

**EXECUÇÃO CONTRA ESPÓLIO COM INVENTARIANTE
DATIVO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. TÍTULO
EXTRAJUDICIAL ILÍQUIDO. LIQUIDAÇÃO COMPLEXA PELA
TABUADA.**

Eulâmpio Rodrigues Filho

Doutor em Direito

Professor titulado de Direito Processual Civil

Membro da Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos

COMENTÁRIO A ACÓRDÃO PUBLICADO

Processo: Apelação Cível 1.0271.02.012535-04/001 - TJMG

Relator (a): Des.(a) **PEREIRA DA SILVA**

Órgão Julgador/Câmara: Câmaras Cíveis Isolada / 10ª CÂMARA CÍVEL

Súmula: RECURSO NÃO PROVIDO

Comarca de origem: Frutal

Data de julgamento: 28/12/2012

Data de súmula: 09/03/2012

Ementa

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO - ESPÓLIO -
SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DOS HERDEIROS - INTIMAÇÃO -
DESNECESSIDADE - PARTILHA DOS BENS NÃO FINALIZADA.

Somente após encerrado o inventário e homologada a partilha, o Espólio perde a sua legitimidade *ad causam*, deixando o Inventariante de representá-lo, passando os herdeiros a figurarem como proprietários do

imóvel recebido em herança, objeto da ação, assumindo-o no estado em que se encontra. Antes disso, não se torna necessário a intimação dos herdeiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.02.012535-4/001 - COMARCA DE FRUTAL
(...)

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em negar provimento.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2012.

DES. **PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA,**

VOTO

Trata-se de recurso de apelação aviado por **T. T. F. E OUTRO(S)**, contra a sentença proferida pelo MM juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Frutal, que, nos autos dos Embargos de Terceiro, ajuizados em face de **V. P. N. E OUTRO**, julgou improcedentes os embargos de terceiro, determinando que a execução continuasse em seus ulteriores termos, condenando os Embargantes às custas processuais e honorários advocatícios no importe de R\$3.000,00 (três mil reais), a serem atualizados até o pagamento.

Inconformados com a decisão, os Embargantes apelaram às fls.456/472, e, em suas extensas razões, alegam que não padece dúvida de que os embargos de terceiro objeto do julgamento de que se recorre são cabíveis, viáveis, e tempestivos, sobretudo porque atendem de forma flagrante os pressupostos legais que os autorizam.

Afirma que sendo o inventariante dativo, e não sendo ele meeiro nem herdeiro, as ações relativas à herança são propostas pelos e contra os

herdeiros, posto que ao inventariante nessas condições, falece representação processual de relevância de tal magnitude a permitir perda da totalidade do patrimônio pelos herdeiros.

Assevera que segundo documentos anexados aos autos, o *de cuius* era separado da inventariante, mãe dos herdeiros, tanto que ela não figura como meeira, e não aparece como herdeira, sendo a inventariante portanto, dativa.

Aduz que a v. sentença que rejeitou os embargos à execução opostos pelo Espólio através da inventariante dativa não convalida o vício, porque inexistente, face a ausência de litisconsórcio necessário formado pelos herdeiros, na execução, cujo processo não se formou e nem se extinguiu, estando suspenso sujeito aos efeitos da decisão destes embargos de terceiro.

Apresentação de contra-razões às fls.479/481, pugnando pelo desprovimento do recurso apresentado.

Este, o breve relatório.

Passo a analisar as razões recursais.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo, estando preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Tratam os autos de Embargos de Terceiro ajuizados por **T. T. F.** e Outros, menores, representados por sua mãe **L. F. S.**, em face de V. P. N. e Outro, sob a alegação de que a penhora realizada nos rostos dos autos de inventário só é cabida em caso de execução contra herdeiro, não contra o próprio espólio, sendo ainda a penhora nula, por inexistir a garantia da hipoteca na escritura de compra e venda que fundamenta a execução. Aduz

ainda que o título que embasa a execução é ilícido, posto não ter sido implementada a condição fixada.

O MM Juiz julgou improcedentes os embargos de terceiro, determinando que a execução continuasse em seus ulteriores termos, condenando os Embargantes às custas processuais e honorários advocatícios.

Os Embargantes apresentaram suas razões de inconformismo alegando, em síntese, que são partes legítimas para defender a posse de seus bens por meio dos presentes embargos, enfatizando que se fazia necessário a intimação dos herdeiros do praxeamento do imóvel, devendo ser declarada a nulidade da execução.

Porém, entendo que suas razões não prosperam, devendo a sentença ser mantida por seus fundamentos.

Ressalto que a Ação de Embargos de Terceiro é **«o remédio processual que a lei põe a disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha etc. (art. 1.046)»** e, para o manejo de tal procedimento, mister se faz a prova do domínio e posse do bem em litígio, ou apenas da posse sobre o mesmo, nos termos do § 1º, do Artigo 1046, do CPC.

Esta, a orientação do Professor **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, em sua obra «Curso de Direito Processual Civil», Volume III, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 277.

Pois bem, são os Embargos de Terceiro uma espécie de ação de conhecimento, que tem por fim livrar da constrição judicial bens que foram

apreendidos em um processo no qual o seu proprietário e/ou possuidor não é parte.

Primeiramente ressalto que dispõe o artigo 12, inciso V, do CPC:

«Artigo 12 - Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

«V - o espólio, pelo Inventariante.»

Assim, julgada a partilha, desaparece a figura do espólio, cessando, por consequência, as funções antes desenvolvidas pelo Inventariante, cabendo, portanto, aos herdeiros, a partir de então, em litisconsórcio ativo postular a sua pretensão, desaparecendo *ipso facto* a figura do espólio.

Ressalte-se que as funções normais do inventariante vão até o trânsito em julgado da sentença de partilha.

Nesse contexto, aplicam-se as disposições contidas nos arts. 12, V e 991, I do CPC, os quais estabelecem que, até que ocorra a partilha dos bens objeto da herança, o espólio, representado por seu inventariante, é quem detém legitimidade ativa e passiva para estar em juízo.

Registro que não há nulidade de execução por ausência de intimação do representante legal do executado sobre a penhora realizada nos autos, tendo em vista que o representante legal do Espólio de Carlos Teodoro Ferreira foi sim, intimado de todos os atos da execução, requerendo ainda nova avaliação do imóvel.

Ora, de fato, não houve a intimação dos herdeiros como alegado, e nem havia de ser, pois resta claro que a época dos fatos não havia sido finalizado o inventário dos bens do *de cujus*, sendo o inventariante o representante legal do espólio, não sendo assim, os Embargantes partes no processo executivo.

É a jurisprudência desta Eg. Corte de Justiça:

«APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FALECIMENTO DO DEVEDOR - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - CITAÇÃO PESSOAL DO INVENTARIANTE - REGULARIDADE. Se há nos autos a substituição do pólo passivo da demanda, em razão do falecimento de uma das partes, adequada a citação realizada na pessoa do inventariante, haja vista a capacidade de representação ativa e passiva dos bens do inventariado, não havendo que se falar em citação dos herdeiros». (Apelação Cível n. 1.0024.06.218187-0/001, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 25-09-2007).

Lado outro, observa-se que o título executivo que embasa a execução é líquido, certo e exigível, não havendo respaldo a alegação dos Apelantes de que falta liquidez ao mesmo, tendo em vista que o valor poderá ser determinado mediante simples cálculo aritmético, assim como registrado pelo magistrado em seu trabalho decisório.

Ademais, para se manejar os embargos em questão, o terceiro deve comprovar a constrição sobre bem de sua posse ou propriedade que vem sofrendo turbação ou esbulho, não sendo objeto de Embargos de Terceiro discussão acerca da causa *debendi*, como pretende os Recorrentes.

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, para manter íntegra a decisão de Primeira Instância. Custas recursais, na forma da lei, pelos Apelantes, salvo se beneficiários pela Lei 1060/50.

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: «RECURSO NÃO PROVIDO»

COMENTÁRIOS PELO AUTOR

A ementa do acórdão ora comentado («verbis»):

«Somente após encerrado o inventário e homologada a partilha, o Espólio perde a sua legitimidade ad causam, deixando o inventariante de representa-lo, passando os herdeiros a figurarem como proprietários do imóvel recebido em herança , assumindo-o no estado em que se encontra antes disso, não se torna necessário a intimação [«sic»] dos herdeiros»

Não padece dúvida de que ao ementar o acórdão comentado, caracterizado equívoco evidente, pois, diante da defesa da tese de que em sendo dativo o inventariante (não-herdeiro e não-meeiro), as causas em que o então titular do pólo passivo era o autor da herança, hão de ser aforadas mesmo com relação aos herdeiros e não, contra seu espólio. A doutra Câmara Cível conduziu o raciocínio sentido da «legitimidade de parte» em vez de considerar que se trata de questão sobre representação processual.

No caso «sub-examine» o espólio, mesmo como espólio, jamais adquiriu legitimidade para propor causas ou para responder por causas decorrentes de atos do autor da herança, por ser dativa a inventariante, até então em curso o inventário.

De fato, em uníssono com a lei, e corretamente, vem o Direito Científico, representado aqui por lições irrecusáveis do **Egr. Tribunal de Justiça de S. Paulo:**

«Inventário - Cobrança direcionada ao espólio representado por inventariante dativo torna indispensável a citação de todos os herdeiros e sucessores

«Ementa: Despesas de condomínio-Cobrança-Espólio representado por inventariante dativo-inclusão de todos os

herdeiros e sucessores do *de cuius*-Necessidade-Sentença anulada. Cuidando-se de espólio representado por inventariante dativo, é indispensável a citação de todos herdeiros e sucessores, de acordo com a regra estabelecida no artigo 12, § 1º do Código de Processo Civil. (g.n.)

«Apelação Sem Revisão n. 992040094625(859450400)

«Órgão julgador -8ª. Câmara do Quarto Grupo (Extinto 2º TAC)

«Data de julgamento-12/08/2004

«Fonte: TJSP»

O caso ora sob exame

Foi ajuizada contra o espólio em referência, execução de título extrajudicial buscando recebimento de importância de que se diz credor o exequente, exibindo instrumento particular de contrato de compra e venda de imóvel rural.

Ao tempo em que o autor da herança era vivo, ele celebrou esse contrato de compra e venda de imóvel rural com o exequente, para pagamento a prazo.

Tendo ocorrido o falecimento do comprador, o vendedor aforou execução de título extrajudicial **contra o seu espólio, «confessando expressamente» haver determinado a agrimensor que contratou a seu talante, a medição da terra e, frente ao resultado «unilateral» arbitrou «sponte propria» o valor da execução.**

Ao curso da execução os filhos do comprador, menores todos, opuseram, entre outras medidas, embargos de terceiro, em que levantaram preliminar no sentido de obter decreto de nulidade do processo de execução, por nulidade da penhora, com fundamento em que emitido o título

representado por contrato bilateral de compra e venda prevista para cumprimento por «ambas as partes contratantes», de providenciarem contratação de agrimensor para proceder à medição da gleba para o fim de se reduzir o preço no caso de falta de área, ou de aumentá-lo, no caso de excesso de medida, além de indicação de eivas outras.

Os embargos de terceiro foram julgados num primeiro passo mediante decretamento de carência de ação, tendo os herdeiros interposto apelação que restou provida com determinação de novo julgamento pelo primeiro grau.

Julgados improcedentes os embargos, deu-se pronta interposição de novo apelo ao segundo grau.

O acórdão via do qual foi julgado o novo recurso apelatório manifestado não enfrentou também, além de outros temas, a matéria quanto ao «arbitramento» unilateral do valor em execução pelo credor afoito, contra a letra do contrato.

Repelindo as razões do apelo contra esse aspecto, o acórdão sob comento sustenta, através da palavra do douto Relator:

«Lado outro, observa-se que o título executivo que embasa a execução é líquido, certo e exigível, não havendo respaldo a alegação («sic») dos Apelantes, de que falta liquidez ao mesmo, **tendo em vista que o valor poderá ser determinado mediante simples cálculo aritmético**, assim como registrado pelo magistrado em seu trabalho decisório.» (Gr.).

O que parece relevante no caso, é que a sentença, e o acórdão, ao considerarem liquidação de título através de levantamento geodésico do imóvel objeto do negócio à *instância das duas partes*, para apuração comum do preço **traduz mera operação aritmética** fugiram à natureza e à ordem das coisas, pois o levantamento topográfico para realização futura não integra o título «na sua formação», e não é correto pensar e publicar que com Aritmética isso possa ser desenlaçado. Pelo menos a engenharia não consegue tal prodígio.

Relegaram as decisões, que, quando o título não preenche os requisitos legais, não cabe ao Judiciário «criar decisão supletiva», pois em caso de o preenchimento do título revelar ausência de requisito essencial, presume-se haver cumprido em determinada forma, a revelar que tal requisito ou ato é essencial à natureza do título e; por conseguinte, a *sua omissão*, ou não-observância à lei o faz ineficaz, e **o tomador não pode invocar execução, por falta de condição de ação.**

As normas supletivas referentes à omissão de atos legais no título executivo são gerais e expressas. Assim, o advento de sentença com a qual consideraram-se cumpridos os requisitos essenciais omitidos *não dá eficácia ao título*, porque as normas supletivas atinentes às eivas do título devem ser as legais, e não, decretais.

Pois bem, é precisamente isto que ensina o Egr. STJ:

«Não constitui título executivo o documento em que se consigna obrigação, cuja existência está condicionada a fatos dependentes de prova. ... Necessidade, para instaurar-se o processo de execução, que o exeqüente apresente título do qual, por si só, deflua a obrigação de pagar. Impossibilidade de a matéria ser remetida para apuração em eventuais embargos, que estes se destinam a desconstituir o título anteriormente apresentado **e não a propiciar sua formação**»

(STJ, 3ª T., REsp 26171-PR, rel. p/ acórdão Min. **EDUARDO RIBEIRO**, j. 14.12.1992, DJU 08.03.1993, p. 3115). No mesmo sentido: 'Título executivo extrajudicial, previsto no artigo 585, II, do CPC, é o documento que contém a obrigação incondicionada de pagamento de quantia determinada (ou entrega de coisa fungível) em momento certo. Os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitos no título. [...]' (STJ, 4ª T., REsp 1080-RJ, rel. Min. **ATHOS CARNEIRO**, j. 31.10.1989, DJU 27.11.1989, p. 17573).» («Apud» **JOSÉ MIGUEL CARCIA MEDINA**, *Execução Civil*, S. Paulo, RT, 2002, pág. 153, gr.).

Ao que se vê, a doutra Câmara decidiu a questão extensivamente contra a Lei e contra posição sedimentada do Egr. STJ.

Realmente, o título é *ILÍQUIDO*, razão pela qual não pode ser executado, à vista da *CONDIÇÃO FIXADA* através da avença posta em execução.

A propósito, diz a escritura de compra e venda (**título em execução objeto da oposição dos embargos**):

«... que as partes contratantes convencionam, ainda, o seguinte: – **caso haja aumento de área no imóvel em levantamento procedido por agrimensor credenciado, esse aumento fica pertencendo ao ora comprador, sem qualquer pagamento aos vendedores; entretanto, caso haja falta de área, poderá ser descontado do preço da presente transação, proporcionalmente, devendo, porém as despesas para levantamento da área e sua regularização**

ser suportada pela parte que proceder» (Fls. 6v. da execução).

Nos autos da execução **os exequentes juntaram à inicial**, para justificar sua planilha de cálculo, uma declaração do exequente varão, onde confessa, pela declaração e por sua exibição nos autos, **deficiência na extensão do imóvel, que tem área menor, não indicada a grandeza nessa declaração.**

Diz o exequente vendedor, ao «fundamentar sua petição inicial»:

«... sendo que do total pago **foi descontado 210** (duzentos e deis arrobas), **visto que foi medida a terra e houve uma diferença no total de has.** Declaro ainda que quando for efetuar o pagamento restante em 01.07.95, do total a ser pago o comprador **descontará mais 210** (duzentos e deis) arrobas.» (Fls. 12, dos autos da execução, «sic»). (Gr.).

Verdade, esse apêndice, esse adminículo, essa achega visando a completar o título então emitido por quem hoje «requiescat in pace», e durante esse sono eterno, integra a petição inicial da execução.

Pois bem, a execução foi admitida, de título portador de cláusula a implicar **condição expressa**, relativa a aspecto *RELEVANTE* do negócio, que **é a apuração da área do imóvel adquirido pelo autor da herança**, que restou absolutamente incerta, pois, com asseguramento de **redução do preço** no caso de ser encontrada área menor que a enunciada, como acabou acontecendo, e justificado, artificialmente via «jogo de palavras embaralhadas» para solucionar questão **relativa a bens de órfãos menores e incapazes então.**

Demais disto, foi o título nessas condições, por equívoco inominável, visto pelo v. acórdão como líquido, face a exibição, pelos exeqüentes, depois de morto o devedor, de **mera declaração unilateral deles exeqüentes**, de que **a área que venderam é inferior à enunciada**, sem mencionar a quantidade, **e foi aceita pelo Juízo**, **«sua planilha de cálculo» feita** com base em tal declaração.

Conforme ensina o doutor **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, *Processo de Execução*, 7ª ed., págs. 136 e seg.,

«A liquidez consiste no *plus* que se acrescenta à certeza da obrigação, Por ela demonstra-se que não somente se sabe que 'se deve', mas também 'quanto se deve' ou 'o que se deve'.

«O título extrajudicial, para autorizar a execução, haverá sempre de representar uma obrigação precisa quanto ao seu objeto (liquidez). Se isto não ocorrer, o credor, embora aparentemente munido de um título executivo, terá primeiro que lançar mão do processo de cognição, para obter a condenação do devedor. É o que ocorre, por exemplo, com cambiais vinculadas a certos contratos de conteúdo variável e eficácia condicional.»

O mesmo mestre, na pág. 199, da obra suso citada, assevera:

«Não basta, por isso, que o credor seja portador de um título executivo (uma sentença **ou uma escritura pública**, por exemplo). Tem ele, para ser admitido a executar, de exhibir título que seja líquido, certo e exigível (art. 586). E se não o faz, sua petição deve ser indeferida por inépcia (art. 616). Pode, no entanto, acontecer que, por descuido, o juiz dê seguimento à execução com base em título ilíquido ou inexi-

gível. Se `tal ocorrer, todo o processo será nulo de pleno direito e **a nulidade poderá ser declarada em qualquer fase de seu curso, tanto a requerimento da parte como ex-officio** (Cód. Civ., art. 146 e parág. único).»

Na esteira, a jurisprudência do Egr. Tribunal de Minas Gerais:

«Não implementada a condição para se tornar exigível a nota promissória vinculada a escritura pública de compra e venda, o título não é hábil para o processo de execução, por aplicação do art. 586, c/c o art. 618, I CPC.» (Ac. TAMG, de 20/9/95 – Apel. 193986-6/00 – Rel. Juiz XIMENES CARNEIRO, *Juis*, 14).

E do Tribunal do Rio Grande do Sul:

«Contrato que contém condição a ser cumprida pela parte credora, de algum pagamento passível de alegação da exceção do contrato não cumprido, **não se presta à configuração do título executivo extrajudicial** previsto no art. 585, II, do CPC, justificando-se a suspensão dos pagamentos pela parte devedora.» (Ac. TARS, de 24/11/97 – Apel. 197010267 – Rel. Juiz **MARCO AURÉLIO SANTOS CAMINHA**, *Juis*, 14).

O Judiciário não cria e nem restaura título extrajudicial – Não é procurador do exequente.

Na hipótese verifica-se que veio à execução título extrajudicial desprovido de requisitos essenciais.

A se admitir, «ab absurdo», hígido o valor expresso na petição inicial, ficou o título ao desamparo do reconhecimento pelo emitente, *i.e.*, sem esse requisito indispensável, que o conduz à ineficácia absoluta, sobretudo porque a aceitação do «valor» pelo emitente é requisito impostergável do título executivo, resultando disto a mais absoluta invalidez da penhora que se seguiu.

A despeito disto, tem-se que em processo relativo a embargos (de qualquer natureza) não há azo à formação, ou ao aperfeiçoamento, através de sentença, de título extrajudicial, que, ao lastrear execução é de estar definitivamente formado, não havendo por que ser dado como passível de liquidação por simples «operação aritmética» *se há cláusula determinando liquidação de valor do bem vendido através de levantamento topográfico do imóvel «objeto mediato» da operação de compra e venda.*

Daí por que o firmatário do título como devedor do preço assume, como diz **MARGARINO TORRES** quanto aos títulos cambiais, obrigação pessoal e perfeita, que nasce e depende do escrito mesmo no título e da assinatura, abstração feita da causa que a motive; obrigação incondicional e pura, e enfim, líquida e certa, isto é, *isenta de dúvida* e exigível no vencimento, sem mais verificação. (Cfr. *Nota Promissória*, S. Paulo, Saraiva, 1928, 3ª ed., pág. 156).

Face a tanto, constata-se que o título, para dar ensejo a processo de execução é de estar, *em tese*, preenchido claramente, de modo a refletir obrigação líquida e certa, sem margem a tergiversações, e sem oportunidade para sua formação em sede de oposição ou de qualquer espécie de defesa.

Parafraseando **NELSON R. MORA G.**, «in» *Procesos de Ejecución*, Bogotá, Temis, 1973, tomo I, pág. 89, no que diz sobre a clareza da expressão da obrigação no título em execução, tem-se que ela estabelece relação especialmente com o aspecto gnosiológico e consiste em que a obrigação seja facilmente inteligível, que não seja equívoca, nem confusa, e que unicamente possa entender-se num só sentido.

Os escolásticos distinguiam entre idéias claras e idéias obscuras. Para eles, idéia clara era a que distinguia ou discernia um objeto de outro, individualizando-o, e idéia obscura a que não realizava esse discernimento.

O objeto da obrigação deve estar expresso em forma exata e precisa; as partes da obrigação hão de estar claramente determinadas e identificadas, há de existir certeza a respeito do prazo e, finalmente «estar determinada a quantia» ou montante da obrigação.

Por conseguinte, a obrigação não será clara quando os termos sejam confusos ou equivocados; quando exista incerteza a respeito do prazo ou da quantia, e quando a relação lógica seja contraditória ou ambígua; em qualquer desses casos, o título não se presta à execução.

Conforme as categorias antes enunciadas, a clareza deve emergir do título executivo, **sem que se requeira acudir a razões ou outras circunstâncias aclaratórias que não estejam consignadas no título ou que não se desprendam dele; ou seja, que o título seja inteligível, explícito, preciso e exato, e que, aparentemente, seu conteúdo seja certo, sem que seja necessário recorrer a outros meios de prova. Isto é, sem que seja necessário apurar valor do bem objeto da dívida, através de agrimensor somente escolhido pelo exequente.**

Ou, como diz **JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA**, cit., pág. 155:

«Por outro lado, pode suceder que o título executivo - em seu conjunto - não seja claro, não exprimindo a exigibilidade com exatidão. *Nesse caso, a execução não pode ser admitida.*»

No caso, aliás, percebe-se que o acórdão via do qual foi dado desfecho aos embargos de terceiro atribuiu validade ao título como executivo, **com fundamento equivocado em que a apuração do seu valor depende apenas de operação aritmética**, quando o próprio exequente, na sua inicial confessa que contratou engenheiro para apurar a área e o valor do imóvel, mas isto implica dar força executiva a título extrajudicial através da indicação de características que ele não porta no momento da propositura.

Não padece dúvida de que a indicação no título, da soma líquida a pagar, é requisito imprescindível, e essa soma não pode ser substituída pelo reconhecimento de que o levantamento topográfico feito por determinação do exequente seja mera operação aritmética. Ela, a quantia, deve estar expressa na cártula, ou pronta para ser apurada **sem que seja necessária liquidação fora do seu contexto**. Jamais se ouviu dizer que o levantamento topográfico, composto de coordenadas cartesianas (isto é, ordenada e abscissa) característica da «Geometria Analítica», fosse Aritmética.

A propósito dessa concepção científica, a empresa de engenharia **Gauss – Geotecnologia e Engenharia**, de Porto Alegre, em seu «site» presta os seguintes esclarecimentos:

«Topografia e Geodésia

«Tudo o que se representa, através de mapas, cartas, ou **medições terrestres**, se utiliza a topografia e a geodésia como base. É através desta ciência que é possível representar matematicamente toda e qualquer feição posicionada no globo terrestre (e também fora dele...)

«A Topografia e Geodésia andam de mãos juntas, sendo que muitos consideram a topografia como uma espécie de capítulo inicial da geodésia. As duas se diferem basicamente pela extensão de área de projeto, sendo que a topografia está restrita a áreas que não excedam lados de 10 Km. A partir disso, temos que considerar a curvatura da Terra para realizar qualquer medição, já que a **topografia utiliza como base matemática a geometria analítica clássica, e com isso, a Terra é um plano. Já a geodésia utiliza o cálculo diferencial e integral para a resolução dos problemas** da forma matemática da Terra.»

Logo, não será, evidentemente, através da «tabuada» como quer o TJMG que o título receberá o sopro da vida com força executiva.

Respeitadamente ao tema, o Prof. **RODOLFO MOREIRA DE CASTRO JÚNIOR**, «in» *Topografia, Curso de Engenharia Civil da UFES*, Vitória (ES) 1998, págs. 58 a 62, explicita:

«CÁLCULO DE ÁREAS :

«Os métodos para cálculos da área levantada são três: gráficos, analíticos e mecânicos, cada um apresentando suas limitações e vantagens.

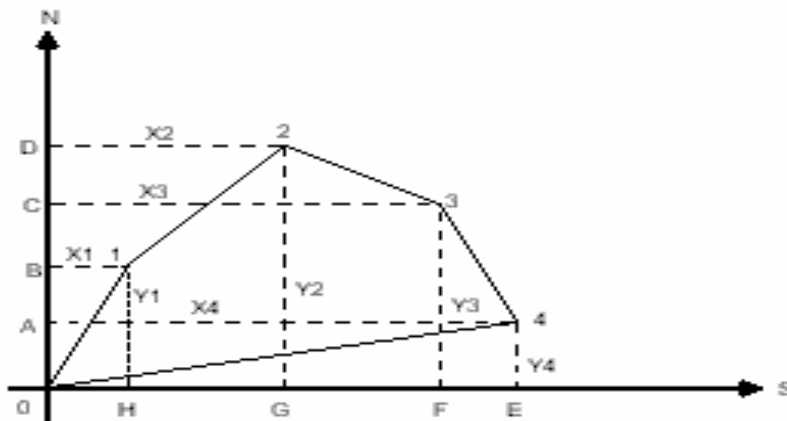
«Métodos Analíticos :

«São os que apresentam melhor precisão e com a vantagem de não ser necessário se utilizar do desenho para o cálculo da área. Entretanto, os métodos analíticos possibilitam a avaliação de áreas de lados retos apenas, o que equivale a avaliar a área da poligonal da base. Toda vez que a planta apresentar lados curvos, a mesma não poderá ser, em sua totalidade, avaliada por este processo. E, no levantamento por caminhamento, mesmo que o perímetro se constitua tão somente de lados retos, na prática dificilmente a poligonal irá coincidir com o perímetro, já que torna-se problemático o estacionamento do aparelho exatamente sobre as divisas (caso de cercas, etc.). Como grande parte da área é abrangida pela

poligonal, emprega-se um método analítico para a área do polígono, mas para a parte extra-poligonal, ter-se-á que recorrer à decomposição em figuras geométricas, com os inconvenientes anteriormente citados.

«Método das Coordenadas (Gauss)

«Este processo se utiliza das coordenadas totais para o cálculo da área e é relativamente mais simples que o método das DDM.



«Na figura, o polígono situado no sistema de eixos, terá suas coordenadas totais referenciadas por X_1, X_2, \dots , como as longitudes totais dos vértices e por Y_1, Y_2, \dots , as latitudes totais.

$$\text{«Área (S)}01234 = \text{SOD}234\text{E} - \text{SOB}1 - \text{SBD}21 - \text{SO}4\text{E}$$

«Decompondo a área total (SOD234E) em figuras geométricas:

$$\text{«SOD}234\text{E} = \text{S (trapézio) CD}23 + \text{S (trapézio) AC}34 + \text{S (quadrado) OA}4\text{E}$$

«Substituindo:

$$\text{«S}01234 = \text{S (trapézio) CD}23 + \text{S (trapézio) AC}34 + \text{S (quadrado) OA}4\text{E} -$$

$$\text{«S (triângulo) OB}1 - \text{S (trapézio) BD}21 - \text{S (triângulo) O}4\text{E}$$

«Para o cálculo da área de cada figura as dimensões serão dadas em função dos valores das totais:

$$\text{S}01234 = X_2 + X_3 (Y_2 - Y_3) + X_3 + X_4 (Y_3 - Y_4) + X_4 Y_4 - X_1 Y_1 - X_2 + X_1 (Y_2 - Y_1) + X_4 Y_4$$

«Multiplicando-se todos os termos por 2 e efetuando os produtos, tem-se:

$$2S = X_2 Y_2 - X_2 Y_3 + X_3 Y_2 - X_3 Y_3 + X_3 Y_3 - X_3 Y_4 + X_4 Y_3 - X_4 Y_4 + 2 X_4 Y_4 - X_1 Y_1 - X_2 Y_2 + X_2 Y_1 - X_2 Y_1 - X_1 Y_2 + X_1 Y_1 - X_4 Y_4$$

«Para melhor memorização da fórmula, dispõe-se as longitudes totais sobre suas respectivas latitudes, totais e efetuam-se as multiplicações em cruz respeitando os sinais das coordenadas e adotando-se o critério de que numa direção os produtos serão positivos e na outra negativos.

$$2S = X_1:Y_1 \quad X_2:Y_2 \quad X_3:Y_4 \quad X_4:Y_4 \quad X_0:Y_0 \quad X_1:Y_1 \quad - \quad \backslash \quad X \quad / \quad +$$

«O cálculo da área fica facilitado, chamando de X1 e Y1 as coordenadas do ponto seguinte ao que se totalizou (0,00) e assim por diante.

«Com os dados da planilha que serviu como ilustração desse texto, a mesma terá a área da poligonal calculada pelo método das coordenadas (Gauss).»

nh.	Ali de	Longitu Total	Latit ude Total
	MP	-158,41	111,8
- 1		-68,34	4
	1_	-72,60	302,4
2		-2,78	3
	2_	10,47	414,1
3		33,11	7
	3_	42,39	445,5
4		49,98	6
	4_	50,33	457,1

5		49,85		459,7
	5_	0	5	
6				394,7
	6_			280,3
7			4	
	7_			146,8
8				49,03
	8_			0
9				
	9_			
10				
	10			
_MP				

«2S = -158,41:11,84 x -68,34:302,43 x -72,60:414,17 x -2,78:445,56 x 10,47:457,10 x 33,11:459,75 x 42,39:394,70 x 49,98:280,34 x 50,33:146,80 x 49,85:49,03 x 0,00:0,00

«2 S = - (-158,41 x 302,43) - (-68,34 x 414,17) - (-72,60 x 445,56) - (-2,78 x 457,10) - (10,47 x 459,75) - (33,11 x 394,70) - (42,39 x 280,34) - (49,98 x 146,80) - (50,33 x 49,03) - (49,85 x 0,00) + (-68,34 x 111,84) + - x + 62 (-72,60 x 302,43) + (-2,78 x 414,17) + (10,47 x 445,56) + (33,11 x 457,10) + (42,39 x 459,75) + (49,98 x 394,70) + (50,33 x 280,34) + (49,85 x 146,80) + (0,00 x 49,03).

«2 S = (+190.273,70 - 70.321,41) = 119.952,29

«S = 59.976,15 m² = 5,9976 há.»

Surpreende o ex-aluno do velho Instituto Politécnico, imaginar que isso possa, segundo o Tribunal de Minas Gerais, estar nos limites da Aritmética.

O ilustre Juiz Dr. **STEFANO RENATO RAYMUNDO**, da 2ª Vara Cível de Frutal, a propósito repeliu pedido formulado nos moldes do que se verifica

neste episódio, com o seguinte fundamento esclarecedor (Proc. 0271.11.002899-7):

«In casu, verifico que a apuração do valor da dívida não pode ocorrer mediante simples elaboração de operação de aritmética, posto que apenas se chegará ao real valor do crédito dos ora embargados através de uma atividade cognitiva para que sejam colhidos, fora do título, dados necessários à determinação desse valor.»

O Prof. **WALDÍRIO BULGARELLI**, «in» *Títulos de Crédito*, 11ª Ed., S. Paulo, 1995, págs. 142 e seg. lembra a propósito:

«a) SOMA DE DINHEIRO A PAGAR e a espécie de moeda. Trata-se de requisito da maior importância, pois se considera também, como requisito intrínseco da obrigação cambial, gerando, a sua omissão ou incorreção, a nulidade formal do título. Como a precisão é importante, não se admitem expressões vagas, alternativas, aproximativas, etc. A indicação da moeda por seu turno também deve ser precisa, sobretudo em relação àquelas em que, pela identidade de nomes, possa haver possibilidade de confusão, como o peso, por exemplo.» (Gr.).

A respeito do tema assevera **MARGARINO TORRES**, em sua clássica obra citada, pág. 193:

«Evidente é que um título cambial defeituoso em seu contexto não pode ser produzido em juízo; a menos que o portador se proponha provar preliminarmente que a emenda ou rasura foi feita pelo próprio réu acionado; e neste caso, não seria possível a ação executiva, que o juiz deveria denegar de officio, convindo pois que o credor prefira outra ação, em que

possa obter a confissão do réu, supletiva da forma do instrumento: (vede **BONELLI**, *Della Cambiale*, n. 54, nota 21, pág. 111).» (Gr.).

Efetivamente, como revela todo o Direito científico, o tomador, ao fazer valer publicamente o título, pelo protesto ou pela apresentação em Juízo de execução, fá-lo solenizado, e fixadas restam DEFINITIVAMENTE a substância e a forma, jamais havendo azo a contemplação de sua validade pela elaboração de uma realidade que ele não porta, assumida por estranho aos obrigados, no caso, o Judiciário ao placitar, SEM COMPETÊNCIA PARA TANTO, a estipulação do valor do débito *mediante ato externo* com relação ao título.

Isto implica em reconhecer que a esse Poder do Estado não toca intervir para a formar título executivo extrajudicial no lugar do jurisdicionado (CPC, art. 125-I).

Não se trata, porém, apenas disso - senão que, ao mesmo tempo, de considerar que o título executivo, como já se viu, constitui não só a prova do direito, mas o próprio fundamento deste, ou seja o título, na acepção rigorosamente jurídica (Cfr. **EURICO LOPES-CARDOSO**, *Manual da Acção Executiva*, 1964, pág. 52).

Bem a propósito, o Egr. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, através de Acórdão da lavra do então Juiz **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, Relator, assim se posiciona, como se vê «in» *Títulos de Crédito*, do Relator, S. Paulo, Saraiva, 1986, págs. 159 e segs.:

«A diferença fundamental entre o processo de execução e o processo de conhecimento reside em que, enquanto este se destina a investigar o direito do autor, aquele tem como fim a realização do direito do credor, que, antes do próprio

processo, já deve estar revestido da indispensável liquidez e certeza.

«Não há execução, portanto, sem título executivo. E não se considera título executivo aquele documento que se mostre despido dos requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade (CPC, arts. 583 e 586).

«Nula, por conseguinte, é a execução forçada intentada à luz de documento que não satisfaça, previamente, às exigências acima (CPC, art. 618, I).

«Daí porque não é jurídica a pretensão da apelante de deixar um requisito do título para comprovação posterior, caso apenas o devedor venha a embargar a execução e alegar sua omissão.

«Os embargos, no processo executivo, não são resposta do réu, nem tampouco parte ou fase do procedimento da execução, mas sim ação do devedor contra o credor, de natureza eventual. (...)

«É que, na sistemática de nosso direito processual civil, somente a lei tem a força de criar e definir títulos executivos.

«Uma vez que não há, no processo de execução, fase de conhecimento para que se complete ou aperfeiçoe o título inicialmente exibido, incompleto e imperfeito, outra alternativa não tinha o juiz *a quo* senão a de indeferir a pretensão do credor, *in limine litis*.

«Finalmente, é de ressaltar que uma das características fundamentais do título executivo é ser completo, de forma que só será título executivo o documento que reúna, desde logo, todas as exigências da lei que o instituiu como tal. Nesse sentido é a insuperável lição de **LIEBMAN**, para quem 'a responsabilidade, assim como a ação executória, está ligada imediatamente apenas ao título' (*Processo de execução*, n. 35, p. 67).

«Não tendo a apelante exibido título completo, não podia mesmo prosperar sua pretensão executiva». (Gr.).

A propósito, o Egr. TJSP, confirmando esta posição, proferiu a seguinte decisão:

«A sentença como se vê, não cria de nada um direito subjetivo, como proclamou **GIUSEPPE CHIOVENDA**. Também não é a improcedência dos embargos que criará título executivo ou dará eficácia a um título que antes não a tinha conforme observa **EULÂMPIO RODRIGUES FILHO**, para quem, quando o título não preenche os requisitos legais para a execução, não cabe ao Judiciário criar decisão supletiva, para torná-lo exequível». (AC. TJSP, Apel. 7275297-5, Rel. Des. **LUIZ CARLOS DE BARROS**).

A farragem dos autos, à luz desse raciocínio formulado, e acolhido em todo o mundo conduz ao entendimento de que essa execução tramita ao arrepio da Lei, aspecto a conduzi-la à mais clara e absoluta nulidade, porque desvestida de título executivo e com parte passiva errada, olímpicamente errada.

O trâmite processual desenvolve-se no caso, mediante prática de **tremendo «erro judiciário»**, por violação da Lei e da Constituição, por omissão de sua aplicação, *i. e.*, pretermitindo sua exata aplicação a caso que as reclama.

De fato, está-se em presença de hipótese de ausência de aplicação de textos legais claros que deviam ter sido observados (arts. 267 - IV, 586 e 618, do CPC).

Está havendo portanto, *uma omissão indevida*, ou seja, não estão sendo aplicados os textos legais que no Direito são destinados a resolver

com acerto a questão *relativa à **inescondível inexistência de título executivo.***

Ausência ainda, de condição da ação

*No que diz sobre a execução contra o espólio no lugar de ser contra os herdeiros em razão de haver em curso, inventário dos bens deixados pelo devedor, e de a inventariança ser «dativa», estranhamente o Egr. Tribunal adotou, SURPREENDENTEMENTE e EQUIVOCADAMENTE, o seguinte critério, através de «transcrição parcial de acórdão» da lavra do Des. **EDUARDO ANDRADE:***

«Primeiramente ressalto que dispõe o **artigo 12, inciso V, do CPC:**

«Artigo 12 - Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

«V - o espólio, pelo Inventariante.»

«Assim, julgada a partilha, desaparece a figura do espólio, cessando, por consequência, as funções antes desenvolvidas pelo Inventariante, cabendo, portanto, aos herdeiros, a partir de então, em litisconsórcio ativo postular a sua pretensão, desaparecendo *ipso facto* a figura do espólio.

«Ressalte-se que as funções normais do inventariante vão até o trânsito em julgado da sentença de partilha.

«**Nesse contexto, aplicam-se as disposições contidas nos arts. 12, V e 991, I do CPC**, os quais estabelecem que, até que ocorra a partilha dos bens objeto da herança, o espólio, representado por seu inventariante, é quem detém legitimidade ativa e passiva para estar em juízo.

«Registro que não há nulidade de execução por ausência de intimação do representante legal do executado

sobre a penhora realizada nos autos, tendo em vista que o representante legal do Espólio de Carlos Teodoro Ferreira foi sim, intimado de todos os atos da execução, requerendo ainda nova avaliação do imóvel.

«Ora, de fato, não houve a intimação dos herdeiros como alegado, e nem havia de ser, pois resta claro que a época dos fatos não havia sido finalizado o inventário dos bens do de cujus, sendo o inventariante o representante legal do espólio, não sendo assim, os Embargantes partes no processo executivo.

«É a jurisprudência desta Eg. Corte de Justiça:

«APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FALECIMENTO DO DEVEDOR - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - CITAÇÃO PESSOAL DO INVENTARIANTE - REGULARIDADE. Se há nos autos a substituição do pólo passivo da demanda, em razão do falecimento de uma das partes, adequada a citação realizada na pessoa do inventariante, haja vista a capacidade de representação ativa e passiva dos bens do inventariado, não havendo que se falar em citação dos herdeiros». (Apelação Cível n. 1.0024.06.218187-0/001, 1ª Câmara Cível, rel. Des. **EDUARDO ANDRADE**, j. 25-09-2007).

E, isto parece ter trazido aos julgadores a sensação do dever cumprido.

A própria exposição trazida pelo Des. Relator do acórdão ora comentado **revela a impertinência do fundamento adotado «no acórdão eleito equivocadamente paradigma»**, pois que, embasado este, no art. 12, inciso V, do CPC, quando a Lei, para o caso específico da **inventariança dativa** regula através do parágrafo 1º do art. 12, do qual o acórdão ora em debate passou ao largo, valendo-se de decisão específica relativa ao inciso V do art. 12,

totalmente estranho à questão, não guardando esse julgado, integrante hoje do Direito científico, pertinência com esta causa.

Tanto se diz, porque o próprio acórdão trazido à colação, da lavra do Des. **EDUARDO ANDRADE**, lembra, com a proficiência que é peculiar ao eminente jurista, que *jamais aplicou o inciso V no lugar do § 1º do art. 12* a questão deste naipe:

«Ademais, importa ressaltar que ainda não houve partilha dos bens no inventário do falecido autor da ação principal, afigurando-se indubitosa a legitimidade do espólio para figurar no pólo passivo da ação principal.»

Proseque o douto Des. **EDUARDO ANDRADE** - com quem galgamos à mesma época a «Via Latina» da velha Universidade de Coimbra - na perfeita aplicação do Direito, como de costume, mas **não compreendido** no acórdão ora comentado, porque, lido o acórdão de autoria de Dr. **EDUARDO ANDRADE** de forma embaralhada, não obstante a sua clareza, sobretudo ao fazer a seguinte ressalva:

«Lado outro de se salientar que não se trata de inventariante dativo, não sendo necessária a citação de todos os herdeiros.» (Acórdão n 1.0271.02.012535-4/001(1), Rel. Des. **EDUARDO ANDRADE**, citado, trazido à colação pelo Des. **PEREIRA DA SILVA**, relator do recurso ora «sub examine»).

De sorte que o Dr. **EDUARDO ANDRADE** e seus ilustres pares decidiram, no acórdão paradigma, uma questão que não tem similitude com

a subsequente, tendo sido infeliz a aplicação de suas doudas lições a caso visivelmente, sensivelmente, e desenganadamente distinto.

Sendo, aliás, uma injustiça contra o que a sua virtude e sua cultura merecem.

E, qual seria a importância disto no desfecho da questão fulcral?

O Direito científico responde:

«PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO. ESPÓLIO. INVENTARIANTE DATIVO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE TODOS OS HERDEIROS E SUCESSORES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE UM DOS HERDEIROS. **PROCESSO EXTINTO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.**

«**1. O § 1º do art. 12** estabelece que, quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

«2. O caso é de litisconsórcio necessário. Sem a inclusão de todos os herdeiros, a sentença não será eficaz.

«3. Depois de composta a relação processual, não é mais possível a inclusão de litisconsortes ativos.

«4. Inaplicáveis, no caso, os arts. 1791 e 1314 do Código Civil. A herança se distingue do espólio. Este é visto sob o prisma dos próprios bens que o constituem, e a herança se vê do ângulo de posição dos próprios herdeiros.

5. Apelo improvido.»

«Processo: CR 913981000 SP

«Relator(a): **NESTOR DUARTE**

«Julgamento: 25/06/2008

«Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado

«Publicação: 10/07/2008

«Ementa: Ação Declaratória de nulidade de processo por vício de citação. **Ação declaratória proposta por espólio representado por inventariante dativo. Necessidade de a representação se dar pelos herdeiros. Falta de pressuposto processual. Extinção do processo sem apreciação do mérito.** Recurso prejudicado.» (Jusbrasil).

Daí resultam a «legitimidade» e o «interesse» dos embargantes em alegar as nulidades, vez que têm sua posse e sua propriedade já reconhecidas nas decisões proferidas, atingidas por ato judicial construtivo que resultou inclusive na venda em hasta pública do imóvel respectivo, sem que se os tivesse conclamado a integrar a «in ius vocatio», ou a relação processual executória, *i.e.*, não obstante serem **os verdadeiros proprietários da gleba», não foram chamados ao processo de tal poder ofensivo, e mesmo assim estão na iminência de perdê-la, mediante invocação contraditória de disposição legal estranha à «quaestio», contra toda a gama de princípios de Justiça.**

Disso resulta, aliás, «contradição confusa», pois, ao considerar aplicável o art. 12-V do CPC como forma de representação no inventário para decidir sobre a legitimidade dos herdeiros, simplesmente a excluiu, mediante desprezo à incidência da «inventariança dativa», de modo a que, para os efeitos de proteção da propriedade penhorada, os herdeiros, embargantes de terceiro ficaram simplesmente inermes, porque o acórdão em exame tolheu-lhes todas as entradas, em prática de grave equívoco.

Mas, ainda que no caso, «em tese», e «ab absurdo», incidisse o art. 12-V do CPC, conforme a maior autoridade brasileira em Embargos de Terceiro, o saudoso Prof. EDSON PRATA, da Universidade Federal de Uberlândia, o direito dos autores dos embargos não feneceria por força de meras palavras avulsas. Vejamos:

«Por outro lado, a limpeza do processo é imperativo de ordem pública, pois evitará, no futuro, novos pedidos de intervenção do Estado para a composição dos litígios.

«Entendemos, portanto, que o terceiro, como prejudicado com o litígio alheio, é interessado em que o mesmo seja composto na forma legal, escoimado de irregularidades e nulidades, sob pena de ficar permanentemente sujeito a indébitas atuações jurisdicionais

contra seu patrimônio. Daí, a possibilidade de apontar falhas no processo principal, capazes, conseqüentemente, de minorar suas dificuldades na defesa de seus bens no processo incidental.» (EDSON PRATA, *Embargos de Terceiro*, S. Paulo, Leud 1984, pág. 255).

Respeitadamente ao tema, o Prof. **MARTINHO GARCEZ** em sua clássica obra *Nullidades* explicita

«CONCLUSÕES DOUTRINAIS: **Nullidade – Alegação e reconhecimento** – «Nullidade é o vício que impede um ato ou uma convenção de ter existência legal e produzir efeito. A nulidade de pleno direito é imediata; ela golpeia mortalmente o ato logo que ele é praticado e não permite em momento algum os seus efeitos. [...] A nulidade pode ser alegada independentemente da prova do prejuízo. O ato é nulo para todos. A nulidade não pode ser relevada pelo juiz que a deve pronunciar se ela consta do instrumento ou de prova literal, ainda que se trate de escritura de hipoteca ou de escritura de compra e venda de bens de raiz; porque é a lei que se encarrega de todo o trabalho, declarando o ato nulo. O papel do juiz é passivo, limita-se a ver a prova e declarar ou constatar a nulidade. A nulidade pode ser alegada e pronunciada tanto por meio de ação como por meio de defesa. A nulidade pode ser alegada por todos que provarem interesse na sua declaração. É por isso que a nulidade é absoluta; porque pode ser invocada por todos os interessados. O ato é nulo para todo o mundo, porque a sua nulidade é produzida por uma consideração de interesse geral» (**MARTINHO GARCEZ**, *Nullidades dos Actos Jurídicos*, Rio, Jacintho, 1910, 1º v., 2ª ed., p. 21).

De sorte que percebe-se que o acórdão ora comentado desliga-se da natureza da questão em debate, aplicando direito inadequado sobre tema a envolver condição de procedibilidade, de molde a proteger o processo nulo na sua plenitude, a suplicar decretamento da nulidade da penhora e da extinção da execução conforme autoriza o art. 267, § 3º, do CPC, por tratar-se de questão não sujeita a preclusão em qualquer grau de jurisdição.

Oportunidade e sede para arguição de nulidade da execução

O art. 586 do CPC determina:

«Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.»

Doutra parte, o art. 794 do CPC, ao regular a extinção da execução através da sentença própria desse processo (art. 795), deixa aberta a oportunidade, até que seja ela proferida, a que se reconheça ausência das condições de procedibilidade e se declare a extinção do feito, não obstante existência de procedimentos incidentes.

Em grandes estudos de valor doutrinário sobre o tema, o Prof. **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, com a maestria costumeira, ensina, por exemplo, ao tratar do art. 794 do CPC:

«Além dos casos já enumerados [incisos I, II, III, do artigo], que são típicos do processo executivo, pode ele extinguir-se em outras hipóteses previstas para o processo de conhecimento, mas que também se aplicam à execução forçada (art. 598), como as de:

«a) (...)

«b) (...)

«c) **ausência de pressupostos processuais (art. 267, IV);**

«d) **carência de ação (art. 267, VI).**

«Em todos esses exemplos, a extinção pode ser provocada por simples petição da parte, independentemente de embargos, **e o Juiz tem poderes para decretá-la, mesmo de ofício**, já que se relacionam com requisitos procedimentais de ordem pública.» (*Coms. ao CPC*, Rio Forense, 1978, vol. 4, págs. 709 e seg.).

E prossegue o ilustre Professor **THEODORO JÚNIOR**, em obra outra:

«Uma vez que a lei só permite a execução forçada quando apoiada em título legalmente qualificado como executivo (CPC, art. 583) e ainda quando este seja líquido, certo e exigível, por seu conteúdo (CPC, art. 586), a possibilidade jurídica de pretensão de executar se confunde com a necessidade de vir sempre a petição inicial desse tipo de ação, fundada em título executivo que ostente ditas características. Por isto, *o título executivo (assim como sua liquidez e certeza) representa uma condição da ação executiva.*

«Com efeito, - adverte **PONTES DE MIRANDA** - 'no título executivo está o documento que permite a ação de execução. De sorte que 'nunca há ação de execução sem título executivo' (Comentários ao Código de Processo Civil) Rio, Forense, 1976, v. IX, p. 220).

«Em se tratando de condição de procedibilidade, a questão sobre falta ou ineficácia do título executivo pode ser, naturalmente, argüida nos embargos do devedor, mas não depende dessa ação incidental para ser apreciada e dirimida pelo juiz da causa, em face do preceito contido no art. 267, §

3º, do CPC, que se aplica ao processo de execução por força do disposto no art. 598 do mesmo Código.

«Isto porque, como já se demonstrou, ao juiz incumbe o dever de apreciar de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição a matéria pertinente aos pressupostos processuais e condições da ação.»

«Assim, no âmbito da execução forçada, desde o momento em que a petição inicial entra em juízo, há o juiz de exercer rigoroso controle não apenas sobre a regularidade formal da petição mas também, e principalmente, sobre a viabilidade do direito de ação, que pertine com as condições do direito de agir, com passagem na viabilidade da formação da relação processual ou mais precisamente, com respeito às condições essenciais para que a relação processual possa ser constituída e se desenvolver com normalidade' (COSTA E SILVA, *Tratado do Processo da Execução*, 2ª ed., Rio, Aide, 1986, v. I, n. 7.8, p. 50).

«Não há, por isso mesmo, dependência alguma entre esse exame necessário e o manejo dos embargos por parte do devedor. Antes de qualquer manifestação do executado o juiz não só pode, mas deve indeferir *in limine* a petição quando o título não seja exeqüível' (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ob. cit., I, n. 57, p. 191). (...)

«É ilegal a atividade exercida pelo exeqüente e pelos órgãos executivos, no processo de execução, quando o título que lhe serve de base não tem força executiva, e o juiz não pode permitir-se nem permitir o exercício de uma actividade ilegal» (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ob. cit., I, n. 57, p. 197).

«A falta do título executivo, ou sua inexequibilidade, conduz necessariamente ao trancamento do processo de execução através de uma decisão terminativa em que o juiz, de ofício, ou não,

proclama a carência da ação por parte do credor (CÂNDIDO R. DINAMARCO, ob. cit., n. 18, p. 137). Essa falta de condição da ação apresenta-se sempre como questão de ordem pública, no dizer do mesmo renomado processualista. (...)

«Enquanto não exaurida a relação processual não preclui a matéria pertinente aos pressupostos processuais e condições da ação. Trata-se de requisitos de validade do processo e de legitimidade da própria função jurisdicional diante do caso concreto. A sua arguição não depende, necessariamente, dos embargos nem sofre prejuízo pela eventual omissão de seu prequestionamento nos embargos de devedor. Enquanto tiver curso o processo de execução, **incumbe ao juiz examinar de ofício a presença ou não dos pressupostos processuais e condições da ação. Pouco importa já tenham sido julgados os embargos, os requisitos são do processo de execução e não da ação incidental de oposição do devedor. Aplica-se o art. 267, § 3º, do CPC, que ordena ao juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, dessa matéria.** Somente depois de encerrado o processo pela sentença de mérito é que a matéria não mais será examinável no bojo dos mesmos autos, porque, aí, faltará ao juiz jurisdição (sua função estará finda para a causa). Na execução, portanto, enquanto não proferida a sentença do art. **795 do CPC, aberta estará a oportunidade para se apontarem as nulidades insanáveis e presente estará a obrigação para o juiz de decretá-las se enquadráveis nas hipóteses a que alude o § 3º de art. 267, do CPC.**» (Execução, Rio, Aide, 1991, págs. 514 e segs., gr.).

Ao seu turno, os Profs. **NELSON NERY** e **ROSA NERY**, em seu festejado CPC Comentado, S. Paulo, RT, 2001, 5ª ed., pág. 1.216, seguem o mesmo raciocínio:

«Termo final. O *dies ad quem* do prazo para que o juiz ou tribunal possa pronunciar-se sobre as questões de ordem pública no processo de execução é o momento imediatamente anterior ao da prolação da sentença do CPC 795. Enquanto não proferida essa sentença, de extinção da pretensão de execução (CPC 794) ou do processo de execução em sentido lato (CPC 267 e 269), pode e deve o juiz ou tribunal analisar as matérias de ordem pública que porventura existirem no processo, independentemente da alegação da parte ou interessado. **Assim, por exemplo, se já houver sido feita a arrematação, mas o juiz verificar que o título que aparelha a execução não tem eficácia executiva, deve anular o processo desde o início e extinguir o processo de execução por falta de condição da ação (CPC 267 VI), independentemente da oposição de embargos do devedor ou à arrematação.»**

A extinção do processo por essas razões postula-se até nos próprios autos da execução, antes de proferida a sentença do art. 795 do Código de Processo Civil, na forma da doutrina aqui sufragada, ou através dos embargos que sobrevierem, ou via ação de nulidade, por qualquer dos legitimados.

Alegada «causa debendi»

De maneira surpreendente, o acórdão ora «sub examine» proclama:

«Ademais, para se manejar os embargos em questão, o terceiro deve comprovar a constituição sobre bem de sua posse ou propriedade que vem sofrendo turbação ou esbulho, **não sendo objeto de Embargos de Terceiro discussão acerca da causa debendi, como pretende os Recorrentes («sic»).**

Todavia, se a questão abrange 2 (dois) temas, sendo **o primeiro quanto a iliquidez do título e o segundo sobre ilegitimidade passiva da execução**, equivoca-se o acórdão ao censurar assim solenemente os interessados com fundamento em ocorrência de discussão sobre **«causa debendi», que em rigor não se vê como objeto dos debates.**

O tema foi trazido «ao acórdão» e acabou por caracterizar **falso fundamento, forçado**, pois, questões preliminares levantadas não se confundem com «causa debendi».

A «causa debendi», em tese, corresponderia à causa do contrato, ou ao motivo da sua celebração, ou à sua fonte, **a que a iliquidez do título e a ilegitimidade de parte não correspondem.**

A Prof^a **ANA PRATA**, «in» *Dicionário Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1990, 3^a ed., pág. 96 explicita:

«Causa do contrato (Dir. Civil) - Pode dizer-se, em termos gerais, que a causa do contrato é a função económico-social que, tipicamente, o contrato desempenha. Este o entendimento da corrente doutrinária objetivista, considerando

os autores que adotam uma concepção subjetivista que a **causa do contrato é o motivo típico que determinou as partes a realizá-lo.»**

De modo a revelar, portanto, que a causa subjacente à contratação executada e que lhe deu motivo *não é objeto de discussão* neste episódio, cabendo examinar o que é verdadeiramente pertinente para se desenlaçar a questão de maneira legal e justa, **a envolver, como envolve, bem de órfãos menores, que foi levado à venda judicial equivocadamente, «sem processo legítimo», a preço vil.**

Nesse caso afiguram-se violados também os arts. 128 e 460 do CPC.

CONCLUSÃO

Em resumo, esses são os pontos nodais desta tese:

- a) Título hipotecário executivo juridicamente considerado, inexistente;
- b) Julgamento como se os embargantes de terceiro fossem parte – NÃO CITADA – da execução;
- c) Condição da inventariante, de «dativa», a fazer o pólo passivo diferenciado (CPC, art. 12, § 1º);
- d) Falta de intimação a alguém sobretudo com legitimidade para recebê-la, do praxeamento;
- e) Nulidade absoluta da penhora, por razões formais e por haver atingido bem imóvel dos embargantes, terceiros estranhos ao feito;

f) Ausência de participação do Ministério Público, então necessária porque à época da propositura todos os embargantes eram menores, havendo 2 (dois) deles que eram «de colo», e a causa foi decidida contra eles.

Os 3 pontos técnicos que se levam em consideração são:

1. Valor de contrato de compra e venda de terra lavradia, em execução, agregado expressamente a eventual diferença de área, não se apura só com «ARITMÉTICA».

2. O acórdão trazido à balha como «paradigma» nos fundamentos do acórdão ora observado, da lavra do Des. **EDUARDO DE ANDRADE**, não se refere ao «art. 12, par. 1º, do CPC, mas ao inciso V, do mesmo artigo, entre os quais há um «abismo» impenetrável, explicado pelo próprio Dr. **EDUARDO ANDRADE**.

3. Se não há discussão sobre «causa do título» exequendo, a consideração no acórdão ora comentado, quanto a descabimento de discussão de «causa debendi» não tem lugar na demanda, tratando-se, portanto, de fundamento inadequado.

Em conclusão: ao que se vê da exposição dos presentes comentários, absolutamente correto o acórdão de S. Paulo cuja ementa veio transcrita no início deste trabalho.