesa do devedor pelas formas consagradas na legislação.

Somente agora, com a vigência das recentes leis reformadoras do sistema processual, é que a distinção foi superada, a defesa do executado libertou-se do rigorismo que era previsto pelo nosso ordenamento legal-processual, demonstrando não só uma mudança no entendimento majoritário da doutrina que justificou as alterações legislativas, mas também uma evolução no sistema jurídico como um todo, que culminou em medidas avançadas de admissão de formas variadas de defesa para o devedor.¹¹⁴

¹¹⁴ Neste ponto, mais uma vez se faz mister uma relevante observação: As alterações a que nos referimos (Lei n. 11382/2006), recém-aprovadas, de forma quase concomitante com a apresentação deste trabalho, demandam a leitura deste capítulo, e em especial do seu mote central, com uma prévia noção de que o raciocínio leva em conta tanto o modelo anterior previsto no CPC, de condicionamento dos embargos à prévia garantia do juízo pela penhora ou depósito, quanto a sua nova redação, dada pela lei acima indicada, aqui reputada como resultado de uma evolução normativa que acompanhou aquela outra, sustentada no texto, doutrinária processualista, a qual, por sua vez, procurou-se retratar em capítulos anteriores; desta forma, como demonstrará a conclusão posterior desta dissertação, as novas perspectivas do processo de execução, há algum tempo talhadas pela doutrina, teve na alteração legislativa (inserida no raciocínio do capítulo) não um obstáculo metodológico, mas um respaldo real ao sentido do estudo.

A referida evolução na ciência processual, que partiu do rigor dogmático da aceitação dos embargos como única via admissível de defesa para o executado, como acima já mencionado, para um sistema mais voltado ao resultado e que assimilou paulatina e conjuntamente os esforços da doutrina por um processo mais ágil e moderno, por um lado, e as experiências satisfatórias da jurisprudência, que admitiu como válidas formas de impugnação da execução distintas daquela expressa no Código de Processo Civil, por lado diverso.

A mudança na legislação coroou a mudança da doutrina processualista que, a passos largos, avançou no sentido de conferir ao processo, em geral, e no processo de execução, em particular, a efetividade e dinamismo que há algum tempo lhe era demandado. No que tange à admissão de defesa do executado, independentemente de prévia garantia para o juízo da execução, o questionamento de que se partiu foi: Ao se dispensar a garantia do juízo, estar-se-ia retirando do credor o privilégio que, como parte, lhe assiste o título executivo em seu favor? A conclusão, respaldada pela consagração do entendimento doutrinário e nova redação legislativa a respeito do tema, outra não pode ser do que uma resposta negativa às restrições indagadas.

E primeiro lugar, porque não se estaria privando uma das partes da lide da garantia de igualdade de tratamento (art. 125, I do CPC), mas, isto sim, se procurando obter a economia e celeridade processuais, justamente pela natureza do que se irá discutir na defesa intraprocessual. Assim, não há que se falar em violação de regras ou princípios quando se admite que, intervindo nos autos de execução, está o devedor laborando no interesse do próprio credor, que tem o direito – e assim o quer – de ver resolvidas questões incidentes para que sua execução tenha seguimento, dentro da legalidade e afastados vícios que o possam obstar.

É sabido que a execução de um título confere certo proveito ao autor da demanda, titular do crédito, seja ele judicial, um reconhecimento do Juízo de que tem, a seu favor, um crédito perante o devedor, ou extrajudicial. A obrigação está consubstanciada. O título a representa. Resta, pois, executá-lo, ou seja, realizar faticamente a obrigação contida no título.

Em todo caso, e mormente em casos de títulos extrajudiciais, contudo, a possibilidade de equívoco ou exagero no procedimento que cobra o cumprimento da obrigação pode ser afastado com a defesa do devedor; diz-se mormente em casos de títulos extrajudiciais porque, em caso diverso – título judicial – a obrigação já foi submetida a jurisdição que chancelou o direito buscado pelo credor.

Por outro lado, o direito comparado nos mostra diversas oportunidades para o executado se defender sem necessidade de garantir o juízo, conforme observa LEONARDO GRECO:

“Em poucos países fora do mundo ibero-americano a oposição à execução, equivalente aos nossos embargos do devedor, pressupõe prévia garantia da execução através da penhora ou do depósito. Nos demais sistemas há uma variedade de meios de ataque à execução ou aos atos executórios, que podem ser utilizados com ou sem a garantia da penhora ou do depósito, procurando assegurar sem entraves o exercício da defesa pelo devedor, sem criar estímulos à provocação de incidentes procrastinatórios.”¹¹⁵

Muito bem, então a defesa do devedor, no processo de execução, é limitada, em relação àquela que se lê permite no processo de conhecimento. Assim sendo, para que esse direito a se opor, a defender-se da execução, possa ser exercido, a

¹¹⁵ GRECO, L., *Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal*, artigo da obra coordenada por SHIMURA, S., *Problemas de Processo Judicial Brasileiro*, p. 191, e citado também por ALVIM, Eduardo, *Curso*, p. 211.

lei exige, como condição de que a defesa seja recebida, que o direito do devedor fique desde logo assegurado, para que a discussão e julgamento da matéria de defesa possa ocorrer sem risco de prejuízo.

Em certos casos, a oportunidade do devedor se manifestar no processo de execução é ainda mais evidente, como o é a previsão de efeitos danosos em caso de negativa dessa via de defesa intraprocessual. Tome-se como exemplo os casos de execução fiscal, em que, segundo a lei respectiva (Lei n. 6830/80, art. 8º)¹¹⁶, a suspensão da demanda pelo Estado depende da segurança do Juízo. Ora, mesmo sem previsão expressa, não há como se negar a oportunidade do devedor se opor à execução, previamente à penhora ou depósito, quando a seu favor tem defesa que obsta o seguimento da execução, ou mesmo para requerer a suspensão do processo executivo fiscal antes da penhora, ou ainda para demonstrar a ocorrência, ainda inadvertida no processo, de casos recorrentes em questões tributárias, como imunidade, isenção, remissão, anistia, parcelamento fiscal autorizado, decisões em sede administrativa e casos afins.

À parte que se defende, em uma dessas hipóteses, além da obrigação de informar o juízo na primeira oportunidade da alteração na realidade fática que embasa a pretensão em juízo, deve caber a oportunidade de evitar todo o procedimento executivo fiscal, durante o qual incidem contra si restrições, que podem, em certos casos, até mesmo impedir a continuidade de suas atividades normais (com as empresas que restam serviços públicos e, portanto, precisam de certidões negativas), por meio da demonstração imediata da impossibilidade de seguimento do feito, atuando, nesse caso, em benefício seu e do próprio Estado-credor.

Outra questão surge se considerada a obrigatoriedade de segurança do Juízo para a defesa na execução. Se, para garantia do juízo, há um bem penhorado, e

¹¹⁶ A Lei n. 11382/2006, que alterou a parte do CPC que trata das execuções, não revogou as regras das leis especiais, como a da execução fiscal. Ou as teria derogado tacitamente? Essa indagação, por ora desvinculada do tema específico do capítulo, serve apenas como argumentação.

o devedor logra êxito em seus embargos, a penhora é desfeita; na eventualidade de haver um segundo executado, que se defendeu, ou que o bem pertencesse a outrem (um fiador, por exemplo), este terá conseguido resistir à execução de forma desigual, pois não se lhe exigiu garantia do juízo, mas somente ao devedor que embargou.

Ora, condicionar o exercício de defesa ao prévio depósito ou penhora, formas de garantir que o direito do credor, caso subsista à defesa, fique desde logo garantido, serve para os casos em que o objeto da defesa seja justamente algo que, se procedente, afaste a pretensão executiva da parte adversa e, se improcedente, não comprometa a situação de privilégio do detentor do título executivo, isto é, a presunção de executividade e respectivo procedimento para realizar o direito invocado.

Em qualquer das hipóteses acima anotadas, porém, retira-se de plano a presunção de privilégio da parte detentora do título, por mera demonstração de situação pré-comprovada, não se encontrando lógica em impedir que essas questões sejam desde logo danadas, evitando assim o uso indevido do Judiciário, com riscos de danos às partes, sobretudo àquela que é ré em processo executivo fiscal, com todas as restrições inerentes.

A obrigação, por muito tempo vigente, de garantia do juízo, pela penhora ou depósito, para admissão das defesas do devedor pela via de embargos, poderia mesmo ser entendida como entrave para o exercício pleno do acesso à Justiça, postulado de consenso entre doutrinadores processualistas. Acesso à justiça não somente daqueles que, por interesse ou titularidade, pretendiam se opor ao crédito que lhes era demandado, sem no entanto possuir condições de caucionar a lide para tanto, mas também dos supostos devedores de crédito ou obrigação eivados de fragilidade executiva, o que tornava sobremaneira injusto, não eqüitativo, a participação da parte no processo, para se defender, sendo para isso obrigada a comprometer seu patrimônio, ou parte dele, para promover atos no processo, muitas vezes fadado, *ab initio*, à extinção por falta de requisitos de continuidade.

Na defesa intraprocessual, pois, o devedor apresenta defesa contra questões que comprometem desde logo a execução. As matérias que podem ser objeto da defesa dentro do processo de execução são muito mais restritas que aquelas que se lhe permitem pela via dos embargos. São matérias que, se acatadas, resolvem de plano óbices à própria continuidade do processo executivo, que de outra forma dependeriam de toda uma “volta” processual, um procedimento que apenas complicaria a sistemática, para concluir uma execução viciada desde o início.

Ora, se o devedor apresenta sua oposição à pretensão executiva, apontando vícios que comprometem a própria execução, ou a validade da exigência do título, sua certeza, liquidez e exigibilidade, então é bom, é recomendável, é interessante até mesmo para o credor, que o faça desde logo, para evitar todo o procedimento dos embargos, custosos, que demandam tempo, forma própria e atos prévios (garantia do juízo, prazos cumpridos, termos de penhora e intimações).

Por outro lado, se fosse exigida garantia do juízo para a apresentação de defesa intraprocessual, então estar-se-ia retirando justamente o que lhe torna eficaz e célere, simples e definitiva, pois lhe retiraria o sentido de brevidade e economia processuais. Como anotado acima, o fato de ser proposta nos autos da execução não é o fato mais relevante que caracteriza a pertinência da defesa intraprocessual; é-o justamente a simplicidade de procedimento, tratando de questões sem necessidade de se formar autos porque é desnecessário garantir o juízo.

Enfim, conclui-se que a desnecessidade de se garantir o juízo não compromete a posição privilegiada do credor em um processo executivo, pois este continua a ter a seu favor toda a sistemática de execução, com os atos que lhe são próprios, e o judiciário a lhe conferir coercitividade suficiente para obter seu direito.

V.3 - Matérias alegáveis na Defesa Intraprocessual.

É evidente que o desacatamento das razões da defesa do devedor fazem seguir o curso do processo executivo, conferindo ao credor os meios para expropriar bens e direitos do devedor para satisfazer seu crédito (art. 646 do CPC) ou obrigá-lo a entregar coisa ou cumprir obrigação derivada do título (arts. 621 a 645 do CPC) que subsistiu à oposição daquela sua defesa.

Para que não haja risco, porém, de comprometer justamente o direito do credor, e nem tornar sua efetivação tão difícil de se realizar pela oportunidade de defesa que se dá ao devedor, sem exigir deste, para tanto, que garanta o juízo, claramente se conclui pela necessidade de limitar as matérias possíveis de análise dentro do feito executivo. A defesa intraprocessual, pois, não substitui os embargos, no que tange a matérias que, estas sim, possam comprometer o direito de crédito demandado pelo credor.

Por esse raciocínio, se, em um processo de execução, o devedor interpõe sua defesa nos autos (*intraprocessual*) e nesta matéria é vencido, a exceção prossegue com eventual garantia do juízo e interposição dos embargos, para discussão de outras matérias, estas sim que dependam de instrução e, portanto, de garantia. Por isso é que, nos embargos, não será possível ao devedor renovar a matéria antes apresentada naquela defesa intraprocessual anterior. Por isso é que é questão relevante para a compreensão do tema, a delimitação das matérias que podem ser objeto da defesa intraprocessual.

V.3.1 - Pressupostos processuais e condições da ação.

A regra mais aceita pela doutrina a respeito da defesa intraprocessual, derivada dos precedentes jurisprudenciais que, mesmo antes da

sistematização do instituto e sua aceitação geral, era que aquela somente pode versar sobre aquelas questões de que o juiz pode conhecer de ofício, isto é, a defesa intraprocessual somente pode ser admitida quando trata de questão cognoscível *ex officio* pelo juiz, como pressupostos processuais, condições da ação, vícios de seguimento da ação e condições do próprio título executivo (certeza, liquidez e exigibilidade).

É noção adequada, pois certas questões processuais, se eivam de vícios um processo executivo, podem ser analisadas de ofício pelo juiz, como parte de seu poder- dever de gerenciar pela legalidade do processo, este que é não somente um princípio basilar do processo civil como também é regra expressa da legislação (art. 267 c/c 285 do CPC). Por outro lado, parece lógico que, desde logo, o devedor, que os tenha notado, suscite ao juiz da exceção os óbices à continuidade da execução, como falta de requisitos do título ou pressupostos processuais, de forma a antecipar o julgamento a respeito desses temas, que de outro modo seriam recebidos como *preliminares* dos embargos eventuais.

O autor de uma demanda busca a tutela jurisdicional para obter o amparo do Estado à sua pretensão. Para que possa então recebê-la, a lei torna indispensável que se cumpram certos requisitos prévios ao próprio processo, para que este se realize de modo correto. Tal é a fórmula do direito de ação, que deve ser entendido mais do que ter direito ao processo, mas sim ter direito a que seja recebida sua pretensão em juízo e com ela se processe a forma de satisfazê-la.

É, pois, um conceito dinâmico de ação, como um poder que só é uma realidade efetiva e útil quando concretamente estiverem presentes todos os chamados pressupostos de admissibilidade do provimento de mérito. Mesmo aquele que

tenha ação só terá o efetivo poder de exigir o provimento quando satisfeitos aqueles requisitos, e só então o juiz terá o dever de pronunciá-lo.¹¹⁷

Então, certos pressupostos são essenciais para que o processo siga seu trâmite e, ao final, o Estado-juiz possa emitir o provimento esperado, que, no processo executivo, é a ordem de entrega do bem da vida. Assim é a sistemática dos chamados pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional, que o juiz deve atender antes de analisar o mérito da demanda¹¹⁸. Aliás, a realização regular e ordenada de todos os atos do procedimento constitui mesmo a observância das garantias constitucionais do processo, conforme acima tratado.

Em um processo executivo também incidem os pressupostos de admissibilidade antes da análise do mérito da execução, que é a satisfação do crédito em favor do credor. Assim, para conferir o provimento jurisdicional final da execução, é mister que o juiz analise a presença dos pressupostos, entre os quais a legitimidade, coisa julgada e as condições da ação e regularidade do procedimento; em se tratando de processo de execução, cuja pretensão é justamente efetivar o direito reconhecido por um título executivo, temos que a principal condição da ação é justamente a existência, ou, se esta for incontroversa, a regularidade do título que representa a obrigação que se demanda ao devedor.

Essas questões de que depende o direito ao provimento jurisdicional, que só se concretiza após a satisfação rigorosa dos pressupostos da ação¹¹⁹, portanto, devem ser submetidas à apreciação do juiz antes do seguimento do feito executivo, e, assim sendo, independem de estar a execução segura pela penhora ou depósito, porque, a rigor, a execução só tem início com a presença dos requisitos elencados pela lei (condições da ação), entre os quais, especificamente, a regularidade do título que embasa a pretensão. Portanto, não se vinculam exclusivamente à

¹¹⁷ DINAMARCO, C., *Fundamentos*, vol. I, p. 447.

¹¹⁸ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. II, p. 616.

¹¹⁹ *Idem*, p. 618.

apresentação pelo devedor na via própria dos embargos, cabendo sua apreciação como se deles fosse preliminar, ou seja, é matéria que pode ser apreciada em sede de defesa intraprocessual.

O fundamento lógico-jurídico para tanto, além do argumento explicitado acima - de que não seria interessante às partes ou ao Juízo, que o processo se desenrolasse em várias fases que, depois, diante do julgamento de alguma nulidade, teriam que ser desconsideradas, é também o fato de que o Código de Processo Civil permite que o réu disponha ao Juízo questões preliminares, relativas à correção do procedimento ou do requisito do título que embasa a demanda, para serem desde logo apreciadas, em julgamento que é poder conferido ao juiz, sem que isso caracterize uma via de “defesa” do devedor.

Por sua vez, não se trata de oportunizar duas defesas ao devedor, com dois pedidos, um nos embargos e outro na defesa intraprocessual; mesmo porque o Código de Processo Civil restringe a defesa à formulação de pedidos pela parte requerida, no caso, o executado (art. 294 CPC).

O fato é que, quando o devedor suscita questão dentro do processo de execução, entre aquelas matérias que podem ser recebidas sem garantia do juízo, está, na verdade, requerendo ao juiz que se pronuncie sobre matéria de direito que, de uma forma ou de outra, caberia ao próprio juiz decidir; e o processo não poderia ser resolvido sem tal apreciação pela jurisdição, sob pena de viciar todo o processo; em outras palavras, está pedindo ao juiz que aprecie questão que já deveria ter lhe chamado a atenção, sobre o que, de ofício, já deveria ter se pronunciado.

A respeito, WAMBIER leciona que *“independentemente da propositura de embargos do devedor ou de arguição na própria execução, o juiz tem o*

dever de averiguar a presença dos requisitos para a atuação jurisdicional executiva.”¹²⁰

Ainda sobre o tema, LACERDA dispõe que “*em todo e qualquer processo, seja especial ou acessório, contencioso ou gracioso, surgem problemas de nulidade, de legitimação processual e ad causam, de possibilidade jurídica do pedido, de existência, de interesse. O Código, excetuados os casos em que prevê a transformação do processo especial em ordinário, foi omissivo no tocante ao despacho saneador em outros processos. Nada impede, porém, exerça nestes o juiz a mesma vigilância prévia, em sinal de respeito às regras de economia.*”¹²¹

A forma pela qual o executado apresenta tais questões (se houverem) no processo de execução também não parece muito controversa; se há uma lide instaurada, com autos próprios, e neles se suscitam questões para o juiz, que delas pode conhecer de ofício, então natural é que sejam formuladas por meio de simples petição nos autos. primeiramente, porque no processo de execução, a rigor, não há uma contestação, nem oportunidade para que o réu, uma vez citado, defenda-se, como é no processo de conhecimento; em se tratando de execução, há a intimação para pagar ou, querendo garantir o juízo para então poder se defender.

Também porque tais matérias, que podem inclusive ser objeto de apreciação judicial *ex officio* e, então, não depender de petição alguma, serão sempre suscitadas no corpo do processo executivo e nele decididas, não fazendo sentido que se faça outra autuação ou forma processual distinta para tanto, já que tratam de questões limitadas (condições da ação e do processo, requisitos do título, nulidades).

Assim, parece lógico concluir que, se suscitada dentro de um processo instaurado e autuado, a defesa processual deve ser apresentada em petição

¹²⁰ WAMBIER, Teresa, *Curso Avançado*, p. 46.

¹²¹ LACERDA, Galeno, *Despacho Saneador*, artigo citado por Helena Guimarães, em seu artigo incluído na obra coordenada por SHIMURA, S., *Processo de Execução*, p. 458.

comum. Defende tal noção ARAKEN DE ASSIS, para quem “*nada obstante o meio natural de alegar a ausência de inadimplemento, que é a ação de embargos, o executado poderá fazê-lo, na própria execução, mediante petição avulsa*”.¹²²

E, por meio de petição comum, algumas matérias podem ser argüidas, para que delas o juiz conheça de ofício no bojo da execução. Se pode – e assim deveria – conhecê-las de ofício, é porque o processo de execução, sem terem as mesmas sido sanadas, padeceria de nulidade que obstaria seu regular andamento. Se tais nulidades impedem o seguimento regular do processo, é porque seriam as chamadas nulidades absolutas, que, pelo postulado elementar, são exatamente aquelas que se submetem ao dever do juiz em proclamá-las, anulando o ato, ou mesmo o procedimento integral, seja a pedido da parte, seja *ex officio*, e pode fazê-lo qualquer tempo e grau de jurisdição¹²³.

Portanto, a defesa intraprocessual pode abranger temas diversos como pressupostos processuais de existência, validade da petição inicial, jurisdição confirmada e citação válida (arts. 219 e 263 do CPC); ainda os pressupostos intrínsecos, chamados também de pressupostos “de validade”, como a incapacidade de parte, incompetência absoluta do juízo, pendência de impedimento ou suspeição, ilegitimidade de parte, e extrínsecos, como a ocorrência de coisa julgada, preempção, litispendência, além das já mencionadas condições da ação executiva (ausência ou nulidade de título, pagamento, prescrição etc.), entendendo-se, pela expressão “condições da ação”, as “*categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito*”¹²⁴. No processo de execução, ao invés de uma sentença de mérito, as condições preenchidas acarretam na prática de atos que consumam o direito de crédito invocado.

¹²² ASSIS, Araken, *Comentários*, p. 129.

¹²³ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. II, p. 593.

¹²⁴ ALVIM, Arruda, *Manual*, p. 368.

Como bem anota DINAMARCO, se há matérias que são cognoscíveis pelo juiz *ex officio*, com mais fortes razões há de fazê-lo também quando a parte o requerer.¹²⁵

Sobre o tema, SHIMURA apresenta uma classificação das matérias possíveis de alegação pelo devedor, adequadas a cada via possível de sua defesa, que, pela pertinência e pela forma como sintetiza o consenso doutrinário, é transcrita para ilustrar esta exposição:

“a) matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, isto é, matérias de ordem pública (pressupostos processuais, condições da ação); tais tarefas são arguíveis por meio de objeção de pré-executividade; b) matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória para sua demonstração; podem ser veiculadas pela chamada exceção de pré-executividade; c) matérias que devem ser alegadas pela parte, cuja comprovação exige dilação probatória; nesse caso, mister se faz a oposição dos respectivos embargos do devedor”¹²⁶.

Sendo a Defesa Intraprocessual uma construção doutrinário-jurisprudencial, é certo que o consenso dos autores foi buscar respaldo nos precedentes julgados em tribunais diversos, uma vez que o tema foi pacificado após inúmeros julgados que seguiram uma só tendência de consenso.¹²⁷

Visto, pois, que o devedor pode oferecer, sendo réu, sua defesa contra o processo, alegando um defeito processual da causa, como falta de uma

¹²⁵ DINAMARCO, C., *Op. Cit.*, p. 593.

¹²⁶ SHIMURA, S., *Título Executivo*, p. 70.

¹²⁷ a respeito, conveniente é mencionar este exemplo do entendimento do STJ: “A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinária e jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da liquidez do título.” (AGA 197577/GO)

condição da ação. Essa forma de defesa pode acarretar, até mesmo, na extinção do processo, em casos que, peremptoriamente, a ausência de requisito da ação impede absolutamente o prosseguimento do feito, ou, apenas, na obrigação da parte em regularizar a demanda, sanando o vício para que o julgamento possa ser proferido.

A exigência de que a ação seja proposta atendendo a certas condições não compromete o caráter abstrato desta nem o propósito de instrumentalidade do processo; as condições apenas criam elos necessários entre a ação e a situação de direito material e o sistema como um todo, sem impor a existência do direito como requisito para que o demandante tenha o legítimo poder de ação.¹²⁸

V.3.2 - Exceções materiais e prova da matéria alegada.

Cumpra observar, ainda, que algumas matérias relativamente comuns em defesa de um devedor no processo de execução, inserem-se entre aquelas questões permitidas em sede de defesa intraprocessual, tais como existência de prova de pagamento do título, ou prescrição, ou alguma outra matéria que, mesmo sendo daquelas cognoscíveis de ofício, atingem o mérito da demanda, isto é, acarretam, em caso de procedência da defesa, em extinção com julgamento de mérito da execução.

São as **exceções de direito material**, também chamadas de “exceções substanciais”¹²⁹, ou seja, impugnações ao próprio mérito da demanda executiva, que atacam a impossibilidade de se executar um determinado título não por questões formais do processo ou acessórias do título, que poderiam ser contornadas, mas da própria pretensão de se executar um título. Como exemplo, o pagamento já efetuado e a prescrição.

¹²⁸ DINAMARCO, C., *Execução Civil*, p. 374.

¹²⁹ ARENHART, S., e MARINONI, L., *Manual*, p. 132.

No caso de execução de título judicial, como houve previamente processo de conhecimento e, presume-se, foram cumpridas as fases de modo a ter conferido ao réu todas as oportunidades de defesa, e ainda pela regra do artigo 162 do Código de Processo Civil, a dispor que a prescrição deve ser alegada na primeira oportunidade possível, então se conclui que, caso a prescrição tenha sido matéria alegada anteriormente (no processo de conhecimento), porém refutada, ou ainda tenha sido ignorada, deixada de mencionar, não seria nos embargos admissíveis (art. 736 do CPC) que o devedor teria a oportunidade de suscitá-la.

Em outras palavras, se em sede de embargos à execução de título judicial o devedor não pode alegar a prescrição, que deveria ter sido matéria analisada em fase anterior, tampouco na defesa intraprocessual pode o executado alegá-la, eis que é momento processual posterior à fase de cognição. A exceção é o caso de a prescrição ser determinada como “superveniente” à sentença que constituiu o título executivo judicial.

Por sua vez, em caso de execução de título extrajudicial, em que não houve prévio processo de conhecimento a gerar o título exequendo, não se pode impedir o réu de alegar a prescrição, mesmo em via diversa de sua oportunidade de embargos, mais especificamente na defesa intraprocessual.

Cabe ainda indagação sobre a apresentação da matéria de defesa intraprocessual, uma vez que demanda evidência a afastar a inaceitável necessidade de instrução. A alegação da defesa deve ser demonstrada, comprovada, desde logo, e por quais formas é que interessa aos seguintes escólios.

É possível alegar, na defesa intraprocessual, como exposto, discussão acerca dos pressupostos da ação, como já mencionado.

O artigo 618, I, do CPC fala da nulidade da execução, se o título não for líquido, certo e exigível. Nesse aspecto, alguns autores, como ARRUDA ALVIM, entendem que a falta desses requisitos não significa propriamente nulidade, mas verdadeira carência de ação executiva, por ausência de interesse processual, cabendo a aplicação, junto com o dispositivo acima, também da norma do artigo 267, VI, do mesmo Código.¹³⁰

Assim, se há divergência sobre a existência, na execução, de um mérito a ser apreciado, não há na conclusão de que, nela, há pedido e, para que seja apreciado, é necessário juízo sobre as condições da ação; o que seria o “mérito” da execução, pois, não dependeria de decisão por sentença, como o é no conhecimento, mas de atos praticados de consumação da satisfação do crédito que é objeto daquela execução.

Quanto aos limites do conteúdo da defesa intraprocessual, já se expôs que não deve ser admitida quando o combate formulado pelo devedor dependa de dilação probatória, ou matérias que dependam de atos seguidos e complexos de contraditório. Ao contrário, se houver matéria da qual se prescindia da produção de provas, ela deve ser acatada.

No entanto, outra questão surge de tal assertiva, a saber: Quais as provas que seriam hábeis para instruir uma defesa intraprocessual, suficientes para que fosse apreciada, prescindindo de outras provas? Até que ponto se pode admitir, colacionadas junto com a peça de defesa no bojo da execução, provas que, por si só, sejam suficientes para o intuito da defesa? Em outras palavras, a partir de quais elementos poder-se-ia definir que as provas precisariam ser aprofundadas, ou, no termo usual, seria necessária a dilação probatória?

¹³⁰ SHIMURA, S., (coord.), op. cit., p. 216.

É sabido que a produção de provas é ato do processo estritamente ligado ao direito de defesa; mais, ao direito constitucional da ampla defesa; na definição de DINAMARCO, “*é o conjunto de oportunidades oferecida à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento*”¹³¹. Como equilibrar, então, a singeleza do instituto da defesa intraprocessual com o direito do devedor em provar, pelos meios legais, seus argumentos de defesa, mesmo que estes digam respeito a questões cognoscíveis de ofício, ou elementares a ponto de poderem ser alegadas – e, assim, provadas – sem a necessidade dos embargos?

Com efeito, algumas das matérias alegáveis na defesa intraprocessual, que por sua evidência ou facilidade em apuração torna desnecessário, como visto, o oferecimento de defesa vinculada à garantia do juízo (embargos), podem precisar, para serem recebidas pelo juiz e apreciadas regularmente para corroborar a defesa suscitada, de esclarecimento. Não se pode cogitar que esse esclarecimento dependa de dilação, isto é, que para a consolidação da prova seja necessária instrução, pelos motivos vistos acima; porém, um documento escrito, ou pré-existente em outro processo, por exemplo, copiado ou não, pode servir de comprovação do fato alegado como defesa, que impeça o seguimento da execução.

Neste caso, desconsiderando a hipótese da necessidade de instruir a execução, o que não se admite na lei processual nem na doutrina da instrumentalidade das formas que justifica a defesa no bojo da execução, é plausível que o juiz, antes de decidir pelo recebimento, ou superação, da defesa intraprocessual, pode ouvir a parte adversa ou determinar que seja obtida a via cabível do documento escrito (cópia ou certidão de outro processo, por exemplo).

Se a defesa intraprocessual visa provar a nulidade da execução, por exemplo, pode acabar sendo necessário ao devedor juntar, com a peça da defesa,

¹³¹ DINAMARCO, C., *Instituições*, vol. III, p. 46/47.

algum documento que demonstre o fato alegado; esse documento, como prova, será admitido desde que, por si, só, demonstre ao juiz, de forma inequívoca, que a execução é realmente nula por esta ou aquela razão; não terá condão de corroborar a defesa intraprocessual porém, se apenas remeter a algum outro documento, apresentar mero indício ou ainda dependa da apresentação de outra prova mais elaborada, como por exemplo, confirmação, por testemunha, da autenticidade do documento, sendo então somente admitida na via dos embargos, este intentado com ou sem garantia do Juízo.

Desta forma, conclui-se que somente uma prova pré-constituída e colacionada à peça apresentada pelo devedor é admissível de apresentação com a defesa intraprocessual e para corroborar esta última. No mais das vezes, então, para ter sido previamente constituída, deverá ter sido produzida anteriormente à defesa, ou consistir em fato ou ato que possa ter sido reduzido a termo; tratar-se-ia de prova documental, ou redução a termo de prova emprestada.

V.4 - Oportunidade de interposição.

Questão relevante que decorre das assertivas anteriores é a oportunidade da intervenção do réu no processo de execução, por meio de defesa intraprocessual. A dúvida que surge é que, sendo via de defesa que suscita questão cognoscível de ofício, pode ser argüida a qualquer tempo, no decorrer do processo de execução, ou, segundo querem fazer crer alguns autores, deve ser argüida na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, pois, como toda defesa, e sujeita aos prazos de lei para apresentação.

Ora, a via de defesa usual e prevista na legislação processual, para o devedor, em processo de execução, alegar as matérias de seu interesse, são os

embargos do devedor. E os embargos serão propostos, se assim o quiser o devedor, no prazo de quinze dias após sua citação no processo de execução (artigo 738 do CPC¹³²).

Ilustremos o raciocínio com o seguinte exemplo. Se, antes da oportunidade de interposição dos embargos, porém, fosse notada alguma questão processual que pudesse obstar o andamento da execução, e o juiz a conhecesse de ofício (nulidade do título, por exemplo), o credor poderia retificar o título e remanejar o pedido de execução, corrigindo o problema apontado pelo juiz. A decisão judicial que determinou a correção do requisito para a execução, contudo, não afetaria a oportunidade processual da defesa de mérito do devedor (embargos), quando esta lhe for oportunizada.

Ora, se a defesa intraprocessual deve ser interposta justamente para que sejam apreciadas tais espécies de matéria, aquelas que o juiz pode conhecer de ofício, então não haveria porque impedir que, com ou sem defesa no bojo da execução, haja oportunidade para interposição dos embargos de devedor.

Então, conclui-se que a defesa intraprocessual deve ser apresentada, logicamente, antes da oportunidade de interposição de embargos, pois, caso contrário, perderá seu sentido, que é simplificar, aproveitar fases e evitar discussões desnecessárias; Sem mencionar que os embargos, como ação autônoma e sujeito aos requisitos de processo de conhecimento, por aplicação analógica (art. 598 do CPC), deverá conter um pedido que englobe todos os argumentos do devedor para não se submeter à execução.

Além disso, se o devedor deixa de suscitar alguma matéria, nos embargos interpostos, intencionalmente ou não, então essa matéria terá sido superada, isto é, terá precluído a oportunidade do devedor alegá-la, salvo se, anteriormente, tiver sido conhecida de ofício pelo juiz, porque, por disposição legal, após a interposição,

¹³² Com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11382/2006.

nada mais poderá ser inserido na defesa, sob pena de se caracterizar alteração de pedido (art. 294 do CPC). Por isso a defesa intraprocessual, que trate dessa mesma matéria, deve ser apresentada antes dos embargos.

Por sua vez, antes da citação do devedor, este não terá ainda intervindo no processo de execução. Mormente se for o caso de execução de título extrajudicial, ainda não submetida ao juízo. Contudo, conforme autoriza o CPC (art. 214, p. 1º), o réu pode comparecer espontaneamente em juízo, suprimindo assim qualquer necessidade de citação posterior, e suprimindo também qualquer vício neste ato que possa ser alegado pela parte adversa. Assim, ao tomar conhecimento da demanda que contra si se formou em juízo, o devedor pode comparecer em juízo apresentar sua defesa.

Durante a vigência da redação anterior do artigo 736 do Código de Processo Civil, que condicionava o recebimento dos embargos à prévia garantia do juízo, período no qual a doutrina se firmou no entendimento de aceitação da defesa intraprocessual do devedor, ainda outro argumento servia de respaldo para determinar a oportunidade de sua apresentação. É que, se a defesa do devedor fosse apresentada pela via dos embargos, então ainda antes de sua defesa o devedor deveria garantir o juízo, sob pena dela não ser recebida. Então, se desejasse comparecer espontaneamente ao processo, sem necessidade de citação, deveria fazê-lo, desde logo nomeando bem à penhora (art 652 do CPC).

Por sua vez, se a defesa que o executado pretendesse apresentar fosse intraprocessual, contudo, poderia comparecer ao juízo com simples petição apresentando suas razões e as questões que pretende submeter a decisão judicial. Neste caso contudo, estaria intervindo espontaneamente e, com ou sem acatamento de sua defesa, teria já suprimido a necessidade de citação, pelo mesmo raciocínio e aplicação do artigo 214 do CPC.

Assim, se o devedor comparece aos autos de execução, com ou sem citação, e apresenta defesa intraprocessual, a lide da execução está instaurada, independentemente do juiz acatar ou rejeitar sua defesa. Se a acatar, de qualquer forma o problema estaria resolvido, pois nesse caso a execução não teria mesmo condições de prosseguimento e a defesa intraprocessual teria cumprido seu papel, com a possível extinção da execução. Caso, porém, compareça espontaneamente aos autos mas sua defesa seja afastada, não haverá necessidade de promover o ato de citação do devedor para, querendo, opor embargos à execução ou nomear bens a penhora, pois terá suprido, com seu comparecimento espontâneo, qualquer necessidade ou vício na chamada da parte ao processo.

Por outro lado, diante das normas aplicáveis, é fácil concluir que todas as matérias que o devedor puder incluir em sua defesa intraprocessual devem ser alegadas apenas uma vez, na mesma oportunidade.

De fato, pois é na oportunidade de defesa que o réu deve apresentar todas as alegações que lhe são possíveis, como diz a regra geral do artigo 300 do CPC. No caso de execução, valem as limitações quanto à matéria passível de exame em sede de defesa intraprocessual. Se opta por oferecer defesa dentro dos autos de execução, é nesta oportunidade que deve suscitar todas as questões que ali possam ser decididas, pelo mesmo princípio.

De outra forma não poderia ser, pois, se a cada item que pudesse obstar o seguimento da execução, dentre as várias hipóteses (falta de requisitos da execução e do título, pagamento, prescrição), a cada nulidade apontada, fosse possível ao devedor opor uma defesa, então além de se eternizar o procedimento, estar-se-ia privilegiando uma parte em detrimento da outra, o credor, que por sinal é quem tem a presunção do crédito, até prova em contrário.

Da mesma forma que o réu não pode apresentar defesa em mais de uma oportunidade, em processo de conhecimento, não pode apresentar mais de uma defesa intraprocessual na execução. A exceção, claro, é a hipótese acima já tratada, de que, uma vez vencido na sua alegação defensiva, pode ainda se valer dos embargos, com ou sem a segurança do juízo e desde que neles não repita as matérias analisadas anteriormente pelo juiz no bojo da execução.

Enfim, pelos argumentos acima, conclui-se que, entre o momento em que toma ciência do processo de execução que contra si é movido, até o prazo de interposição dos embargos como previsto por lei (art. 738 do CPC), a qualquer tempo o devedor poderá apresentar petição nos autos de execução, com matéria cognoscível de ofício, constituindo com isso sua defesa intraprocessual, desde que o faça apenas uma vez para argüir cada fundamento. Neste caso, por fim, alega-se a aplicação, por analogia, dos artigos 808, p. único e 471, *caput*, cumulados com 598, todos do Código de Processo Civil.

De qualquer forma, uma vez interposta a defesa intraprocessual, para atender à garantia constitucional de contraditório, deve-se admitir manifestações opostas das partes, de forma breve, no seio da execução, no sentido de permitir ao autor da demanda (exeqüente) ser ouvido a respeito, antes da pronúncia de decisão pelo juiz, que tanto pode superar o argumento de defesa, quanto encerrar a execução.

Com efeito, se a justificação legal da possibilidade de defesa intraprocessual na execução leva em conta os princípios do contraditório e ampla defesa, devem também valer em relação ao autor da demanda (exeqüente), o qual, na verdade, tem a prerrogativa da presunção de certeza de seu crédito que demanda, pela própria natureza do processo executivo.

Essa noção é ilustrada mais claramente pelo exemplo seguinte: se a defesa intraprocessual e interposta para atacar as condições da ação executiva, estaria

se valendo da permissão legal do artigo 301 do Código de Processo Civil, e diante da iniciativa, aplicam-se, também, os seus artigos 326 e 327, que permite ao autor manifestar-se sobre os elementos suscitados.

Por outro lado, se o pedido da inicial dos embargos à execução deve atender aos requisitos previstos de sua adequação (art. 286 do CPC), também a defesa intraprocessual, que intervém no andamento de processo executivo, deve seguir algumas regras de interposição. Já foi exposto acima que a apresentação da defesa intraprocessual pode ser feita através de petição comum ao juízo da execução, dentro dos autos já em trâmite; também deve ser completa e vir acompanhada dos documentos essenciais ao conhecimento de seu conteúdo (art. 616 do CPC).

Assim, como visto, se pela aplicação de normas infraconstitucionais, sobretudo as do Código de Processo Civil, encontra-se respaldo para a admissão da defesa sem garantia, no bojo da execução, as mesmas regras, em contrapartida, determinam a coerência e o devido processo legal aplicado, que deve ser atendido.

V.5 - Decisão e recursos.

Passemos a analisar um aspecto relevante e interessante trazido à tona pela admissão da defesa intraprocessual. Sendo via de defesa, é passível de reconhecimento e, neste caso, de aceitação para julgamento imediato. Ora, se dela decorre uma decisão, interlocutória de indeferimento, que determina o seguimento da execução, ou mesmo terminativa, de extinção da execução, em caso de acatamento das razões da defesa, então essa decisão é recorrível, por força do artigo 795 do CPC e pelo princípio (até o momento mantido em nosso sistema legal) do duplo grau de jurisdição.

O Código de Processo Civil prevê que das decisões interlocutórias caberá agravo (art 522) e da sentença caberá apelação (art. 513), regras que não deixam de ser a posituação do princípio aceito do duplo grau de jurisdição. Como já tratado neste trabalho, mesmo admitindo que o duplo grau de jurisdição não fosse alçado a categoria de princípio constitucional do processo, é ainda assim uma norma presente no ordenamento e cujo cabimento não se pode recusar.

Por outro lado, é certo que, se uma via de defesa dentro do processo é afastada, estamos diante de uma decisão interlocutória; caso o devedor submeta ao juiz uma questão incidente, por meio de defesa intraprocessual, mas não obtenha provimento, porque o juiz se convence, ouvida ou não a outra parte, de que a execução possui, sim, os requisitos formais e o título esta em ordem, e determina o seguimento da execução, com atos de penhora, então tal decisão não põe fim ao processo. E, se não o faz, não é sentença, conforme exposto no artigo 162, p. 1º do CPC.¹³³

Por outro lado, se o juiz acata as razões expostas na defesa intraprocessual e, de consequencia, declarando que a execução padece de vício (nulidade, falta de requisitos etc.), então extingue a execução, em decisão terminativa. Desta decisão, pois, cabe recurso de apelação (art. 513 CPC), pela parte vencida, isto é, o credor.

Muito bem, admitido que a decisão que julga a defesa intraprocessual é recorrível, e definidos quais os recursos cabíveis, algumas questões surgem para análise.

Em primeiro lugar, parece-nos claro que, via de regra, não pode ter a defesa intraprocessual o condão de suspender a execução. A suspensão da execução

¹³³ Mesmo a nova redação dada ao referido artigo 162, p. 1º do CPC aplica-se ao caso, com a nova definição de sentença; a decisão que julga a defesa intraprocessual não é terminativa nem encerra o ofício jurisdicional na instância julgadora, por isso é interlocutória e, assim, agravável (art. 522 CPC)

deve ser determinada, senão pela lei, ao menos pelo arbítrio do juiz diante da situação concreta. Em princípio, pois, não poderia uma petição interposta nos autos da execução suspende-la, eis que não constitui meio de defesa própria, como os embargos, estes sim um meio com previsão legal de suspensão da execução.

Na prática, contudo, a apresentação de defesa intraprocessual traz óbice ao seguimento da execução, ou ao menos a certos atos praticados no curso do processo. Com efeito, se houver discussão acerca dos requisitos de exigibilidade do título, por mais que não haja suspensão no feito executivo, qualquer ato de constrição ou visando expropriação de bens não poderá surtir efeito, sob pena de comprometer o julgamento da própria defesa interposta.

Por outro lado, a suspensão do processo é efeito que tem determinados atos específicos de defesa, geralmente com expressa previsão legal. Tal suspensão, como bem anotado por MALACHINI¹³⁴, decorre não da mera interposição da defesa, mas sim do seu recebimento pelo juiz da execução, isto é, depende de autorização judicial de procedimento para que produza efeitos, entre os quais estaria o suspensivo da execução.

Ora, vimos que a defesa intraprocessual é apresentada por petição dentro dos autos de execução, e seu simples protocolo não deve ter o condão de produzir efeitos por si só; depende de ser recebida pelo juiz, que deve analisar se tal defesa preenche os requisitos necessários ao seu recebimento e processamento, como acima vistos, que são, entre outros, a matéria adequada (congnoscível de ofício), a inexistência de nulidade, a interposição com interesse e adequação do pedido (art. 286 do CPC) e fundamentação adequada, além da evidência do vício que se aponta à execução.

¹³⁴ MAMACHINI, E., *Comentários*, p. 362.

De fato, como visto anteriormente, a defesa intraprocessual não pode trazer à execução matéria de mérito que depende da instrução, nem indício de prova que dependa de dilação probatória, sendo tais matérias privativas de defesa pela via legal dos embargos de devedor.

Então, obter, com a interposição de defesa intraprocessual, efeito de suspender a execução, é ato que dependerá da ocorrência de duas questões: em primeiro lugar, pedido expresso do executado que assim se defende, pois ao juiz não deve competir o poder de suspender uma execução, sem pedido para tanto e sem previsão legal expressa, quando a defesa é feita sem garantia do juízo, sob pena de se virem feridos os artigos 128 e 460 da lei processual.

Feito o pedido na defesa e preenchendo elas os requisitos de admissibilidade (pedido adequado, por exemplo), então caberá ao juiz deferir ou não o pedido de suspensão da execução, atentando ao caso concreto, à fase do processo de execução e aos riscos envolvidos. Tal medida de suspensão da execução, portanto, teria caráter excepcional, e seria admitido apenas em caso demonstrado de provável dano iminente, como aqueles que permitem o recebimento com efeito suspensivo similar, de agravo de instrumento e dos próprios embargos (art. 527, III CPC).

Por fim, dentro deste tema, cabe analisar a posição de parte da doutrina que entende ser cabível a oposição, pelo executado que teve sua defesa intraprocessual rejeitada, de ação impugnativa autônoma para combater a referida decisão, além da previsão recursal.

Embora de princípio não possamos imaginar o interesse da parte que, demandada em ação de execução, tendo rejeitadas suas razões de defesa intraprocessual, prefira não recorrer e tentar a via autônoma de uma ação para ver reapreciadas as questões que nela inserira, a possibilidade de sua ocorrência é suficiente para despertar o interesse, ao menos acadêmico, do tema.

Como já analisado neste trabalho, e tendo por base a obra de MALACHINI, ao executado se reservam outras formas de impugnação da execução, além dos embargos, e mesmo em casos nos quais este, por alguma razão, deixou de oferecê-los. São as possibilidades de ações autônomas para o executado que não embargou¹³⁵.

Apesar de hipóteses extraordinárias, de cabimento restrito, é admissível que o executado que apresentou defesa intraprocessual, mas nela foi vencido porque o juiz a refutou, determinando o seguimento da execução, tenha a seu dispor outras formas de combater a execução que lhe parece indevida, mediante ações autônomas.

Por exemplo, seria cabível opor uma ação rescisória em face da sentença que julgou pelo encerramento da execução, quando preenchidos os requisitos legais para seu cabimento, na forma do artigo 485 do CPC.

Por outro lado, se a decisão encerra a execução com base em matéria suscitada em defesa intraprocessual, o fez então por questão alheia ao mérito da execução, uma vez que este somente poderia ser defendido pelo executado em sede de embargos. Ora, se foram questões procedimentais ou preliminares de seguimento da ação que foram apreciadas na sentença, então o conteúdo respectivo não faz coisa julgada material. Assim, em tese seria possível renovar a pretensão de mérito, coberta por outros requisitos e sanada a questão que lhe custou o encerramento anterior.

Ocorre que certas matérias de ordem pública, apreciadas após a defesa intraprocessual, podem acarretar na declaração de inexigibilidade do crédito demandado, contra o que, em casos de flagrante ilegalidade, seria cabível o combate pela via da ação rescisória, hipótese nem tanto incomum que já foi objeto de julgamento

¹³⁵ Vide capítulo IV, item IV.2.2, neste trabalho.

por nossos tribunais. A questão ainda não foi pacificada pela jurisprudência e é passível de controvérsia, apesar dos precedentes contrários que foram prolatados pelas cortes superiores¹³⁶

Pode-se, enfim, cogitar na via excepcional do Mandado de Segurança para atacar decisão que julga defesa intraprocessual, quando apontada anômala, incabível ou teratológica, causando violação de direito que, no entender do recorrente, seja líquido e certo e ignorado na decisão que se combate.

V.6 - Efeitos da interposição e respectiva decisão.

A propósito dos efeitos que a interposição de defesa intraprocessual, ou o recurso que se interpõe da decisão judicial que a analisa, acarreta na execução em curso, suspendendo-o ou não, deve-se levar em conta que o instituto não tem previsão legal expressa, mas constitui construção doutrinário-jurisprudencial, razão pela qual as hipóteses previstas da lei processual não devem servir ao tema mais do que os estudos teóricos a respeito, ou a experiência das decisões prolatadas em nossos tribunais.

Parcela da doutrina, entre a qual está o entendimento de ARAKEN DE ASSIS, sustenta que a defesa intraprocessual não tem efeito suspensivo para a execução, pois somente uma expressa disposição legal teria o condão de suspender a execução, e o CPC apenas expressa tal efeito quando menciona a ocorrência dos embargos, e ainda assim antes da vigência da recente lei reformadora (lei n.

¹³⁶ Cita-se como exemplo o julgado do STJ, RESP 15622/SP, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, com a seguinte ementa: “*Processual Civil. Execução Fiscal. Validade do processo através de ação. Impossibilidade. O processo de execução, depois de declarado extinto, por sentença com trânsito em julgado, não pode ser anulado mediante ação ordinária. A desconstituição do processo executório (incluída a da sentença que o extinguiu), ainda que nulidade tenha existido no seu caso, se torna juridicamente possível, pela via da ação “rescisória” (artigo 485, V, do Código de Processo civil). Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos.*”

11382/2006); sendo a defesa nos autos da execução de uma natureza diversa, assim como sua matéria alegada, então não e poderia avarar em seu efeito suspensivo.

Outros autores, porém, defendem que a defesa intraprocessual suspenderia a execução, seja justamente por não ser prevista expressamente em lei, o que faria descaber para o instituto, pois, as limitações da lei processual, seja por um argumento prático: de que adiantaria ao executado tentar evitar a execução, a penhora ou a necessidade de embargos, por via admitida pelo ordenamento jurídico, se tal possibilidade não acarretasse na suspensão da execução? Os efeitos que se queria evitar acabarão se produzindo, sem a suspensão do feito, e toda a natureza e objetivo da defesa intraprocessual perderia sentido.

Ora, no caso de prolação de uma decisão que afasta a defesa intraprocessual, continuando a execução, sendo o recurso cabível o agravo, a conclusão é simples, pois a sistemática do Código de Processo Civil dispõe com precisão a ausência de efeito suspensivo a tal recurso, à exceção dos casos devidos à discricionariedade do relator que o recebe, diante de requisitos como evidente risco de dano de difícil reparação (art. 527, inciso III, ou 558), com regulação precisa de seu trâmite de julgamento.¹³⁷

Salvo a clara hipótese de ter sido decidida em audiência, quando a interposição de agravo será, então, sempre pela via retida, o agravante - no caso o devedor que teve sua defesa rejeitada, terá de optar pela forma retida ou por instrumento. Pelas particularidades do caso, a conclusão que se chega tende a aceitar o agravo por instrumento, pela aplicação da regra do artigo 527, inciso II, do CPC, pois é evidente que de nada adiantaria um agravo na forma retida da decisão denegatória da defesa intraprocessual, pois, quando da remessa ao tribunal do recurso de outra decisão,

¹³⁷ Quanto a este tema, há de ser observado que, diante da nova sistemática do agravo, com as recentes alterações no CPC (lei n. 11232/2005, que alterou a redação do artigo 522 do CPC), resta a dúvida se o agravo da decisão que rejeita a EPE deve ser interposto por meio de instrumento ou na forma retida, que para ser sanada depende ainda da análise acurada da doutrina.

provavelmente aquela que julgou os embargos, então de nada terá valido aquela defesa anterior, que tentou abreviar o curso da execução suscitando questão que poria óbice a seu seguimento. Ora, se o processo teve seguimento, e houve necessidade de se interpor embargos, para que, da respectiva decisão, houvesse possibilidade de recurso, de plano se observa a perda do uso e sentido prático e lógico da defesa no bojo da execução.

Assim, é forçoso concluir que, da decisão que rejeita a defesa intraprocessual apresentada pelo executado, cabe recurso de agravo, por instrumento, por se tratar de questão interlocutória com grave risco de dano, caso não seja apreciada, em sede recursal, antes do final da execução ou da interposição de embargos.

Ora, como os embargos devem ser propostos no prazo de quinze dias a contar da citação do devedor (artigo 738 do CPC), então de nada adiantaria o agravo ser interposto após essa data, sendo que, se a defesa intraprocessual seria o meio de se evitar justamente os embargos e estes acabaram por ser interpostos para atender ao prazo legal, então o julgamento daquele agravo terá sido prejudicado.

Por isso, analisando caso a caso, caberá ao relator do agravo decidir se, nas proximidades do termo final do prazo para os embargos, e se a defesa intraprocessual pode evitá-los, deve ser julgada antes daquele prazo; daí a relevância da análise cautelosa das razões de recurso, com explanação de tais particularidades, para saber se é caso de concessão de efeito suspensivo.

Isto porque, em caso de provimento do agravo, se as razões da defesa intraprocessual forem admitidas no tribunal, a consequência lógica será a extinção da execução e da obrigação que lhe deu origem, e então todos os atos praticados após a decisão agravada terão sido inúteis; em outras palavras, a execução não pode continuar sem que antes haja decisão em definitivo sobre a matéria suscitada na defesa intraprocessual.

Por fim, cumpre frisar que, se não há orientação legal expressa para a admissão de recurso em caso de defesa intraprocessual, há referências na legislação que fazem concluir que o agravo que trata do instituto deve ser recebido na forma de instrumento. Com efeito, por analogia, decidindo sobre o artigo 542, parágrafo 3º, do CPC que regula a interposição de recurso especial e que prevê também que este ficará retido nos autos se interposto contra decisão que julga questão interlocutória, os tribunais superiores já pacificaram entendimento de que não se fará retenção do recurso especial – ao contrário, dar-se a seguimento ao mesmo imediatamente, quando se tratar de decisão proferida em processo de execução. A mesma lógica deve ser aplicada a nosso tema em foco, em atenção ainda ao artigo 527, inciso III, do CPC, com a nova redação que lhe deu recente alteração legislativa (pela Lei n. 11187/2005).

V.7 - Litisconsórcio na Defesa Intraprocessual.

Passamos a analisar a hipótese de litisconsórcio no processo de execução e as particularidades de sua ocorrência em caso de apresentação, pelo executado, de defesa intraprocessual.

É sabido que se admite litisconsórcio em processo de execução, e que, em relação a este, assim como no processo de conhecimento, cada litisconsorte é parte principal, inexistindo, entre si, subordinação, tendo por objetivo resolver, em um único processo, duas ou mais situações da vida, para obter harmonia de julgamento.

O que torna o litisconsórcio admissível, então, é a conexão, isto é, a relação de semelhança entre as pretensões das partes, mesmo que existentes no mesmo pólo da relação jurídica que origina a lide. Além da afinidade das questões, a comunhão de obrigações perante um fato jurídico é elemento para formação e admissão do litisconsórcio, e neste ponto a obrigação assumida e reconhecida como comum a

duas ou mais pessoas torna possível a existência de uma execução perante as partes reconhecidas como tais¹³⁸.

Mais do que possível, é comum a execução correr em face de mais de um devedor, em razão de solidariedade pela dívida contraída, expressa no título, judicial ou extrajudicial, como por exemplo os cônjuges, ou o devedor principal e seu avalista, em caso de título de crédito.

Em caso de execução de título judicial, se houve condenação de dois ou mais devedores ao cumprimento da obrigação representada pelo título, é porque a ação de conhecimento tramitou com litisconsórcio passivo, e o mesmo litisconsórcio permanece na fase de execução.

O litisconsórcio na execução pode ser tanto originário, como no caso acima, quanto superveniente, como por exemplo no caso da sucessão no pólo passivo da demanda executiva, do devedor que falece a seus herdeiros. Ainda poder-se-ia estabelecer outra forma de “classificação” do litisconsórcio em processo de execução, como facultativo ou necessário. Seria facultativo no caso em que o credor tem a opção de escolha entre vários devedores solidários, e seria necessário, em casos muito específicos como concurso geral de credores, ou demanda movida em face de sócios de empresa dissolvida¹³⁹. É esse, por exemplo, o entendimento de ARAKEN DE ASSIS, para quem seria (com razão) difícil conceber a necessidade de participação de todos os credores pleiteando diante de todos os devedores comuns.¹⁴⁰

Embora a pluralidade de partes não signifique uma pluralidade de processos, mesmo quando os litisconsortes não comunguem da mesma sorte pela solução do litígio, em um processo de execução, se há dois ou mais devedores, então é

¹³⁸ DINAMARCO, *Instituições*, vol. II, p. 335.

¹³⁹ WAMBIER, Teresa, *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 98.

¹⁴⁰ ASSIS, Araken, *Manual*, p. 207.

admissível que haja duas ou mais defesas, uma manejada por cada um dos devedores, pois cada um deles pode ter sua própria defesa particular.

A lei processual enuncia que os litisconsortes são considerados litigantes distintos, e que os atos e omissões de um deles não pode alterar os praticados pelo outro (artigo 48 do CPC). É a indicação de uma certa autonomia entre os litisconsortes, para que cada um intervenha no processo segundo suas próprias disposições, da forma que se lhe aprouver, com os elementos, inclusive provas, de que dispuser. É claro que, em muitos casos, a sorte de um litisconsorte estará inexoravelmente ligada à do outro, pelo que muito da referida autonomia é sobrepujada pela comunhão de interesses e destinos dos litisconsortes, quando da solução da demanda.

É desta maneira que o próprio código processual admite exceções, com a redação do mesmo seu artigo 48 permitindo distinções, quando houver disposição legal expressa em sentido contrário. Para tomarmos como exemplo, cite-se o caso do cônjuge que, mesmo sendo litigante distinto, tem que se submeter aos efeitos da sentença de anulação de casamento junto com o réu, seu litisconsorte. Portanto, o sistema legal do processo de execução defere ao devedor, ou aos devedores, um prazo para comparecer ao processo, defendendo-se e, querendo, pagar a dívida que lhes é imposta. Por conclusão lógica, se um dos devedores resolve pagar a dívida, a execução perde o objeto e, assim, a todos os eventuais co-devedores aproveita.

A hipótese existe porque a defesa de um devedor pode não ser exatamente a mesma que cabe a um outro. É o caso, por exemplo, de um devedor apontado indevidamente como devedor solidário, em razão, digamos, de um aval que na verdade é inexistente. O devedor principal pode se opor à dívida ou ao título, mas ao devedor solidário cabe a arguição de ilegitimidade para figurar na execução, já que, a realidade, não é avalista ou co-responsável por aquela dívida. Sua defesa, então, pode

versar somente sobre este tópico, deixando a arguição de título, valor e demais combate para o real devedor.

Por outro lado, a lei processual prevê que um ou mais dos devedores incluídos na execução promovam defesa pela via de embargos, obedecidas as condições para tanto (art. 745 do CPC). Com efeito, já há algum tempo, antes da admissão legal da interposição de embargos sem garantia do juízo, sedimentou-se entendimento de que, se o juízo está garantido pela penhora feita sobre um bem de propriedade de um dos devedores, o outro ou outros teriam legitimidade para opor embargos, com base naquela constrição que garante toda a dívida.

Tomemos como hipótese a execução movida contra dois devedores solidários (cônjuges ou avalista e signatário de título de crédito). Se ambos optaram pela defesa na forma dos embargos, desde que tenham sido para tanto regularmente citados e até mesmo intimados de que um bem, que pode ter sido nomeado por um deles, foi penhorado, ou mesmo hajam dois bens, um de cada devedor garantindo a dívida, então abre-se-lhes oportunidade para embargarem, no prazo legal (art. 738, p. 1º, do CPC).

Desde que a matéria alegada em um dos embargos não seja mera repetição da matéria alegada no outro, os dois embargos podem ser recebidos e, nesse caso, suspenderão a execução, até sua final decisão. Se os dois forem procedentes, então a execução será extinta, não importando muito, na prática, qual dos dois embargos foi justamente o crucial para o julgamento.

Se um dos embargos é rejeitado liminarmente, por não preencher os requisitos de admissão (por exemplo, preparo, matéria adequada, ou mesmo falha formal), então a execução, mesmo que não houvesse sido suspensa, ainda aguardaria a decisão da segunda defesa, os embargos do outro devedor, e a sorte da execução

depararia do julgamento de procedência ou não do pedido destes embargos (art. 740 do CPC).

Por outro lado, se dos dois devedores apenas um se defende e, com ou sem garantia do juízo, apresenta embargos, a sorte do devedor que não embargou dependerá do julgamento dos embargos do outro; caso procedente, a execução será extinta e assim o resultado se lhe aproveita; caso rejeitados, seguirá a execução contra os dois, o que embargou e o que não embargou, este tendo perdido a oportunidade de defesa que a lei lhe apresentou.

As conclusões parecem muito claras se o exemplo tomado é a defesa pela via normal dos embargos, mas algumas dúvidas podem surgir se um dos devedores apresenta defesa intraprocessual e o outro, apenas embargos, ou ainda, se um deles se defende somente com embargos e o outro, com embargos posteriores à defesa intraprocessual.

Como já exposto em momento anterior deste trabalho, a conclusão da doutrina a respeito da defesa intraprocessual é que a decisão de interpô-la não afeta o procedimento legal da defesa pela via dos embargos. Conclusão a que se chega pelo raciocínio de que, se não há matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, passíveis de análise dentro do processo de execução, deve o caso seguir com a intimação para eventuais embargos.

Também foi exposta a questão da natureza jurídica de defesa, por simples pedido nos autos de execução, que tem o referido instituto, razão pela qual a ele devem ser aplicadas as regras gerais da apresentação de defesa e inclusive de oposição à execução (artigos 475-L e 736 do CPC)

Destarte, por cotejo lógico-jurídico, fundamentado em regras processuais aplicáveis, não haveria óbice à proposição de uma via de defesa para cada

um dos executados, mesmo porque a cada um deles poderiam caber alguns argumentos particulares de defesa, como é o caso do exemplo, já mencionado, do devedor principal e do apontado como solidário por um aval que não existe; este pode reduzir sua defesa apenas à legitimidade de parte.

Portanto se conclui que o que vale para os embargos, vale também para a outra forma de defesa do executado como sustentado neste trabalho, a intraprocessual. Se há dois ou mais executados, pode haver duas ou mais defesas intraprocessuais, uma independente da outra.

Como também já discorrido acima, também não se pode admitir, ao menos em princípio, que a defesa intraprocessual suspenda o curso da execução, mesmo porque lhe falta previsão legal; ademais, a execução continuaria de qualquer forma, mesmo com sua interposição, quanto à parte não embargada (art. 739-A, p. 3º do CPC).

Então, se um dos executados apresenta defesa intraprocessual e o outro não o faz, contra este último a execução seguiria, com atos de penhora e intimações, para ele correndo o prazo de defesa, salvo, é claro, se houver decisão contrária expressa do juiz, em decisão que tenha proferido ao receber a defesa intraprocessual do outro devedor.

Ora, por sua vez o artigo 738, p. 1º do CPC, regra recente, dispõe que, em casos de litisconsórcio passivo, o prazo para se defender, ou, no caso, interpor embargos, começa a contar, para cada devedor, da juntada aos autos do respectivo mandado de citação. Por isso, é forçoso concluir que o prazo para embargos, do executado que, a tempo e modo, apresentou defesa intraprocessual, mesmo sem suspensão da execução, começará a contar a partir da data da intimação de que sua defesa intraprocessual não foi acatada; se houver outro devedor, este teria, também,

determinado prazo conferido para embargar, a partir de sua respectiva citação, inobstante a defesa manejada por outro.

Por outro lado, se um devedor apresenta defesa intraprocessual, não poderá, nos eventuais embargos que opuser posteriormente, repetir as matérias nela já julgadas; se a execução tem dois devedores e um deles se defende dentro da execução, se esta for rejeitada pelo juiz, então não poderá, certamente, repetir tais matérias nos embargos que, eventualmente, interpuser; o outro devedor, que não apresentou defesa intraprocessual, terá à sua disposição, também, a via dos embargos, e pode optar por opô-los em separado, com impugnações diversas da do outro devedor.

Poderá, no entanto, aduzir em seus embargos as matérias que foram julgadas na defesa intraprocessual do outro devedor? A princípio a resposta parece ser afirmativa, pois as defesas são independentes e, desde que cumpridos os requisitos de admissibilidade dos embargos e as matérias deste sejam aquelas permitidas por lei (art. 745 do CPC), então ele pode argüir toda a matéria de defesa que lhe favoreça (ou espere favorecer).

Ocorre que, por serem matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, aquelas questões que haviam sido suscitadas pelo outro devedor dentro da execução e foram julgadas, valem para o seguimento da execução com um todo, pela qual o segundo devedor é também responsável. Então, a decisão da defesa intraprocessual de um dos executados forçosamente deve aproveitar ao outro devedor.

Cumprido frisar que, da decisão que rejeita a objeção interposta no bojo da execução, por um dos devedores, cabe recurso, como visto em item anterior deste trabalho. Assim sendo, e pela regra do artigo 509 do CPC, o litisconsorte interessado e sobre o qual recaem os efeitos daquela decisão – no caso, a rejeição das matérias da defesa intraprocessual – tem interesse e legitimidade para recorrer. Assim, mesmo não se defendendo intraprocessualmente, pode o executado recorrer da decisão

que rejeitou os argumentos da defesa do outro co-réu. Por isso, não se pode admitir que, além dessa via legal de impugnação da execução, ainda tenha a faculdade de argumentar as mesmas matérias da defesa intraprocessual proposta e rejeitada, passível de recuso, mais uma vez, em seus embargos.

Tomemos como exemplo o credor detentor de um cheque, portanto de um título executivo extrajudicial, firmado por um titular de conta corrente conjunta com seu cônjuge. Aquele inicia a execução contra os dois titulares da conta corrente respectiva, pois a obrigação origina-se da ordem de pagamento dada para que o valor correspondente saia da referida conta conjunta. O co-titular da conta, responsável por ela, pode apresentar sua defesa alegando que, não tendo assinado o cheque, é isenta da responsabilidade pela demanda judicial que se funda no título, pois a obrigação do pagamento daquela quantia foi assumida apenas pelo cônjuge signatário do título. Estaria, desta forma, seja qual for o resultado de sua arguição, defendendo-se com base na sua ilegitimidade passiva, obstando o seguimento da execução em relação a si, mesmo que, quanto ao mérito – pagamento do cheque – não tenha se manifestado.

Por fim, nesta aventada hipótese, se o suposto devedor solidário, em sua defesa, alega que o litisconsórcio formado no pólo passivo ocorreu de modo irregular e, por isso, não se lhe deve imputar a responsabilidade pela obrigação do título, pondo em cheque a legitimidade para litigar em tal causa, suscita discussão acerca de pressuposto processual de validade e continuidade da execução; assim, sendo matéria que lhe condiciona a validade e seguimento, é questão que o juiz deve conhecer de imediato, pois, reconhecida a ilegitimidade da parte em figurar em um dos pólos do processo (no mais comum dos casos, como devedor), este, quanto àquele reconhecido ilegítimo, não poderá prosperar; daí porque a legitimidade de parte, e o próprio litisconsórcio, é matéria alegável na defesa intraprocessual.

V.8 - Preclusão da matéria alegável na Defesa Intraprocessual.

Visto que o presente estudo sobre o cabimento e as formas da defesa intraprocessual trata da relação e efeitos com a via usual de defesa do executado, que são os embargos de devedor, e levando-se em conta a possibilidade, já demonstrada acima, da ocorrência de ambas as formas de defesa no mesmo caso de ação executiva, decorre naturalmente a indagação se o devedor, que tenha apresentado defesa intraprocessual, poderá, ou não, a tempo e modo, opor-se à execução, também pela via dos embargos. Em outras palavras, é mister esclarecer se haverá preclusão da matéria que não foi suscitada na defesa intraprocessual, caso tenha sido ofertada pelo devedor, mas tenha sido rejeitada pelo juiz, e com seguinte oferecimento de embargos.

Como já exposto, admite-se a defesa intraprocessual quando nela o devedor suscita matéria que pode ser, ou poderia ter sido, conhecida de ofício pelo juiz. Há, então, uma limitação no conteúdo da defesa apresentada no bojo do processo de execução; restringe-se a questões cognoscíveis de ofício, e questões meritórias que independam de prova ou instrução, além de não suspender o curso da execução, salvo hipóteses de evidente, demonstrado, e expressamente requerido risco de dano.

Tais matérias, caso houvessem sido conhecidas de ofício pelo juiz, antes mesmo da oportunidade do devedor se manifestar, não iriam obstar, evidentemente, seu direito a interpor embargos, sob pena de lhe cercear a defesa, constitucionalmente garantida. Ora, se o juiz conhece de certas questões apresentadas em defesa intraprocessual, atendendo a provocação do devedor, mas tratando de matérias de interesse do próprio juízo, então está prestando atividade jurisdicional, mas não esgotando a defesa do devedor. Está decidindo sobre as questões suscitadas, que podem influir no seguimento da execução, mas não está julgando o mérito da defesa do devedor. Então, a princípio e por esses argumentos, o devedor pode ofertar defesa intraprocessual e, mais adiante, caso esta venha a ser rejeitada, terá a oportunidade de apresentar nova via de defesa. Em outras palavras, a defesa intraprocessual não pode obstar o futuro e eventual oferecimento de embargos.

Esse raciocínio leva a outro, não menos relevante, que é a impossibilidade do devedor repetir, em sede de embargos, a matéria antes ofertada como defesa dentro do processo de execução, sob pena de repetição de julgamento e verdadeiro óbice ao seguimento da execução.

Com efeito, qualquer matéria de defesa que não possa ser objeto de defesa intraprocessual, como as que demandam instrução, dilação probatória ou aquelas que não seriam conhecidas de ofício pelo juiz, como questionamentos de mérito sobre a execução, não pode ser afastada, nem sequer recebida pelo Juízo, também sob pena de se ver cerceada a defesa do devedor, vedado pela nossa Constituição.

Assim, como a defesa intraprocessual tem objeto mais limitado do que os embargos, conclui-se que estes devem tratar de todas as matérias que não foram, ou não puderam ser, inseridas naquela defesa antes interposta.

Sim, pois a intenção do devedor ao apresentar sua defesa no bojo da execução é justamente ver julgadas questões formais, de ofício, de ordem pública ou indicar exceções de direito material como impedimento da continuidade da execução, sem necessidade de garantir o juízo e esperando ver encerrada a execução por reconhecimento de tais vícios. Uma vez que seus argumentos foram rejeitados e a execução teve seguimento, então caberá ainda a oportunidade de defesa, pela via expressa no CPC, que são os embargos, desde que cumpridos seus requisitos formais de conhecimento.¹⁴¹

Para ilustrar o raciocínio, é necessário imaginar o caminho inverso, isto é, a responsabilização do devedor que, tendo à sua disposição a via da

¹⁴¹ Na nova sistemática do Código de Processo Civil reformado (sobretudo pela Lei n. 11232/2005), a “impugnação” do devedor ao título e à execução, apesar dos novos termos e prazos, manteve, de modo geral, as mesmas características dos embargos anteriormente regulados e, portanto, para ela vale o mesmo raciocínio do texto.

defesa intraprocessual, mais célere e simples, para suscitar questões de ofício e nulidades, mas deixou de fazê-lo porque preferiu a interposição de embargos, já que, além das tais questões, possuía outras que demandavam instrução.

Assim, por exemplo, se o devedor poderia ter encerado a demanda antes, na defesa intraprocessual, diante de uma nulidade cognoscível de ofício, mas não o fez, preferindo esperar os embargos, em que expôs como preliminar a matéria de ordem pública, causando com isso somente delongas e prejuízo às partes, ao credor e ao judiciário, ele teria prestado um desserviço ao sistema processual e ao Judiciário, sem mencionar o credor. Dependendo do caso, poderia mesmo ser imputado, pelo credor ou outrem, como litigante de má-fé, na forma do artigo 17, inciso IV, do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO VI.

VI.1 - O juiz e a decisão sobre a Defesa Intraprocessual.

Como procuramos demonstrar no presente trabalho, o princípio indeclinável e consagrado constitucionalmente, do devido processo legal, encontra, sim, aspecto relevante na procura de formas mais ágeis de realização da jurisdição, com objetivo de conferir maior efetividade ao processo civil, e especialmente no processo de execução.

Da mesma forma, o estudo e aprimoramento das garantias de defesa da parte litigante, levando-se em conta os escopos reconhecidos da jurisdição moderna, e sobretudo do réu em processo de execução, ao contrário da impressão de que acarretaria em indesejável fortalecimento de obstáculos à referida realização do direito, reconhecido pela tutela jurisdicional, constitui meio hábil à modernização e aprimoramento do processo, na medida que define prioridades no sistema processual, consolida noções e conceitos a auxiliar o procedimento, evita desgastes no ordenamento e na estrutura do poder judiciário e, enfim, contribui para o estabelecimento de um processo de execução efetivo.

No caso específico da defesa intraprocessual, sua análise e aperfeiçoamento não corresponde à idéia de se estar conferindo uma oportunidade “extra” para o devedor se opor à execução e, como efeito indireto, procrastinar a defesa de mérito - os embargos. Ao contrário, a precisão dos conceitos permite que o processo executivo tramite com agilidade, em várias de suas fases, evitando justamente, nos casos típicos, uma demora na solução do processo, que acarretaria um dispensável trâmite de embargos formais para dirimir questões mais simples e admissíveis no curso da própria execução.

A lei processual determina ao juiz que fiscalize atentamente a ocorrência de irregularidades processuais e que sane as que puder, entre as quais a

ausência de condições para a ação ter seguimento, cuja consequência é a extinção do pleito (artigo 267, 4º, CPC). Porém, mesmo diante da objetividade expressa da legislação processual, o juiz tem o dever de zelar pela correção do processo submetido à jurisdição, da qual é representante.

De qualquer forma, algumas questões subjetivas que surgem no processo não poderiam ser alcançadas por consenso preciso, mesmo se as formas de defesa do executado, além da defesa pela via dos embargos, fossem objeto de positivação, como aliás ocorre com diversos institutos legais, submetidos a naturais variações da casuística.

Na defesa intraprocessual, mesmo se definidos os limites de seu cabimento e conteúdo, ainda haverá margem para discussão subjetiva, como saber se determinada arguição é ou não questão examinável de ofício pelo juiz, ou prescinde de dilação probatória.

Para apreciação da defesa intraprocessual, seu cabimento, seus limites e pertinência, no caso concreto, como não há previsão legal expressa desse instituto na legislação, será necessária uma análise acurada das condições de sua admissibilidade, atinando às regras gerais que balizam a execução, em relação ao executado, à experiência que se pode aproveitar dos precedentes e coerência na interpretação das matérias alegadas e controversas na causa.

É certo que o juiz participa com sua decisão da construção da norma que incidirá no caso concreto. ARAGÃO afirma nesse sentido, que *“o juiz faz papel de legislador toda vez em que depara com ausência de norma legislada.”*¹⁴²

Ainda nesse mesmo sentido, BAPTISTA afirma que a atividade de aplicação da lei pelo juiz, ao invés da impressão de automatismo diante da norma posta,

¹⁴² ARAGÃO, Egas, *Comentários*, vol. II, p. 395.

implica em uma função diversa, criadora do direito, pois concretiza a formulação genérica que é o preceito legal, para adequá-lo ao caso que julga.¹⁴³

Derivado mesmo da ocorrência incontestada do princípio do contraditório na execução, o juiz a conduz por meio dos atos que preside, em uma fase de instrução que contém aqueles atos (penhora, avaliação, hasta pública) que preparam o provimento final, ou seja, a satisfação do crédito do credor. Instruir não se confunde com provar, diz a doutrina; instruir é preparar.¹⁴⁴

Ora, ao juiz caberá o papel de dirimir questões obscuras, uma vez que lhe forem apresentadas as razões, em especial as do devedor, para saber se a execução poderá ter seguimento e qual a sua forma, dependente ou não de garantia do juízo, pois, à falta de regras claras e precisas sobre o tema, para dirimir questões práticas, como a definição das matérias alegáveis em defesa, será mister apreciar o caso concreto com razoabilidade e proporcionalidade.

Desta forma se justifica o papel do juiz na admissão – e na prolação de decisão respectiva – da defesa intraprocessual, para evitar atos desnecessários na condução do processo, pois nada há que justifique impor uma constrição (penhora ou depósito) quando se discute a existência ou a validade do título, sem o qual, a rigor, não se pode levar a cabo nenhuma constrição.

Enfim, como na conclusão de ARRUDA ALVIM, *“não se pode, todavia, estabelecer uma fórmula exata e absolutamente clara que permita distinguir ambas as hipóteses com precisão matemática. O que se nos afigura mais correto é, à luz desses mesmos critérios e valores, analisar caso a caso, decidindo pela viabilidade do manejo da defesa na própria execução ou não (o que, repita-se, é hipótese possível*

¹⁴³ BAPTISTA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, p. 20.

¹⁴⁴ LIEBMAN, E., *Manuale di diritto processuale civile*, in DINAMARCO, *Execução Civil*, p. 166.

,mas excepcional, sob pena de se descaracterizar o processo de execução enquanto tal) ”¹⁴⁵

VI.2 - As disposições do CPC e as alterações legislativas.

Tomando por base as disposições já constantes na legislação processual, é possível antever as tendências de ampliação das formas acatadas de defesa do executado, além da via usual dos embargos, atuando a lei processual, nesse caso, como permissivo para que o tema se desenvolva e, amparados por previsão legal expressa, sirvam para ampliar as formas de atuação no processo executivo, pelo devedor ou por outra parte, visando o aprimoramento das formas.

De início, há de se lembrar a regra do artigo 618, I, do CPC, que aduz que a execução é nula se o título executivo não for líquido, certo e exigível. Justamente pela aplicação de tal artigo se conclui que, se a execução for nula por falta desses requisitos no título demandado, então seria demasiado exigir que transcorresse toda a via dos embargos para depois se anular a execução, que bem poderia ser impedida desde logo, se o óbice for argüido dentro do processo de execução. Assim, estaria aí presente, ainda que velada, uma permissão do texto legal para a defesa intraprocessual do devedor.

Da mesma forma observa-se um semelhante permissivo pelo teor do artigo 586 do CPC, que obriga a ação executiva de crédito fundar-se em título líquido, certo e exigível, embora silencie em relação à forma de defesa para argüir tal questão.

Por outro lado, o artigo 598 da lei processual determina que, ao processo de execução, sejam aplicadas subsidiariamente as normas do processo de

¹⁴⁵ ALVIM, Arruda, *Exceção de pré-executividade*, in SHIMURA, S. (coord.), *Processo de Execução*, p. 224.

conhecimento, o que, a contento, preenche aquele silêncio da regra específica; ora, no processo de conhecimento cabe defesa ao réu para demonstrar a ausência de condições da ação, que é gênero da espécie da falta de certeza e liquidez do título.

Ora, se a norma processual específica silencia, então devem ser aplicadas as normas gerais do processo de conhecimento, ainda mais quando, em outro artigo, o 745, o CPC delimita as matérias alegáveis pelo devedor em sede de embargos; fora desta enumeração expressa, outras matérias devem caber a outras formas de defesa, amparadas pelas normas do processo cognitivo e aplicadas, pela via permissiva do artigo 598, ao processo executivo.

De fato, a matéria que trata das condições da ação é estranha ao rol enumerado das matérias alegáveis em embargos (art. 745 CPC), para tanto podendo ser observada pelo cotejo deste último com o artigo 301 do mesmo *codex*; é matéria a ser tratada, pois, em defesa do réu, dentro da ação que se lhe move, o que, no caso, é a ação executiva. Justifica-se assim, pois, mais uma vez, a admissão da defesa intraprocessual pela aplicação sistemática dos permissivos legais já existentes na lei processual.

Ainda é necessário tratar da defesa que alega a coisa julgada, diante da precisão necessária ao termo, dentro de um processo de execução. Se, na ação executiva, não há propriamente uma coisa julgada, pois não haveria sentença de mérito que julgou alguma coisa, não significa dizer que a execução não deve acarretar em um *bis in idem*; não há julgamento, na execução, que possa gerar a coisa julgada material, mas há a realização do direito invocado, de modo que há impedimento para a propositura de ação executiva com os mesmos fins da anterior, o mesmo crédito, o mesmo objeto.

Por sua vez, o caso pode ser bem ilustrado pelo exemplo da previsão legislativa de apresentação, pela parte vencida, em sede recursal, de razões ainda não apreciadas no juízo, o que encontra amparo na redação do artigo 517 do CPC.

Esta norma dispõe justamente que a parte recorrente pode suscitar, em apelação, questões de fato não apreciadas no juízo da causa, desde que não o tenha feito anteriormente por força maior.

Em estudo acurado sobre o tema, ARENHART¹⁴⁶ demonstra, a partir da regra do referido artigo 517 CPC e levando em conta as conclusões que, a respeito, havia exposto Barbosa Moreira, que o legislador deixou aberta a possibilidade de defesa em sede recursal, dependendo da conotação que se fizer da expressão “força maior” no texto legal.

Essa expressão, segundo o eminente autor, pode ser entendida como a existência de fato superveniente à última oportunidade que a parte teve de se manifestar nos autos, no juízo *a quo*, ou a ignorância do fato pela parte que por ele se interessa, ou ainda a impossibilidade de ter argüido a questão, por circunstância alheia à sua vontade, no momento oportuno da defesa no juízo da causa.

De qualquer forma, observa-se que, a rigor, é possível ao réu, e ao executado, mais especificamente, arguir matéria de defesa em sede recursal, ou mesmo diante do juiz da causa, em momento situado entre o fim da instrução e a prolação da decisão, desde que o caso concreto se enquadre no permissivo legal supracitado.

Se o conhecimento da matéria, antes ignorada ou decorrente de fato novo, pode ser argüido perante o juiz da causa, seja pela via de defesa intraprocessual, seja por intervenção oportuna, na forma do artigo 462 do CPC, então é de se admitir a possibilidade de sua argüição antes da prolação da sentença no processo executivo, em hipótese fundada no mesmo artigo legal que o permite fazer diante do tribunal *ad quem*.

¹⁴⁶ ARENHART, S., artigo da obra *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*, coordenada por WAMBIER, Teresa, p. 992.

Então, conclui-se pela possibilidade de a defesa do devedor ser apresentada em sede recursal, desde que, como já exposto, sua defesa contenha matéria apenas conhecida pela parte após o momento oportuno de defesa usual, seja ela intraprocessual, seja nos embargos á execução, ou ainda decorra de fato novo, acontecido após aquela oportunidade de defesa e, por isso, impossível de lá ter sido alegado.

Portanto, as formas de defesa do executado estendem-se muito além dos embargos. Como visto, além dessa via usual e da defesa intraprocessual, ele pode servir-se do reexame da questão em sede recursal, e nesta oportunidade pode argüir fatos novos ou que lhe eram desconhecidos anteriormente; pode, de outro modo, servir-se de ações autônomas para desconstituir o título ou a obrigação, como acima fora tratado, e ainda lhe caberia, em certas hipóteses, rescindir a sentença que consolidou a obrigação executiva por meio de ação rescisória, desde que, neste caso, ocorra uma das hipóteses legais do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Embora a conveniência de interposição de uma ou outra via dependa das particularidades do caso, e já se tenha discutido a pertinência de acatar-se uma ação autônoma anulatória, para atacar o título objeto da disputa, quando ao devedor é ofertado o caminho recursal, a possibilidade de argüição de matéria não apreciada e, ainda, ação rescisória. A possibilidade, contudo, persiste, e assim o interesse acadêmico na exposição da hipótese e conclusão a respeito.

Em caso análogo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal há muito já julgou nesse mesmo sentido, aduzindo que a ação autônoma seria desnecessária, quando a desconstituição do título ou da obrigação pode ser aventada em sede recursal, caso ainda não transitada em julgado, ou, em caso contrário, ação rescisória.¹⁴⁷

¹⁴⁷ STF, RE 87171/RS, com a seguinte ementa: “*Transação. Sua anulação com base em vício da vontade pode ser postulada no mesmo processo e mediante apelação contra a sentença homologatória. Recurso Extraordinário conhecido e provido.*”

Necessário frisar, ainda, o cabimento da regra do artigo 620 do CPC, pois, se a execução deve processar-se de modo menos gravoso ao devedor, então a ele devem ser permitidas vias de defesa não vedadas pelo ordenamento jurídico, ou seja, defesa no bojo da execução, diante da aplicação dos artigos acima explicados.

De qualquer modo, o relevante é que, como exposto nas linhas acima, a legislação torna possível ao devedor defender-se, mesmo com matéria ainda inédita na causa, em sede recursal, mesmo nos casos em que não houve embargos de sua parte, e em alternativa à defesa intraprocessual.

O cuidado necessário é que se evite – e mesmo se afaste por decisão judicial ou norma expressa – a repetição indevida de argumentos em uma sucessão de meios de defesa, limitando, a cada uma das vias oportunizadas ao devedor, as matérias alegáveis, ocorrendo, para cada fase, uma preclusão que impeça a demora no curso do processo pelos incidentes causados pelas defesas repetitivas.

Sustenta ARENHART, em seu já citado estudo sobre o tema¹⁴⁸, que esse objetivo de evitar delongas no processo é atingido, se bem observados os efeitos da definição legal de caminhos diversos e precisos para o devedor se defender, evitando conflitos de competência, entre ações conexas sobre a mesma causa, pela redução das vias de defesa aos mesmos autos ou em autos apensos; eliminando também trâmite simultâneo de duas ou mais ações com o mesmo objeto, uma buscando anular a outra e, sobretudo, o efeito maior de equilibrar as oportunidades de alegação das partes, para que o feito executivo siga sem ser interrompido, quando a oportunidade de combatê-lo puder ser feita de forma autônoma e evitando que o credor aguarde o trâmite de ações variadas para a definição da causa que lhe assiste.

Por outro lado, ainda cumpre frisar que a legislação extravagante também apresenta permissivos legais a justificar a defesa pela via da defesa

¹⁴⁸ ARENHART, S., *Op. Cit.*, p. 1001.

intraprocessual, compostos de normas resultantes da aplicação análoga de artigos cuja interpretação evoluiu no sentido de lhe conferir maior amplitude, como é o caso do Código Tributário Nacional, que, em seu artigo 204, parágrafo único, já afirmava que o devedor poderia se opor à presunção legal de certeza e liquidez da certidão da dívida inscrita, se para tanto apresentasse prova inequívoca. Em cotejo com as conclusões doutrinárias sobre o cabimento da defesa intraprocessual, observa-se similaridade considerável.

Portanto, mesmo em execução fiscal, o devedor teria, em seu favor, para combater a execução que reputa indevida, a via da defesa intraprocessual, desde que atendidos os requisitos de sua admissão, como acima tratado, e desde que a matéria argüida se incluía naquelas admitidas sem a necessidade de garantia do juízo, como condições da ação, nulidade do título, pressupostos processuais e, em especial, vícios no processo administrativo que culminou na formação da dívida inscrita.

Frisa-se, pois, que essa amplitude de meios de defesa ao executado de modo algum visa garantir-lhe meios de procrastinar o feito, mas, ao contrário, oferecer vias práticas de impugnação das demandas executivas, adequadas à resolução definitiva e célere do processo, buscando, dentre as possibilidades de expor suas razões, a que mais lhe beneficie sem comprometer o seguimento do feito executivo, agindo, pois, nesse aspecto, também no interesse do credor, que evita a repetição de argumentos e a sucessão indevida de impugnações.

VI.3 - Perspectivas de utilização do instituto.

Com a aprovação, promulgação e entrada em vigor das leis recentes de reforma do Código de Processo Civil, alguns grandes avanços, há muito reclamados e há tempos consentido pelos estudos doutrinários, passaram a ter força

legal, não dependendo mais somente de aplicação pelo juiz com base em precedentes de frágil valor em disputas legalistas nos casos concretos.

Entre muitos outros, um ponto relevante da nova reforma processual está na assimilação da noção de que a sentença deve obrigar o réu vencido, desde logo, a cumprir o que nela está disposto (condenação), conferindo à sentença, mais do que uma eficácia condenatória, também uma eficácia executiva, *ex lege*, o que ficou expresso no novo artigo 475-J do CPC.

Assim, mais uma vez um consenso doutrinário, que em alguma escala já vinha sendo usado isoladamente, como jurisprudência, foi consagrado pela positivação e agora constitui norma, com toda a sua força cogente, sempre no sentido unívoco da doutrina de que ao processo civil é preciso conferir efetividade.

Alguns autores já tratam da questão da alteração legislativa a respeito da defesa do devedor na execução, sobretudo em relação aos efeitos que os embargos do devedor causa sobre o curso do processo de execução.

De novo pautada pela busca da efetividade do processo, essa tendência veio ganhando adesões pelo fato de simplificar alguns ritos do processo de execução e eliminar discussões a respeito de institutos ou normas legais de interpretação dissonante.

Desta forma, após uma evolução de entendimentos doutrinários, respaldados pela experiência jurisprudencial, o legislador determinou expressamente as novas regras para o processo de execução e respectiva defesa, o que, mais claramente, se observa na recente entrada em vigor da Lei n. 11382/2006, que alterou substancialmente as regras de processamento da execução e dos embargos.

Ao contrário de eventual primeira impressão, porém, uma tal alteração na lei processual, com novidades consideráveis, entre as quais o avanço que deixa de impor, como obrigação, a penhora prévia como condição de admissão de defesa do executado, há tempos já era matéria explanada em opiniões e artigos variados.¹⁴⁹

Ainda, a admissão dos embargos do devedor sem efeito suspensivo, outra novidade expressa em lei, medida que coroa estudos acurados de autores desde longa data, é a que permite ao credor a agilidade necessária no seguimento da execução, com todos os atos, embora se garanta ao devedor, concomitantemente, seu direito à defesa por vias diversas, com alguns aprimoramentos que não se pode deixar de notar.

Decerto, pois, ambas as alterações se combinam e tem origem comum; a eliminação do efeito suspensivo dos embargos do devedor afasta a rigidez do princípio da necessidade de garantia do juízo para sua interposição, porque, se os embargos forem ou não propostos, não haverá interrupção nos atos da execução, com busca de bens para constrição e atos de penhora, avaliação etc. Até muito recentemente, a suspensão da execução não poderia prescindir de prévia garantia, a tutelar o caso de os embargos serem julgados improcedentes, havendo possibilidade da execução seguir sem que o tempo gasto reverta em dano irreparável ao credor.

A continuidade dos atos do processo de execução, independentemente se, em paralelo, tramitam embargos que em nada suspendem a execução, afasta tal receio. Somente em caso de procedência dos embargos, então, é que haveria reflexo no curso da ação executiva. Neste ponto, contudo, a defesa do devedor teria sido acatada e a certeza do título, embasador da execução, comprometida, razão pela qual a discussão não mais teria necessidade de curso célere.

¹⁴⁹ Como exemplo, MEDINA, G., REPRO 107/98.

Por outro lado, as ações autônomas do devedor podem muito bem ser cumuladas com os embargos, em seus pedidos, matéria e forma, reduzindo assim os casos de processos conexos, simplificando o procedimento, reduzindo tempo e custo, e ainda evitando prolongamentos por vias recursais em ações conexas, o que pode afetar o andamento da execução.

Observe-se, ainda, o caso da inovação, inserida pela lei n. 11232/2005, na legislação processual, ao incluir um parágrafo único no artigo 741 do CPC, em que foi criada uma nova espécie de embargos de devedor em execução contra a Fazenda Pública, fundada em título executivo judicial. Sua redação dispõe que *“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 Constituição Federal”*.

O novo texto legal inova ao dispor expressamente uma matéria alegável em embargos de devedor, sendo que o sentido da norma é uma condição do título judicial que, a rigor, é anterior à sua formalização, pois teria sido formado após decisão judicial que, na verdade, é passível de impugnação por inconstitucionalidade, sob várias formas e, portanto, compromete a validade e mesmo a própria existência do título.

É relevante também porque demonstra que o reformador do CPC segue a tendência de flexibilização, já antes anunciada nas reformas anteriores, das hipóteses de títulos executivos e das formas de sua inexigibilidade; mais além, não limita a possibilidade da discussão, pelo devedor, da inexigibilidade do título já declarado inconstitucional pelo STF, mas também em casos em que o título se funda em lei ou ato normativo, que foram aplicados em interpretação de constitucionalidade já refutados pela Corte Suprema. Ou seja, pelas vias de controle de constitucionalidade, a partir da vigência da lei reformada, é possível atacar um título executivo e sua exigibilidade.

Evidente, pois, o caráter inovador da norma, que assimila as tendências da ciência processual e promete ainda maiores avanços, de modo a conferir às execuções entre particulares também a aplicação do tema, quando e se o devedor se opuser à execução sob o argumento de que o título padece de vício porque a decisão que o formou (título judicial) foi declarado inconstitucional, ou ainda foi entendida pelo STF como contrária à Constituição, a interpretação dada à lei que embasou a decisão formadora daquele título.

Sem embargo do interesse despertado pela norma recente, é mister observar a relação da reforma legislativa com o tema central deste trabalho, a defesa intraprocessual, diante das diversas hipóteses de cabimento que se descortinam com a redação atual dos dispositivos legais. De fato, vários dos fundamentos que o devedor pode fazer constar em sua defesa pela via dos embargos, podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, dentro da legalidade e dos princípios balizadores do sistema processual vigente, como acima já tratado. Por isso, admite-se que sejam suscitados pelo devedor dentro do processo de execução. Estaria, então, a inovação do parágrafo único do artigo 741 entre tais matérias?

Em elaborado artigo sobre o tema, TALAMINI¹⁵⁰ discorre que, para poder ser alegada intraprocessualmente, a defesa do devedor deve tratar de matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício (como a teoria pacífica acima dissertada). Assim, a inexigibilidade do título, sobretudo em questões fiscais (como é o caso de incidência da referida norma inovadora), seria uma daquelas matérias possíveis de análise no bojo da execução. O autor conclui que, se houvera se operado a coisa julgada em relação ao título posto em dúvida, a complexidade da discussão sobre a perda de sua exigibilidade por declaração de inconstitucionalidade demandaria instrução e, por isso, não prescindiria dos embargos.

¹⁵⁰ TALAMINI, Eduardo, REPRO 106/38.

Ora, se a norma do art. 741, p. único, do CPC, aduz que é possível ao devedor opor-se à execução por ser o título judicial inexigível, por vícios decorrentes de sua inconstitucionalidade, seria então matéria incluída nas hipóteses admitidas que dispensam a oposição de embargos e garantia do juízo, entende-se ser caso de defesa intraprocessual do devedor, observados os seus requisitos pacíficos.

Em outras palavras, somente quando a inexigibilidade do título for questão evidente, cognoscível de ofício, pode ser argüida no processo de execução, dispensando embargos. Se a alegação de defesa por inconstitucionalidade depender de prova, instrução, demonstração complexa ou, ainda, se o título atacado já tiver sido acobertado pela coisa julgada, o tema deverá ser tratado pela via dos embargos.

Enfim, necessário frisar que o interesse doutrinário pela via de defesa do executado que é objeto deste trabalho – defesa intraprocessual – de modo algum foi reduzido, pela positivação, há tempos esperada, de normas pertinentes e até então acatadas na prática forense; não se pode concluir que as discussões sobre temas relevantes para a dinâmica do processo e reflexos práticos imediatos na execução, como a necessidade de prévia garantia do juízo para oferecimento de embargos, teriam sido superadas.

Ao contrário, tais mudanças, realmente consideráveis, no sistema processual, para alterar o seguimento do processo de execução e as formas de defesa do devedor, servem de respaldo para a pertinência do conteúdo deste trabalho, por serem inegáveis consolidações, reconhecimento efetivo, de idéias doutrinárias lapidadas pela doutrina por muito tempo, de modo a nos oferecer, como perspectiva, possibilidades ainda mais vibrantes de aprimoramento nas formas processuais em busca de real efetividade da prestação jurisdicional, avanços expressos a partir do que se devem dispender esforços para que o processo civil se desenvolva de modo a proporcionar ao cidadão cada vez mais segurança e confiança nas instituições.

VI.4 - Outras tendências atuais do processo civil.

Com as indicações dos capítulos anteriores, é possível identificar certas tendências que o direito processual brasileiro vem seguindo, todas voltadas para um processo mais ágil, que reformula suas instituições para melhor se adequar às aspirações da dinâmica social.

Entre elas, pode-se identificar a tentativa de universalização da jurisdição, estendendo o escopo de resolução de conflitos para áreas tradicionalmente fora do âmbito do processo civil, por meio da assimilação de fontes e de métodos dentro do corpo social para satisfação das demandas. Exemplo disso faz o aprimoramento dos juizados especiais, veículo de democratização do acesso à justiça, e na formação de grupos identificáveis para uma coletivização das tutelas jurisdicionais.

Por outro lado, nota-se a valorização do papel do juiz na lide e seu contato com as partes, por meio da efetivação das decisões proferidas e racionalização das formas de revisão de julgados (recursos), bem como o controle de vigência uniforme das normas pela hierarquia das cortes. É nesse sentido que se discute a formalização do instituto das súmulas vinculantes, que, por meio da imposição do entendimento jurisprudencial a partir das Cortes Superiores como orientação formal para os juízes que recebem causas repetidas.

Ainda, é claro o movimento pela aceleração do processo, com redução de formas dispensáveis, possibilidade de antecipação dos provimentos jurisdicionais e deferimento de oportunidades variadas para as partes se manifestarem, de modo a compensar, e distribuir entre os litigantes, o ônus do tempo naturalmente gasto com o processo. Parte desse movimento é a tendência de ampliação do rol de títulos executivos extrajudiciais, conferindo valor executivo a documentos e institutos para que, em juízo, já se parta da presunção de regularidade das relações entre as partes.

De outro lado, está a tendência de unir, como das fases de uma mesma lide, e assim voltar à natureza da função de efetivar a satisfação do direito reconhecido com celeridade, os processos de conhecimento e execução, com incentivo ao cumprimento espontâneo da ordem judicial e ampliação também das formas de execução das ações executivas pelo juiz, em sentido lato.

A relativização das formas do processo civil, evidente no momento jurídico de nosso ordenamento, traz à baila o desenvolvimento das idéias sobre a nova aproximação dos planos processual e material e a inter-relação de elementos dos processos de conhecimento, execução e cautelar (quebra do isolamento das funções do processo), consolidadas nas recentes reformas do CPC, pode-se antever um panorama com tendências evidentes de evolução do sistema processual civil brasileiro.

Existem formas de processo, já vigentes, em que a “sumariedade” do procedimento é própria da espécie de causa, por definição legal ou por tradição (pequenas causas, juizados especiais etc.). Por sua vez, existe e é amplamente utilizada a chamada tutela de urgência, o processo cautelar típico, que são medidas assecuratórias do próprio processo, para garantir prova, objeto, tempo ou eficácia do provimento de mérito.

Não é, contudo, de tais espécies que a doutrina vem tratando, quando menciona tutela sumária. A novidade trazida por diversos autores, apoiada em elementos presentes em nossa legislação e nos avanços da ciência processual, é a admissão, no processo civil, de tutelas diferenciadas, adequadas ao caso concreto, em oposição ao procedimento ordinário, cercado de garantias, a buscar o mérito, previsto no Código de Processo Civil.

O objetivo, por certo, é conferir maior agilidade e eficácia ao processo, bem como distribuir, entre os pólos litigantes, o ônus do tempo e custo da condução do processo, de acordo com a natureza da causa, favorecendo a parte que tem a tese mais verossímil em detrimento daquele que se defende apenas parcialmente.

Além da tutela antecipada, como positivada no artigo 273 do CPC, já pacífico, em que se possibilita a antecipação dos efeitos da decisão da causa, quando, para o juiz, desde logo estão presentes os requisitos que o convencem da verossimilhança da alegação, o processo civil brasileiro tende a aceitar novas formas de aplicação de jurisdição sumária, para satisfazer, ao menos parcialmente, a pretensão de quem postula em Juízo direito desde logo tido como plausível.

Desta forma, com uma cognição sumária, superficial, deve-se dar ao juiz o poder de antecipar efeitos de decisão de mérito, para que, nessa parte, seja ela levada a cabo, seja executada. Embora ainda provisória, pois depende de confirmação pela sentença de mérito, é eficaz desde logo, desonerando a parte vencedora do tempo de duração do processo.

Uma idéia avançada e viável é a da distribuição entre as partes do ônus do tempo natural de trâmite do processo, modo pelo qual o autor não mais se obriga a esperar toda a realização do feito para ter sua pretensão satisfeita. Se uma parte de seu pedido é desde logo reconhecida, essa parte pode ser adiantada, executada, deixando o devedor de se valer do prazo longo até a prolação da decisão.

Autores e artigos diversos¹⁵¹ “amadureceram” a idéia da chamada “estabilização da coisa julgada”, isto é, a imediata execução de partes da decisão, proferidas antecipadamente, desde que a elas não se oponham as partes, por serem

¹⁵¹ entre os quais cita-se ADA PELEGRINI GRINOVER, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, já citados neste trabalho.

incontroversas. Para tais “partes” da decisão, seria dispensável todo o trâmite de cognição.

Em outras palavras, em um processo em que fosse antecipada, parcialmente, a tutela, e desta decisão não houvesse recurso hábil ou reconhecido, haveria possibilidade de, desde logo, executar essa parte, que ficaria apenas dependente de confirmação na decisão de mérito ao final. Evidentemente, essa forma de maleabilidade na execução das decisões provisórias, ficaria sempre passível de reforma ou revogação, nesses casos ressalvado sempre o direito a reparação posterior.

Enfim, com justificativas acatadas com crescente entusiasmo, a ciência processual vem reconhecendo a exeqüibilidade de decisões provisórias, já distintas da noção de decisões temporárias, estas que são próprias de ações acautelatórias, que valem enquanto não decididas no mérito.

Enfim, essas novas e identificáveis tendências do processo civil brasileiro vem sendo disseminadas na abundante produção acadêmica e profissional, com vistas à obtenção de um “processo civil de resultado”, em que o escopo do processo, a sua efetividade, criaria a possibilidade de se livrar da cognição exauriente em partes da demanda sobre a qual não pairariam controvérsias.

CAPÍTULO VII. Considerações Finais.

Procuramos expor, no texto desta dissertação, que, se por muito tempo o processo civil brasileiro, sobretudo o procedimento ordinário, de privilégio da cognição, tradicionalmente foi tomado como base do ordenamento processual e de aplicação da jurisdição, notou-se, há algum tempo, uma renovação no entendimento a respeito, em que as velhas noções foram corroídas por novas posturas, preocupadas na adequação, na efetividade, da tutela jurisdicional.

Em relação ao processo de execução, nova visão doutrinária admitiu que aprimorar os meios de defesa do devedor não significa deferir-lhe meios de adiar o cumprimento da obrigação que lhe é imposta, mas, pelo contrário, serve para a estrutura de uma execução mais célere e adequada, em favor mesmo do credor, se forem definidos meios pelos quais a execução siga pela via mais adequada, econômica e equilibrada, dentro dos princípios gerais do processo civil e respeitadas as garantias das partes.

Nesse sentido, é válida a exposição sintética e didática da função do processo executivo feita por THEODORO JR.: *“a) toda execução é real; b) toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do exequente; c) a execução deve ser útil ao credor; d) toda execução deve ser econômica; e) a execução deve ser específica; f) a execução corre às expensas do executado; g) a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana; h) o credor tem a livre disponibilidade do processo de execução.”*¹⁵²

A conclusão a que se procurou chegar, especificamente sobre o tema central deste trabalho, é que a defesa intraprocessual deve ser recepcionada pelo sistema processual, como via adequada de defesa do devedor, em casos estritos, desde

¹⁵² THEODORO JR., H., *Processo de Execução*, trecho que é também com pertinência citado por Helena Coelho Guimarães, em artigo sobre o tema de estudo, publicado na obra de SHIMURA, S. (coord.), *Processo de Execução*, p. 450.

que atendidos certos requisitos (limitação da matéria, oportunidade de arguição) e desde que não acarrete em violação aos princípios da execução e do processo civil em geral.

Ademais, a presente abordagem dos institutos renovadores procurou demonstrar que a admissão expressa da defesa intraprocessual não se contrapõe, mas, ao contrário, corrobora a tendência de agilidade e simplificação do processo de execução que se faz evidente pelo rumo que lhe deram as recentes alterações do Código de Processo Civil.

Há necessidade de se garantir meios para um processo de execução célere e efetivo, bem como meios de defesa hábeis ao devedor, em equilíbrio para evitar que a demora no procedimento cause danos, ao mesmo tempo que impeça que atos nocivos ao devedor sejam praticados em nome de uma efetividade confundida com mera pressa.

Reconhecendo as falhas e limitações no modelo em vigor, a doutrina procurou alternativas e consagrar novos princípios balizadores da atividade jurisdicional, buscando resultados mais próximos dos clamores da sociedade por uma atuação judicante mais eficaz e reguladora, e ao mesmo tempo dinâmica.¹⁵³

O próprio desenvolvimento desse sistema, com suas grandes qualidades e também suas incapacidades, levou os doutrinadores a elaborar novas técnicas, tomando por base os procedimentos e mecanismos consagrados pela legislação e pela prática jurídica, para adequar o processo às necessidades do processo civil na sociedade hodierna, que demanda mais agilidade, sem abrir mão da segurança que traz a cognição plena.

Assim, o sistema processual brasileiro, que foi, e ainda é, um dos expoentes do pensamento dogmático, da legislação e doutrina processuais, continua a

¹⁵³ GRINOVER, Ada P., *Estabilização da coisa julgada*, na REPRO 121/11-35.

desenvolver-se na vanguarda da ciência processualista, assimilando idéias que conferem eficácia e aceitação, tanto pelas partes litigantes quanto pelo mundo fático, ao procedimento e jurisdição civil.

É já realidade a adoção de um sistema com tutelas jurídicas diferenciadas, mais ou menos urgentes, adequadas ao bem em litígio, que possibilitam, de acordo com a natureza da demanda e o objeto envolvido, diferentes modos de cognição – sumária, urgente, exauriente -, o que é, indiscutivelmente, uma conquista do processo civil brasileiro, que vem a atender aos anseios da sociedade por um processo mais justo, mais dinâmico e eficaz.

CONCLUSÃO

Encerra-se o presente trabalho com a pertinente e sempre atual reflexão sobre a função do processo civil e sua relação adequada com a sociedade, tema da seguinte conclusão de BAPTISTA: *“Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de ‘modernização’ de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária; sem uma profunda e corajosa revisão de nosso paradigma, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões.”*¹⁵⁴

¹⁵⁴ BAPTISTA, Ovídio, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, Sp, 1997, p. 10.

Referências Bibliográficas.

- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., RT, 1996.
- _____. Tratado de Direito Processual Civil, 2a. ed., RT, 1990.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil, vol 1, Rt, São Paulo, 1999.
- ALVIM, J. E. Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo, 5ª. Ed., Forense, RJ, 1996.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980.
- ANDRADE, José Batista de. Exceção de Pré-executividade, *in* Revista Síntese de Direito civil e Processual Civil, n. 10, mar-abr/2001, ed. Síntese, p. 60.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª. ed., Forense, RJ, 1991.
- ARMELIN, Donaldo. A Tutela Jurisdicional Cautelar, São Paulo, 1985.
- ARRUDA ALVIM Neto, José Manoel. Código de Processo Civil Comentado, vol. V, RT, 1979.
- ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina de. Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial, São Paulo, Malheiros, 1992.
- ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução, Fabris, Porto Alegre, 1987.
- _____. Execução Forçada e Efetividade do Processo, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 1, set/out1999, ed. Síntese, p. 7.
- _____. Sobre a Execução Civil (réplica a Tesheiner), *in* Revista de Processo, n. 102, abr-jun/2001, ed. RT, p. 9.
- _____. Reforma do Processo Executivo, *in* Revista de Processo, n. 81, jan-mar/1996, ed. RT, p. 9.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio de Araújo. Ação de Execução, Ajuris, vol. 20.
- _____. Curso de Processo Civil, RT, SP, 2000.

-
- _____. *Processo Civil, Individualismo e Democracia*, in *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Forense, RJ, 2004, p. 297/320.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, vol. 1, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Forense, RJ, 1993.
- _____. *Temas de Direito Processual – quinta série*, Saraiva, 1994.
- _____. *O Novo processo Civil Brasileiro (Exposição Sistemática do procedimento)*, Forense, 15ª. ed., RJ, 1993.
- _____. *Por um Processo Socialmente Efetivo*, in *Revista de Processo*, n. 105, jan-mar/2002, ed. RT, p. 181.
- _____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 13ª Ed., vol. 2, Forense, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume – arts. 5º a 17, Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material Sobre o Processo*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 1995.
- CAMBI, Eduardo, *Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica*. Ed. Juruá, Curitiba, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil italiano no Quadro da Contraposição “Civil Law” – “Common Law” (Apontamentos Histórico-comparativos)*, in *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul – AJURIS*, n. 100, dezembro/2005, ed. Da Ajuris, p. 409.
- _____. *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, ed. Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova Execução: Aonde Vamos? Vamos Melhorar*, in *Revista de Processo*, n. 128, maio/2005, ed. RT, p. 115.
- _____. *Sugestões para uma nova sistemática da execução*, in *Revista de Processo* n. 102, abril/junho/2001, São Paulo, RT, p. 139.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, ed. Morano, Nápoles, 1959.

CARPENA, Márcio Louzada. Da Efetividade do Processo de Execução: Necessidade de Alterações dos Arts. 652, 737 e 739 do CPC, artigo do *site* universo jurídico, na página www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. O Processo de Execução e a Reforma do Código de Processo Civil, *in* Revista de Processo, n. 98, abr-jun/2000, ed. RT, p. 91.

DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 12ª ed., Forense, 1997.

DIAS, Francisco Barros. A Busca da Efetividade do Processo, *in* Revista de Processo, n. 97, jan-mar/2000, ed. RT, p. 213.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994.

_____. A Instrumentalidade do Processo, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, volumes I, II e III, Malheiros, 2001.

FANTONI Jr., Neyton. Exceção de Pré-executividade: Limites e Possibilidades, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 8, nov/dez/2000, ed. Síntese, p. 17.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação, 2ª. ed., Saraiva, 1997.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, ed. Forense, RJ, 2001.

_____. A Reforma do Processo Civil (Comentários e Análise Crítica da Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário e da Reforma do CPC), ed. Impetus, Niterói/RJ, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 3º volume, 10ª. Ed., Saraiva, 1995.

_____. Da Execução contra a Fazenda Pública. Saraiva, São Paulo, 1986.

_____. Direito Processual Civil Brasileiro, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

_____. Tutela Jurisdicional Diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *in* Revista de Processo n. 121, março/2005, ed. RT, p. 11/35.

KAFKA, Franz. O Processo, ed. Martin Claret, São Paulo, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980.

_____. Execução e Ação Executiva – Estudos sobre o processo civil brasileiro, 1ª ed., Bushatsky, São Paulo, 1976.

LOPES, João Batista. Efetividade do Processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa?, *in* Revista de processo, n. 105, jan-mar/2002, ed. RT, p. 128.

MALACHINI, Edson Ribas. Questões sobre a Execução e os Embargos do Devedor, RT, São Paulo, 1980.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil – Do Processo de Execução, vol. 10, RT, São Paulo, 2001.

_____. A Eficácia Preponderante das Ações Possessórias, *in* Revista de Processo, n. 71, jul-set/1993, ed. RT, p. 13.

_____. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. Ensaio no livro coletivo em homenagem a E. D. Moniz de Aragão, RT, São Paulo, 2005, p. 441/473 (também publicado na Revista de Processo n. 125/2005, p. 15/60 e na Revista Forense n. 379/2005, p. 61/95).

_____. A defesa intraprocessual no processo de execução (“exceção de pré-executividade”). Ensaio no livro coletivo em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, RT, São Paulo, 2006, p. 307/318.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, 1ª ed., RT, São Paulo, 1992.

_____. Curso de Processo Civil, vol. 1. Teoria Geral do Processo. RT, São Paulo, 2006.

_____. Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela de Direitos, *in* Revista da Associação dos magistrados do Rio Grande do Sul – AJURIS, n. 100, dezembro/2005, ed. Ajuris, p. 263.

_____. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Sérgio Antônio Fabris editor, Porto Alegre, 1994.

_____. e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento – A Tutela Jurisdicional Através do Processo de Conhecimento, RT, 2001.

_____. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 3^a. ed., ed. RT, 1999.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, vol III, Forense, Rio de Janeiro, 1959.

_____. Manual de Direito Processual Civil, 4^o volume – Processo de Execução, ed. Saraiva, 1976.

MARTINS, Sandro Gilbert. Apontamentos sobre a defesa do executado no “cumprimento da sentença”, in Revista do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP, n. 34, dez/2006, p. 193.

MEDINA, José Miguel Garcia, Execução Civil – Princípios Fundamentais (volume 21 da Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman), RT, São Paulo 2001.

_____. Sobre os Requisitos e o Efeito Suspensivo dos Embargos do Executado – Sugestões *de lege ferenda*, in Revista de Processo, n. 107, jul-dez/2002, ed. RT, p. 196.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado (exceção de pré-executividade), 2^a. ed., Saraiva, SP, 2000.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Comentários ao Código de Processo Civil – Do Processo Cautelar, vol. 11, 1^a ed., RT, São Paulo, 2001.

_____. Das Técnicas de Cognição e do Grau de Estabilidade das Decisões Judiciais, in Revista do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP, n. 34, dez/2006, p. 17.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação processual em Vigor, 38^a. ed., Saraiva, 2006.

NERY JR., Nelson, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, vol. 21 da Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 5^a. ed., ed. RT, São Paulo, 1999.

_____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos), vol. 4, ed. RT, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon. Cidadania e Efetividade do Processo, *in* Revista Síntese de Direito Civil e processual Civil, n. 1, set/out/1999, ed. Síntese, p. 30.

_____. Instrumentalidade do processo e Devido processo legal, *in* Revista de Processo, n. 102, abr-jun/2001, ed. RT, p. 55.7

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. Ações Prejudiciais à Execução, *in* Revista de Processo, n. 107, jul-set/2002, ed. RT, p. 82.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Forense, RJ, 1974.

_____. Tratado das Ações, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, vol. I, 1ª ed., Bookseller, Campinas – SP, 1998.

_____. Tratado das Ações, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, vol. III, 1ª ed., Bookseller, Campinas – SP, 1998.

_____. Tratado das Ações, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, vol. IV, 1ª ed., Bookseller, Campinas – SP, 1998.

_____. Tratado das Ações, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, vol. V, 1ª ed., Bookseller, Campinas – SP, 1998.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla Giustizia Civile, Bari, Cacucci, 1982.

ROCHA, José de Albuquerque, Teoria Geral do Processo, 5ª. Ed., Malheiros, 2001.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de Pré-executividade, *in* Revista de processo, n. 95, jul-set/1999, ed. RT, p. 29.

SANCHES, Sydney. Execução Específica, RT, São Paulo, 1978.

SHIMURA, Sérgio. Título Executivo, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1997.

_____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). Processo de Execução (Série Processo de Execução e Assuntos Afins), RT, 2001.

SILVA, José Afonso da. Execução Fiscal, 2ª ed., RT, São Paulo, 1976.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo Legal – Due Process of Law, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. A Defesa no Processo Civil – As exceções Substanciais no Processo de Conhecimento, 2ª. Ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Tutela Monitória – A Ação Monitória, 1ª ed., RT, São Paulo, 1998.

_____, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2, processo de Execução, RT, 1998.

_____. Embargos à execução de Título judicial eivado de Inconstitucionalidade, *in* Revista de Processo n. 106, abr-jun/2002, ed. RT, p. 38.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996.

_____. A Formação e o Aperfeiçoamento do Magistrado Contemporâneo, *in* Revista dos Tribunais, n. 746, dez/1997, RT, p. 28.

TESHEINDER, José Maria. Execução Civil (Um Estudo Fundado nos Comentários de Araken de Assis), *in* Revista de Processo, n. 102, abr-jun/2001, ed. RT, p. 24.

THEODORO Jr., Humberto. Processo de Execução, 6ª ed., Leud, São Paulo, 1981.

_____. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 15ª ed., Forense, RJ, 1995.

_____. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 23ª. ed., Forense, RJ, 1999.

_____. Execuções das Medidas Cautelares e Antecipatórias,. *In* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 8, nov/dez/2000, ed. Síntese, p. 5.

_____. As Inovações do Código de Processo Civil, 3ª ed., Forense, RJ, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador), ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, São Paulo, RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 8: Do Processo de Execução, arts. 566 a 645, RT, São Paulo, 2000.