

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE
EXECUÇÃO**

MARCILIO LAGO MÁXIMO DE PONTES

PRESIDENTE PRUDENTE-SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE
EXECUÇÃO**

MARCILIO LAGO MAXIMO DE PONTES

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro

PRESIDENTE PRUDENTE-SP

2003

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro

Wanderlei de Oliveira Cardoso
1º examinador

Régis Irineo Forti
2º examinador

Presidente Prudente, 02 de Dezembro de 2.003

*Aos meus pais, João e
Irene, fonte incessante
de amor, força e
carinho.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, que mesmo impondo obstáculos, ajudou-me a superá-los .

Aos meus pais, que nunca me dirigiram uma palavra de desincentivo.

Ao meu irmão Marlon, que nos momentos em que o tempo não me era mais um privilégio, sempre esteve presente.

Ao Dr. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro, pessoa de inestimável saber jurídico.

A todos os meus amigos, que proporcionam os momentos da vida dos quais eu mais aprecio.

RESUMO

No presente trabalho procurou-se demonstrar a existência do contraditório no processo de execução, expondo as posições favoráveis e contrárias à incidência de tal princípio constitucional na ação executiva.

A metodologia empregada foi a observância à lei constitucional e processual, bem como à bibliografia e jurisprudência pátria sobre o tema, tentando-se atingir os objetivos do trabalho através de estudos e pesquisas à doutrinas, artigos jurídicos e documentos.

Abordou-se sobre a incidência de alguns princípios fundamentais no processo de execução, dando maior ênfase ao Princípio do Contraditório, observando-se as peculiaridades da aplicação de tal garantia constitucional na ação executiva.

Na execução, a cognição é sumária, podendo serem discutidas nos próprios autos as questões referentes aos pressupostos processuais, condições da ação, sendo que, em alguns casos específicos, poderá ser discutido o mérito na própria ação de execução. Tais questões poderão ser alegadas pelo executado através da exceção de pré-executividade ou por petição simples.

Demonstrou-se alguns momentos em que o princípio do contraditório incide de forma mais evidente na execução, mencionando-se também superficialmente sobre a ação de embargos à execução, no caso de ser necessária dilação probatória para a defesa do devedor.

Por fim, justificou-se a importância do contraditório ser observado no processo de execução por ser tal princípio uma garantia constitucional concedida às partes.

ABSTRACT

In the present research it was tried to demonstrate the existence of the contradictory in the process of execution, presenting the favorable and opposite positions to the incidence of that constitutional principle in the executive action.

The methodology applied was the observance to the constitutional and processual law, as well as the bibliography and jurisprudence native about the subject, trying to achieve the objectives of the assignment through the studies and researches to doctrines, juridical articles and documents.

It dealt with the incidence of some fundamental principles in the execution process, giving more emphasis to the contradictory principle, observing the particularity of the application of such constitutional warranty in the executive action.

In the execution, the cognition is concise, it could be discussed in the own documents the problems relating to the processual pretext, action conditions, but in some specific cases, it could be discussed the aptitude in the own action of execution. Such questions will be alleged by the executed through the exception of pre executivity or by simple petition.

It showed some moments in which the contradictory principle incising in a more evident manner in the execution, also mentioning superficially about the action of appeal to the execution, in case it's necessary the probatory dilation to the defense of the debtor.

Finally, it justified the importance for the contradictory be observed in the process of execution by being such principle a constitutional warranty giving to both parts.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Evolução Histórica do Processo de Execução.....	12
3. A Evolução do Processo de Execução no Direito Brasileiro.....	16
4. Princípios Fundamentais do Processo de Execução.....	19
4.1 Princípio da Autonomia.....	19
4.2 Princípio do Título.....	20
4.3 Princípio da Patrimonialidade.....	22
4.4 Princípio do Resultado.....	23
4.5 Princípio da Disponibilidade.....	24
4.6 Princípio da Adequação.....	26
5. Do Princípio do Contraditório.....	27
5.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	27
5.2 Princípio da Isonomia.....	28
5.3 Ampla Defesa e Contraditório.....	30
5.3.1 Curador Especial.....	32
6. Incidência do Princípio do Contraditório no Processo de Execução.....	34
6.1 Momentos de Incidência do Contraditório no Processo de Execução.....	41
6.1.1 Ausência de Pressupostos Processuais.....	42
6.1.2 Ausência das Condições da Ação no Processo de Execução.....	43
6.1.2.1 Falta de Legitimidade “Ad Causam”.....	45
6.1.2.2 Falta de Interesse de Agir.....	46
6.1.2.3 Impossibilidade Jurídica do Pedido.....	48
6.1.3 Prescrição e Decadência no Processo Executivo.....	50
6.1.4 Suspeição e Impedimentos.....	52
6.1.5 Citação.....	54
6.1.6 Nomeação de Bens e Penhora.....	56
6.1.7 Avaliação.....	61
6.1.8 Arrematação.....	62
6.1.9 Litispendência.....	64
6.1.10 Coisa Julgada.....	65
6.1.11 Excesso de Execução.....	66
6.1.12 Pagamento.....	68
7. Mérito no Processo de Execução.....	70
8. Da Exceção de Pré-Executividade.....	72

9. Dos Embargos à Execução.....	75
10. Conclusão.....	78
11. Bibliografia.....	80

1 – INTRODUÇÃO

O processo de execução, ao longo de sua história, vem sofrendo grandes alterações, sendo que sempre foi e ainda é considerado como meio célere e eficaz na satisfação do direito do credor. Tal satisfação se concretiza com o cumprimento, pelo devedor, da obrigação representada em determinado título dotado de certeza, liquidez e exigibilidade. Através do processo de execução, o Estado poderá ingressar na esfera patrimonial do devedor e de lá retirar parcela ou totalidade do patrimônio para satisfazer o credor.

Durante vários anos, o processo de execução foi considerado, no que toca à sua função jurisdicional, como um processo civil do autor, tendo como única finalidade a satisfação da pretensão deste.

Por tais motivos, tradicionais autores defendiam a impossibilidade do contraditório no processo de execução, sendo que eventual objeção pelo devedor em relação à execução deveria ser objeto de ação autônoma, sob pena de se desconfigurar a fundamental utilidade da execução, que é a satisfação do crédito do credor pela forma mais célere possível.

Todavia, com o passar dos anos, o entendimento calcado na inexistência de contraditório na ação executiva foi sofrendo várias críticas, mormente diante de grandes abusos praticados por “falsos” credores, que utilizavam o processo de execução injustamente, causando prejuízos irreparáveis ao patrimônio do devedor e à sua própria pessoa.

Estas críticas serviram de motivação para algumas decisões judiciais que passaram a aceitar, em determinados casos onde a injustiça de se propor a execução mostrava-se evidente, a possibilidade de defesa pelo devedor, mesmo que de forma limitada, nos próprios autos de execução.

Atualmente, levando-se em conta o momento socioeconômico e cultural em que estamos inseridos e com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1.988 que, em seu art. 5º, inciso LV assegura o contraditório e a ampla defesa em qualquer espécie de processo judicial, sem qualquer discriminação, tornou-se pacífico entre a doutrina e a jurisprudência pátria, a possibilidade de se haver uma defesa preliminar manejada pelo devedor, com o fim de se aplicar referida garantia constitucional no processo de execução.

E são várias as razões que fundamentam tal assertiva. Uma delas é apresentada por Cândido Rangel Dinamarco (1993, p.126) que leciona sobre a questão processual e o

poder, afirmando que a inexistência do contraditório, da dialética, inviabiliza o exercício do poder, pois este fica facilmente vulnerável. Menciona referido autor:

Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo o poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando este com processo, desde que seja feito em contraditório.

No entanto, conforme será visto em momentos posteriores, a aplicação do contraditório no processo de execução não se mostra da mesma forma e intensidade que no processo de conhecimento. Em virtude de sua função jurisdicional, voltada à satisfação do direito do credor, o direito de defesa do devedor nos próprios autos executivos sofre grandes limitações.¹

Desta forma, o presente trabalho procura justificar a tendência moderna existente que defende a aplicação do princípio do contraditório no processo de execução, bem como abordar alguns momentos processuais executivos onde a aplicação de tal princípio constitucional se mostrará de forma explícita.

Outro objetivo perseguido é expor posições doutrinárias que defendam a aplicação do princípio do contraditório no processo de execução de forma ilimitada e outros que acreditam que o contraditório na execução deva sofrer várias restrições. Por fim, algumas alternativas serão apresentadas na tentativa de encontrar a forma mais adequada e justa de se aplicar o contraditório no processo de execução.

¹ Conforme se verá posteriormente, no processo de execução não se admite dilação probatória em virtude da cognição na ação executiva ser superficial, tendo em vista, no caso de título judicial, a fase cognitiva já encontrar-se superada (processo de conhecimento), ou mesmo, no caso de título executivo extrajudicial, haver presunção de exigibilidade, certeza e liquidez. Portanto, sendo necessária a cognição ampla, deverá o devedor propor a ação de embargos à execução, podendo produzir qualquer tipo de prova que pretender.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A execução, desde de os tempos mais remotos, já deixava transparecer sua tendência protecionista em relação à pretensão do credor, disponibilizando a este, os meios mais excessivos e desumanos para a satisfação de seu direito.

Tendo seu berço na civilização romana, a execução mostrava-se, primariamente, adepta a um sistema individualista que norteava as antigas sociedades, onde o particular não aceitava sofrer interferências do Estado em seus negócios privados, utilizando-se da força bruta para a satisfação de seus interesses conflitantes com os de outrem. Tal medida tomada pelo litigante era, e ainda é conhecida como autotutela.

Facilmente, portanto, há de se notar que o devedor, nesta primeira fase, era totalmente exposto pelo método executivo utilizado, que tinha caráter tipicamente penal, pois na pessoa do executado é que era feita a execução.

Pela chamada *manus injectio* – que é uma das mais antigas ações da lei – se alguém confessasse dívida perante o magistrado, ou fosse condenado e não a pagasse em trinta dias, o credor o levaria à presença do juiz, e perante testemunhas lhe “lançava mão”. Se ninguém pagasse a dívida pelo devedor dentro de três dias, o credor poderia vendê-lo como se fosse um escravo e, conforme o caso, até matá-lo.

Na *actio judicati*, o magistrado era incumbido apenas de um simples controle da execução, em sua fase inicial, decorrido o prazo de trinta dias após a condenação ou do reconhecimento da dívida. Após esta etapa, se não houvesse qualquer manifestação do devedor contrária à pretensão do credor, os atos executivos eram praticados exclusivamente por este. Portanto, conclui-se que a atividade executiva, neste momento, não era jurisdicional.

A defesa do devedor, no período em que reinava a autotutela, apresentava-se de forma interessante.

Neste sistema jurídico, se o devedor dispusesse de um fiador (*vindex*), que assumisse seu débito para com o credor, livraria-se ele, devedor, da obrigação originária. Tal mecanismo era conhecido como *infitiatio*.

Automaticamente, o *vindex* assumia o eventual débito do executado, passando a correr contra ele o processo. Porém, tinha ele o direito de regresso contra o devedor originário no caso de condenação que viesse a sofrer.

A *infitiatio* não poderia ser manejada pelo devedor originário, mas somente pelo *vindex*, que poderia alegar em tal meio de defesa a negação fática da sentença, sua nulidade, o pagamento da importância devida, ou ainda, a extinção do crédito por qualquer outro modo. Se proposta a *infitiatio*, iniciava-se uma fase cognitiva.

Além de conturbada tal forma de objeção, se houvesse nova condenação, o valor originário seria acrescido em seu dobro.

Posteriormente, o próprio devedor poderia apresentar sua defesa à pretensão do credor fundada em outros motivos.

Precedente fundamental no período de transição entre a execução corporal para a responsabilidade patrimonial do devedor foi a “*pignoris capio*”, que surgiu no período arcaico. Consistia ela na apreensão, pelo credor, de determinado objeto do executado durante certo prazo, com o objetivo de instigar-lhe a pagar o débito. Conforme Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.45) “não feito o pagamento no prazo, ele podia destruir o bem ou (segundo alguns) tê-lo para si, para satisfação do crédito”.

Logo após, surgiu a *bonorum venditio*, que era uma execução universal realizada por ordem do magistrado, onde o credor era imitado na posse de todo o patrimônio do devedor, tendo este último determinado prazo para adimplemento voluntário. Caso não fosse solvida a dívida, os bens poderiam ser vendidos para esta finalidade.

O devedor, nesta fase, também dispunha de mecanismos que o permitiam vender voluntariamente seus bens para a liquidação de seus débitos, podendo reter o necessário à sua própria subsistência (*bonorum cessio*). Também, através de outra forma de execução (*bonorum distractio*), os bens de devedores que mereciam especial atenção poderiam ser vendidos parceladamente até a satisfação do crédito executado, restituindo àqueles o remanescente.

No período pós-clássico, os atos executivos já não eram mais praticados pelo credor, e sim pelo Estado, através do magistrado e seus órgãos auxiliares. Nesta fase, a execução concentrava-se totalmente no patrimônio do devedor, abolindo-se totalmente a execução pessoal.

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (2002) esse desenvolvimento já se encontrava bastante adiantado no período *justinianeus* (século VI da era cristã), com o Estado realizando a execução por sua própria autoridade e com seus próprios meios, refreando o particular em seu ímpeto de vingança, depurando a execução civil do antigo

caráter penal e procurando reduzir a agressão contra o patrimônio do executado às justas proporções da obrigação descumprida.

Quando os bárbaros invadiram a Itália, houve grande retrocesso das instituições conquistadas ao longo do tempo pelo direito romano.

Os invasores apresentavam-se adeptos a um sistema individualista semelhante ao dos romanos quando do nascimento da execução. Desta forma, não aceitavam qualquer interferência do Estado em seus negócios privados, gozando de grande autonomia na prática de atos executivos utilizados para a satisfação de seus direitos.

Havia apenas, pelo Estado, um juízo incidental sobre a admissibilidade da execução em curso, sendo que esta ainda era realizada na pessoa do devedor. Poderia o credor escolher entre a execução pessoal ou patrimonial.

No entanto, os bárbaros apresentavam, como pressuposto da execução, uma peculiaridade que distinguia o sistema executivo por eles adotados da autotutela romana: a voluntária submissão do devedor.

Esta submissão se dava através de cláusula inserida nos contratos ou obtida em juízo. A verificação, pelo Estado, da existência dessa voluntária confissão do devedor só seria realizada se provocada por este, com a execução já em curso (após a realização da penhora). Posteriormente, este pronunciamento se tornaria requisito para o início da própria execução.

Havendo pronunciamento - provocado pelo devedor - pela inexistência do crédito no caso de execução por autoridade privada sem prévio processo de conhecimento, seria o credor condenado a pagar ao devedor a quantia que estava exigindo indevidamente.

Assim, a idéia de execução por autoridade privada sem cognição prévia do Estado estava sendo repugnada pela sociedade da época. Neste contraste, surgiu a idéia de que os atos executivos deveriam ser realizados de ofício pelo juiz até final satisfação do credor. A execução seria mero prosseguimento do processo cognitivo, não sendo necessária nova proposição de ação pela parte vencedora.

Portanto, neste momento, não se distinguia o processo de conhecimento do processo de execução, sendo este apenas um prolongamento daquele, para o fim de alcançar o resultado final da ação, que era a satisfação do credor.

Também neste período nasce o título executivo, que consistia em negócios entre particulares que, se realizados de determinada forma e representados em determinados tipos de instrumentos, poderia conduzi-los diretamente à execução forçada. Tal confissão de dívida poderia também ser manifestada no curso de um processo, o que resultaria na aceitação prévia da execução forçada.

Porém, havia uma distinção entre os títulos advindos de autoridade judiciária dos conquistados em contratos particulares. Sobre tal distinção ensina Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.63):

Se o exequente tivesse a seu favor uma sentença condenatória, o juiz procedia simplesmente aos atos executivos, sem qualquer cognição, sem contraditório, sem sentença afinal e até mesmo sem a citação inicial do executado. Sua citação viria apenas ao fim; antes da alienação do bem sujeito às medidas em que consistia a execução forçada. Mas, se se tratasse de título extrajudicial, o executado era citado logo ao início e se procedida a uma cognição sumária, com possibilidade de defesa e decisão ao fim.

A execução pessoal, consistente na prisão por dívida em cárcere público, neste momento, restringiu-se apenas aos fraudadores insolventes, aos devedores que fugiam ou àqueles que escondiam bens para subtraí-los à execução.

3 – A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Para maior elucidação da evolução do processo de execução no direito brasileiro, seria importante ressaltar o nascimento da ação executiva em Portugal, na época do início de seu reinado, no século XIII.

O direito romano, mesmo depois de ter sofrido notáveis modificações, prevalecia devido às suas instituições avançadas em relação aos sistemas das demais civilizações. Neste período, era notável o prestígio que gozava a Universidade de Bolonha, devido a estudos jurídicos avançados, transmitidos por mestres famosos da época.

Tendo conhecimento disto, o recém-criado reino de Portugal mandou seus jovens para Bolonha, que retornaram com novos conhecimentos. Tentou atrair também estrangeiros formados naquela Universidade, sendo que estes passaram a ocupar postos de destaque junto à Coroa.

Quando da sua independência, Portugal passou a manter relações com a Santa Sé, fator também favorável à recepção do direito romano e canônico. Tendo como base os ensinamentos destas instituições, foram editadas as Ordenações Afonsinas (Século XV), seguidas das Ordenações Manoelinas (Século XVI) e as Filipinas (Século XVII). Esta última, no século XVIII restringiu a aplicabilidade do direito romano, que deveria ser aplicado somente subsidiariamente ao direito em Portugal.

No entanto, em linhas gerais, não houve qualquer evolução notável em relação aos ensinamentos já conhecidos no direito romano. Os pontos de maior importância nesses institutos foram os seguintes:

Nas Ordenações Afonsinas, a execução era estatal, sendo que, ainda era admitido a prisão do devedor. Era desconhecida em tal instituição os títulos executivos extrajudiciais.

Nas Ordenações Manoelinas a execução de sentença era feita de ofício pelo juiz, sendo que alguns negócios conduziam a uma ação cognitiva sumária chamada assinação de dez dias, que pela doutrina é comparada à *actio judicati*. Tal regulamento também foi o adotado nas Ordenações Filipinas.

Nesta instituição vigorou a regra de que era competente para os atos executivos o juiz que tivesse julgado a causa em primeira instância. Também originou-se nesta

Ordenação algumas regras de restrição de penhoras em determinados bens (cavalos, armas, livros dos fidalgos).

Na segunda metade do século XVIII, editou-se em Portugal a lei de 20 de junho de 1774, que trouxe modificações ao processo, trazendo grandes benefícios ao devedor. Uma delas, de grande importância, foi a de limitar a agressão patrimonial aos limites estritos do necessário, visando evitar sacrifícios patrimoniais excessivos.

O Brasil, logo depois de independente, continuou adotando a Ordenação Filipina e as legislações portuguesas por certo período.

Em 1850, com a criação do Regulamento 737, que deu nova disciplina ao processo comercial e, em 1890, com o decreto nº 763, que estendeu ao processo civil em geral as disposições do regulamento mencionado, houve a derrogação das Ordenações Filipinas, em sua matéria processual.

De acordo com tal regulamento, o processo de execução continuava sendo estatal, a competência era do juiz que julgou a ação de conhecimento, sendo que, se os bens pertencentes ao devedor se localizassem fora do território do juiz, a competência era deslocada para o foro da situação, cujo juiz receberia uma precatória daquele que dirigia o processo de conhecimento. Era necessário a citação do executado ao início do processo executivo, sob pena de nulidade absoluta.²

Peculiaridade importante do regulamento 737 de 1850 foi a previsão de uma ação executiva para os títulos extrajudiciais, o que ainda não havia sido admitida por nenhum dispositivo legal.

Depois de meio século de vigência do Regulamento 737 houve no Brasil a descentralização da legislação processual civil, o que deu autonomia aos estados brasileiros a possuírem cada qual a sua legislação processual própria. Tal medida não trouxe grandes inovações à legislação processual pátria.

Com a volta da unidade legislativa em da matéria processual, ditada constitucionalmente, foi promulgado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, no ano de 1.939, marcado pela evolução científica do direito processual civil na Europa, com

² As ações previstas neste regulamento eram apenas as expropriativas (sentenças ilíquidas e líquidas) e a das sentenças sobre ação real ou coisa certa ou em espécie. Não mencionava tal instituto quanto à execução das obrigações de fazer ou de não fazer. Porém, mesmo assim esta ação existia na prática, admitida por normas doutrinárias e jurisprudenciais. Não havia mais qualquer tipo de execução corporal.

adoção de princípios como o da oralidade, identidade física do juiz, concentração, celeridade, livre convencimento, entre outros. Outro fator de grande importância foi uma influência de ordem política, no que diz respeito ao poder judicial de direção e instrução do processo, dando ao juiz maiores poderes para atuar na relação processual.

O Código de 39 deu nova roupagem à ação executiva, tratada anteriormente pelo regulamento 737, dispondo sobre dezoito espécies de títulos executivos extrajudiciais, sendo que a ação executiva para cobrança de tais títulos deveria obedecer às regras de um procedimento ordinário de conhecimento. Já o processo executório, fundado em sentença condenatória, caracterizava-se como execução pura, sem aplicações das regras da ação cognitiva, e sim de meros atos executivos.

Com o advento do Código de 1973, houve a equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos judiciais, extinguindo-se, assim, a ação executiva. A partir de então, todos os títulos executivos (judiciais ou não) autorizavam uma execução pura, sem a presença de atos cognitivos de mérito. Para tanto, reduziu-se o elenco dos títulos extrajudiciais (art. 858) e reservou-se como meio de defesa do devedor a ação de embargos à execução, a qual já havia sido adotada para as ações de título judicial.

Por fim, nos anos de 1.994 e 1.995, foram editadas uma série de leis que trouxeram uma nova remodelação ao sistema brasileiro da execução forçada, no tocante à sua praticidade e eficiência. Esse movimento ficou conhecido como a reforma do Código de Processo Civil, que apresentou, mais precisamente na lei nº 8.593, de 13.12.1994, algumas inovações importantes, mas que não possuem grande relevância quanto à defesa do devedor, motivo pelo qual dispensa-se maiores delongas.

4 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A doutrina brasileira faz distinção entre duas espécies de princípios: os informativos – que conforme Araken de Assis (2002, p.112) “são de ordem técnica e universal, insuscetíveis de variações sócio-econômicas” – e os fundamentais – que é definida por referido autor como sendo “o resultado de uma experiência acumulada ao longo dos anos com os diferentes modelos processuais , com a sua aplicação e com a sua finalidade”.³

Os princípios constitucionais a seguir expostos são os que incidem de uma forma mais acentuada no processo de execução, o que lhe trará algumas peculiaridades exclusivas em relação às demais espécies de ações.

4.1 – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

O processo executivo, depois de várias discussões ao longo da história, constitui-se atualmente, sem mais qualquer sombra de dúvidas, como autônomo, distinguindo-se dos processos de conhecimento e cautelar.⁴

Desta forma, não mais se admite a afirmação de que a execução faz papel coadjuvante, com a finalidade de obter o resultado final do processo de conhecimento. Conforme leciona Araken de Assis (2002, p.113) “o relacionamento dos processos de conhecimento e de execução é apenas acidental”.

Tal afirmação é facilmente confirmada sobre a ótica de que a execução pode ser anterior ou não a outro processo. Se fundada em título judicial (art. 584, do CPC), originado de condenação pretérita, nota-se que já houve processo de conhecimento. Porém,

³ O presente trabalho procura dar ênfase à segunda espécie de princípios, com uma visão estritamente focada ao processo de execução. No entanto, necessário se faz frisar que os princípios ora evidenciados não são os únicos presentes no processo de execução. À ele se aplicam também os princípios constitucionais norteadores do processo civil em geral, salvo os que não forem compatíveis com a índole daquela espécie de processo. Assim, apenas não se aplicarão à ação de execução, os princípios constitucionais incidentes no processo civil que chocarem-se com a essência e com o objetivo a ser alcançado pela relação processual executiva.

⁴ De acordo com o artigo 614, do Código de Processo Civil “cumprido ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial”.

se o título baseia-se em documentos particulares, aos quais a lei agrega efeito executivo (art. 585, do CPC), o processo de execução independe de processo cognitivo anterior.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.137), trata de tal assunto de forma impecável, conforme trecho abaixo:

São muitos os indicadores dessa decidida colocação na lei e no espírito dos intérpretes do sistema, como por exemplo: a) a admissibilidade de execução por título extrajudicial ou por condenação criminal, que demonstra a existência de processos executivos que sequer foram precedidos de algum processo civil de conhecimento; b) a possibilidade de que as partes sejam outras, diferentes do autor e réu do processo de conhecimento antecedente, como no caso de execução contra fiador judicial ou contra o responsável não obrigado; c) a impossibilidade de extinção do processo no lapso de tempo que vai do trânsito em julgado da sentença condenatória à iniciativa de execução pelo vencedor (simplesmente porque inexistente processo pendente); d) a possibilidade de prescrição nesse mesmo lapso de tempo, porque o direito não está *sub judice* depois de extinto um processo e antes de formado outro; e) a necessidade de citação para o início da execução forçada, ditada expressamente na lei porque ao início de todo processo uma citação é sempre indispensável (CPC, arts. 214 e 652).

Importante ressaltar que o princípio em comento vem sendo limitado, mormente com relação às ações de execução para entrega de coisa certa. Araken de Assis (2002, p.114), argumenta sobre tal assertiva da seguinte forma:

O princípio da autonomia cedeu, nos últimos tempos, à tentação de dotar as ações de força executiva. Em relação às prestações *faciendi*, o art. 644, na redação da Lei 10.444/02, remete à disciplina do art. 461, doravante estendida, através do art. 461-A, às prestações para entrega de coisa, aplicando-se tais normas, indiferentemente, aos provimentos antecipados e finais (sentenças). É bem de ver, a inclusão da atividade executiva na relação processual originária não altera os problemas práticos do cumprimento das resoluções judiciais, nem, a *fortiori*, prescinde do emprego dos meios executórios adequados à natureza da prestação. De qualquer modo, nesses casos, desapareceu a necessidade de instauração de novo processo e o princípio da autonomia perde seu vigor originário.

4.2 – PRINCÍPIO DO TÍTULO

O Código de Processo Civil, em seu art. 583, dispõe que “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”.

O título, assim, é exigido como prova pré-constituída do crédito, sendo pressuposto do processo válido. O art. 618 e seu inciso I, do mesmo Estatuto Processual supra mencionado, dita a regra de que a ausência de um título no processo executivo gera a sua nulidade (*nulla executio sine titulo*). Conforme leciona Rosalina P. C. Rodrigues Pereira (2001, p.127), “enquanto o título não existe, o credor não tem o poder de promover a execução. A ação executiva surge no momento da formação do título”.

Duas únicas ressalvas à aplicação de tal princípio se encontram nas seguintes hipóteses: 1) emissões de provimentos antecipatórios, onde tais decisões podem antecipar o título, sendo que, porém, sua exigência em momento posterior é imprescindível.⁵; e 2) demanda executiva fundada no art. 639, do Código de Processo Civil. Tal espécie de execução prescinde de título executivo.

Não obstante à imprescindibilidade do título executivo para a proposição da ação de execução, é importante frisar que, comprovada a inexistência da obrigação originária – obrigação esta representada pelo título em questão – a ação executiva não poderá prosseguir.

Rosalina P. C. Rodrigues Pereira (2001, p.128/129), argumenta sobre tal assertiva da seguinte forma:

O título é fonte autônoma da execução, independentemente do direito material incorporado. Mas é claro que essa independência entre a ação executiva e a relação jurídica substancial não é absoluta, esta exerce influência decisiva sobre aquela, já que, dado o caráter instrumental da ação executiva, uma vez demonstrado que o direito do exequente nunca existiu, a execução não pode continuar a correr. A autonomia da ação executiva significa que ela não depende, na sua instauração e no seu desenvolvimento, da demonstração da existência do direito de crédito.

No entanto, enquanto não devidamente comprovada a inexistência da obrigação originária, o título prevalece como válido, o que vem admitir a proposição da ação executiva.

⁵ Tais decisões são as fundadas nos artigos 273, 461, 461-A, do Código de Processo Civil e outros dispositivos esparsos.

José Alberto dos Reis (1982, p.110), faz o seguinte comentário sobre referido assunto:

Autonomia não quer dizer absoluta indiferença da ação executiva em face do direito substancial do exequente, o que quer dizer é que enquanto o título subsistir, enquanto a sua força e eficácia não forem destruídas, a ação executiva conserva-se alheia e insensível aos transe por que venha a passar o direito de crédito.

4.3 – PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE

A execução visa o patrimônio do executado. O princípio da patrimonialidade encontra-se explícito no Código de Processo Civil, em seu art. 591, que dispõe que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

A incidência de tal princípio, na prática, representa para o devedor, conforme dita Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.248), “um estado que a doutrina caracteriza como sujeição”.

Referido autor conceitua tal figura da seguinte forma:

Consiste na impossibilidade de evitar os atos de exercício do poder, de modo que, nos limites do que for legítimo e necessário à satisfação do credor, o executado simplesmente suporta as medidas executivas até que cumpridos os objetivos da execução forçada. Assim é que, nesse processo, têm-se três posições subjetivas fundamentais: a) o poder do órgão executivo (jurisdição), que impõe medidas sobre o patrimônio do executado; b) o poder do exequente (ação), que, tendo provocado a instauração do processo, exige a atuação dessas medidas; c) a sujeição do executado.

Em seguida, o autor expõe em sua obra, de forma cristalina, que tal princípio não tende limitar a garantia constitucional do devido processo legal, da ampla defesa ou mesmo, do contraditório. Explica ele, então:

Num quadro de legalidade, que constitui inerência da garantia constitucional do *due process of law*, é óbvio que *sujeição* não significa exposição do devedor a toda e qualquer atuação sobre seu patrimônio, independentemente da legitimidade do sacrifício que lhe é imposto. Tem faculdades defensivas no processo executivo mesmo e o poder de oferecer embargos. Falar em sujeição,

portanto, significa somente indicar, como acima foi ressaltado, a impossibilidade de impedir a realização de medidas adequadas e legítimas.

No entanto, conforme leciona Araken de Assis (2002, p.115), “a rigidez da patrimonialidade cede no emprego da coerção pessoal”. Algumas medidas tomadas pelo juiz, como a busca e apreensão, a remoção de coisas ou pessoas, utilizadas com a finalidade de coagir legalmente o executado a cumprir sua obrigação, se apresentam como uma pressão psicológica que recai sobre o patrimônio deste.

José Miguel Garcia Medina (2002, p.319), leciona que tais medidas operadas pelo juiz podem incidir tanto sobre o patrimônio do executado, quanto sobre a sua própria pessoa, conforme trecho de sua obra abaixo transcrita:

Com efeito, referidos preceitos legais abrangem tanto medidas coercitivas que recaem sobre o patrimônio ou sobre a pessoa do executado, como a multa e a expedição de ordem judicial – a qual, se não atendida, pode ensejar a prisão *penal* do demandado por crime de desobediência – quanto medidas subrogatórias, como o desfazimento de obras (cf. art. 461, §5º, do CPC; art. 84, §5º, do CDC). (...) Não se exclui, no entanto, noutros casos, a utilização da prisão *civil* como meio de coerção (cf. art. 733 do CPC, restrito à execução de prestação alimentícia). Desse modo, pode-se dizer que as medidas coercitivas podem ter caráter patrimonial, como no caso da multa, e caráter pessoal, como no caso da prisão penal decorrente de desobediência à ordem judicial, ou no de prisão civil.

4.4 – PRINCÍPIO DO RESULTADO

As normas que regem o processo de execução têm como único objetivo a satisfação da pretensão do credor. É o que se encontra em concreto na regra do art. 612, do Código de Processo Civil⁶. Sendo assim, o processo de execução se dá por perfeito, conforme leciona Araken de Assis (2002, p.116), quando “entrega rigorosamente ao exequente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários”.

Porém, tal princípio ora evidenciado mostra sua outra face ao dispor que nenhum ato inútil, que não venha trazer resultado efetivo à pretensão do credor, poderá ser realizado. Tal orientação vem tutelar o patrimônio do executado.

⁶ Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Assim, conforme narra Araken de Assis (2002, p.117), “a execução é hoje parcial, ou seja, limita-se ao necessário e suficiente para solver a dívida”.⁷

A teoria da execução parcial é ilustrada com sucesso por Humberto Theodoro Júnior (1994, p.12), conforme trecho abaixo transcrito:

A idéia de que toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do credor corresponde à limitação que se impõe à atividade jurisdicional executiva, cuja incidência sobre o patrimônio do devedor há de se fazer, em princípio, *parcialmente*, isto é, não atingindo todos os seus bens, mas apenas a porção indispensável para a realização do direito do credor. Dispõe, assim, o art. 659 que serão penhorados, “tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios”. E, quando a penhora atingir vários bens, “será suspensa a arrematação, logo que o produto da alienação dos bens (alguns deles, naturalmente) bastar para o pagamento do credor” (art. 692).

4.5 – PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE

Levando em consideração a teoria acima analisada de que as normas que regem o processo de execução têm como único objetivo a satisfação da pretensão do credor, há de se afirmar que ele disponha livremente da ação. Portanto, o processo de execução possui característica peculiar em relação ao processo de conhecimento, pois enquanto neste o réu pode demonstrar interesse análogo ao do autor na composição da lide, aquele almeja benefício exclusivo do autor, não se preocupando com provável satisfação que possa existir em favor do executado.

O art. 569, “caput”, do Código de Processo Civil exterioriza tal princípio ao dizer que “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”. Assim, a lei concede, neste caso, total poder de disposição da ação executiva ao credor.

No entanto, poderá sobrevir oposição à execução através de embargos, que é o meio de impugnação previsto por lei para objeção ao processo executivo. Nesta hipótese, no caso de desistência da ação executiva, o parágrafo único do dispositivo acima

⁷ As regras dos arts. 692, parágrafo único, e 620 do Código de Processo Civil adotam referida teoria.

mencionado, em suas alíneas “a” e “b”⁸, conceitua as oportunidades em que a ação de embargos proposta será extinta simultaneamente com aquela, ou outros casos em que a ação de oposição terá continuidade independentemente da extinção do processo executivo.

Importante ressaltar, neste momento, que as regras acima expostas aplicam-se somente quanto a solução dos embargos propostos, sendo que a execução embargada deve ser extinta, se esta for a vontade do credor, sem que haja a observância de tais normas.

Em linhas gerais, a ação de embargos se extinguirá juntamente com a ação de execução quando a matéria impugnada versar apenas sobre questões processuais (pressupostos processuais, condições da ação, etc.). Nos demais casos, a ação de oposição poderá prosseguir, subsistindo ao processo executivo, salvo se o embargante-executado concordar com a extinção pleiteada pelo credor.

Araken de Assis (2002, p.118/119), cita hipóteses de estágio considerável já percorrido pelo processo de execução, onde a sua extinção venha atingir terceiros. Transcreve-se abaixo, mencionadas hipóteses:

Por exemplo, o auto de arrematação já se encontra assinado (art. 694, caput) ou a obra adjudicada, por termo, ao empreiteiro (art. 634, §4º, in fine). Nessas hipóteses, a desistência dependerá do consentimento desses terceiros ou o órgão judiciário ressalvará seus direitos (v.g., mantendo a arrematação e indenizando o empreiteiro).

A extinção ora analisada, advinda de ato voluntário da parte exequente que almeja a desistência da ação de execução não atinge o crédito. Assim, nada impedirá que o mesmo, na posse do mesmo título que instruiu a execução extinta, volte às portas do judiciário e proponha nova ação de execução desejando a cobrança do mesmo crédito. Situação diferente ocorre no caso da extinção da execução pela extinção superveniente do crédito, ocasião esta em que o credor não poderá propor novo processo de execução.

A regra do art. 569, parágrafo único, alínea “a”, do Código de Processo Civil deverá também ser aplicada por analogia às ações incidentais que venham se opor à ação de execução. Exemplo claro é o dos embargos de terceiro, onde a desistência da penhora –

⁸ Parágrafo único. Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte:

- a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e honorários advocatícios;
- b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.

que é um ato executivo - impugnada por terceiro, torna inútil a oposição, sendo esta extinta, arcando o credor com suas despesas e honorários existentes.

4.6 – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação se define como conjunto de atos que relacionam os meios executivos - que são as espécies e formas pelas quais devem ser procedidos os atos executivos para que se realize a pretensão perseguida pelo credor - com os bens - que são os objetos da prestação almejada. Tal princípio tem por função harmonizar e adequar as formas de procedimento dos atos executivos, levando em consideração meios idôneos de atuação, com a finalidade de alcançar o direito reclamado pelo titular da ação de execução, que se concretiza com a expropriação dos bens do devedor.⁹

⁹ A exemplo de tal adequação podem ser citados o desimpedimento do juiz (adequação subjetiva), a disponibilidade do bem (adequação objetiva) e a idoneidade do meio executório (adequação teleológica).

5 – DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Além dos princípios basilares do processo de execução acima expostos, necessário se faz, por ser o objetivo principal deste trabalho, dar maior ênfase a um outro princípio que gera grande discussão com relação à sua aplicabilidade ou não na ação executiva, qual seja, o princípio do contraditório.

Antes, porém, mostra-se importante tecer alguns comentários sobre outras duas garantias constitucionais que figuram como principais fontes inspiradoras dos demais princípios fundamentais. Tais garantias são as conhecidas como princípio do devido processo legal e princípio da isonomia ou igualdade.

5.1 – PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O primeiro ordenamento que realmente teria introduzido o princípio do devido processo legal como uma efetiva garantia aos indivíduos foi a Magna Carta de João Sem Terra, no ano de 1215. O termo *Due Process of Law*, tão difundido pelo ordenamento jurídico mundial e que serve de base para inúmeros países, foi criada pela lei inglesa em 1.354, no reinado de Eduardo III.

J.J. Gomes Canotilho (2002, p.487), tendo como ponto de partida a experiência constitucional americana do *Due Process of Law*, chega à seguinte definição com relação a mencionado princípio:

Processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a *aplicação de penas privativas* da vida, da liberdade e da propriedade.

A CF de 1.988 faz menção ao Princípio do Devido Processo Legal em seu artigo 5º, inciso LIV.¹⁰

¹⁰ Art. 5º (...)

(...)

Nelson Nery Junior (1995, p.38) define o Devido Processo Legal ou *Due Process of Law* como sendo “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.

Mencionado autor defende a idéia de que bastaria a Constituição Federal ter adotado o princípio *Due Process Of Law* para que surgisse às partes o direito a um processo e uma sentença justa. Isso porque o princípio do devido processo legal seria o gênero, sobre o qual todos os outros se sustentariam e seriam as espécies.

O devido processo legal, em seu sentido genérico, tem por objetivo a tutela dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Conforme Nelson Nery Junior (1995) tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *Due Process of Law*. Assim, pode-se afirmar que o princípio em evidência está presente tanto nas normas de cunho processual (instrumental) quanto no próprio direito do indivíduo (direito material).

O direito material só poderá ser efetivamente realizado quando houver meios adequados para a realização da tutela jurisdicional, com um processo justo, garantindo um tratamento igual entre as partes. Dessa forma, observando-se o procedimento, a tutela jurisdicional será concedida à parte que tiver razões em suas alegações, de acordo com o disposto no direito material.

A partir de tais definições, há de se afirmar que os princípios do contraditório e da ampla defesa se identificam como desdobramentos de tal garantia constitucional.

5.2 – PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade é a garantia constitucional concedida às partes para que estas tenham igualdade de tratamento no processo, a qual deve ser conferida através das leis processuais. Em linhas gerais, tal

princípio poderia ser definido como o direito dado a ambas as partes de se pronunciarem no processo. Referido princípio está previsto na CF, em seu art. 5º, *caput*.¹¹

Ao referir-se à igualdade das partes, Pontes de Miranda (1974,) admite que a lei pode estabelecer diferenças de tratamento sem ofender a constituição. Algumas vantagens concedidas ao réu, como a de ser demandado em seu domicílio, a de caber ao autor o ônus da prova do alegado ou a inversão de tal ônus prevista no Código de Defesa do Consumidor trazem a tona tal princípio constitucional, sendo que a igualdade pode ser substancial ou formal.

Na igualdade formal, a isonomia é somente jurídica, sem preocupações de ordem realista. Na igualdade substancial ou real a isonomia trata-se de desigualdade entre as partes e, considerando-se a situação jurídica do credor e do devedor, procura estabelecer a efetiva igualdade. Assim sendo, o princípio da isonomia deve considerar um tratamento igualmente para os iguais e desigualmente para os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Além de garantida constitucionalmente, o princípio da igualdade também encontra-se expresso no Código de Processo Civil, em seu art. 125, inciso I,¹² dispondo sobre a igualdade de tratamento das partes como função do Juiz ao dirigir o processo. Pode ser encontrado também no Direito Internacional, notadamente no Pacto de São José da Costa Rica, introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Dec. 678, de 06.11.1992, em seu art. 81.¹³

No entanto, esta igualdade deve ser proporcional, pois seria impossível chegar ao resultado de as partes serem tratadas igualmente, de uma forma absoluta. O princípio deve ser aplicado integralmente ou de forma atenuada, observando-se as peculiaridades de cada caso concreto.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... .

¹² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar à partes igualdade de tratamento;

¹³ Art. 81. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal, formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza.

Portanto, o princípio da igualdade é uma garantia de todos os indivíduos em todos os processos judiciais. A partir de tais pressupostos, pode-se afirmar que o princípio do contraditório é um instrumento de aplicabilidade do princípio da igualdade.

5.3 – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Superada esta fase, a qual se permitiu conhecer a origem da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, e antes ainda, de se adentrar na discussão sobre a incidência do princípio do contraditório no processo de execução, necessário se faz ressaltar alguns conceitos de renomados autores que tentam dar uma definição à aplicação, na prática, de tais princípios no processo civil em geral.

Alexandre de Moraes (2000, p.124) distingue o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório, conforme trecho abaixo transcrito:

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Nelson Nery Junior (1995, p.123/124) conceitua o contraditório da seguinte forma:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

Continua o autor, afirmando que “o contraditório deve ser observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado, alcançando diferente incidência no penal e no civil”. Tal afirmação é exposta por referido mestre da seguinte forma:

O princípio, para o processo penal, significa contraditório *efetivo, real, substancial*. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261 do CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional. Para isso a norma é completada por aquela do art. 497, n. V, do Código de Processo Penal, que manda seja dado defensor ao réu, quando o juiz o *considerar indefeso*. (...) Assim, se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela constituição. No processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação – revelia – sem que isto configure ofensa ao princípio do contraditório. Deve-se, isto sim, dar-se a ele a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor.

Importante frisar, neste momento, que tal garantia constitucional era expressamente prevista na CF de 1969 somente para o processo penal, embora houvesse, pela doutrina, manifestações no sentido de que sua aplicação também se faria necessária no processo civil, sendo que, na prática, tal orientação vinha sendo aplicada. Essa posição doutrinária tornou-se regra com a vigência da atual CF de 1988, a qual revogou a CF de 1969 e dispôs, em seu art. 5º, inciso LV, nova roupagem à aplicação de tal princípio, desta vez incluindo definitivamente a incidência do contraditório no processo civil.

Assim, o contraditório hoje, mais que nunca, já definiu seus caminhos, pois referido princípio abrange todas as formas de processo, tais como, o processo penal, o processo civil em todas as suas espécies (conhecimento, execução e cautelar), bem como incide também sobre o direito processual administrativo.

Levando em consideração os conceitos acima expostos, é correto afirmar que o contraditório visa evitar a restrição da participação entre as partes no processo e o cerceamento da defesa. Ele dá conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, possibilitando-os reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

As partes de uma relação processual têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, buscando produzir as provas que pretendam demonstrar a existência de seu direito e, em suma, direito a serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. Tal princípio, também conhecido como princípio da bilateralidade da audiência, decorre do tratamento isonômico que deve ser dado aos litigantes.

Pode-se dizer, então, que trata-se de um conjunto de fundamentos com os quais se objetiva conter a elaboração das leis que restrinjam a participação das partes no processo e a utilização dos meios defensivos.

O contraditório poderá ser invocado pelas partes litigantes (autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue como *custos legis*). Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material no processo têm direito de invocar tal princípio em seu favor.

Figuras que possam participar da lide, como testemunhas e peritos, no entanto, não têm pretensão a ser discutida no processo, sendo apenas auxiliares da justiça, não lhes assistindo direito ao contraditório.

Também, não é somente na relação processual que referido princípio encontra-se estampado. Ele também é encontrado na elaboração legislativa, servindo de ponto de partida para a elaboração de uma lei processual racional. Neste caso, mencionado princípio assume uma função basilar, que evita atropelos ao direito das partes.

Outra função exercida pelo princípio do contraditório é a função interpretativa, na busca do entendimento do texto legal, evitando entendimentos exagerados ou equivocados.

Por fim, tem-se também como função exercida por referido princípio a chamada função suplementar, com a finalidade de suprir as lacunas da lei. Sendo assim, o princípio do contraditório deve ser utilizado não só na relação processual em si, mas também para interpretar e integrar a lei ao caso concreto.

Com relação ao processo de execução, objeto principal do presente trabalho, veremos a seguir as posições doutrinárias a respeito de sua aplicação ou não, os momentos da incidência de tal princípio, dentre outras peculiaridades.

5.3.1 – CURADOR ESPECIAL

A citação é um ato informativo do processo, por meio do qual se dá ciência ao devedor da execução e, com isso, abre-se a oportunidade para que ele assegure o juízo e apresente embargos. Ainda, se cabível, pode o devedor não assegurar o juízo e apresentar exceção de pré-executividade.

Pode acontecer de o devedor não ser efetivamente citado, caso em que se lança mão da citação ficta, a qual se dá por edital. Estando o devedor preso ou sendo ele citado de forma fictícia, em conformidade com o art. 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, o juiz vai nomear um curador especial para fazer a sua representação judicial.

Para o preso, a razão da nomeação é a dificuldade da constituição de advogado para promover a sua defesa. A motivação da nomeação do curador especial para o devedor revel é mais acentuada, porque se ele não tomou ciência de que está sendo processado, certamente não poderá contratar um profissional para promover a sua defesa e assegurar os seus direitos.

Embora a exposição sobre o curador tenha ocorrido de forma pacífica, parte da doutrina entende não ser possível a nomeação de curador especial na execução. Por não se dar a revelia na execução, alguns negam que o curador possa ser nomeado nesta espécie de ação.

A revelia tem o significado de rebeldia e, neste caso, não tem sentido, porque o devedor nem conhece da existência do processo executivo. Por força do contraditório, buscando-se manter o equilíbrio na execução, com a participação dos atos processuais e com o oferecimento dos embargos do devedor ou de uma outra decisão que possa ser eventualmente cabível, o curador especial deve ser nomeado.

Tal entendimento vem dar maior ênfase ao princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo um desdobramento de tais garantias constitucionais.

6 – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Para a doutrina tradicionalista, o princípio do contraditório não é aplicado ao processo de execução. Celso Ribeiro da Silva (1.977) *apud* Dinamarco (2002, p.178), afirmava que “o executado é somente chamado a colaborar com o Juízo, sem que tenha meios de defender-se”. Adeptos a tal afirmação encontram-se os mestres Enrico Tulio Liebman, Athos Gusmão Carneiro, Alfredo Buzaid, entre outros, que preceituam que apenas haverá contraditório no processo executivo através da interposição de embargos, o qual sobrestará o feito principal, e em procedimento de cognição exauriente que decida todas as questões relativas ao título e ao próprio direito do credor.

Essa posição da doutrina tradicional perdeu acentuada força com o início da vigência da CF de 1.988. Atualmente, a posição doutrinária que melhor vem sendo aceita sobre referida discussão é a que reconhece a incidência do contraditório no próprio processo de execução, antes mesmo de se garantir o Juízo através da penhora, como se verá em momento oportuno.

Tal afirmação pode ser seguramente confirmada se partirmos do pressuposto de que a execução é encarada como ação autônoma em relação aos processos de conhecimento e cautelar.

Como já visto anteriormente (item 4 do presente trabalho), há de se afirmar que a execução dispõe de autonomia, sendo tratada pelo direito como ação e não como uma simples fase processual do processo de conhecimento.

Tanto é verdade que ao juiz não caberá, de ofício, iniciar a execução do direito da parte reconhecido por sentença judicial. Caberá a esta última, através de pedido próprio (art. 614, do Código de Processo Civil), propor a ação de execução (salvo algumas exceções, notadamente nas execuções de obrigações de fazer ou não fazer, conforme art. 461 do CPC).

Várias são as hipóteses que confirmam a teoria da autonomia do processo de execução, conforme já visto anteriormente (item 4 *supra*).

Considerando tal assertiva, já pacificada, não restará dúvidas da incidência do princípio em comento no processo de execução, notadamente considerando como tal

garantia encontra-se consagrada na CF de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, abaixo transcrito:

Art. 5º. Todos serão iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios a ela inerentes;

Analisando tal dispositivo constitucional, conclui-se que a norma não faz qualquer distinção ou restrição em relação às espécies de ações existentes em nosso ordenamento. Ao dispor que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório, está se afirmando a incidência de tal princípio em todo e qualquer tipo de processo.

E é aqui que o princípio da autonomia do processo de execução é de extrema necessidade, pois justifica a posição doutrinária que defende a incidência do Princípio do Contraditório na execução, por ser esta considerada como ação autônoma.

Outro motivo que vem chancelar a posição doutrinária que defende tal teoria é lembrada por Carnelutti (1958) *apud* Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.176), afirmando referido autor que, sem a presença de tal princípio, “não seria possível estabelecer o indispensável equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e seu patrimônio”.

Há de se observar aqui, que a pretensão do credor de receber o seu crédito, amparada pelas normas da ação de execução forçada que visam tal satisfação, se depara com alguns limites existentes, cuja finalidade é a proteção do executado, não impondo a ele sacrifícios além do estritamente necessário para a solução do litígio. O devedor não pode ser submetido a sacrifícios excessivos em prol do direito creditório.

José Miguel Garcia Medina (2002, p.50) assim expõe sobre tal assunto:

A execução forçada tem por finalidade a satisfação do direito do credor, e não a definição, para o caso concreto, do direito de uma das partes. Isto é, não é objetivo da execução forçada determinar quem tem razão. Pode-se dizer, assim,

que, visualizada a tutela jurisdicional como *resultado*, na execução forçada tal ocorrerá, normalmente, com a entrega do bem devido ao credor. Essa concepção de tutela jurisdicional, evidentemente, visualiza o processo apenas sob o ponto de vista do exequente. Mas isto não exclui que se possa ver também o devedor como merecedor da tutela jurisdicional. Com efeito, não se duvida de que o executado é merecedor da tutela, na medida em que se deve buscar, na execução, satisfazer o crédito executado do modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 620). Desse modo, haverá o executado de suportar a execução, mas poderá empenhar-se no sentido de que lhe seja tirado apenas aquilo que é efetivamente devido, podendo, deste modo, valer-se dos meios processuais colocados à sua disposição para tanto.

Assim, não pode o devedor sofrer lesões superiores à satisfação do crédito, porque, se assim fosse, ele estaria não só cumprindo com a sua obrigação, como recebendo sanções não previstas na lei processual. Conforme expõe Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.174), “não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor”.

Tal idéia está perfeitamente expressa no Código de Processo Civil, em seu art. 620, dispondo que “quando pôr vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Analizando tal dispositivo, conclui-se que caberá ao juiz, através de uma participação ativa no processo, a função de determinar que o credor promova a execução que se realize de um modo menos gravoso para o executado e seu patrimônio.

No entanto, o próprio executado, quando sentir-se prejudicado, poderá manifestar-se na execução.

Cândido Rangel Dinamarco (2000, p.128) manifesta-se sobre referido assunto da seguinte forma:

Sendo a participação indispensável fator legitimante da imposição dos resultados do exercício do poder, seria ilegítimo privar o executado de participar do processo executivo – simplesmente sujeitando-se aos atos do juiz e suportando inerte o exercício do poder sobre os bens de sua propriedade ou posse. Além disso, mandando a lei que a execução se faça pelo *modo menos gravoso possível* (CPC, art. 620), não haveria como dar efetividade a essa regra medular da execução forçada se não fosse mediante a dialética do contraditório.

Mencionado autor, em outra obra de sua autoria (2002, p.175), discute referida situação de forma brilhante, conforme trecho a seguir transcrito:

Se se pretende evitar que a execução propicie ao credor mais do que aquilo a que ele tem direito, ou prive o devedor de mais do que aquilo que é necessário para satisfazer o direito do credor, ou o prive do mínimo indispensável a uma existência decente, o meio politicamente bastante e juridicamente eficaz a evitá-lo é permitir que ele participe do processo executivo. Do contrário, o executado não seria mais do que mero sujeito passivo da execução. (...) Um procedimento em que uma das pessoas compareça como mero sujeito passivo não é sequer *processo*. Como tal só se pode considerar o procedimento, como se disse antes, desde que animado por uma relação jurídica (relação jurídica processual).

Assim, terá o executado, *v.g.*, oportunidade de nomear bens à penhora, pedir sua redução ou substituição do bem penhorado por outro, ou mesmo, remir a execução, pagando, etc. Poderá ainda apontar irregularidades do título objeto da execução, da penhora, da avaliação, da hasta pública, bem como a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz, entre outras questões de ordem pública que serão vistas posteriormente, sendo tais atos manifestações do princípio do contraditório no processo de execução.

É oportuno mencionar, neste momento, que a controvérsia existente entre os autores que defendem a incidência do princípio do contraditório no processo de execução está na de saber se tal incidência se dá de forma limitada ou plena.

Sobre referido assunto, o italiano Giuseppe Tarzia, (1982) leciona que o contraditório executivo é parcial e atenuado. Parcial por ser limitado a algumas fases e atenuado porque incide de maneira rápida e informal.

Para Nelson Nery Junior (1995, p.131) o contraditório deve ser disponibilizado ao devedor sempre que um ato é praticado no processo de execução. No entanto, finaliza tal afirmação dispondo que existe o contraditório na execução, “embora limitado pela própria natureza desse tipo de processo”.

Gelson Amaro de Souza (1999) menciona que no decorrer do processo, o devedor pode utilizar várias maneiras de defesa, entendendo existir o Princípio do Contraditório no processo de execução, embora não seja tão vasto como nos outros processos.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.179) defende que tal garantia constitucional se faz presente no processo de execução, sem ser limitada ao cognitivo. Afirma o autor que “é inevitável reconhecer que a participação será de intensidade sempre variável e que, sem

descer abaixo da linha representativa do mínimo tolerável, ela terá satisfeito às exigências do contraditório”.

Tratando o processo de execução forçada de direitos patrimoniais disponíveis, é de inteiro acerto afirmar a eventualidade do contraditório. O que se deve é disponibilizar ao devedor oportunidade para que venha contrariar ou se defender sobre o que foi alegado pelo credor. Ensina Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.180) que “a informação é necessária; a reação, meramente possível”.

Posição que merece aplausos sobre referida discussão é a de Sandro Gilbert Martins (2002, p.57/58), que com grande sucesso e de forma transparente expôs o seguinte:

Para que contraditório fosse restrito na execução, seria necessário existir na lei alguma limitação a essas duas finalidades: informação e reação aos atos executivos. Como não existe qualquer restrição, não há por que se referir a um contraditório eventual, parcial ou atenuado. O contraditório não pode ser considerado eventual somente por estar condicionado a uma posterior participação do executado – *secundum eventum defensionis*. Querer ou não participar *ativamente* no processo é uma faculdade, é ônus, o qual se vislumbra em qualquer processo, seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar. O que realmente importa é que tenha sido observada a oportunidade para fazê-lo. (...) Importa reconhecer, portanto, que o contraditório terá a intensidade vinculada ao modelo constitucionalmente traçado para o processo, não apresentando, em sede executiva, limitação alguma. Daí parece correto assinalar que o contraditório na execução se apresenta de forma plena – e se assim não for, o processo é nulo -, tendo as parte ampla informação e poder de reação aos atos executivos, mesmo que esse momento seja posterior à realização dos atos ou das decisões e mesmo que essa reação, por vezes, também tenha restrições à verticalidade da cognição.

Desta forma, parece correto afirmar que o Princípio do Contraditório é aplicado no Processo de Execução de forma irrestrita, da mesma forma que é aplicado nas demais espécies de processo de natureza civil. A única ressalva existente diz respeito à eventualidade da aplicação de referido princípio quando a lide versar sobre direitos disponíveis, pois neste caso deverá somente ser dada a oportunidade à parte devedora reagir à pretensão do credor, não sendo obrigatória a apresentação de defesa. No entanto, tal eventualidade também é aplicada da mesma forma nas demais espécies de processos de natureza civil.

Por outro lado, esta garantia constitucional não pode servir de meio para que o executado, conforme leciona Sandro Gilberto Martins (2002, p.77), venha “obstaculizar o processo de forma vil, abusando de seu direito de defesa”.

Importante ressaltar, neste momento, sobre a cognição existente no processo de execução, pois o grau de cognição vertical é que tem restrição na execução. Sandro Gilbert Martins (2002, p.46) menciona que “por vezes, antes de o ato executivo se concretizar, é mister prepará-lo, o que pode envolver, entre outros fatores, juízos de valor”.

Assim, em alguns casos onde possam surgir controvérsias na execução - como na situação em que, no curso do processo faz-se o pedido de remição, ou quando é possível a arrematação sem leilão, dentre outras várias hipóteses – não há dúvida de que o juiz, através de mencionados juízos de valor, desenvolverá atividade cognitiva.

A atividade cognitiva ora mencionada não pode ser confundida com processo cognitivo ou processo executivo. Estes são espécies de ações existentes em nosso ordenamento (ação de conhecimento ou cognição, ação de execução e ação cautelar). A cognição evidenciada neste momento diz respeito a provimentos jurisdicionais realizados pelo magistrado, que podem ser de natureza cognitiva (de conhecimento) ou executiva.

Com relação a mencionados provimentos, Enrico Tulio Liebman (1968, p.46/47) diz que “as duas atividades distintas de conhecer e executar podem reunir-se em único procedimento, examinando-se e resolvendo-se dúvidas e questões à medida que surgem”. Expõe referido autor que “na verdade, toda demanda exige cognição do órgão jurisdicional, o que importa em reconhecer que se realiza cognição no interior da execução, mesmo que nesta seja preponderante a atuação (coercitiva) do comando definitivo da norma jurídica individualizada representada pelo título executivo”.

Kazuo Watanabe (2000, p.49), expõe com sucesso sobre referida questão, conforme trecho abaixo transcrito:

... ;b) as espécies de execução forçada previstas no Livro II do Código de Processo Civil, baseadas na responsabilidade patrimonial do executado, não exaurem as formas de atuação do direito admitidas pelo nosso sistema processual, que admite, conforme visto, a conjugação de provimentos executivos com vários tipos de provimentos de conhecimento.

Rosalina P. C. Rodrigues Pereira (2001, p.95) faz o seguinte comentário em relação a referida matéria:

De fato, na execução também há conhecimento, ainda que em menor grau, visto que o juiz “decide” a prática de atos, eventual oposição de exceção de pré-

executividade ou, ainda, pode conhecer de ofício matérias de ordem pública nela suscitadas. Mas, embora haja o conhecimento na execução, este não ocorre na sua plenitude porque não há *questões de mérito* a decidir, já que o mérito são os atos executivos, e destes só se pode discutir a regularidade, sua conveniência ao interesse do credor e sua gravosidade (que deve ser a menor possível) ao patrimônio do devedor.

Analisando tal assertiva, temos que a cognição é dividida pela doutrina sob dois planos: o horizontal (extensão, amplitude) e o vertical (profundidade, intensidade). No plano horizontal, a cognição se limita à análise das questões processuais, condições da ação e mérito. A autora acima mencionada leciona que, conforme as restrições objetivamente impostas à extensão permitida, esta técnica de cognição pode ser parcial (restrita) ou plena (ampla). Por sua vez, no plano vertical, segundo o grau de profundidade, a cognição pode ser completa (exauriente) ou incompleta (sumária e rarefeita ou sumaríssima).

Na execução, em se tratando do plano horizontal, temos a cognição plena, pois não há qualquer restrição legal à extensão de matérias discutíveis. Já no plano vertical (profundidade), a cognição já foi considerada sumaríssima ou rarefeita, o que leva em conta apenas aqueles juízos de valor que precedem e preparam os atos executivos, em que o grau de cognição seria mínimo. Não são consideradas, portanto, outras hipóteses de cognição em que o grau de verticalidade é um tanto maior.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.181), assim dispõe sobre tal questão:

Outro engano é o decorrente da inexistência de julgamento do *meritum causae*, no processo executivo. (...) Mas, como é sabido, nas execuções com base em título extrajudicial inexistente qualquer julgamento prévio. Depois, qualquer que seja o título, sempre haverá aquela necessidade de manter sob controle a *medida da agressão patrimonial* por via da execução forçada; e essa é a justificativa jamais desmentida da presença do contraditório *in executivis*. (...) É preciso lembrar também que, embora o mérito não se julgue no processo executivo, deixar absolutamente de julgar o juiz da execução não deixa. (...) O juiz é seguidamente chamado 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.

Assim, parece correto afirmar que na execução, a cognição, com relação às questões de fato e as de direito deduzidas, deve ser considerada sumária (incompleta), sendo que, somente poderão ser discutidas nos próprios autos as questões referentes aos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos

atos a levar a efeito. Tais questões poderão ser conhecidas pelo juiz de ofício ou alegadas pelo executado através de exceção ou mesmo, por este último, através de simples petição.

Então, conclui-se, após análise de todos os argumentos acima expostos, que no bojo do processo executivo não se admite uma dilação probatória, que por vezes se apresenta trabalhosa e demorada. Havendo discussão que necessite instrução para o convencimento do juiz, caberá à parte devedora propor ação de embargos à execução (ação de cognição exauriente) para solucionar tais controvérsias.

Sandro Gilbert Martins (2002, p.89), sobre referido assunto, menciona o seguinte:

Com efeito, a cognição na execução quando muito será sumária, o que importa reconhecer que o conteúdo da exceção, seja defesa processual, seja defesa de mérito, possa ser provado de plano pelo executado, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, a não ser a que estiver instruindo o pedido ou puder ser de pronto requisitada pelo juízo da execução.

Voltaremos a mencionar referida discussão no tópico seguinte, onde se exporá sobre o mérito no processo de execução (item 7 infra).

6.1 - MOMENTOS DE INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Mesmo havendo orientações de forma predominante no sentido de que o devedor deverá manifestar-se na execução sempre que um novo ato é realizado ou sempre que sentir-se lesionado em seus direitos – orientações estas que defendem a aplicação do Princípio do Contraditório de forma irrestrita -, existem alguns momentos em que a incidência do Princípio do Contraditório no Processo de Execução deve ser verificado de maneira indiscutível. Tais momentos se exteriorizam nas seguintes hipóteses:

- a) Ausência de pressupostos processuais
- b) Ausência das condições da ação
- c) Prescrição e decadência
- d) Suspeição e impedimentos

- e) Citação
- f) Nomeação de bens à penhora
- g) Avaliação
- h) Arrematação
- i) Litispendência
- j) Coisa julgada
- k) Excesso de execução
- l) Pagamento

Não se pretende aqui esgotar todos as hipóteses de incidência do princípio do contraditório no processo de execução pois tal princípio, como mencionado acima, é aplicado de forma irrestrita em tal espécie de processo. A intenção é evidenciar alguns casos em que o contraditório é aplicado de uma forma mais explícita na ação executiva.

6.1.1 – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A idéia nuclear dos pressupostos processuais está intimamente ligada à demonstração da autonomia do processo em relação ao direito material. Conforme leciona Alberto Camiña Moreira (2001, p.74) “a categoria dos pressupostos processuais tem a finalidade de impor-se com vestibular à cidadela da realização do direito”.

Com relação à execução, presentes tais pressupostos e as condições da ação, poderá o magistrado iniciar a atividade executiva, agredindo o patrimônio do devedor, na finalidade de satisfazer a pretensão pleiteada pelo credor, que é o recebimento de seu crédito.

Os pressupostos processuais estão divididos, de acordo com o inciso IV, do art. 267, do Código de Processo Civil, em pressupostos processuais de constituição e pressupostos processuais de validade.

Para que estejam presentes os pressupostos processuais de constituição, deve-se atentar-se às regras de jurisdição, do exercício de direito de ação, da citação válida e capacidade postulatória. Outrossim, para que existam os pressupostos processuais de

validade, devem ser respeitadas as regras de petição inicial apta, citação válida, juízo competente e juiz imparcial e capacidade processual.

De acordo com o §3º, do art. 267, do Código de Processo Civil,¹⁴ poderá o juiz conhecer dos pressupostos processuais de ofício e a qualquer tempo, sendo tal matéria considerada de ordem pública.

A decisão do juiz que decide sobre os pressupostos processuais nunca preclui. Analisando a falta de um dos pressupostos processuais, seja de constituição ou de validade, deverá o magistrado extinguir o feito sem a apreciação do mérito.

No entanto, nada obsta ao executado alegar, ele próprio, através de exceção de pré-executividade, ausência de pressuposto processual em demanda executiva contra ele proposta.

6.1.2 – AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Condições da ação são requisitos previstos no direito processual que, se realmente existentes, possibilitam a prestação integral do serviço jurisdicional, oportunizando, por conseqüência, que seja proferida uma decisão de mérito à causa proposta em juízo para análise.

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.381), “esses requisitos, que são as condições da ação, limitam a prestação integral do serviço jurisdicional em cada caso concreto, evitando o desperdício de atividades inúteis ou desnecessárias”. Desta forma, tal categoria processual posiciona-se entre o processo e a relação material, impedindo o prosseguimento inútil da relação processual.

Assim, presentes as condições da ação em determinada demanda proposta em Juízo, correto seria afirmar que quem a propôs detém o poder de ação e, em tese, terá direito a um provimento jurisdicional definitivo sobre o objeto de sua pretensão. Cândido

¹⁴ Art. 267. (...)

(...)

§3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Rangel Dinamarco (2002, p.381) dispõe que “só tem o poder de ação, em cada caso concreto, quem estiver numa situação tal que em tese possa chegar ao provimento desejado”. Esta situação ora referida se materializa se presentes as condições da ação em determinado caso concreto proposto em Juízo.

Com relação à execução forçada – que é o que nos interessa para a elaboração do presente trabalho - Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.387) expõe que “se não ocorrerem as condições da ação nenhum poder terá o exequente após o momento liminar em que se apreciam os pressupostos de admissibilidade do provimento satisfativo”.

Conforme preceitua Alberto Camiña Moreira (2001, p.98), a verificação das condições da ação no processo de execução “deve ser feita com mais rigor do que no processo de conhecimento, pois ataca o patrimônio alheio”. Afirma ainda referido autor que “traduz inegável economia processual e ato de justiça extinguir o processo de execução, sem embargos, se ausentes as condições da ação.

Com relação aos critérios utilizados para o estudo das condições da ação no processo executivo, existe grande discussão entre os autores, sendo que a doutrina tradicionalista ignora o emprego do mesmo esquema das condições da ação que se vê aplicado na ação de conhecimento.

Para alguns estudiosos do direito processual civil, o título é o único requisito de existência hábil da ação executiva, sendo aquele fonte imediata e autônoma desta. “Havendo o título, não se há de cogitar da possibilidade jurídica, do interesse, da necessidade. Conforme leciona Enrico Tulio Liebman (1958), *apud* Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.393), “a execução se subordina a um pressuposto legal (título) e a um pressuposto prático (inadimplemento)”.

O próprio Código de Processo Civil brasileiro adota tal teoria ao dispor em seus arts. 580 e seguintes, o inadimplemento do devedor e o título executivo como requisitos necessários para realizar qualquer execução.

No entanto, tal orientação é totalmente refutada por Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.394), que assim dispõe sobre o assunto:

Desde que se considere que o Estado desenvolve no processo de execução verdadeira atividade jurisdicional, estimulado pelo exercício de verdadeiro poder de ação, esta ação deve ser estudada pelos mesmos critérios que norteiam o estudo da ação de cognição, sob pena de quebra da unidade do sistema. Ou a

teoria das condições é válida para a ação em todas as suas manifestações, ou põe-se em dúvida a sua própria aceitabilidade.

Tal posição parece ser a mais correta com relação às condições da ação no processo de execução, motivo pelo qual será adotada, quase que em sua totalidade, para o desenvolvimento do presente trabalho. Passa-se, então, a apresentar alguns comentários sobre tais condições, quais sejam, falta de legitimidade “ad causam”, falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido.

6.1.2.1 – FALTA DE LEGITIMIDADE “AD CAUSAM”

Legitimidade “ad causam” é a qualidade de determinado sujeito com relação a um ato jurídico realizado ou a ser praticado. É a regularidade do poder de demanda de determinada pessoa sobre determinado objeto. Somente possui legitimidade “ad causam” aquele que for sujeito da relação jurídica de direito material levada a juízo.

Nos dizeres de Alberto Camiña Moreira (2001, p.99), “legitimidade é fenômeno transitório; está-se legitimado para a propositura de alguma demanda, em relação a alguém ou a algum objeto”.

Os preceitos atinentes à legitimidade não se confundem com o conceito de parte no processo ou na demanda, pois a legitimidade está ligada à ação, aos sujeitos da relação jurídica de direito material levada a juízo, enquanto o conceito de parte refere-se exclusivamente à relação processual, ao caráter instrumental, sendo que é parte quem deu causa à formação do processo ou aquele em face de quem foi proposta a demanda.

Assim, haverá hipóteses em que determinado sujeito integrante de um dos pólos da demanda possa ser considerado parte ilegítima, sem que deixe, contudo, de ser encarado como parte no processo.

Exemplo prático que demonstra tal assertiva é aquela onde é citado um homônimo daquele que figura como devedor no título, sendo que ele irá tornar-se, de qualquer forma, parte no processo. Caberá então a ele alegar que é estranho à relação de direito material debatida no processo (ilegitimidade de parte), configurando mencionada alegação um autêntico momento de incidência do Princípio do Contraditório na Ação Executiva.

No processo de execução, que é o que nos interessa, a legitimidade é aferida, preponderantemente, em função do título executivo, que é sua fonte imediata. E é aqui que se justifica a razão da teoria de Dinamarco, acima exposta (item 6.1.1), não ser aplicada em sua totalidade neste trabalho, pois prega referido autor que no processo de execução deve-se empregar rigorosamente o mesmo sistema utilizado no processo de conhecimento, em relação à análise das condições da ação.

Este posicionamento não merece prosperar, vez que a análise das condições da ação *in executivis* deve ater-se à algumas peculiaridades próprias desta espécie de processo. Então, na ação executiva, o título deve ser analisado para se apurar a existência ou a falta de legitimidade “ad causam”, pois nele deve constar o nome do credor e do devedor, sendo que à partir de tais indicações é que se poderá aferir sobre a legitimidade de quem está demandando e a de em face de quem foi demandado.

Conforme leciona Alberto Camiña Moreira (2001, p.100/101), “obrigatoriamente há de passar-se pelo título para a verificação da legitimidade *ad causam*. A função do título executivo é irradiar a verificação das condições da ação, entre elas a legitimidade”. Afirma referido autor ainda que, “em conclusão, o título executivo é sede obrigatória para verificação da legitimidade da execução”.

6.1.2.2 – FALTA DE INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir que aqui nos interessa diz respeito ao interesse processual. Entretanto, necessário se faz distinguir o interesse substancial, que é o interesse protegido pelo direito material que incide diretamente sobre o bem objeto da relação jurídica de índole primária existente entre os sujeitos, e o interesse processual, que é o interesse que eventualmente poderá existir na hipótese de surgir algum obstáculo que venha a impedir o gozo do direito material, ou mesmo a satisfação deste.

Alberto Camiña Moreira (2001, p.105), com brilhantismo, dispõe sobre essa distinção da seguinte maneira:

De ordinário as obrigações são satisfeitas espontaneamente pelos agentes da vida social. Quando o banco empresta dinheiro, aguarda sua restituição; enquanto aguarda, é titular do *interesse substancial* de ver devolvida a quantia mutuada,

até porque o empréstimo representa, para ele, uso do bem que é o dinheiro. Ainda não vencido o prazo, não precisa tomar nenhuma medida judicial para proteção de seu direito. Mas, vencido o termo de adimplemento da obrigação, e não satisfeita, vedada que é a justiça pelas próprias mãos, surge a necessidade de socorrer-se da via judicial. Nasce, nesse instante, o interesse processual.

Enrico Tulio Liebman (1986, p.155) apresenta a seguinte definição com relação ao interesse de agir, que abaixo transcreve-se:

Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na *utilidade do provimento*, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.

O interesse de agir, portanto, decorre da necessidade concreta da tutela jurisdicional conjugada com a utilização do meio instrumental adequado. Reside na utilidade do provimento jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.420) manifesta-se sobre o interesse de agir nos seguintes termos:

A observação da indispensável suficiência do interesse de agir, conforme exposta acima, levou a doutrina moderna a considerar que a presença do interesse se condiciona à verificação de dois requisitos cumulativos, a saber: *necessidade concreta* da atividade jurisdicional e *adequação* do provimento e do procedimento desejados.

Alberto Camiña Moreira (2001, p.106) leciona que “no processo de execução, especificamente, o interesse de agir é representado pelo título executivo e pela liquidez, certeza e exigibilidade do direito. O título representa o interesse-adequação, enquanto a exigibilidade, o interesse-necessidade”.

Com relação ao interesse-necessidade, a exigibilidade é questão que decorre do direito substancial (material) e é segundo os critérios deste que deverá ser esclarecido. A função de tal esclarecimento é a de confirmar se já existe o interesse processual configurado, ou se ainda deve-se aguardar uma eventual satisfação voluntária.

A exigibilidade não pode ser confundida com o inadimplemento, cuja discussão sobre a existência ou não decorre da análise do mérito da causa. Assim, configurado o

inadimplemento, haverá o julgamento do mérito, com conseqüente extinção da obrigação e improcedência da demanda. No caso de inexistir o requisito da exigibilidade, o processo será extinto sem o julgamento do mérito por falta de condições da ação.

O inadimplemento deve ser alegado na petição inicial da ação de execução. Porém, só poderá ser discutida a sua configuração ou não em eventuais embargos do executado. Desta forma, não poderá tal questão ser considerada como condição da ação, cuja falta desta – como ocorre na hipótese de discussão sobre a exigibilidade da dívida pretendida – poderá ser conhecida de ofício pelo juiz ou alegada em exceção de pré-executividade nos próprios autos de execução. E é em tal momento que se verifica mais uma hipótese da incidência do princípio do contraditório no processo de execução.

Por fim, com relação ao interesse-adequação, que pode ser definido como a inter-relação entre o provimento pedido e o meio instrumental escolhido para que se realize a pretensão exposta pelo demandante, temos o título executivo como requisito para que a ação de execução possa ser proposta. A existência do título executivo vem realizar a condição do legítimo interesse ao processo de execução. E é neste momento, também, que deve se verificar sobre a formalidade de referido título. Havendo algum tipo de vício, como por exemplo, a falsificação de assinatura, título rasgado ou rasurado, faltará interesse de agir ao credor.

Portanto, se o provimento pedido e o meio processual escolhido se der através da ação de execução, é necessário que exista um título executivo que venha instruí-la.

6.1.2.3 – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Existem determinados casos em que o Estado, titular que é da tutela jurisdicional, deixa de ministrá-la, negando o exercício da jurisdição, em razão dos fatos que fundamentam a pretensão do demandante serem considerados, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.401) “atípicos, ou seja, porque não encontram enquadramento em qualquer previsão contida no sistema de direito substancial” . Como tais fatos que embasam o pedido do demandante não são protegidos pelo direito material, a ele é negado o acesso à justiça, que se realizaria através de um processo judicial.¹⁵

¹⁵

Assim, como nas demais hipóteses utilizadas para a análise das condições da ação (falta de legitimidade “ad causam” e falta de interesse de agir), aqui também os elementos utilizados para se concluir sobre a impossibilidade jurídica do pedido se originam do direito material, embora sendo a carência da ação um fenômeno tipicamente de direito processual.

Existe aqui um impropriedade ao utilizar-se a expressão possibilidade jurídica do pedido, pois não é só o pedido que pode conter algo que venha a impedir o exercício da jurisdição em determinada causa.

O pedido trata-se apenas de um elemento da demanda. As partes e a causa de pedir são também elementos que vêm a compor a demanda e, portanto, em tais elementos também pode se fazer presente obstáculos que venham a resultar na carência da ação por impossibilidade jurídica. Assim, o mais correto seria se falar em impossibilidade jurídica da demanda, pois esta abarca os demais elementos da relação processual acima mencionados.

Com relação à presença de tal requisito de análise das condições da ação no processo executivo, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.408) manifesta-se da seguinte forma:

Muito pouco se fala sobre a possibilidade jurídica em matéria de execução forçada. Também a existência da ação executiva, como poder de exigir o provimento satisfativo, fica porém afastada às vezes, em virtude da inocorrência dessa condição. Como ficou dito no trato genérico das condições da ação, ou a teoria destas é válida para a ação em todas as suas manifestações, ou põe-se em dúvida a sua própria aceitabilidade.

Na falta de um dos requisitos acima expostos, julgará o magistrado extinta a ação, sem a apreciação do mérito, por ausência das condições da ação (art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil). Portanto, não apreciará o julgador o mérito de tal demanda, o que possibilita ao demandante propor novamente a ação, com o objetivo de obter um provimento jurisdicional para a sua pretensão deduzida.

Na execução, a ausência das condições da ação pode ser conhecida pelo juiz de ofício ou alegada pelo executado através de exceção de pré-executividade na própria ação

¹⁵ Casuística que vem a comprovar a presença da impossibilidade jurídica do pedido no processo de execução se dá no caso de execução postulada com base em documento assinado pelo devedor e duas testemunhas.

executiva (defesa endoprocessual), na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos . Tal medida tomada pelo devedor é essencialmente uma hipótese em que inicia-se a realização do contraditório no processo de execução, competindo ao magistrado analisar sobre a presença ou não das condições da ação na demanda proposta em Juízo.

6.1.3 – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO PROCESSO EXECUTIVO

Prescrição se define como a fluência de determinado tempo previsto em lei para o exercício do direito de ação conjugada com a inércia de seu detentor, o que ocasiona uma situação de o Estado não mais disponibilizar de sua atividade jurisdicional para a proteção do direito substancial existente.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, ocorrendo a prescrição do direito de ação, não poderá mais o titular deste direito acionar a máquina judiciária para pleitear a satisfação de sua pretensão. Seria o mesmo que um corpo sem alma, pois subsiste, ainda, o direito substancial entre os sujeitos de direito material, sendo que, no entanto, não haverá mais o direito de ação, não tendo assim o titular do direito material meios para postular a defesa desse seu direito em Juízo. A prescrição fulmina a pretensão.

Já na decadência ou caducidade caracteriza-se pela extinção de um direito em virtude da decorrência do prazo pré fixado para o seu exercício. Importa na perda do próprio direito material devido ao transcurso do tempo.

Ao contrário da prescrição, onde ocorre a perda do direito de exercitar uma ação, ou seja, a perda de uma pretensão, a decadência constitui a perda do próprio direito material. Aliás, a decadência tem o prazo fatal, não admitindo a suspensão e nem a interrupção como ocorre na prescrição. O objeto da decadência é o próprio direito material, cujo exercício se encontra, desde o seu nascimento, limitado no tempo.

A prescrição pode ser alegada como matéria de defesa em qualquer grau de jurisdição e em qualquer fase processual que se encontrar a demanda, face autorização expressa no art. 193 do Código Civil.¹⁶

¹⁶ Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Com relação ao processo de execução, poderá ser argüida nos próprios autos – isto é, sem necessidade de oposição de embargos – através da exceção de pré-executividade. Tal forma de defesa configura mais uma hipótese de incidência do contraditório na ação de execução, pois seria incoerente levar o processo até os embargos para alegar a prescrição, sabendo de sua existência.

Única exceção à mencionada regra encontra-se na hipótese de prescrição no processo de execução de título judicial, conforme leciona Alberto Camiña Moreira (2001, p.171):

Se o devedor, no processo de conhecimento, não a argüiu, seu silêncio deve ser interpretado como renúncia tácita e, conseqüentemente, não poderá fazê-lo no subseqüente processo de execução; a extinção do procedimento e o trânsito em julgado sepultam a faculdade de alegação da prescrição. Todavia, como se depreende do art. 741, VI, do Código de Processo Civil, se ocorreu a prescrição superveniente à sentença, pode ela ser alegada e reconhecida.

Então, só poderá ser alegada em execução de sentença, a prescrição ocorrida após o trânsito em julgado da sentença que pôs fim ao processo de conhecimento.

Necessário para o desenvolvimento do presente trabalho, neste momento, é a orientação do autor acima referido (2001, p.169) no sentido de que “as ações condenatórias são sujeitas à prescrição e as ações constitutivas à decadência”.

À partir de tal afirmação pode-se concluir, em primeiro plano, que inexistente a possibilidade de se conhecer a decadência no processo de execução, pois ações cuja sentença tenha efeito constitutivo não são passíveis de execução. Nestas hipóteses, conforme leciona mencionado autor (2001, p.176) “o comando emergente da sentença é o bastante para a satisfação da parte”, sendo desnecessária a realização de atos materiais.

No entanto, o direito tributário reconhece a decadência como forma de extinção do crédito (art. 172 do CTN), podendo tal matéria ser alegada como defesa em eventual ação de execução fiscal. Neste caso, como a decadência é matéria que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, nada obsta que referida alegação possa ser apresentada pelo próprio executado, por meio de exceção de pré-executividade.

Aqui mostra-se necessário ressaltar sobre a discussão existente na qual a vedação ao juiz de conhecer da prescrição de direitos patrimoniais quando não invocados pelas

partes, regulada pelo art. 194 do Código Civil¹⁷, também ser aplicada na hipótese de decadência.

A posição que parece acertar é a que afirma que tanto a prescrição como a decadência não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz quando a ação executiva versar sobre direitos patrimoniais, não tendo tais matérias sido alegadas pelas partes.

6.1.4 – SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTOS

A imparcialidade do juiz é pressuposto fundamental da atividade jurisdicional. O magistrado precisa ser estranho à causa e às partes. Estando vinculado à causa o juiz não poderá atuar no processo e ficará impedido de exercer sua função jurisdicional, pois, do contrário, acarretará a nulidade do processo.

Desta forma, a legislação processual civil apresenta duas figuras utilizadas para constatar a inexistência de imparcialidade do magistrado. São elas as suspeições e os impedimentos.

O impedimento consiste numa circunstância que priva o juiz de praticar certos atos funcionais, ou interrompe, transitoriamente, o exercício regular das atribuições. Conforme leciona Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso (1999, p.144) “e vício de natureza objetiva, gerador da presunção absoluta de parcialidade e de nulidade insanável, motivadora de ação rescisória, caso não tenha sido reconhecida no processo de origem”. Os casos de impedimento estão previstos no artigo 134 do Código de Processo Civil.¹⁸

¹⁷ Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

¹⁸ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando o cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Já a suspeição se funda na parcialidade do magistrado, em razão do qual não estaria em condições ou não poderia decidir a questão em absoluta isenção de ânimo, tendo natureza subjetiva, dependendo de comprovação pela parte que argüí-la. Os casos de suspeição são os previstos no art. 135 do Código de Processo Civil.¹⁹

No caso de suspeição, conforme se denota da análise do parágrafo único do artigo acima referido, poderá o próprio juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo, *ex officio*.

Questão que se mostra relevante é a de saber quais as conseqüências que esse vício poderá trazer ao processo de execução.

Grande parte da doutrina (Arruda Alvim, Edson Ribas Malachini, entre outros) acredita que a maioria dos atos praticados na ação executiva independem de uma participação ativa do magistrado, sendo que tais atos, na maioria das vezes, ocorrem de forma automática.²⁰

No entanto, a posição que parece mais correta (Carnelutti, Alberto Camiña Moreira) é a que afirma que os atos que venham causar agressão ao patrimônio do devedor devem ser anulados no caso de reconhecimento de impedimento do juiz.

Alberto Camiña Moreira (2001, p.86), leciona brilhantemente sobre referido assunto, nos seguintes termos:

¹⁹ Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

²⁰ Exemplos que vêm justificar tal afirmação são as hipóteses da penhora, avaliação, arrematação, pois tais atos não são presididos pelo juiz, e realizam-se sem a sua participação, exceto nos casos em que se discuta a impenhorabilidade de determinado bem, o valor da avaliação do bem, a venda por preço vil, entre outras discussões, que então necessitam da apreciação do magistrado e, conseqüentemente, de uma decisão deste.

Se ocorreu processo de execução exitoso, o posterior reconhecimento de que o juiz oficiante era impedido leva à anulação não dos atos decisórios, ausentes que estão, mas dos atos que impliquem transferência de propriedade. Assim, a penhora permanece válida, a avaliação também, a menos que tenha havido controvérsia a seu respeito a ponto de exigir decisão do juiz. A arrematação e conseqüente assinatura do respectivo auto, pelo juiz, pode implicar prévia decisão deste, ao afastar dedução de irregularidade da alienação; de sorte que poderá ser anulada.

A arguição de impedimento ou suspeição no processo de execução poderá ser feita por petição simples nos próprios autos, e a qualquer momento. Mostra-se assim, mais uma hipótese da incidência do Contraditório na Execução.

Da mesma forma do que já foi exposto com relação à prescrição, o impedimento ou suspeição do juiz existente no anterior processo de conhecimento não pode ser argüido no processo de execução de título judicial, ou seja, na execução de sentença, pois falece ao órgão de primeiro grau competência para decidir sobre tais matérias.

Só poderá ser alegada em execução de sentença o impedimento ou suspeição do juiz se ele for o mesmo do processo de conhecimento ou se tais vícios surgirem após o trânsito em julgado do processo de conhecimento, nos casos em que seja possível isso ocorrer.

6.1.5 – CITAÇÃO

A citação é o ato pelo qual o réu é chamado a juízo a fim de se defender, ou seja, é o ato processual em que o Poder Judiciário dá conhecimento ao demandado, da ação sobre a qual deve se manifestar.

A própria legislação processual civil define a citação, em seu artigo 213, como sendo “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Em seguida, o seu artigo 214 dispõe que “para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”. Inexistindo a citação ou sendo essa procedida de forma defeituosa, ocorrerá a nulidade do feito (no caso da execução, v. art. 618, II, do CPC).²¹

²¹ Art. 618. É nula a execução:

(...)

II – se o devedor não for regularmente citado;

Para João Lacerda Kuhn (1998, p.68), a citação é o ato mais expressivo do Princípio do Contraditório em qualquer espécie de processo. Tal posição está exteriorizada de forma evidente, conforme trecho a seguir transcrito:

Convenhamos, esta não será a maior expressão do princípio do contraditório? Sendo este o dever de dar ciência para ambas as partes do que se faz ou que se pretende seja feito no processo! Está na citação o expoente maior do contraditório, pois sem ela o processo não existe. Negar evidências não é melhor técnica para manter os paradigmas intactos.

Sendo considerada pressuposto processual de existência, a inoportunidade de citação válida impedirá a formação de coisa julgada, tornando-se possível, assim, a propositura de ação declaratória de inexistência de relação processual pela parte demandada. Poderá a nulidade de citação ser argüida, também, conforme leciona Arruda Alvim (1996, p.250), “através da exceção de pré-executividade na execução de sentença, se tal vício existiu no processo de conhecimento, pleiteando-se, assim, a inexistência deste último”.

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.147), “a *citação* no processo executivo é feita, até certo ponto, pelos mesmos modos e com as mesmas cautelas que no de conhecimento”. Afirma referido autor que a realização de tal ato mostra-se distinta da forma realizada no processo de cognição na hipótese de citação ficta na ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, pois neste caso, haverá arresto sobre algum bem do devedor que antevirá o ato acima referido.

Desta forma, antes de se realizar a citação ficta do devedor no processo de execução, que ocorre – da mesma forma que no processo de conhecimento - através de edital, haverá, por parte do oficial de justiça que não encontrou o executado, a procura de algum bem de sua propriedade que possa ser arrestado.

Finaliza o autor mencionando um arresto do qual foi relator, com o seguinte teor:

A regularidade da citação e a satisfação da exigência de título na execução forçada inserem-se entre as questões que de-ofício o juiz deve conhecer na própria relação processual executiva, como é do ensinamento mais moderno e resulta da própria função diretiva do processo, que cabe ao juiz. (1º TACSP, 2ª C., ap. 293.146, j.29.9.1982)

Assim, é possível afirmar que, podendo tal vício ser conhecido de ofício pelo juiz no processo executivo, poderá ser ele também argüido pela parte devedora, nos próprios autos, a qualquer momento, através da exceção de pré-executividade, tornando-se possível, assim, evidenciar mais uma forma de incidência do Princípio do Contraditório no Processo de Execução.

6.1.6 – NOMEAÇÃO DE BENS E PENHORA

Dispõe o artigo 652, do Código de Processo Civil, que “o devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou **nomear bens à penhora**”(grifo nosso).

Nomeação de bens à penhora pode ser definido como o ato pelo qual o devedor, após citado, individualiza de seu patrimônio certo bem para que este seja constrictado, com o fim de se garantir o juízo da execução, podendo, na seqüência, apresentar defesa ou não.

Referido ato executivo é considerado como uma espécie de proteção concedida ao executado, pois este, antes de ver seu patrimônio invadido por medidas que visam garantir o valor do débito da execução²², tem a opção de escolher um bem de seu patrimônio para que este cumpra tal finalidade.

Esta proteção, prevista no artigo 652 e regulada pelo artigo 655, ambos do Código de Processo Civil, decorre de uma regra mais ampla, que é a do artigo 620 do mesmo Estatuto Processual mencionado, que dispõe, em linhas gerais, que a execução deverá causar o menor sacrifício possível ao patrimônio do devedor.

Superada esta fase, tendo o devedor nomeado bem de sua propriedade para a garantia da execução, caberá ao credor manifestar sua concordância ou não à referida nomeação. Havendo concordância, a execução seguirá seu trâmite normal.

Caso haja impugnação, pelo credor, da nomeação de bens à penhora realizada pelo devedor – impugnação esta que deve ser devidamente fundamentada – caberá ao juiz solucionar tal impasse, aceitando a nomeação ou rejeitando-a. Trata-se, então, de uma decisão proferida nos próprios autos de execução, solucionando questão controvertida entre as partes.

²² Como a penhora realizada pelo Oficial de Justiça

Se referida decisão for no sentido de aceitar a nomeação procedida pelo devedor, seguirá a execução em seus trâmites legais. Caso contrário, havendo rejeição à nomeação de bens à penhora, poderá o credor indicar outros bens pertencentes ao executado.

Para o caminhar natural do processo é essencial que se decida a impugnação feita pelo credor, pois caso contrário, poderá acarretar a nulidade de todos os atos praticados posteriormente a esta fase de nomeação de bens pelo devedor. O parágrafo único, do artigo 657 expressamente dispõe que “o juiz decidirá de plano as dúvidas suscitadas pela nomeação”.

Na verdade, enquanto o credor impugna a nomeação, visando que esta não seja aceita, o devedor almeja a sua aceitação, para fins de garantir o juízo da execução. Esta situação ocasiona uma verdadeira controvérsia dentro do processo de execução, evidenciando a incidência do Princípio do Contraditório neste momento processual, podendo o magistrado, inclusive, convocar o comparecimento em juízo, das partes, que serão ouvidas para fins de solução do impasse. Assim, nesta hipótese será possível existir dilação probatória nos próprios autos de execução para o fim de solucionar a questão.

Já a penhora é um ato executivo que inquina com ônus certo bem sobre o qual o ofício executivo irá incidir para satisfazer o crédito. É ato de apreensão de bens com a finalidade executiva e que dá início ao conjunto de medidas tendentes à expropriação de bens do devedor para pagamento do credor. Os atos de disposição do proprietário de bem que se encontra penhorado são considerados ineficazes em face do processo.

Sobre os efeitos da penhora no plano material, vejamos o que leciona Araken de Assis (2002, p.605):

A penhora produz efeitos no plano subjacente ao processo, atestando a necessidade de preparar o desenvolvimento e a ultimação da técnica expropriativa, em geral culminada pela transferência forçada do bem a terceiro.

Desta forma, há de se concluir que a penhora tem a função de assegurar o bom funcionamento do processo executivo, separando da esfera patrimonial do devedor determinado bem que eventualmente será expropriado, para a satisfação do crédito do credor.

Assim, após o protocolo da petição inicial da execução, o devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora. Caso o devedor permaneça inerte, o oficial de justiça irá penhorar bens necessários para o pagamento do principal, juros, custas e honorários.

Problemas surgem quando a penhora realizada pelo oficial de justiça - ou mesmo quando esta realizou-se em virtude de indicação de bens realizada pelo credor - for manifestamente gravosa, quando, por exemplo, incida sobre bens com valor muito superior ao da dívida. É a figura chamada de excesso de penhora.

João Lacê Khun (1998, p.75) menciona em trecho de sua obra que “não raro, vêem-se, no cotidiano forense, autores indicando para penhora bens de seus devedores, com valor, nada mais, nada menos, de cinco ou até dez vezes mais que o crédito a ser recuperado”. Ocorrendo tal hipótese, o devedor poderá opor-se à penhora imediatamente, não havendo necessidade de esperar a fase da avaliação.

Apresentada tal impugnação pelo devedor, a qual Pontes de Miranda (1976) denomina embargos à penhora, surge no bojo do processo de execução um incidente que deverá ser decidido pelo magistrado, decisão esta que julgará o mérito de tal controvérsia. Neste caso, a cognição a ser realizada pelo magistrado será plena, devendo as partes cooperarem para a solução de tal impasse, prestando informações, contrariando alegações umas das outras, enfim, exercitando de forma regular o contraditório instalado nesta fase processual.

Aproveitando-se, mais uma vez, dos ensinamentos de João Lacê Khun (1998, p.76), há de se afirmar que, também nesta oportunidade, poderá haver dilação probatória nos próprios autos de execução. Mencionado autor leciona sobre este assunto nos seguintes termos:

A prova, neste caso, é ampla, passando pelo depoimento das partes, por testemunhas e, principalmente, pela pericial que, *in causa*, é a mais elucidativa, pois apresentará os dados técnicos necessários e suficientes para o juiz aplicar o melhor sentido de justiça em sua decisão.

O excesso de penhora não pode ser confundido com excesso de execução. Excesso de penhora, conforme reza Amilcar de Castro (1967, p.286), “é a apreensão de bens de

valor muito maior que o do crédito do exequente e seus acessórios”. Sobre excesso de execução, comentar-se-á em momento oportuno (item 9.1.10, retro).

Neste momento, se faz necessário tecer alguns comentários sobre a possibilidade de redução ou ampliação da penhora, quando esta mostra-se excessiva ou inferior em relação ao crédito em execução. Merece realce, então, a disposição prevista no artigo 685 do Código de Processo Civil, abaixo transcrito, *in verbis*:

Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

I – reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios;

II – ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito.

Analisando referida norma, depreende-se que poderá o juiz reduzir ou ampliar a penhora com o intuito de equilibrar tal ato executivo e o valor do crédito objeto da ação executiva. Tais medidas visam tanto proteger o credor de inconvenientes, como nomeação ou penhora inúteis, quanto o devedor, evitando que seu patrimônio seja exposto em grande parte sem que haja necessidade. Com o devedor objetivando reduzir a quantidade de bens e o credor almejando uma ampliação dos mesmos, se faz presente mais uma vez o Contraditório no Processo de Execução.

Questão que mostra-se relevante diz respeito ao momento adequado para se requerer a redução ou ampliação da penhora. Conforme se denota do artigo acima transcrito, há de se afirmar que o pedido deve ser feito após a avaliação. No entanto, principalmente quando se pleiteia a redução da penhora, se tal pedido for feito somente após a fase de avaliação dos bens, poderá o devedor já haver sofrido sérios prejuízos em seu patrimônio, decorrentes da penhora excessiva.

João Lacê (1998, p.77), argumenta sobre o momento de se requerer a redução da penhora de forma brilhante, dispensando-se maiores comentários:

Todavia, para a espécie de penhora manifestamente excessiva, pensamos não ser necessário esperar a fase de avaliação, pois os danos decorrentes da constrição exagerada já terá ocorrido. A lavratura do auto, a inscrição no registro imobiliário, no caso de imóveis, a restrição ao comércio de tal bem; enfim, todas

as decorrências gravosas resultantes de uma penhora efetuada, pelo oficial, ou pela indicação equivocada do credor, consumaram-se.

Levando em consideração tal ensinamento, é possível se afirmar que o pedido de redução de bens à penhora possa ser apresentado antes da avaliação dos bens, ou seja, é possível apresentá-lo logo após a realização da penhora ou da indicação realizada pelo credor desde que tal excesso possa ser constatado com segurança, independentemente de avaliação judicial.

A oposição pode incidir também sobre a penhora realizada sobre bens impenhoráveis, e é esta a hipótese de maior ocorrência de tal meio de defesa.

Conforme Leciona Amilcar de Castro (1983) *apud* Alberto Camiña Moreira (2001, p.149) “alguns bens são excluídos por lei da penhora, ora por razões de ordem pública, ora em atenção à humanidade, ora em atenção à solidariedade social”. Também, o próprio autor Alberto Camiña Moreira (2001, p.150), dispõe sobre tal hipótese nos seguintes termos:

O art. 649 do Código de Processo Civil arrola bens que são absolutamente impenhoráveis, e o art. 650 arrola os que, à falta de outros, podem ser penhorados. No primeiro caso, a penhora de bem imune ao gravame gera nulidade absoluta. Decerto, o caso mais corriqueiro da defesa interna ao processo de execução é o da penhora sobre bem impenhorável. As questões relativas à penhora, entretanto, *não devem* ser discutidas e resolvidas na ação incidental de embargos, mas nos autos da própria execução, podendo a nulidade da penhora ser alegada por simples petição. Os *embargos à penhora* são procedimento inexistente, que leva à carência da ação, com extinção do processo sem julgamento do mérito.

Portanto, realizada a penhora sobre bem que é considerado por lei impenhorável e, não reconhecendo o juiz tal matéria de ofício, deverá o executado, por meio da exceção de pré-executividade, argüir a nulidade de referida penhora, cabendo ao magistrado cientificar o credor e ouvir suas razões, visando a formação de um juízo seguro.

João Lacê Kuhn (1998, p.76), manifesta-se da seguinte forma sobre referido assunto:

É tão evidente a presença do contraditório nesse incidente processual, dentro da execução, sendo, inclusive, facultado ao juiz ordenar o comparecimento das partes e a oitiva de testemunhas, para só depois decidir sobre a impugnação. É, sem dúvida, uma das formas de reação contra a penhora com a utilização do contraditório pleno”.

6.1.7 – AVALIAÇÃO

A avaliação é um ato executório que tem por escopo definir o valor dos bens penhorados. Visa garantir um menor comprometimento do patrimônio do devedor (regra do artigo 620 do Código de Processo Civil).

Celso Neves (1977, p.98) define a avaliação como o “ato executório com a finalidade de definir o valor dos bens penhorados”.

Araken de Assis (2002, p.720) menciona que, antes da ação executiva alcançar a sua finalidade, que é a satisfação do crédito do exequente através da expropriação do bem penhorado, é necessário estimar o valor de mercado de referido bem. O mecanismo utilizado para tal finalidade é a denominada avaliação. Atentou-se referido autor à regra do *caput* do artigo 692 do Código de Processo Civil²³, que impede a arrematação por preço vil.

Utilizando-se, ainda, dos ensinamentos do Ilustre jurista supra referido, verifica-se, através de trecho de sua obra abaixo transcrita, os momentos em que a avaliação é realizada:

Com esses dados, se decifra o sentido da cláusula inicial do art. 680 – “Prosseguindo a execução...” – e se aclara quando a lei permite, adentrando na fase instrutória da expropriação, avaliar os bens penhorados: a) não oferecendo o(s) executado(s) embargos à execução; b) a partir da rejeição dos embargos totais em primeiro grau; c) oferecidos embargos, estes forem objetivamente ou subjetivamente (art. 739, § 3º) parciais e não controverterem o(s) bem(ns) penhorado(s).

É na avaliação que se verificará se o valor do bem penhorado é igual, inferior ou superior à dívida. Se o valor da avaliação dos bens penhorados for inferior ao valor da dívida o juiz mandará, a requerimento do credor, ampliar a penhora, ou, caso contrário, a requerimento do devedor, reduzi-la, de acordo com o artigo 685, do Código de Processo Civil.²⁴

²³ Art. 692. Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

O pedido de ampliação ou redução deverá ser apresentado por petição simples na própria execução e devidamente motivado pelas partes. As partes prestam informações e contradizem as alegações uns dos outros, objetivando a busca da verdade, podendo, inclusive, impugnar o valor obtido.

Conforme já exposto alhures (item 6.1.5, supra), não é este o único momento onde será possível a redução da penhora realizada com excesso. Poderá ser reduzida se reconhecido tal excesso no momento em que esta foi realizada, antes mesmo de avaliado o bem.

Mais do que evidente é a presença do contraditório neste momento processual, tendo em vista o conhecimento do juiz, a ciência das partes, eventual impugnação e decisão.

6.1.8 – ARREMATAÇÃO

Arrematação é a conversão forçada da coisa penhorada em dinheiro. Através dela, conforme expõe Araken de Assis (2002, p.731) oferece-se “ao público o bem penhorado, a quem mais der, para obter dinheiro e, com o produto dos bens alienados, conforme reza o art. 709, *caput*, se buscará satisfazer o credor”.

Atividade de difícil solução é a de definir qual a natureza jurídica da arrematação. Há quem leccione ser negócio jurídico; outros defendem ser ato jurídico; e alguns entendem haver um típico negócio bilateral. Tal discussão não será desenvolvida neste trabalho, pois o objetivo deste é apenas indicar a arrematação como mais um momento da incidência do Princípio do Contraditório no Processo de Execução.

A arrematação inicia-se com a publicação do edital tratado pelo art. 686, do Código de Processo Civil. Tal dispositivo disciplina o conteúdo mínimo que deverá conter no edital. João Lacê Khun (1998, p.86) afirma que “o desatendimento da norma retro acarreta a nulidade, desde que se demonstre ao juiz, na forma dos artigos 243 e 250 do mesmo diploma”.

²⁴ Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:
I – reduzir a penhora ao bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios;
II – ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor do penhorados for inferior ao referido crédito.

O vício eventualmente existente no edital deverá ser argüido pela parte prejudicada, a qual deverá também demonstrar o prejuízo que obteve em razão do ato praticado sem a observância da norma prevista no art. 686, do CPC, pleiteando pela nulidade da arrematação, caso esta já tenha sido realizada.

João Lacê Kuhn (1998, p.86/87) leciona que havendo tal argüição pela parte prejudicada, a parte contrária deverá ser instada a se manifestar sobre tal alegação, “criando um evento nitidamente contraditório entre o exeqüente, executado e o juiz – situação que proporcionará, ao final, uma decisão de mérito sobre a validade ou não do edital. Contraditório presente, atuante e fundamental para o prosseguimento regular do feito”.

O contraditório também marca presença, ainda com relação ao edital, no §2º, do art. 687 do Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

Art. 687. (...)

§1º (...)

§2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes à mais ampla publicidade da alienação.

Aqui percebe-se que, em alguns casos, devido ao valor dos bens e as condições da comarca, o magistrado, ouvindo os interessados, poderá modificar a forma e a frequência da publicação dos editais. Nesta hipótese, se faz imprescindível a manifestação das partes pois havendo discordância de uma delas deverá o magistrado decidir a controvérsia, no intuito de proporcionar o maior êxito possível da hasta pública.

Característica importante da incidência do contraditório no ato executivo da arrematação, mais precisamente na publicação dos editais, foi evidenciada por João Lacê Kuhn (1998, p.87/88). Leciona referido autor sobre um contraditório *sui generis*, formado pelo público, destinatário das informações constantes do edital de arrematação. Sobre tal assertiva, transcreve-se trecho abaixo:

A respeito do contraditório, incidindo na questão dos editais, temos uma forma interessante e peculiar de ocorrência do princípio. É aquele que se estabelece com o público, visto que este é o destinatário das informações prestadas no edital. São outorgados direitos de exigir e de receber somente comunicações

verdadeiras, cabendo-lhes, portanto, a possibilidade de reproche quanto aos dados constantes da publicação. No escólio de Pontes de Miranda, vê-se a possibilidade de qualquer interessado poder dirigir-se ao juiz para requerer a retificação das informações. Instaura-se, neste momento, um *sui generis* contraditório, entre os destinatários das informações, as partes e o juiz, sendo este último obrigado decidir a questão, cuja prolação será passível de recurso pelos vencidos/prejudicados.

Por fim, observa-se no §5º do referido art. 687, regra que afirma com grande segurança a incidência do Contraditório na Execução. Tal dispositivo dispõe que “o devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta de aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial”.

Tal regra dispensa maiores delongas, pois sendo obrigatória a intimação do executado do dia e hora da realização da hasta pública, poderá este contradizer tudo o que ocorreu em desacordo com a lei, no que tange à arrematação.

6.1.9 – LITISPENDÊNCIA

Conforme preceitua o §3º, primeira parte, do art. 301, do Código de Processo Civil, “há litispendência, quando se repete ação, que está em curso”. De acordo com o §2º de referido artigo, “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Alberto Camiña Moreira (2001, p.90) dispõe que “no processo de execução dar-se-ia a litispendência quando o mesmo título ensejar dupla execução pelo mesmo credor em face do mesmo devedor”.

Desta forma, vários autores referem-se à pouca gravidade de referido vício, “pois, conforme leciona referido autor, “o mesmo título não poderá estar em dois processos ao mesmo tempo”. No entanto, existem alguns casos, como o da falsificação, ou da execução fiscal com cobrança em duplicidade de tributos, os quais trazem a tona a litispendência. O autor acima mencionado afirma que, “neste caso, o executado pode defender-se, no processo de execução, independentemente da propositura de embargos.

Araken de Assis (2002, p.293) leciona sobre o controle da litispendência no processo executivo da seguinte forma:

O controle da litispendência se realiza de ofício ou a instância da parte. Nesta hipótese, logo depois da citação do devedor na segunda demanda, cabe a arguição. Ela não depende do ulterior ajuizamento dos embargos, nem se atrela a qualquer prazo específico (v.g., os dos arts. 621, 632, 642, 652 e 733, *caput*, do CPC).

Assim, alegada a litispendência pelo executado, estará ele exercitando mais uma vez a garantia que lhe é assegurado constitucionalmente, qual seja, o contraditório na execução.

6.1.10 – COISA JULGADA

O art. 301, do Código de Processo Civil, em seu §3º, segunda parte, diz que “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”. Também, o art. 467, do mencionado Estatuto Processual Civil dispõe que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Necessário se expor neste momento que as regras acima transcritas se referem à coisa julgada material, já que quando o juiz não julgar o mérito, extinguindo o processo fundado nas hipóteses do art. 267, do Código de Processo Civil, surgirá a coisa julgada formal, sendo que, assim, outro processo idêntico poderá ser inaugurado (art. 268, *caput*, 1ª parte).²⁵

Com relação ao processo de execução, há de se afirmar que, em tal espécie de ação, o fenômeno da coisa julgada estaria impossibilitado de se configurar, pois não há julgamento na ação executiva. No entanto, conforme ensina Alberto Camiña Moreira (2001. p.90) , “ainda que não esteja presente o fenômeno da coisa julgada, inexiste dúvida de que está vedado o *bis in idem*. Se não há coisa julgada, pode-se dizer que há realização do direito, de modo a impedir a propositura da ação executiva”.

Araken de Assis (2002, p.298) leciona com brilhantismo sobre referida matéria, conforme abaixo se transcreve:

Alcançando o processo executivo a total atuação de seu direito, impossível ao credor retornar, pôr à sua mercê o executado, com outra ação baseada no mesmo título, para novamente satisfazer o crédito. O controle do *ne bis in idem*, como de regra no concernente aos pressupostos processuais, realiza-se do ofício ou a requerimento da parte, implicando o seu acolhimento a extinção do processo (arts. 267, V, e 795 do CPC).

Portanto, é possível que a coisa julgada seja argüida no Processo de Execução como uma forma de defesa, pois não é possível que se execute uma sentença que tenha o mesmo objeto de outra sentença já executada e, portanto, já formada a coisa julgada material. É impossível o credor retornar com outra ação baseada no mesmo título, para novamente satisfazer seu crédito.

6.1.11 – EXCESSO DE EXECUÇÃO

De acordo com o art. 743, inciso I, do Código de Processo Civil, há excesso de execução “quando o credor pleiteia quantia superior à do título”.²⁶

A realização do direito almejado pelo credor, ou seja, o recebimento de seu crédito, é a grande finalidade do processo de execução. No entanto, esta realização que a ação executiva eventualmente proporcionará, estará adstrita ao direito líquido, certo e exigível que possua o exeqüente. Intolerável qualquer tipo de excesso. Havendo eventual quantia que extravase o valor do título, a execução deverá ser reduzida pelo *quantum* devido, com redução de eventual penhora já procedida.

O excesso de execução poderá ocorrer em execução de título judicial ou extrajudicial.

Embora parte da doutrina acredite que a argüição de tal matéria deva ser realizada unicamente em ação de embargos à execução, por não se tratar de matéria de ordem pública, alguns autores defendem com veemência e, ao que parece, com grande acerto, que

²⁵ Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. (...)

²⁶ Sobre os demais incisos do art. 743, dispensa-se comentários, por ser entendimento de grande maioria dos autores que os mesmos não são hipóteses de excesso de execução.

tal alegação poderá realizar-se nos próprios autos de execução, através de exceção de pré-executividade.

É o que leciona Alberto Camiña Moreira (2001, p.155), conforme trecho abaixo transcrito:

Para nós a matéria é de ordem pública, significa ausência de certeza e, pois, de título executivo, matéria encartável nas condições da ação, e que pode e deve ser conhecida no processo de execução a todo tempo, de ofício pelo juiz ou por provocação pela parte, independentemente de embargos. Há carência de ação relativa ao excesso.

Também, pode-se concluir que seria incoerente ter o devedor de garantir o juízo com bem de sua propriedade, que deverá ter valor igual ou superior ao valor da execução - execução esta que apresenta-se com valor excessivo - para somente após tal formalidade, propor a ação de embargos à execução argüindo excesso de execução. Isso trará vários prejuízos a ele, conforme já visto em outras oportunidades.

Quanto ao juiz, detentor que é do poder de direção do processo de execução, caberá, antes de deferir a citação do executado, controlar a postulação do exequente, exigindo esclarecimentos que entender necessários e, eventualmente, podar as demasias. Tal atitude seria uma função do magistrado, no sentido de tutelar ao patrimônio do executado. Se assim não agisse, poderia o executado sofrer uma injusta agressão aos seus bens, com a constrição destes num valor muito superior ao valor do débito realmente devido.

Hipótese que demonstra com acentuado vigor tal situação é a descrita no §2º, do artigo 604, do Código de Processo Civil, que foi acrescentada em tal Estatuto recentemente, pela lei nº 10.444/2002, referindo-se sobre eventual liquidação de sentença que venha anteceder a propositura da ação de execução. Sendo possível que referida liquidação seja determinada apenas por cálculos aritméticos, deverá o credor, de acordo com o *caput* do artigo acima referido, proceder a execução “na forma do artigo 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

Percebendo haver excesso na memória de cálculo apresentada pelo credor, ultrapassando esta, aparentemente, os limites da decisão exequenda, poderá o juiz valer-se do contador judicial, com a finalidade de se estipular um valor coerente para que se realize a execução. Se não houver concordância, pelo credor, sobre o cálculo elaborado pelo

contador, a execução se realizará pelo valor por ele apontado, sendo que, porém, a penhora terá por base o valor calculado pelo contador judicial.

Desta forma - conforme já exteriorizado em outras ocasiões – podendo o magistrado, de ofício, reconhecer o excesso de execução em referida hipótese, poderá também o devedor, no intuito de não ver seu patrimônio invadido em proporções maiores do que o valor realmente devido por ele, apresentar defesa na própria ação executiva, não havendo necessidade de se aguardar os embargos para que tal matéria possa ser ventilada.

Alberto Camiña Moreira (2001, p.157) entende ser possível a arguição de excesso de execução nos próprios autos de execução, até mesmo na hipótese de indevida capitalização ou cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, posição esta que vem contrariar a maior parte da doutrina, pois a maioria dos autores acreditam que tais matérias deverão ser argüidas em embargos à execução, por serem tais matérias próprias dos arts. 741 e 745, ambos do Código de Processo Civil. Acredita referido autor que, desde que tal alegação possa ser provada de imediato, não necessitando de dilação probatória para se firmar, seria possível ao juiz conhecer de ofício tal excesso.

Por fim, transcreve-se trecho da obra de referido autor que vem justificar de forma simples tudo o que foi exposto sobre a possibilidade de se argüir o excesso de execução por meio de defesa endoprocessual:

A exceção de pré-executividade tem lugar verificado o excesso de execução, “bastando que se considere a desigualdade existente entre o valor (quantia) do título e o pleiteado pelo credor. Entretanto, é lógico que o excesso decorrerá de erro cometido por ocasião da elaboração da memória de cálculo; mas erro que não demande alta indagação e seja perceptível a *alho nu*, independentemente de ser *estapafúrdio ou abusivo*. (...) Dificilmente o excesso incidirá sobre a quantia principal da dívida, mas sim na contagem dos juros e da correção monetária. Para nós, o erro no termo *a quo* da contagem dos juros ou da correção monetária pode ser objeto de exceção de pré-executividade. Se a sentença, por exemplo, condena o réu a pagar juros a partir da citação, o cálculo não pode, à evidência, contá-los a partir do vencimento da dívida; não há necessidade de embargos para correção desse pormenor.

6.1.12 – PAGAMENTO

Embora haja grande discussão sobre a natureza do pagamento, o entendimento que prevalece é o de que o pagamento é objeção, que pode ser conhecido *ex officio* pelo juiz, a

qualquer tempo. Desta forma, havendo prova de pagamento nos autos, deverá o juiz considerar esse fato extintivo, independentemente de argüição do réu. O magistrado deve conhecer de ofício os fatos extintivos presentes no processo.

Grande parte da doutrina admite a alegação de pagamento a qualquer tempo no processo de execução independentemente de embargos. Neste sentido, leciona José da Silva Pacheco (1959, p.265):

O pagamento da dívida ou o cumprimento da obrigação discutidas na ação e objeto da sentença que se executa tornam sem objeto a execução. Comprovados, suficientemente, podem ser alegados a qualquer tempo, ainda que fora do prazo. Por mais que se queiram complicar as questões simples, como, amiúde, faz a doutrina, não se pode deixar de reconhecer que à falta de objeto a execução não pode prosseguir. Provado o pagamento, a qualquer tempo, torna-se sem objeto a ação, que deve ser extinta.

Diante do exposto acima, não se faz necessário tecer maiores comentários à respeito da possibilidade do pagamento do débito já efetuado ser alegado pelo devedor nos próprios autos de execução, a qualquer tempo, caracterizando-se, assim, como mais um momento do Princípio do Contraditório no Processo de Execução.

No entanto, se a alegação do pagamento depender de prova mais complexa, o caminho a ser tomado é o dos embargos, que possibilita instrução de forma ampla.

7 – MÉRITO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Questão de grande relevância e amplamente discutida diz respeito à existência ou não de decisão de mérito no processo de execução. Tal discussão já foi exposta, de maneira supérflua, quando tratou-se da cognição no processo de execução (item 6, supra).

Nesta oportunidade, necessário se faz tecer alguns comentários sobre eventual decisão de mérito no processo de execução, mormente para justificar a natureza de algumas decisões proferidas pelo juiz no trâmite da ação executiva, com o fim de solucionar controvérsias argüidas pelas partes.

A maior parte da doutrina acredita existir mérito no processo de execução, mesmo apresentando-se de forma distinta que nas demais espécies de ações.

Conforme ensina Sandro Gilbert Martins (2002, p.59), “pode-se dizer que se identifica o mérito de um processo consoante o que nele está sendo alvo de discussão”.²⁷

Partindo-se desta premissa, pode-se afirmar que o mérito da execução constitui-se na prática de atos que visam a satisfação do direito do credor, delineado pelo título executivo. Assim, vê-se que a concepção de mérito está atrelada à de lide. Existindo lide, haverá de existir mérito.

Rosalina P. C. Rodrigues Pereira (2001, p.94) discorre sobre tal questão nos seguintes termos:

Desse modo, pode-se dizer que no processo de execução há um mérito, não o mérito do processo de conhecimento, porque na execução não existe nenhuma *questão a ser decidida*, o que não significa, no entanto, que o juiz não exerça nenhuma atividade cognitiva. Embora na execução não haja sentença de mérito, não se pode afirmar que inexista cognição, o que ocorre é que, na execução, a atividade de conhecimento é bem escassa. De fato, na execução também há conhecimento, ainda que em menor grau, visto que o juiz “decide” a prática de atos, eventual exceção de pré-executividade ou, ainda, pode conhecer de ofício matérias de ordem pública nela suscitadas. Mas, embora haja o conhecimento na execução, este não ocorre na sua plenitude porque não há *questões de mérito* a decidir, já que o mérito são os atos executivos, e destes só se pode discutir a regularidade, sua conveniência ao interesse do credor e sua gravosidade (que deve ser a menor possível) ao patrimônio do devedor.

²⁷ Referido autor leciona que no processo de conhecimento discute-se se o autor tem ou não o direito por ele afirmado (lide de certeza). Já no processo cautelar, o que é discutido é a existência ou não de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (lide de segurança).

Ousa-se discordar de tal ensinamento, no que diz respeito à inexistência de questões de mérito que eventualmente possam ser decididas no processo de execução. Em alguns casos, como nos de alegação pelo devedor, na própria ação executiva, de prescrição e decadência, ou de pagamento do débito, c.f. já visto alhures (itens 6.1.2 e 6.1.11 supra), poderá o juiz, reconhecendo a veracidade de tais alegações, extinguir a execução com o julgamento do mérito²⁸. Tais matérias são atinentes ao mérito da pretensão do credor e não seria coerente ao juiz aguardar que se proponha ação de embargos à execução, podendo este reconhecer de plano a ocorrência de tais hipóteses.

Também, não pode prosperar a afirmação de que na execução não exista nenhuma questão a ser decidida.

Conforme já analisado no capítulo anterior (item 6.1, supra), existem momentos em que poderão surgir questões controversas entre as partes, atinentes à maneira que determinado ato executivo venha ser praticado.²⁹ Tais questões não estão diretamente ligadas ao mérito da execução. No entanto, o magistrado será chamado a proferir decisão que resolva tais controvérsias entre as partes, para a regular marcha processual da execução.

Desta forma, existem algumas situações em que questões suscitadas no bojo dos autos de execução haverão de ser decididas na própria ação executiva, possuindo tais decisões natureza interlocutória.

²⁸ Conforme entendimento de considerável parte da doutrina.

²⁹ Como por exemplo, a impugnação à nomeação de bens à penhora, objeção à penhora realizada em bem cujo valor é muito maior que o valor do débito, pedido de ampliação ou redução da penhora, entre outros.

8 – DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Após toda a abordagem realizada neste trabalho sobre a incidência do Princípio do Contraditório na execução, no que toca às teorias que justificam a sua existência nesta espécie de ação, bem como alguns momentos em que a presença de tal princípio constitucional se faz presente explicitamente, há de se verificar, neste momento, o instrumento pelo qual será possível sua real exteriorização no caso concreto, instrumento este conhecido como exceção de pré-executividade.

Apesar de grande divergência entre a doutrina, no que diz respeito à denominação de tal instituto, sendo que alguns autores defendem que, na técnica correta, deveria ser empregada a palavra objeção, a prática forense tem demonstrado adotar o termo exceção de pré-executividade para denominar tal meio de defesa endoprocessual.³⁰

A primeira noção de defesa por meio da exceção de pré-executividade foi elaborada por Pontes de Miranda (1975, p.132/133), em memorável parecer, no ano de 1966, proferido por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann. Em linhas gerais, lecionou o grande mestre, em referido parecer, o seguinte:

Se alguém entende que pode cobrar dívida que conste de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou de sofrer a penhora.

À partir de tal momento, a doutrina brasileira passou a estudar tal instituto com grande veemência, até os dias atuais, tendo admitido, quase que de forma unânime, a possibilidade de tal defesa ser utilizada nos próprios autos de execução, seja no intuito de garantir amplamente ao devedor o contraditório e a ampla defesa na ação executiva, seja para que este não veja seu patrimônio ser sacrificado de forma injusta.

³⁰ Para alguns doutrinadores, o emprego do termo exceção encerra a idéia de disponibilidade. Já o termo objeção seria o mais adequado, pois a arguição do devedor deve conter matéria de ordem pública, decretável de ofício. No entanto, como preceitua Alberto Camiña Moreira (2001, p.36), sendo a prescrição matéria que o juiz não pode se manifestar de ofício, e sendo esta possível de ser ventilada em defesa pré-executiva, cairia por terra a idéia de se empregar o termo objeção. No mais, a palavra exceção sempre teve o sentido de defesa, sendo que, qualquer que seja o conceito que se adote desse vocábulo, estará no seu núcleo a idéia de que serve de meio defensivo.

Não obstante a exceção de pré-executividade não estar prevista legalmente, é pacífico, não só pela doutrina, como já exposto, mas também pela jurisprudência pátria, a sua adoção como meio de defesa endoprocessual. Embora existam alguns autores que sustentam existir lacuna em relação à exceção de pré-executividade, não encontrando tal instituto, previsão legal no Código de Processo Civil, tal questão já se encontra superada.

Somente a título de argumentação, transcreve-se ensinamento de Alberto Camiña Moreira (2001, p.35) sobre referido assunto:

Não ocorre lacuna quando é possível extrair-se da lei, com auxílio da hermenêutica, resposta a uma questão jurídica: “a lei fornece uma resposta quando esta dela é retirada por interpretação, mesmo que seja uma interpretação extensiva. Na medida em que a interpretação baste para responder às questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso”. Na medida em que simples regra de interpretação sistemática, quase de mecânica aplicação, dá ensejo à exceção de pré-executividade, não se pode admitir a existência de lacuna. Não há incompletude insatisfatória no seio do todo processual.

A grande dificuldade do tema em questão é separar as matérias que podem ser alegadas por simples petição e as que devem ser alegadas em embargos.

Em primeira análise, pode se afirmar que poderá ser argüida em exceção as matérias de ordem pública que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo. Seriam, basicamente, os pressupostos processuais e as condições da ação. No entanto, tem-se admitido, também, a alegação de matéria de mérito através da exceção, como por exemplo, a prescrição, a decadência e o pagamento, pelos fundamentos já expostos em momento anterior (itens 6.1.2 e 6.1.11 supra).

O que torna um pouco mais complexa a discussão, diz respeito às matérias que necessitam de dilação probatória para que possam ser provadas. Neste caso, indiscutivelmente, não será possível ao devedor apresentar sua defesa nos próprios autos de execução, devendo valer-se dos embargos à execução para tanto.

Portanto, se tal defesa necessitar de dilação probatória para ser decidida, o caminho a ser tomado é a propositura de embargos à execução, ação esta de cognição exauriente, onde haverá possibilitado de se produzir amplamente as provas que o devedor venha a almejar.

Por fim, existem alguns incidentes que eventualmente venham surgir no processo de execução que necessitam ser decididos de plano pelo magistrado, com o fim de que tal

ação possa caminhar normalmente. Alguns exemplos são os de impugnação à nomeação de bens à penhora, oposição à penhora quando esta realiza-se de forma excessiva, entre outros.

Nestes casos, para que o magistrado tenha condições razoáveis de solucionar tais tipos de controvérsias, é permitida uma cognição ampla por parte deste, nos próprios autos de execução, podendo as partes produzirem provas, como depoimentos pessoais, prova testemunhal, etc. Nestes casos específicos, então, poderá haver dilação probatória na execução, contrariando-se a regra de que no processo de execução é possível haver apenas cognição sumária. No entanto, tais incidentes não devem ser considerados como exceção de pré-executividade, e sim, como simples impugnações ou oposições à atos executivos que venham a ser praticados em desacordo com a lei ou em prejuízo do devedor.

Com relação ao prazo para oferecimento da exceção de pré-executividade, utilizando-se do ensinamento de que o Princípio do Contraditório deve ser disponibilizado de forma ampla ao devedor no processo de execução, parece correto afirmar que este poderá utilizar-se de referido meio de defesa a qualquer tempo, não havendo prazo estipulado para propô-la, pois as matérias que podem ser argüidas em exceção – quais sejam, as matérias de ordem pública, bem como, a prescrição, a decadência e o pagamento - não se subordinam à peremptoriedade inerente à preclusão, podendo ser alegadas a qualquer tempo.

A exceção deverá ser oferecida através de petição endereçada ao juízo que tramita a execução. Conforme entendimento majoritário, deverá o juiz, recebendo a petição, intimar o credor para se manifestar no prazo de dez dias, aplicando-se, por analogia, os arts. 326 e 327, do Código de Processo Civil. Conforme leciona Alberto Camiña Moreira (2001, p.62) “o julgamento imediato, sem oitiva do exequente, em desprezo à bilateralidade da audiência, atenta contra o princípio da igualdade”.

Se o credor juntar, em sua manifestação sobre a exceção, novos documentos, deverá o executado ser intimado para se manifestar sobre tais (art. 398, do Código de Processo Civil).

A petição de exceção será entranhada nos próprios autos de execução, não sendo necessário a sua autuação em apenso.

9 – DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

A ação de embargos à execução é a única forma de oposição expressamente prevista em lei, disponibilizada ao devedor para que este venha se defender na ação executiva. Referida ação é regulada pelo Código de Processo Civil, em seus artigos 736 e seguintes.

Procurando dar uma definição aos embargos à execução, Enrico Tulio Liebman (1968, p.158) menciona que “os embargos são um processo incidente de cognição, regido pelas normas do processo ordinário, que dão lugar a verdadeira relação processual, distinta da relação executória”.

Sandro Gilbert Martins (2002, p.93/94), imbuído da mesma finalidade, formulou o seguinte conceito:

Na sistemática jurídica brasileira, os embargos à execução ou embargos do executado constituem *ação* cujo exercício, *incidental ao processo de execução*, resulta em um processo de natureza cognitiva que tem por escopo uma providência de mérito.

Referido autor justifica ter optado classificar a ação de embargos à execução como sendo uma defesa incidental ao processo de execução, pelo motivo de aquela correr lateralmente a esta.

Rosalina P. C. Rodrigues Pereria (2001, p.141) manifesta-se sobre referido assunto da seguinte forma:

Pela nova estrutura do processo de execução, os embargos deixaram de ser simples incidente da execução, como enunciado no Código de 1939. Hoje, quase à unanimidade, os que ocupam em definir e examinar o conteúdo deles não fogem ao conceito de serem os embargos um processo cognitivo, dotado de verdadeira natureza acional, não podendo ser considerado mero incidente no processo.

Apesar de tais posições doutrinárias parecerem controversas, há de se afirmar que ambas parecem acertar, levando-se em conta o fim almejado por referidos autores com tais afirmações.

Tais assertivas objetivaram apenas expor que a ação de embargos à execução deve ser distinta à ação de execução, tendo em vista pequena parte da doutrina defender que os embargos devem ser considerados como contestação, sendo que esta posição não pode prosperar pois os embargos à execução são considerados, pela grande maioria doutrinária, como ação.

Conforme preceitua a própria autora Maria Rosalina P. C. Rodrigues Pereira (2001, p.140), através de referida ação “o executado não apenas se opõe ao pedido do exequente, mas levanta uma controvérsia em torno da existência do direito material, deduzindo em juízo uma pretensão própria, reclamando uma decisão dos órgãos judiciais”. Constituem-se os embargos à execução, uma verdadeira ação de cognição.

O que vem justificar a ação de embargos à execução como o mais efetivo meio de defesa do executado é o fundamento de que não pode haver atividade de cognição nos próprios autos de execução, pois tal espécie de ação tem por finalidade realizar e não conhecer, argumento este que pode ser comprovado desde o seu início, na medida em que o devedor é citado na ação executiva para pagar e não para se defender. Tal posição vem defender a presença inequívoca do Princípio da Celeridade no processo de Execução.

Sobre tal assunto, utiliza-se novamente dos ensinamentos de Sandro Gilbert Martins (2002, p.94), que leciona o seguinte:

Na verdade, a importância dos embargos para a execução reside na constatação de que, como na execução, a cognição é limitada (sumária) quanto ao seu plano vertical, é nos embargos que o ordenamento encontra vez para investigar as matérias de defesa (processual ou de mérito) que não se apresentem de plano aparentes. Ou seja, é nos embargos que haverá cognição (completa) exauriente acerca das matérias que possam impedir ou limitar a atividade executiva.

Referido autor, em tal posicionamento, faz ressalva, com sucesso, aos casos em que a matéria de defesa (seja ela processual ou de mérito) se apresenta de plano e aparente no processo de execução, pois nestes casos, conforme já visto alhures (item 8, supra), as matérias de ordem pública ou mesmo de mérito, poderão ser conhecidas pelo juiz, de ofício, ou mesmo alegadas pela parte executada, na própria ação executiva.³¹

³¹ Na segunda hipótese (matéria alegada pela parte executada), tal argüição se dará por exceção de pré-executividade.

Ainda, não se pode deixar de enfatizar as impugnações realizadas no próprio bojo dos autos de execução, conforme também já visto em momento anterior (item 6.1, supra), onde poderá haver eventual dilação probatória na ação executiva com o intuito de solucionar a controvérsia existente para o normal trâmite do processo executivo.

Por fim, além de tais ressalvas, já desenvolvidas exaustivamente no decorrer deste trabalho, necessário se faz mencionar que em determinadas hipóteses, a cognição nos embargos à execução não será realizada de forma plena, e sim, parcialmente. A cognição nos embargos à execução irá depender do título executivo que a aparelha, sendo que a lei, em alguns casos, regulará de forma taxativa as matérias que poderão ser suscitadas em defesa, pelo executado. A lei, nestes casos, impõe limites que visam dar efetividade ao processo de execução, com a satisfação do exequente mediante um processo mais célere.³²

E é por tal razão que se fez necessário ressaltar novamente, mesmo que de forma menos exaustiva, as hipóteses onde será cabível a apresentação de defesa por meio da denominada exceção de pré-executividade, bem como outras oportunidades em que tal defesa não será admitida, em razão da finalidade do processo de execução, que é a agressão do patrimônio do devedor para a satisfação do crédito do exequente, de forma célere e eficaz.

Por fim, conclui-se que, embora os embargos à execução seja a única forma prevista em lei para servir de defesa do executado, isso não quer dizer que outras formas de defesa, de maior eficiência e resultado em determinadas hipóteses, não venham a ser admitidas.

³² Estas hipóteses em que a lei limita a matéria de defesa que poderá ser argüida pelo executado nos embargos à execução não trás grande importância ao objetivo principal do trabalho. Somente a título de conhecimento, a cognição nos embargos será parcial quando se tratar de título executivo judicial, onde o art. 741, do CPC, regulará as matérias suscetíveis, e no caso de título executivo extrajudicial em matéria cambial, o qual terá matéria de defesa limitada pelo art. 17 da Lei Uniforme de Genebra. Tais medidas visam impedir

10 – CONCLUSÃO

A aplicação do contraditório no Processo de Execução já não mais pode ser ignorada pelos estudiosos do direito pois constitui garantia às partes de um processo justo, possibilitando à estes um tratamento igualitário, trazendo-os segurança, mormente na ação executiva, que possui uma função jurisdicional voltada à agressão do patrimônio do devedor para fins de assegurar o direito do credor no recebimento de seu crédito.

O Processo de Execução é considerado, atualmente, como ação autônoma, seguindo ritos e procedimentos próprios. Já não é mais encarada como simples etapa do processo de conhecimento.

O Princípio do Contraditório sobrepõe-se a qualquer outro princípio de direito processual e é garantido constitucionalmente ao processo de execução, sendo que a Constituição Federal de 1.988, então vigente, não apresenta qualquer discriminação com relação à espécie de ação em qual deve-se observar a aplicação de referido princípio.

Tratar o devedor como mero sujeito passivo da execução, sem os benefícios do contraditório, inutiliza o próprio conceito de processo que visa o real acesso a ordem jurídica justa.

Também, admitindo-se um contraditório transparente e justo no processo de execução, estar-se-á fortalecendo futuras decisões judiciais que venham determinar a prática de eventuais atos executivos.

A ação de execução possui função jurisdicional diferenciada da ação de conhecimento, motivo pelo qual a aplicação do contraditório no processo executivo também mostra-se distinta com relação à ação cognitiva.

No processo de execução não se admite dilação probatória, sendo sua cognição superficial, e não exauriente. Também, o mérito não poderá ser alcançado pelo contraditório na execução. Nestes casos, deverá o devedor manejar ação autônoma para que o contraditório possa ser observado em sua amplitude.

No entanto, em algumas hipóteses onde a não apreciação de eventual controvérsia, pelo magistrado, venha obstruir o normal andamento da execução, poderá admitir-se dilação probatória nos próprios autos, se esta for necessária para a solução do impasse

a rediscussão de fatos já decididos, bem como garantir o cumprimento de obrigações relacionadas a certos negócios jurídicos, mas que deles são totalmente independentes.

apresentado pelas partes. Também, com relação ao mérito, poderá ser ele analisado, igualmente, no próprio bojo dos autos, em determinados casos, se puder ser provado de plano pelo executado, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, a não ser a que estiver instruindo o pedido ou puder ser de pronto requisitada pelo juízo da execução.

Os casos apresentados, onde se procurou demonstrar a incidência do contraditório no processo de execução, não são taxativos, correspondendo apenas aos casos mais comuns onde tal princípio é aplicado de forma mais evidente no processo de execução.

11 - BIBLIOGRAFIA

- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AMARO DE SOUZA, Gelson. **Teoria Geral do Processo de Execução**. Presidente Prudente, SP: Apostila, 1999.
- ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Matos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Sinopse Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTRO, Amilcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. **Execução Civil**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª ed. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KUHN, João Lacê. **O Princípio do Contraditório no Processo de Execução**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de Execução**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco.
- MARTINS, Sandro Gilbert. **A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas**. Coleção Estudo de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, vol. 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil – Princípios Fundamentais**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, vol. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Dez Anos de Pareceres**. vol. IV. Francisco Alves S/A. Rio de Janeiro, 1975.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa Sem Embargos do Executado**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, vol. 21. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed., vol. VII, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das Execuções**. vol. III, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. **Ações Prejudiciais à Execução**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REIS, José Alberto dos. **Processo de Execução**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

TARZIA, Giuseppe. **O Contraditório no Processo de Execução**. Revista de Processo nº 28. ano 7, Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim, 1982.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª ed. vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.