

PROCESSO DE EXECUÇÃO — ALGUNS TEMAS POLÊMICOS (*)

PROF. CALMON DE PASSOS

Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade da Bahia

1 — Já decorridos quase cinco anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, parece-me chegado o momento de mudar o centro de interesse das pesquisas e reflexões dos estudiosos, deslocado ele da tarefa exegética, sem dúvida a prioritária num primeiro momento, para a tentativa de compreensão sistemática e unitária do novo diploma processual, ressaltadas as transformações havidas em relação ao sistema revogado e levadas às suas plenas consequências.

Ao lado disso, parece-me também urgente a análise e avaliação da jurisprudência já produzida com a aplicação do novo Código, bem como das divergências de interpretação de seus dispositivos, tentando-se, pelo acordo da maioria, fixar diretrizes para o comportamento de advogados e julgadores.

Sem dúvida muitos pontos permanecerão polêmicos, irreduzíveis uns e outros, como a experiência nos comprova; que as divergências, entretanto, tendam a minimizar-se, formando-se entendimento majoritário e expressivo, capaz de impor diretiva só excepcionalmente desatendida.

O presente trabalho tem por principal objetivo focalizar alguns desses temas polêmicos, no tocante ao processo executório, oferecendo, no particular, a nossa contribuição.

2 — Na vigência do Código de 1939 já se tornara entendimento pacífico o de que, proposta ação executiva (que se não confundia com a ação executória ou execução de sentença) sendo ela inadmissível, cumpria ao juiz deferir o prosseguimento do feito pelo rito ordinário, apenas denegado o adiantamento da execução pela penhora de bens do devedor.

(*) Conferência pronunciada no Ciclo de Palestras de Direito Processual Civil promovido pelo Departamento de Direito Civil e Processual Civil da UFPr, em Curitiba, no dia 29/9/1978.

A providência, à época, era acertada. A ação executiva era uma ação mista de conhecimento e de execução, que reclamava, por ser ser também processo de conhecimento, um pedido de condenação, exigindo, conseqüentemente, decisão condenatória. (cf. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao CPC. de 1939, Vol. IV ,págs. 259/260).

Pedia-se a citação do réu para pagar a dívida dentro de 24 horas e, não o fazendo, que lhe fossem penhorados bens quantos necessários para segurança do juízo, prosseguindo-se pelo rito ordinário, julgada a final a ação procedente e condenado o réu a pagar o estipulado pelo título, romplementando-se, no mesmo procedimento, a execução, mediante avaliação e venda em hasta pública dos bens penhorados, entregando-se ao autor e credor o produto da hasta pública, até ao montante do valor de seu crédito, custas e honorários de advogado.

Ora, descabida que fosse a ação executiva, cabível era a condenatória e porque o não pagamento da dívida determinava o prosseguimento do feito pelo rito ordinário dos processos de conhecimento, indeferida a constrição judicial nos bens do devedor.

Hoje, tudo se passa diversamente. O Código de 1973 eliminou a ação executiva e previu um único tipo de processo para os títulos com força executória, sejam eles judiciais, sejam eles extra-judiciais, sejam eles sentenciais ou não sentenciais. No processo de execução, em qualquer dos seus ritos, a inicial se limita a pedir a atuação do direito, ou seja, a prática dos atos executórios necessários para satisfação do direito do credor, já considerado certo, líquido e exigível. Assim, nenhum pedido de condenação existe, nem pedido condenatório comporta, hoje, o processo de execução. Destarte, verificando o juiz ser inadmissível o processo de execução na espécie, fica ele impossibilitado de determinar o prosseguimento do feito pelo rito ordinário, porquanto nenhum pedido existe capaz de ser a final atendido, seja de natureza declaratória, seja de natureza constitutiva, seja de natureza condenatória. Conseqüentemente, a prosseguir o feito, o juiz a final, condenando o réu a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, estaria decidindo **extra petita**, porque o único pedido formulado foi o de execução, nenhum existindo de condenação. ,

Invocar-se o art. 295, V ,para legitimar essa conversão é, **data venia**, invocar-se mal, porque ali apenas se permite a transformação quando em jogo o tipo de procedimento proposto pelo autor, não o tipo de processo. E se a conversibilidade é possível entre procedimentos de um mesmo tipo de processo, essa conversibilidade,

quando em jogo tipos de processo, se faz inviável, por força da adstrição do juiz ao pedido formulado pela parte, segundo regra expressa dos arts. 128 e 460 do CPC.

3 — Outro assunto polêmico é o que diz respeito à sobrevivência de ações executivas especiais disciplinadas em legislação anterior à vigência do atual CPC.

Discute-se, por exemplo, se sobrevivem ou não os preceitos de ordem procedimental estabelecidos pelo DL 960/38, relativo à ação de execução fiscal, e as ações executivas previstas pelos Decretos-leis 167/67, 413/69, e Lei 5.741/71, os dois primeiros pertinentes aos títulos de crédito rural e industrial, o último dizendo respeito à execução hipotecária relacionada com o Sistema Financeiro da Habitação.

Ainda quando esses diversos diplomas legais comportem exame em separado, algo há de comum que deve orientar solução buscada para os problemas que suscitam. Daí pretendermos colocar certas proposições iniciais, válidas para todos eles, antes de examiná-los particularmente.

4 — Como já referido antes, o CPC de 1939 colocava, ao lado da ação executória (também chamado de execução de sentença), a ação executiva, que arrolava entre os procedimentos especiais, disciplinando-a como processo misto de conhecimento e de execução.

A ação executória pressupunha, para sua admissibilidade, título judicial, por isso mesmo não comportava nenhum pedido declaratório, constitutivo ou condenatório, sim o pedido único de execução, isto é, de realização de atos satisfativos do direito do autor-exequente. A defesa se processava por meio de embargos, limitados em seu conteúdo, tendo em vista, justamente, a indiscutibilidade do título no processo de execução, dada a imutabilidade do que nele se certificara com força de coisa julgada.

A ação executiva, pelo contrário, era ação em que, ao pedido de execução, isto é, de citação do réu para pagar no prazo de 24 horas quanto devido pelo título extrajudicial, se somava um pedido de condenação ao valor expresso no título, caso o réu oferecesse contestação ou mesmo fosse revel, o que determinava o atendimento, de forma inderrogável, a todos os termos do procedimento ordinário.

Na correta colocação de PONTES DE MIRANDA, (ob. loc. cit.) cuidava-se de processo que se iniciava mediante cognição sumária pelo juiz, do título com eficácia executiva, prosseguia-se com o

adiantamento da execução, mediante penhora de bens do réu, após o que se exauria a cognição, em procedimento ordinário, com o objetivo de emprestar ao título verdadeira eficácia executória, integrando-o com a sentença que lhe reconhecia a validade e a eficácia e condenava o réu a pagar quanto nele se continha; finalmente, integrado o título para possibilitar, de modo pleno, a prática dos atos de execução, validada ficava a penhora realizada na fase cognitiva do processo, como adiantamento da execução, e completavam-se todos os atos propriamente executórios previstos em lei para a execução dos títulos sentenciais.

5 — O primeiro ponto a fixar é o de que, na sistemática do CPC de 1973, inexistiu dualidade de processos executivos, apenas se conhecendo um processo de execução comum tanto aos títulos judiciais (sentenciais) quanto aos títulos extrajudiciais (não sentenciais). Nenhum procedimento misto de execução e de cognição foi previsto pelo Código, irrecusavelmente unificador do tratamento processual de todos os títulos com eficácia executiva, sejam sentencias, sejam não sentencias.

Isso foi exposto, de modo inequívoco, na Exposição de Motivos com que se encaminhou o Projeto Buzaid ao Legislativo.

No seu item 21, está escrito:

“Dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à unidade do processo de execução; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil.

O direito luso-brasileiro conhece dois meios de realizar a função executiva: a) — pela **parata executio**; b) — pela ação executiva. Esta se funda em título extrajudicial; aquela, em sentença condenatória.

Mas, como observou Liebman, diferentes foram os resultados da evolução histórica nos países do continente europeu. O direito costumeiro francês afirmou energicamente a equivalência das sentenças e dos instrumentos públicos (**Lettres obligatoires faites par devant notaire ou passées sous Seel Royal**); e reconheceu a ambos a **execution parée**. Este princípio foi acolhido pelas Ordenações reais e depois pelo Code de Procedure Civile napoleônico de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas. Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado nos Códigos de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas. Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Austria (§ 1.º).

O projeto segue esta orientação, porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie de execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático, são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas".

6 — O argumento é forte. Não pretendemos, entretanto, seja decisivo, no sentido de entender-se inadmissível, em nosso direito, a partir de 1.º de janeiro de 1974, qualquer tipo de ação executiva, somente sendo admissível o processo de execução, ainda quando comportando diversidade de procedimentos.

Somos sabedores das críticas que já CARLOS MAXIMILIANO fazia ao aproveitamento dos materiais legislativos, como os denominava, para fins de interpretação das leis, críticas que sobrevivem e foram fortalecidas. Mas se eles devem ser rejeitados como fonte de interpretação autêntica, não podemos nem devemos rejeitá-los, de modo absoluto, é o que advertia aquele mestre, dizendo-os de "alguma utilidade para a hermenêutica", reprovável apenas seu uso a torto e a direito, em todas as hipóteses imagináveis e para resolver quaisquer dúvidas.

Conclui advertindo quanto às circunstâncias em que esses materiais legislativos seriam proveitoso elemento para interpretação das leis: a) — quando o pensamento diretor, o objetivo central, os princípios que dos mesmos resultam encontrem expressão no texto definitivo; b) — quando resistem ao confronto com os resultados da interpretação sistemática e com os princípios científicos do direito. (Hermenêutica e aplicação do direito, n.ºs 149 e 150).

Justamente quanto se contém na Exposição de Motivos é valioso como instrumento de exegese porque sobrevive à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre o processo de execução, harmoniza-se com os princípios que informam o direito processual civil e, argumento também importante, capeava projeto que, no particular, nenhuma modificação sofreu, em sua tramitação legislativa.

7 — A Lei de introdução ao Código Civil, em seu artigo 2.º, contém normas de superdireito disciplinadoras da aplicação da lei no tempo. Dispõe ele que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare quando seja com ela incompatível ou quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, acrescentando, ainda, que a lei nova não revoga a lei anterior se estabelece disposições a par das já existentes.

Vê-se, portanto, que a revogação da lei anterior pode ser expressa ou tácita. No caso do CPC nenhuma revogação expressa ocorreu, visto como nem mesmo o CPC anterior foi explicitamente revogado pela Lei 5.869/73, que se limitou, em seu art. 1.220, a fixar, como termo inicial de sua vigência, o dia 1.º de janeiro de 1974, revogadas as disposições em contrário.

O uso dessa fórmula genérica não importa em revogação expressa, porque em verdade ela é de uma inutilidade evidente, porquanto, mencionando ou não o legislador a revogação das disposições em contrário, elas estarão necessariamente revogadas, se incompatíveis. Na verdade, dizer-se que ficam revogadas as disposições em contrário é fugir-se de revogação expressa, admitindo-se a revogação tácita, que em última análise é algo a ser precisado em relação a cada lei anterior e no particular das disposições a serem aplicadas, tendo em vista a lei nova, mediante tarefa exclusiva de interpretação dos dispositivos e de sua compatibilidade.

8 — Caracteriza-se a revogação tácita pela incompatibilidade ou contrariedade entre os dispositivos da lei nova e da lei anterior. Quando isso ocorre, prevalece a posterior, porque traduz juízo prescritivo emanado subsequentemente do centro de poder de determinado ordenamento jurídico.

Também há revogação tácita quando a lei nova disciplina exaustivamente a matéria que era objeto da lei velha. Seja da lei como um todo, seja de matéria que era conteúdo parcial da lei anterior.

Diz-se que a lei regula inteiramente a matéria da lei anterior quando, dispondo sobre os mesmos fatos, ou idênticos institutos jurídicos, os abrange em sua complexidade (Sampaio Lopes, Comentários à lei de introdução ao Código Civil, 2.ª ed., vol. I, pg. 56).

Em resumo, parece-nos pacífico afirmar-se que a revogação tácita é a conclusão a que se chega, mediante atividade interpretativa, da incompatibilidade entre norma da lei anterior e norma da lei posterior, que disciplinam os mesmos fatos ou os mesmos institutos jurídicos

9 — Lição sabida a de que o direito processual civil não tem técnica de hermenêutica que lhe seja específica. A ele se aplicam os princípios e os preceitos que disciplinam a tarefa da interpretação jurídica em geral, comportando, portanto, desde a interpretação gramatical até à sistemática.

Se peculiaridades ele não oferece desse ângulo, cumpre, entretanto, salientar que alguns princípios lhe são específicos e marcam-no

de tal forma, que os resultados da atividade exegética reclamam sua adequação a eles, sob pena de se disfuncionalizarem.

O primeiro princípio, é o da instrumentalidade das normas de direito processual, normas de direito a serviço do direito, porque editadas não como fim em si mesmas e para tutela de interesses que no âmbito do direito processual se exauem, sim como instrumento ou meio para tutela de interesses da convivência humana, abrangidos pelo direito material.

Segundo princípio, e quase um corolário do primeiro, é o princípio da tutela mais efetiva, que se pode traduzir como significando que, na dúvida, entre um meio processual propiciador de menor tutela e um que oferece tutela mais pronta ou mais efetiva, sempre se deve inclinar o interprete no sentido de prevalecer o preceito que proporciona tutela mais integral e mais rápida.

Finalmente, um terceiro princípio, o da coerência sistemática das leis processuais como um todo.

O direito material disciplina a convivência social em seus múltiplos aspectos, desde a privacidade dos indivíduos até à sua convivência ampla na sociedade política. Por isso mesmo a coerência é menor entre os vários institutos que o direito material disciplina do que a existente entre os institutos de direito processual, todos eles voltados para um fim único e bem determinado: a prestação da atividade jurisdicional num caso concreto, com vista à prestação da tutela de um interesse assegurado pelo ordenamento jurídico.

O direito processual, disse-o ALFREDO ROCCO com muita precisão, regula um conjunto de relações estreitamente ligadas entre si por um nexo orgânico, enquanto todas constituem manifestações de uma atividade única endereçada a um fim" (apud. JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, Comentários, vol. X, pg. 381, nota 262).

10 — Estabelecidas essas premissas, examinemos os diplomas legislativos que previam ações executivas especiais para determinados títulos e sua compatibilidade com o atual CPC.

Ponto relevante a considerar é o de que, no art. 585, relacionando os títulos executivos extrajudiciais. o Código inclui todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Esses títulos se colocaram, portanto, ao lado de todos os indicados nos incisos de I a VI do art. 585, para os quais a lei previu um tipo de processo único, o processo de execução, afastando, em rela-

ção a eles, a admissibilidade da ação executiva regulada pelo Código revogado.

Assim, tanto a duplicata, a promissória, a letra de câmbio, expressamente arroladas como títulos executivos extrajudiciais no inciso I do art. 585, atendem ao processo e aos procedimentos indicados no Código quanto os demais títulos a que a lei, expressamente, atribuir força executiva.

Destarte, exato será concluir-se por que o Código deu tratamento exaustivo à disciplina do processo e dos procedimentos a serem adotados para execução de todos os títulos executivos extrajudiciais, mesmo quando não expressamente relacionados em qualquer dos seis primeiros incisos do art. 585.

11 — Temos como procedimento correto entender-se que todo e qualquer título a que a lei anterior atribua ação executiva, se título de dívida líquida, certa e exigível, hoje é título executivo que autoriza o processo de execução. Isto porque, o rito executivo tradicional, misto de cognição e execução, foi repellido pelo atual Código e é incompatível com sua sistemática, que atribui à execução de todos os títulos de dívida líquida e certa o processo de execução e define como definitiva a execução dos títulos judiciais, o que se não compadece com o rito executivo tradicional, quando ao autor cumpria sempre obter, se não satisfeito o débito pelo réu, sentença certificadora do seu direito de crédito.

Assim, hoje em dia, só duas situações são possíveis. A lei anterior deferia ao título, excepcionalmente, ação de execução e não ação executiva, e esse título permanece favorecido com o tipo de execução especial que a lei anterior definiu, salvo no que for o rito velho incompatível com a nova sistemática; ou o título apenas se beneficiava com a ação executiva, e este, se permanece título de dívida líquida e certa, está hoje submetido ao rito do processo de execução posto pelo atual CPC, revogados todos os preceitos que lhe disciplinavam o anterior procedimento.

12 — À luz dessas premissas, examinemos, particularmente, cada qual das hipóteses controvertidas.

O Decreto-lei 960, de 17 de dezembro de 1938, dispunha sobre a cobrança judicial da dívida pública, em todo o território nacional e dizia, em seu art. 1.º, que seria feita por **ação executiva**, na forma por ele determinada. E realmente de ação executiva se cuidava, porquanto se exigia do juiz decisão de natureza cognitiva, sobre o que se denominava de mérito da causa (art. 19, IV e art. 23, in fine).

O simples fato de hoje se prever **ação de execução** para todo títulos de dívida líquida e certa, agora, legítimam para a ação de entre os que satisfazem a essa exigência, a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI do CPC de 1973) por si só basta para afastar qualquer dúvida quanto à revogação do DL 960, em tudo quanto diga respeito ao procedimento nele previsto para cobrança judicial da dívida pública em todo o país.

Insistimos numa afirmativa que nos parece tranquila: não mais subsiste, em nosso direito, como procedimento, a ação executiva. Os títulos de dívida líquida e certa, afora, legitimam para a ação de execução, que é coisa bem diversa da ação executiva.

Acresce, ainda, no tocante ao DL 960, que a ação de execução, hoje deferida aos títulos de dívida da Fazenda Pública, oferece proteção bem mais completa e efetiva, pelo que seria, se dúvida pudesse existir, por que se afirmasse a incidência do CPC de 1973, em face do princípio da prevalência da tutela mais efetiva.

Dúvida, entretanto, não cabe na espécie. E isso por força de argumentos muito valiosos que doutrinadores de mérito têm oferecido a respeito. podendo-se salientar, com justiça, o excelente trabalho de JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, no seu volume de comentários ao Código de 1973, edição da Revista Forense, ratificados pelo magistério de HUMBERTO THEODORO JR. (Processo de Execução pg. 137) e RONALDO DA CUNHA CAMPOS (Execução fiscal e embargos do devedor, pg. 2).

Do DL 960 subsistem apenas os dispositivos de caráter não procedimental, como sejam: o art. 1.º, na parte em que define o que seja dívida ativa; o art. 2.º, fixando os requisitos da certidão de dívida ativa; o art. 4.º, regulando a legitimação processual passiva na execução fiscal; o art. 5.º, que veda o juízo arbitral. o art. 60, liberando a Fazenda Pública da obrigação de concorrer nos processos de execução coletiva de devedores insolventes; o parágrafo único do art. 62, que estabelece a preferência do crédito da União sobre os Estados e destes sobre os Municípios, admitindo concurso de preferência somente entre os créditos de uma e outras; finalmente, o art. 61, que dispõe sobre o curso da ação nas férias forenses e seu julgamento com preferência a outra causa cível.

13 — Apreciemos, agora, o DL 167, de 14 de fevereiro de 1967.

Dispõe ele sobre os títulos de crédito rural e cuida dos aspectos processuais que se relacionam com tais títulos, prevendo "**ação executiva**" para cobrança das cédulas de crédito rural (art. 41), da nota promissória rural (art. 42) e da duplicata rural (art. 52'.

E disse bem o DL 617, mencionando ação executiva, porquanto se cuidava de ação em que se exigia sentença (art. 41), ação em tudo igual, quanto ao procedimento, à que se disciplinava nos arts. 299 a 301 do CPC de 1939.

Novidade mesmo só o favor concedido pelo § 1.º do art. 41, relativo à venda antecipada dos bens penhorados, que analisaremos adiante.

O reciocínio anterior, no tocante ao DL 960, vale também aqui. Se a ação **antes** era executiva (ação de conhecimento, com adiantamento da execução e posterior complementação da execução, **quando transitada em julgado** a sentença de conhecimento) não mais subsiste ela no sistema atual. Hoje, para todo título de dívida líquida e certa que **tinha** força executiva e **conserva** essa característica (título de dívida líquida e certa) defere-se ação de execução (ação que dispensa qualquer sentença de conhecimento, partindo da **certeza** conferida por lei ao título, autorizado o juiz a promover, de logo, os atos satisfativos do interesse do credor), propiciadora de tutela bem mais efetiva que a anteriormente dispensada pela ação executiva.

Antes, a inatividade do devedor não elidia a necessidade do processo de conhecimento e a obtenção da sentença que integrasse a eficácia do título executivo. Hoje, isso é dispensado. A inatividade do credor é irrelevante e a execução prossegue, inexoravelmente, com a expropriação de bens e sua transformação em dinheiro, para satisfação do credor.

Apenas se autoriza, agora, ao devedor, instaurar ação incidente (a de embargos do devedor), visando alcançar declaração da nulidade do título ou a decretação de sua invalidade ou o reconhecimento de situação extintiva, modificativa ou impeditiva da pretensão executória do credor exeqüente.

A admitir-se, por absurdo, sobrevivesse ação executiva para a tutela dos títulos de crédito rural, o procedimento a adotar-se seria o do CPC de 1939, não mais em vigor, e inclusive não ressalvado pelo art. 1.218 do atual CPC como tendo permanecido vigente, até sua incorporação em leis especiais.

14 — Esforçam-se muitos, entretanto, para sustentar a sobrevivência da ação executiva para esses títulos apenas com o objetivo de conservar o privilégio processual que o § 1.º do art. 41 do DL 167 deferiu aos credores.

Diz este parágrafo que, penhorados os bens constitutivos da garantia real, assisitará ao credor o direito de promover, a qualquer tem-

po, a venda daqueles bens, podendo, ainda, levantar, desde logo, mediante caução idônea (de que ficam dispensadas as cooperativas rurais e as instituições financeiras públicas, inclusive Banco do Brasil) o produto líquido da venda, à conta do limite de seu crédito, prosseguindo-se na ação.

Acredita-se que, revogados os dispositivos procedimentais do DL 167, revogado estaria também este parágrafo primeiro.

Pensamos diversamente. O art. 670 do CPC autoriza a venda antecipada dos bens penhorados, quando sujeitos a deterioração ou repreciação ou quando for manifesta a vantagem dessa alienação. Logo, a venda antecipada não é novidade nem providência incompatível com o sistema vigente. A manifesta vantagem, na espécie, avaliou-a o legislador a priori e de modo absoluto, porquanto a estabeleceu tendo em vista a finalidade social a que se destina o dinheiro posto para financiamento de atividades rurais. Com vista a isso deferiu não só a venda antecipada como o levantamento antecipado, mediante caução.

Também isso não é novidade. No processo de conhecimento e no processo cautelar, excepcionalmente, autoriza-se o adiantamento da execução, deferindo-se, provisoriamente, ao autor, o que só a final lhe poderia ser reconhecido. Assim, na ação de reintegração de posse, defere-se, liminarmente, a reintegração que se faz objeto do pedido e deveria, normalmente, só após decisão firme ser concedida. O mesmo se verifica na nunciação de obra nova, nos mandados de segurança, em sequestros, arrestos etc. No caso em exame, o que fez o legislador foi, com vista ao tipo de título executivo e em consideração a credor com garantia real (o benefício não alcança o credor por nota promissória rural ou por duplicata rural) e à finalidade do financiamento, **antecipar** a prestação final executória.

Nos casos comuns, antecipa-se a venda do bem penhorado mas não se antecipa o levantamento do produto. Aqui, ambas as coisas são feitas: antecipa-se a venda e antecipa-se o levantamento do produto, como se faz com o deferimento antecipado, e provisório, da tutela final, mediante a concessão de liminar, no processo de conhecimento e no cautelar.

O dispositivo, por conseguinte, pode perfeitamente subsistir a par dos dispositivos do CPC, porque não incompatível com o sistema por ele adotado nem incompatível com o rito previsto para a ação de execução. Cuidando-se de norma especial e diria até que específica do título de crédito a que se relaciona, o lugar de sua previsão era a lei especial e não a lei geral, que é, na espécie, o CPC.

A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

15 — O DL 413, de 9 de janeiro de 1969, dispõe sobre os títulos de crédito industrial e, no seu art. 41, disciplina, com minúcias, o procedimento judicial para cobrança desses títulos.

Inicia-se com a citação do devedor para pagar a dívida no prazo de 24 horas, sob pena de penhora dos bens constitutivos da garantia. Feita a penhora, tem o réu o prazo de 48 horas para impugnar o pedido. Findo esse prazo, impugnado ou não o pedido, o juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de prova. Finda a instrução, proferirá sentença na ação de cobrança (a expressão está literalmente no DL 413, art. 41, 7.º) no prazo de 30 dias, a contar da efetivação da penhora.

Que ação deferiu o DL ao credor por título de crédito industrial? Ação mista de conhecimento e de execução, acima de qualquer, dúvida, ação executiva, portanto, ainda que de rito especial. E se a ação executiva é um tipo de procedimento hoje inadmissível em nosso direito, porque desconhecido pelo sistema instaurado a partir de 1.º de janeiro de 1974, não pode subsistir, por incompatível, o rito disciplinado pelo DL 413.

Título de dívida líquida e certa, a cédula de crédito industrial terá, hoje, pretensão à execução, cujo procedimento está exaustivamente disciplinar pelo CPC. No particular, portanto, revogado o art. 41 do DL 413.

Revogado, inclusive, porque a tutela hoje oferecida pelo CPC é bem mais efetiva. Dispensa ela qualquer instrução, se omisso o devedor. Dispensa sentença e é execução definitiva. mesmo quando embargada, podendo cumprir-se até final se rejeitados forem os embargos do devedor.

16 — Analisemos, por último, a Lei 5.741, de 1.º de dezembro de 1971, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação.

Para cobrança de crédito hipotecário vinculado ao sistema Financeiro da Habitação prevê duas formas de execução: a do Decreto-lei 70 (extrajudicial) e a que nela é instituída, justamente posta em virtude das dúvidas surgidas quanto à constitucionalidade do mencionado decreto-lei.

Qual o procedimento instituído pela Lei 5.741? O devedor é citado para pagar no prazo de 24 horas, ou depositar em juízo o valor

do crédito reclamado. Se não paga, o bem hipotecado é constrito, ficando em poder do exeqüente ou de quem ele indicar. Ao executado, seguro o juízo, faculta-se, no prazo de 10 dias, oferecer embargos, recebidos com efeito suspensivo nos casos enunciados no art. 5.º da lei. Rejeitados os embargos, prossegue a execução nos moldes previstos no mencionado diploma legal.

Observa-se, portanto, que, já em 1971, se deferia na espécie, não uma ação executiva (mista de conhecimento e de execução) sim verdadeira ação de execução, por conseguinte, compatível com o sistema hoje vigente, pelo que subsiste o rito especial desta execução, inatingida que foi pelos preceitos de caráter geral postos pelo CPC de 1973. E o que é mais: a Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que adaptou ao CPC várias leis especiais, cuidou especificamente da Lei 5.741, alterando a redação do parágrafo único do art. 5.º, relacionando-o com o art. 741 do vigente CPC, o que, por si só, deixaria imune de dúvida a vigência da lei especial.

Esta adaptação, contudo, e isso é muito expressivo, dela não cuidou o legislador nem quanto ao DL 960, nem, por igual, no pertinente aos decretos-leis 167 e 413. O que também opera como adinuculo em favor da revogação dos preceitos procedimentais desses diplomas legais.

17 — Sabido, hoje, que na sistemática vigente, em termos de execução, paridade há entre os títulos sentenciais e os títulos não sentenciais. Ambos encerram presunção de certeza do direito. Ou absoluta, no caso de sentença, ou relativa, no caso de títulos extrajudiciais.

A existência do direito certificado por sentença não admite discussão. Opera plenamente, apenas se podendo pleitear impedir sua eficácia, mediante a propositura de ação incidente de conhecimento, — os embargos do devedor — na qual se pretenda provar a inexistência do título executivo, ou sua invalidade, ou sua ineficácia. Já na hipótese de título extra-judicial, operando ele plenamente, como a sentença, em termos de legitimar o credor para a execução, é mais vulnerável, porque contra ele pode o devedor ajuizar a ação incidente de embargos com eficácia mais ampla, visto como, nestes embargos, se admite, inclusive, discutir a existência ou inexistência da própria relação jurídica representada pelo título executivo.

Numa ou noutra hipótese, entretanto, impõe-se distinguir as duas relações jurídicas e os dois processos. O processo de execução, em que, a partir da certeza emprestada pelo legislador ao título executivo, causa de pedir da demanda, o autor quer, não uma sentença

que lhe torne certo o direito, mas a atuação do seu direito certo, e a ação de conhecimento, declaratória ou constitutiva, dos embargos do devedor, pela qual o executado pretende obter sentença que opere como obstáculo ao prosseguimento do processo de execução.

Em boa hora e com boa técnica, inclusive, o CPC determina a atuação, em apenso, da inicial dos embargos, correndo eles como processo conexo, mas formalmente autonomo, em relação ao processo de execução (art. 736).

Da existência desses dois processos, dessas duas relações jurídicas, desses dois pedidos muitas conseqüência devem ser retiradas e, infelizmente, assim me parece, não têm elas sido postas em relevo.

18 — A primeira e diria mesmo que fundamental, porquanto todas as outras dela decorrem, é a de que nem todas as defesas oponíveis pelo executado reclamam a propositura da ação incidente de embargos do devedor.

A ação de execução e o processo de execução, como todo processo e como toda ação reclamam, para sua admissibilidade e regular desenvolvimento, sejam atendidos requisitos vários, alguns pertinentes aos sujeitos da lide e da relação processual, outros relativos ao seu objeto e, por último, alguns dizendo respeito à própria regularidade do procedimento.

Ao juiz cumpre, como presidente do feito e responsável pela inspeção desses requisitos e pressupostos, que lhe asseguram e impõem o exame do mérito, examiná-los de ofício, dispensada a provocação das partes nessas circunstâncias, ainda quando a elas se defira, tamb-m, a tarefa fiscalizadora.

Nação de execução e em seu processo cumpre sejam atendidos os pressupostos processuais e também se exige, para que a execução prospere, estejam presentes as denominadas condições da ação. Conseqüentemente, onde irregularidades existirem, no tocante esses aspectos, mesmo quando embargos inexistam, cumpre ao juiz fazer cessar o processo de execução, sem que se tenha chegado à sentença final que a encerra, após a entrega do produto ao exequente, ou da coisa devida, ou de realizada a prestação do fato a que estava obrigado o executado.

PONTES DE MIRANDA, com sua magnífica lucidez, já advertira que um dos meios de defesa atendíveis na execução é o da objeção. Entre o despacho deferindo o pedido, escreve ele, e a execução do mandado o executado pode objetar ao deferimento, em comunicação de vontade em que haja comunicação de conhecimento que

seria suficiente para revogação do despacho pelo juiz. Onde o juiz teria razão para revogar pode o executado objetar. Essa defesa (não embargos) leva a decisão declarativa ou constitutiva negativa; ou declarativa da justiça do deferimento (confirmativa) ou constitutiva negativa (destrutiva do despacho). (Comentários, vol. XI, pg. 58).

19 — Onde o juiz teria razão para revogar. pode o executado objetar. A lição nos parece de acerto incontestável. Subsiste, contudo, a desafiar a reflexão dos estudiosos, a indagação: e até quando pode o juiz revogar, de ofício, o deferimento da execução e que fundamentos autorizam essa iniciativa do magistrado?

A inépcia da inicial, por exemplo, em virtude da impossibilidade jurídica do pedido, reclama embargos para ser reconhecida pelo magistrado? A manifesta ilegitimidade da parte? A irrecusável impenhorabilidade do bem? A evidente prova do pagamento? A incompetência absoluta do juízo? A comprovada incapacidade processual de uma das partes? A iliquidez e a inexibibilidade do título?

Não nos propomos, aqui, enfrentar todos esses desafios. Colocamo-los para posterior reflexão nossa e dos doutos.

Parece-nos, entretanto, ser possível, de logo, recolher um resultado prático da distinção que vem de ser feita entre o processo de execução propriamente dito e o processo de conhecimento conexo, o da ação dos embargos do devedor.

Referimo-nos ao problema da arguição de incompetência, suspeição ou impedimento oferecida ao juiz da execução. Para nós, não pode nem deve ser objeto dos embargos. Cuida-se de pressuposto processual da execução, pertinente ao processo de execução propriamente dito, e nele deve ser objeto de solução, não na ação de embargos.

Assim, em petição à parte, como reclamado pelos arts. 307 e 312, aplicáveis à execução nos termos do art. 598, o interessado arguirá o juiz de incompetente ou incompatível, operando-se, em razão disso, a suspensão do procedimento não só da execução, como da própria ação de embargos do devedor. se já ajuizada.

É o que nos parece mais consentâneo.

20 — Os problemas que a execução enseja são inúmeros. Sobre eles poderiam ser escritos alguns volumes. Impossível, portanto, abordá-los nos estreitos limites de uma conferência. Queremos, contudo, antes de encerrar esta nossa dissertação, abordar dois dentre eles que me parecem merecedores de cuidado, por motivo de já haverem ensejado jurisprudência oriunda de órgãos prestigiosos, jurisprudên-

cia esta, entretanto, e com a devida venia, pouco merecedora de aplauso e de apoio.

Inicialmente, desejamos colocar o problema da revelia no processo de execução. Tribunais têm entendido sua admissibilidade e, o que é mais importante, quando se cuida de citação edital ou com hora certa do executado omissa quanto a seu comparecimento em juízo, determinam eles a nomeação de curador à lide, que entendem legitimado para oferecer embargos à execução, como substituto processual ou representante **ex legis** executado revel.

Gostaríamos, em primeiro lugar, de advertir para uma diferença essencial entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Naquele, porque a lide assenta na incerteza reinante quanto ao direito, cumpre ao juiz conhecer dos fatos que a configuram e dar-lhes definição segundo o direito. Conseqüentemente, pode-se falar num ônus ou até mesmo num dever de comparecimento, bem como se retirar conseqüências do não comparecimento, inclusive conseqüências de ordem fática, a exemplo do que faz o art. 319 do nosso Código de Processo Civil. Na verdade, a colaboração das partes na elucidação da verdade dos fatos é serviço devido à justiça, conseqüentemente, interesse público.

No processo de execução diversamente ocorre. Os fatos não são controvertidos. Nem se pede ao juiz definição jurídica para uma situação litigiosa. Há um direito certo, por conseguinte, um dever de prestar também certo. De sorte que, no processo de execução, cuida-se de inadimplemento, não de certificação do direito. Assim, o réu - cientificado para pagar, para efetivar o adimplemento a que está obrigado, nenhum ônus ou dever processual lhe podendo ser atribuído, sim um dever ou obrigação de natureza substancial. Comparecer, para ele, é pagar. Não comparecer é permanecer inadimplente.

Conseqüência única a retirar do não comparecimento do executado em juízo é o prosseguimento da execução, efetivando-se atos constitutivos sobre o patrimônio do executado. Ora, essas conseqüências ocorrem, inclusive, mesmo quando comparece, porquanto seu comparecimento não elide o prosseguimento da execução.

Para lograr impedir ocorra esse inexorável desdobramento dos atos executórios, deve o demandado exercer o seu direito de ajuizar ação de impugnação, que são os embargos do devedor, com o objetivo de obter sentença declaratória ou constitutiva da invalidade do título executório ou decretatório de sua ineficácia, temporária ou definitiva.

Destarte, à revelia, na execução, é inaplicável o art. 319 do

CPC. Também é inaplicável o art. 322, porque no processo de execução inexistem prazos que reclamem, como termo **a quo**, a intimação do executado.

Pense-se, por exemplo, numa execução por quantia certa. Se o executado não paga, são penhorados bens. A revelia só se consumaria na hipótese de inexistirem embargos. Ora, decorrido o prazo de embargos sem seu oferecimento, de ofício, manda o juiz se proceda à avaliação e sobre ela não precisam ser ouvidas as partes, nem há prazo previsto para isso. Depois da avaliação vem a hasta pública. Para ela será intimado o devedor, mesmo que revel tenha sido, porquanto não cuida de prazo, mas de ciência de ato da execução, que escapa à regra do art. 322. Arrematado o bem, nenhuma intimação se exige. Nem há outra qualquer comunicação de atos posteriores, até ao levantamento do produto e encerramento da execução, mediante sentença.

De tudo que dissemos, se exato, decorre a evidente incompatibilidade entre quanto estatui o Código sobre a revelia, no processo de execução, e o processo executório.

21. — Vejamos, agora, a hipótese de citação por edital, permanecendo o réu ausente do processo executório.

No processo de conhecimento, a citação convoca o réu para que se defenda, contrariando os fatos aduzidos pelo autor, ou impugnando as consequências jurídicas por ele pretendidas. Assim, ao curador especial se defere, em lugar do réu, proceder como ele procederia, dispensado, inclusive, do ônus da impugnação específica referido no art. 302 do CPC, pelo que lhe será lícito contestar por negação geral, impondo ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e da obrigação do réu revel.

No processo de execução, cita-se o réu para que pague. Dele não se espera defesa, sim adimplemento. Revel, quando citado por edital, que função seria deferida ao curador nomeado? Papar? Impossível. Defender o réu? Só muito inadequadamente se equipará a propositura da ação de embargos ao oferecimento de contestação. Os embargos, como visto, e pacificamente reconhecido, constituem ação incidente de conhecimento, a ser proposta pelo executado, se em condições de obstar a produção dos efeitos específicos do título executivo em que se fundamenta a demanda executória. E embargos reclamam, para sua formulação, fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão do credor-exequente, precisamente determinados, sendo de todo inviável a sua propositura com fatos indiscriminados.

Esse pormenor foi muito bem posto em conclusão retirada, por um grupo de trabalho, no IV Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a direção do mestre eminente que é Arruda Alvim, referida no livro de Rita Ganesini sobre a revelia no processo civil brasileiro (pgs. 138/9).

Descartados os embargos, nada mais resta, porquanto acompanhar os atos executórios e fiscalizar-lhes a regularidade é tarefa que ao próprio juiz incumbe, de ofício. Consequentemente, necessidade do curador só existirá como cautela contra o conluio do magistrado com o exequente, ou como modo de suprir a desídia deste último. No primeiro caso ela, é desautorizada, porque pressuporia o que não pode ser pressuposto. E no segundo, seria ingênua, porque a experiência mostra que os curadores curam bem pouco do que foi posto aos seus cuidados, normalmente, não podendo ser vistos como modelos de diligência e zelo, em contraposição à negligência e inciência dos magistrados.

22 — Para concluir, examinemos a admisibilidade do chamamento ao processo na execução.

Entre as modalidades de intervenção de terceiro, o CPC de 1973 incluiu — novidade em nosso direito — o instituto do chamamento ao processo. Admite-o o art. 77 como tipo de intervenção forçada, de iniciativa do devedor acionado, com o objetivo de trazer ao processo os demais co-obrigados que o credor não pos inicialmente como réus na demanda, a fim de que integrem a relação processual, assegurando-se que satisfazer a dívida executar os demais co-obrigados, valendo como título a sentença que lhes declarar a responsabilidade.

Celso Neves coolca-se entre os que defendem a possibilidade do chamamento ao processo na execução, podendo-se dizer que este mestre paulista é o mais prestigioso integrante dessa corrente e, por certo, influenciou, de modo decisivo, a tendência jurisprudencial, que, embora minoritária, já alcançou, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.

Para ele, o nosso dispositivo (art. 77) tem origem no art. 330 do atual Código de Processo Civil português, reiteração da regra do art. 335, da sua redação de 1939. Nessas condições,, o entendimento que a doutrina e a jurisprudência portuguesa deram a **esses textos da sua lei procesual** tem inteira aplicação à disciplina do Código de Processo Civil brasileiro de 1973. (Comentários, 2.^a ed., vol. VII, pg. 34).

Em questão formulada para ao Simpósio de Processo Civil realizado em Curitiba, no ano de 1975, usando fundamentos que posteriormente reproduziu na segunda edição de seus Comentários, Celso Neves invoca Lopes Cardoso e, até certo ponto, José Alberto dos Reis, asseverando que eles nunca afirmaram, expressamente, descaber o chamamento ao processo (que em Portugal se denomina de chamamento à demanda) na execução, limitando-se a polemizar sobre sua admissibilidade na hipótese do art. 330, d, que cuida do chamamento do conjuge para fazê-lo também corresponsável na demanda.

23 — Com a devida venia do mestre paulista, os argumentos provam pouco.

Em primeiro lugar, não nos parece revestido de muito poder de convicção afirmar-se que o transplante de um dispositivo, de um sistema jurídico para outro, se opere sem reflexo às vezes substanciais. O que a letra da lei inspira, em função de princípios e institutos que vigem num determinado ordenamento, em outro ordenamento, no qual as coisas estejam dispostas de modo diverso, pode conduzir a resultados bem diversos.

É coisa sabida que a execução, em Portugal, foi marcada pelo sentido de favorecer a participação, ao máximo, no processo originariamente singular, de credores e devedores.

Referindo-se ao Código de 1939, Eurico Lopes Cardoso qualificou o processo por ele estabelecido para a execução de sentenças e títulos de igual valor como francamente mau: "Mau por complicado, caro e moroso; mau porque relegava para secundário senão último lugar, o que havia de ser objeto primordial da ação executiva, pelo próprio definido como sendo o de "dar realização efetiva ao direito declarado".

A ação executiva, concluia ele, era "principalmente uma coligação de credores e uma liquidação mais em benefício dos convocados que um proveito do exequente". (A reforma do processo de execução, em *Scientia jurídica*, tomo XII, n.º 64, pg. 482).

Esse sentido "concursal" da execução portuguesa bem poderia favorecer o entendimento de ser extensível, ao processo executivo, o instituto do chamamento à demanda. Tanto que, na reforma legislativa de 1961, incluiu-se um n. 2 ao art. 330, no qual se autoriza, expressamente, o fiador que não goza do benefício de excussão, a chamar à demanda, no processo de execução, o devedor afiançado. Previa-se, também, o chamamento à demanda do afiançado, pelo

fiador nas condições indicadas, se queria nomear a penhora bens do afiançado, como lhe assegurava o art. 833 do Código Civil de 1867, o que foi abolido pelo Decreto n.º 47.690, por não ter mantido o novo Código Civil aquele direito do fiador. (cf. Eurico Lopes Cardoso, Código de Processo Civil anotado, pg. 187).

Cuida-se, portanto, de expressa admissibilidade, por lei, do chamamento na execução, por motivo de benefício especialmente deferido ao fiador.

Não é só. Em 1970, o professor Anselmo de Castro publicou seu livro sobre "A ação executiva singular, comum e especial" (Coimbra Editora Ltda) e em nenhum momento de sua obra cuida do chamamento à demanda no processo de execução, salvo ao analisar a hipótese em que o conjuge, executado por título extrajudicial, chama ao processo, nos embargos, o outro conjuge, referindo, para dela discordar, a opinião favorável de José Alberto dos Reis.

Como adverte Arruda Alvim — autor de argumentos valiosos no sentido da tese que esposamos — o direito português, quando muito, teria estendido a regra do chamamento à demanda, no processo de execução, exclusivamente para a hipótese do fiador que, não gozando do benefício de excussão, pretendesse exercitar o direito que lhe confere o art. 828, n. 2 do CPC português (fazer sustar a execução nos seus próprios bens, indicando bens do devedor principal que haja sido posteriormente adquiridos ou que não eram conhecidos), sem similar no direito brasileiro e, inclusive, desnecessário, porque já dispomos, no bojo da execução, de um dispositivo que especificamente prevê a hipótese, o art. 595, parágrafo único, do nosso CPC (cf. Comentários, vol. III, pg. 333).

24 — A invocação do exemplo português, portanto, é frágil para permitir que, violentando-se a letra da lei e afrontando-se a sistemática do processo de execução, se permita que o chamamento de um terceiro, nos embargos (ação de conhecimento, incidente, na qual o executado é autor) faça este terceiro réu na ação executiva propriamente dita, a ponto de ensejar penhora em seus bens, ou leve o embargante a obter sentença que declare a responsabilidade do co-obrigado e valha como título executivo constituído em favor do que satisfizer a dívida.

Transforma-se, desse modo, o processo de execução em processo de conhecimento, soma-se à demanda executiva a demanda entre os co-obrigados e se dá aos embargos um sentido que de nenhum modo se lhe pode atribuir, se respeitado for o tratamento para ele posto pelo Código de Processo Civil de 1973.