

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

MARCOS AFONSO BORGES

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Fontes históricas.* 3. *A orientação do legislador de 1939.* 4. *A orientação do legislador de 1973.* 5. *A execução em face da Lei n. 6.830, de 22/09/80 (Execução Fiscal).* 6. *A situação atual.* 7. *Princípios informativos ou fundamentais da execução.* 8. *A execução por quantia certa contra devedor solvente e as alterações advindas da Lei n. 10.444, de 07/05/02.* 9. *Conclusão.*

1. Sem embargo da assertiva feita pelo saudoso Professor Enrico Tullio Liebman no Prefácio de seu livro *Processo de Execução*, publicado em 1946, de que “entre as várias partes da teoria do processo, a que mais tardou a beneficiar-se dos novos métodos e do novo espírito de pesquisa foi a execução”¹, a processualística brasileira vem, de há muito, desenvolvendo estudos de ordem doutrinária e apresentado propostas normativas acerca deste processo.

Como o tema em destaque e muito amplo, procuraremos, na medida do possível, focar alguns aspectos que, no nosso entender, têm importância para a boa compreensão do assunto, partindo das fontes históricas.

2. Os sistemas processuais romanos devem ser analisados, em sua evolução histórica, em três fases sucessivas que acompanham o desenvolvimento de Roma durante os três períodos da denominada História Externa, quais sejam: a) *legis actiones* (ações da lei), que vigorou desde a fundação de Roma até o fim da República; b) *per formulas* (processo formulário), com vigência no Império durante o Principado e c) *cognitio extraordinaria* (processo extraordinário) vigente no Império durante o Dominato.

Segundo Gaio, as ações da lei eram em número de cinco: 1^a) sacramentum (legis actio per sacramentum); 2^a) iudicis postulatio (legis actio iudicis postulatio); 3^a) condictio (legis actio per condicionem); 4^a) manus iniectio (legis actio per manus iniectioem); e 5^a) pignoris capio (legis actio per pignoris capionem).

As três primeiras, segundo alguns romanistas, tinham o caráter declarativo. No entanto elas, na realidade, possuíam a natureza de ação de conhecimento.

As duas últimas ações eram executivas. Na primeira (per manus iniectioem) o credor simplesmente apreendia o devedor e o levava preso à sua residência, podendo encarcerá-lo, vendê-lo, e matá-lo sem interferência do magistrado. Não era permitido ao demandado reagir. Em uma fase mais adiantada, o credor apreendia o devedor e, ao invés de conduzi-lo para a prisão privada, levava-o perante o magistrado frente ao qual pronunciava as palavras sacramentais previstas e o devedor, com o consentimento do magistrado, era-lhe entregue.

Na segunda (pignoris capio), que se destinava a apreensão de bens, o procedimento verificava-se fora do tribunal e o credor agia por conta própria, obrigando-se a pronunciar somente as palavras solenes, as quais Gaio não informa quais eram, diante de três testemunhas. A apreensão podia ser feita com ou sem a presença do devedor, e sem cominação alguma. Podia ocorrer tanto nos dias "fastus" (dias de audiências, dias não feriados), como nos "nefastos" (dias em que não se realizavam audiências, dias feriados).

Alguns romanistas negam à "pignoris capio" a natureza de ação, pois, como visto, ela processava-se fora do tribunal e pois, das vistas do magistrado.

Assim sendo, ao que tudo indica, neste período das ações da lei, somente possui cunho executivo a "manus iniectio".

Ao lado destas cinco ações, cuidam os doutos acerca do assunto, da denominada "actio iudicati", que constituía em uma nova ação que tinha por fito a execução da sentença condenatória de pagamento em dinheiro. Possuía, como característica principal, a necessidade da sentença nela proferida, para ser executada, de uma nova "actio iudicati" e assim sucessivamente.

Os autores que tivemos oportunidade de consultar, tratam desta ação somente no sistema formular, que substituiu o das ações da lei, aceitando uns a sua analogia com a "actio manus iniectio"³. Asseveram outros, também, que tanto a "actio manus iniectio" como a "actio pignoris capio" subsistiram, embora com menos intensidade, no período formular⁴.

O certo é que nesta época a sentença não tinha eficácia executiva, pois a ação que se intentava para obter o seu cumprimento (actio iudicati) somente

fazia surgir uma nova obrigação, a denominada “obligatio iudicati”, que substituía a obrigação originária⁵ e importava, destarte, na reabertura da contenda judicial, com discussões e a possibilidade de novas e sucessivas execuções⁶.

Em assim sendo, no processo romano tanto no período “per formulas”, como na da “extraordinaria cognitio”, a execução se começa com a “actio iudicati”⁷.

Entre os bárbaros, a execução tinha natureza eminentemente individualista, na qual prevaleciam a palavra e vontade do credor, que agira de forma privada.

Com a invasão dos germânicos passaram, então, a existir dois sistemas: o romano que protegia o devedor, e o bárbaro ou germânico que privilegiava o credor⁸.

Dada as necessidades das atividades negociais na Idade Média, e de se conciliar as duas correntes antagônicas, na Itália Martino Di Farro concebeu a execução denominada “per officium iudicis”, por meio da qual não é necessário, após obtida a sentença condenatória que o credor proponha uma nova ação para obter a execução, bastando que ele formule ao juiz uma petição para que este desenvolva atividade executiva, visto que é seu dever praticar atos para tal.

“Giovanni Fasolo aceitou a doutrina de Martino Di Fano, mas, observando que as fontes romanas falavam da “actio iudicati”, assentou que ao credor se ofereciam dois meios ou duas vias para conseguir a execução: a) uma sumária, a “imploratio officium iudicis”; b) outra ordinária, a “actio iudicati”. A via sumária, por isso que dispensava as demoras e complicações de um novo processo de declaração, devia tornar-se o meio usual e comum; a “actio iudicati” só se empregava em casos excepcionais, como no de pedirem juros vencidos depois da sentença, no de ser ilíquida a condenação, no de a execução correr em tribunal diferente daquele que sentenciara”.

“A possibilidade de obter a execução por ofício do juiz, sem necessidade de um novo juízo de conhecimento, foi designada pelos doutores mediante a fórmula “sententia habet paratam executionem”.

“Assim surge o conceito da execução aparelhada (executio parata) que da sentença estende-se a alguma categorias de instrumentos, por se considerar integrada neles a confissão do devedor e se entendeu que era indiferente que a confissão fosse feita perante o juiz ou perante o notário”⁹.

Portanto, os instrumentos lavrados pelo tabelião — iudex chatularis — (instrumenta guarentigiata ou confessionata), foram equiparados à confissão do devedor e passaram “a ter mesmos efeitos do que prestado em juízo, porque

equivaliam, por ficção legal, à própria sentença e, conseqüentemente, ensejavam, por igual, execução”¹⁰.

A execução, desta forma, para ter início necessita de “um título executivo, um título que goze da eficácia da execução aparelhada (executio parata). Este título pode ser ou uma sentença de condenação ou um instrumento lavrado pelo notário, no qual se considera incorporada a confissão do devedor”¹¹.

Em Portugal, “os praxistas construíram sobre os textos das Ordenações a doutrina de que a execução das sentenças podia obter-se por um de dois modos: a) pelo ofício do juiz; b) pela “actio iudicati”. O primeiro processo era o estabelecido no título 86 do livro 3º das Ordenações; o segundo o regulado no título 25 do mesmo livro, conhecido por assinação de dez dias”.

“Como quer que fosse, uma coisa deve ter-se como certa: que o processo da “actio iudicati” era um meio excepcional de se executar a sentença. O meio normal e comum era o de ofício do juiz, regulado no tít. 86 do liv. 3º da Ordenação”¹².

No Brasil, durante o período em que foi colônia de Portugal, e no Império vigoraram as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas, Código Sebastião e Filipinas).

A primeira lei processual brasileira, o Regulamento 737 de 1850 (elogiado por uns e criticado por outros) previa as seguintes vias executivas: “a) a assinação de dez dias de origem tipicamente lusitana, consoante o seu artigo 246, deste teor: ‘consiste esta ação de assinação judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentre deles alegar e provar os embargos que tiver’”. Cabia para a cobrança, dentre outros títulos: contratos comerciais, letras de câmbio, notas promissórias etc.; b) ação executiva, cabia para determinados créditos não assegurados pela ação de assinação de dez dias, como fretes de navios, despesas de transporte por água e por terra; c) execução de sentença, procedia-se nos moldes do instituto medieval ‘*pef officium iudicis*’. O título era, evidentemente, apenas a sentença”¹³.

A Constituição Republicana de 1891, em face justamente do regime adotado, delegou aos Estados-Membros a competência para legislar sobre processo civil (art. 65, par. 2º). Nem todos os Estados se utilizaram do permissivo constitucional, continuado a aplicar o Regulamento 737, de 1850¹⁴.

Dentre as codificações civis dadas a lume, obtiveram real destaque as abaixo relacionadas e nas quais foram disciplinados os seguintes meios de execução: Rio Grande do Sul, execução de sentença e ação executiva; Bahia, ação de assinação de dez dias, ação executiva e execução de sentença; Minas Gerais, ação executiva e execução de sentença; e São Paulo, ação decendiária, ação executiva e execução de sentença¹⁵.

Esta situação perdurou até o advento da Constituição Federal de 16 de julho de 1934 que, em seu artigo 5º, inciso XIX, letra a, retirou dos Estados integrantes da Federação a competência para legislar sobre processo civil.

Com o intuito de elaborar um Código de Processo Civil unitário, o Governo nomeou uma comissão de juristas composta por Artur Ribeiro, Carvalho Mourão e Levy Carneiro. Quando estava pronto o trabalho veio o golpe estadonovista.

Tendo a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937 mantido a unidade processual (art, 16. XVI), o então ministro Francisco Campos constituiu uma comissão para elaborar novo ante-projeto, comissão essa integrada por Edgar Costa, Goulard de Oliveira, Alves Mendes Pimentel, Múcio Contintentino e Pedro Batista Martins.

Dada a divergência verificada entre os membros da comissão, Pedro Batista Martins, com a ajuda de Guilherme Estelita, apresentou ao Governo o seu ante-projeto, que foi promulgado por meio do Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

3. O Código de Processo Civil de 1939, no que pertine a execução, disciplinou nos artigos 298 a 301 a ação executiva, como integrante do Livro VI — Dos Processos Especiais, e nos artigos 882 a 1.030, do Livro VIII — Da Execução, a execução de sentença, denominada por Liebman de ação executória.

Com relação à primeira, que tinha por suporte os documentos a que a lei dava força executiva, ela iniciava com a citação para que o réu efetuasse o pagamento dentro de vinte e quatro (24) horas, sob pena de penhora. Feita a penhora tinha o sujeito passivo o prazo de dez (10) dias para contestar a ação que prosseguia com o rito ordinário (despacho saneador e audiência de instrução e julgamento).

Referentemente à segunda, regulava as execuções por quantia certa (arts. 918 a 991), por coisa certa ou em espécie (arts. 992 a 997) e das obrigações de fazer e não fazer (arts. 998 a 1.007). E a execução por quantia certa principiava com a citação do devedor para em vinte e quatro (24) horas, contados da citação, pagar ou nomear bens à penhora, sob pena de serem penhorados os que se lhe encontrassem. Feita a penhora o executado era intimado para embargá-la no prazo de cinco (5) dias. Oferecidos os embargos, os autos eram conclusos ao juiz, para designar audiência de instrução e julgamento.

Dúvida surgiu na época com referência a qual o procedimento a ser adotado no caso da ação executiva não contestada: se dever-se-ia adotar o

procedimento ordinário ou o rito da execução de sentença (ação executória). Prevaleceu a primeira solução.

Quando o diploma instrumental de 1939 entrou em vigor, a execução fiscal, (objetiva a cobrança de dívidas para com as Fazendas da União dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal) já estava disciplinada pelo Decreto-Lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938 (este Decreto-Lei foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n. 474, de 19 de fevereiro de 1969) e a ação tinha início com a citação do réu para que efetuasse o pagamento incontinente da importância do débito constante da certidão da dívida, sob pena de, não o fazendo, proceder-se à penhora. Efetuada a constrição, o réu poderia deduzir sua defesa, por meio de embargos, no lapso de tempo de dez (10) dias, contados da data da penhora. Com a defesa os autos iam conclusos ao juiz, o qual ordenando o processo, proferia despacho designando, para um dos dez (10) dias imediatos, hora para a audiência de instrução e julgamento. Releva notar, que nesta execução o julgador poderia conhecer do mérito, sem instrução, no caso de revelia do réu ou de defesa apresentada a destempo.

Assim, sob a égide do Código de 39 vigoraram três ações de execução com procedimentos diversos.

4. Tendo em vista a existência de uma série enorme de leis extravagantes que modificaram o diploma instrumental então em vigor, o Governo da República, sob a presidência de Jânio Quadros, encarregou o eminente professor Alfredo Buzaid de elaborar um ante-projeto, o qual foi dado a lume em 8 de janeiro de 1964.

Esse trabalho foi revisto por uma comissão formada pelos processualistas José Frederico Marques, Luiz Antônio de Andrade e José Carlos Barbosa Moreira, e uma vez aprovado pelo Congresso Nacional, foi sancionado em 11 de janeiro de 1973, recebendo a Lei o n. 5.869.

Tomando por base as legislações européias, e partindo do fato de que a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução em geral, o diploma de 1973 unificou os processos e procedimentos, desaparecendo desta forma a ação executiva e a execução fiscal com procedimentos próprios.

Destarte, pelo artigo 583 do Código toda execução forçada tem por base um título judicial ou extrajudicial (incluído nestes os fiscais) de acordo com o princípio “nulla executio sine titulo”.

Desta forma, no que diz respeito às espécies, cuida a lei da execução para a entrega de coisa (arts. 621 a 631); da execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 632 a 645); da execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 a 731); e da execução por quantia certa contra devedor insolvente (arts. 748 a 786-A), também denominada insolvência civil.

A execução por quantia certa contra devedor solvente, que é a que interessa neste trabalho, começa com a citação do devedor (por título judicial ou extrajudicial) para, no prazo de vinte e quatro (24) horas pagar ou nomear bens à penhora (art. 652).

Efetivada a penhora poderá o devedor se defender por meio de embargos no prazo de dez (10) dias, podendo, também, ingressar com exceções (arts. 736 a 738).

Ofertados os embargos, o juiz poderá rejeitá-los, liminarmente, nas hipóteses dos incisos do artigo 739 do diploma processual civil. Uma vez recebidos, o dirigente do feito mandará intimar o credor para impugná-los no prazo de dez (10) dias, designando audiência de instrução e julgamento. Versando os mencionados embargos somente sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a provar for exclusivamente documental, o juiz poderá proferir sentença, no prazo de dez (10) dias (art. 740 e par. único).

5. Em 22 de setembro de 1980 foi dada a lume a Lei n. 6.830, que passou a disciplinar a execução fiscal da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e respectivas autarquias, retirando assim a certidão da dívida ativa do rol dos títulos extrajudiciais executáveis segundo as normas do Código de Processo Civil. O executado será citado para, no prazo de cinco (5) dias pagar a dívida ou garantir a execução (art. 8º). Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia do juízo proceder-se-á a penhora (art. 10), iniciando para o sujeito passivo, a partir da intimação desta, o prazo de trinta (30) dias para o oferecimento dos embargos (art. 16). Em seguida o julgador, recebido os embargos, mandará intimar a Fazenda para impugná-los no prazo de trinta (30) dias, designando em seguida audiência de instrução e julgamento, que será dispensada se os embargos versarem unicamente sobre matéria de direito, ou sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o dirigente do feito proferirá sentença no lapso de tempo de trinta (30) dias.

6. Presentemente, portanto, temos a execução por quantia certa por título executivo judicial e extrajudicial com procedimento único disciplinado pelo Código de Processo Civil, e a execução de título executivo extrajudicial da dívida ativa, esta sob os ditames da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980.

7. Qualquer que seja a espécie ou modalidades de execução, para que ela se instaure é necessário a obediência a determinados princípios¹⁶ denominados por uns de informativos e por outros de fundamentais¹⁷, que são os seguintes:

a) Princípio da autonomia. A execução é um tipo de processo totalmente diferente do de conhecimento e do cautelar, pois não busca a obtenção de uma

decisão (sentença), mas de atos coercitivos, se necessários, objetivando o cumprimento da obrigação.

b) Princípio da iniciativa da parte. O processo de execução, para se instaurar, depende da provocação da parte (arts. 566 e 567).

c) Princípio do contraditório. Muito embora não haja no processo de execução sentença, ao devedor são dados todos os meios de defesa via das exceções e dos embargos (art.736).

d) Princípio da fundamentação. Toda execução tem que estar fundada em um título judicial (sentença) ou extrajudicial (documentos a que a lei da força executiva) (art. 583).

e) Princípio da adequação. Segundo o diploma processual brasileiro, a execução se nos apresenta sob quatro espécies: execução para entrega de coisa; execução das obrigações de fazer e não fazer; execução por quantia certa contra devedor solvente; e execução por quantia certa contra devedor insolvente. Destarte, deve o credor, para conseguir o seu desiderato, utilizar-se da espécie adequada prevista em lei (arts. 614 e 615).

f) Princípio da patrimonialidade. Os atos de execução incidem sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a sua pessoa (art. 591).

g) Princípio da finalidade ou finalístico. A execução deve visar a satisfação do direito do credor, de forma que ela atinja somente a parte do patrimônio do devedor suficientes para tal fim (arts. 569 e 692, par. único).

h) Princípio da utilidade. A execução somente deverá ser intentada quando se vislumbrar a existência de vantagem para o credor (art. 659, par. 2º).

i) Princípio da economia. A satisfação do credor deve ser efetivada da forma menos prejudicial possível ao devedor (art. 620).

j) Princípio da especificidade. A execução deve propiciar ao credor aquilo que ele obteria, se o devedor cumprisse espontaneamente a obrigação (arts. 627 e 633).

k) Princípio da responsabilidade. O devedor deve suportar o pagamento de todas as despesas do processo de execução, inclusive as referentes aos honorários do advogado do credor (arts. 641 e 659).

l) Princípio do respeito à dignidade humana. A execução não pode levar o devedor à ruína e atentar contra a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, CF e art. 649 CPC).

m) Princípio da disponibilidade. Pode o devedor, independentemente da vontade ou não do devedor, desistir da execução (art. 569).

8. A última lei reformista dada à lume em 7 de maio de 2002, de número. 10.444, no que diz respeito, especificamente, à execução por quantia certa

contra devedor solvente, deu nova redação ao parágrafo 4º do artigo 659 e acrescentou o parágrafo 5º ao referido dispositivo do diploma instrumental.

Ocorre que a mencionada lei buliu, também, com a execução provisória, dando nova redação ao artigo 588 e incisos I a III, renumerando o parágrafo único que passou a ser o primeiro, e acrescentando o inciso IV e o parágrafo 2º, bem como com a liquidação da sentença, acrescentando os parágrafos 1º e 2º ao artigo 604, assuntos esse que guardam íntima relação com o tema em foco, de maneira que, embora de forma não exaustiva, iremos abordar os mencionados dispositivos que sofreram alterações.

Rezava o artigo 588. “A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I — corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II — não abrange os atos que importem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III — fica sem efeito sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas ao estado anterior. Parágrafo único. No caso do n. III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta parte ficará sem efeito a execução”.

A nova redação é a seguinte: “A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I — corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar o prejuízo que o executado venha a sofrer; II — o levantamento do depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III — fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV — eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. Par. 1º. No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for mantida ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. Par. 2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta (60) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”.

Do exame das redações acima transcritas, verifica-se, salvo melhor juízo, que além de haver sido mantida a responsabilidade objetiva do credor, no sentido deste responder pelos danos causados ao devedor, houve modificações na utilização de expressões, e na redação da norma, consistindo ponto nuclear o disciplinamento da caução.

Assim é que, com relação à responsabilidade objetiva se a sentença, que está sendo executada provisoriamente, for modificada em segundo grau, pelo conhecimento e provimento do recurso, a referida execução perde a sua eficácia, nascendo daí a obrigação do credor de indenizar os prejuízos causados ao devedor, independentemente de culpa¹⁸.

Referentemente às expressões, substitui-se na cabeça do artigo a palavra “princípios” por “normas”, “credor e devedor” por “exequente e executado; nos incisos I e II as expressões “credor e devedor” por “exequente e executado”; e no inciso III “sentença” por “acórdão” e “coisas” por “partes”. A esse respeito, sem embargo das observações de Alexandre Jamal Batista no sentido de que a orientação adotada pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002 é mais técnica¹⁹, gostaríamos de evidenciar, como faz Alcides de Mendonça Lima²⁰, que em momento algum o Código usa as palavras “exequente” e “executado”, dispondo sempre que qualquer que seja a origem da execução, o titular ativo é “credor” e o sujeito passivo “devedor”.

No que pertine à caução, que na redação anterior da norma constituía condição para a execução provisória da sentença, ela perde esta característica, atendendo não somente aos reclamos da doutrina²¹, como também da jurisprudência²².

Destá forma, a caução passou a ser exigida no momento do levantamento de quantia em dinheiro, e a prática de atos que importem em alienação de domínio, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado (inciso II, do art. 588). Esta caução tem que ser idônea, e são, no nosso entender, somente a real e a fidejussória de estabelecimento bancário, pois, as demais, na realidade nenhuma garantia trazem. Deixar ao alvedrio do julgamento o entendimento do que seja idôneo é por demais perigoso.

Sustenta Cândido Dinamarco, e no nosso entender com razão, que nos casos acima a exigência de caução “deve partir do executado, ao juiz não sendo lícito exigi-la ‘ex officio’”²³, pois o inciso fala em caução requerida, e quem pode requerer são somente as partes.

Prevê, outrossim, o parágrafo 2º do artigo 588, a possibilidade de dispensa de caução, exigindo para tal três condições, quais sejam: a) que o crédito seja de natureza alimentar; b) que o limite seja 60 (sessenta) vezes o salário mínimo e c) o estado de necessidade em que se encontra o exequente.

Com relação à primeira condição, a opinião reinante e correta no nosso entender, é que o crédito de natureza alimentar engloba não somente os oriundos da relação de parentesco, como também os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários, indenizações, honorários profissionais, etc.²⁵

Referentemente ao limite de sessenta (60) salários mínimos, o entendimento esposado por Alexandre Jamal Batista, no sentido de que é razoável, em tendo o credor crédito de natureza alimentar superior à limitação prevista e encontrando-se em estado de necessidade, que “se permita ao exequente praticar atos de alienação de domínio ou levantamento de depósito em dinheiro até o limite legal previsto, e executar mediante prestação de caução a diferença excedente de seu crédito”²⁶ é totalmente procedente.

Sustenta, ainda, o eminente processualista acima citado, no que diz respeito à expressão estado de necessidade, que ela deve ser entendida como ocorrente “na hipótese em que se verifique o ‘periculum in mora’ ou o perigo por lesão grave e de difícil reparação de um direito do exequente”²⁷.

Na lição de De Plácido e Silva a expressão estado de necessidade, na terminologia jurídica, pode ser tomada em sentidos diferentes, quais sejam: “a) de estado de penúria, estado de miserabilidade em que se encontra a pessoa por não possuir recursos para a própria manutenção, alimentação ou satisfação das menores coisas, de que precisa viver como ente humano; b) de estado de constrangimento em que se vê a pessoa, de modo a levá-la a fazer o que não era para fazer ou não fazer o que era de seu dever; e c) o estado de necessidade revelador de uma necessidade urgente, que constitui-se pelo perigo atual e iminente, em virtude do qual não pode a pessoa fugir à prática do mal, ou do fato criminoso”²⁸.

Quer parecer-nos, salvo melhor juízo, que a intenção do legislador foi a de proteger o credor em estado de penúria, vez que a dispensa da caução, em casos que tais, não importa em levar a pessoa a fazer o que não era para fazer ou não fazer o que era de seu dever, e nem à prática do mal ou do fato criminoso.

Resta salientar, por oportuno, que a dispensa da caução tem aplicação às duas hipóteses dispostas no inciso II do artigo 588, isto é, ao levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem em alienação de domínio²⁹.

Dispunha o artigo 604 do Código de Processo Civil: “Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá a sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

A Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002 manteve intacta a cabeça do mencionado artigo (604) e acrescentou-lhe dois parágrafos nos seguintes termos: “Par. 1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cum-

primento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência. Par. 2º. Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador”.

De início verifica-se que, muito embora a Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002 haja substituído no artigo 588 as palavras “credor e devedor” por “exequente e executado”, aqui na redação dos parágrafos manteve a orientação anterior. E no parágrafo 2º emprega a palavra decisão, quando melhor seria, “permissa venia”, sentença.

As inovações trazidas pelos parágrafos foram resultantes da orientação adotada na prática em virtude de dificuldades para a verificação do “quantum” da execução, tendo em vista que a liquidação por cálculo do contador passou a não mais ser disciplinada pelo Código.

Assim, com referência aos parágrafos 1º e 2º deve ser evidenciado, salvo melhor juízo, o seguinte: a) as inovações não têm aplicação às execuções por título extrajudicial; b) o fornecimento dos dados pelo terceiro será determinado mediante requerimento do credor ao juiz competente; c) o devedor será cientificado da requisição judicial na pessoa de seu advogado constituído no feito; em não o havendo, pessoalmente por mandado; d) o terceiro deverá ser cientificado da determinação do dirigente do feito, também pessoalmente e por mandado; e) a não apresentação pelo devedor, sem qualquer justificativa dos dados, acarreta a presunção relativa, e não absoluta, da correção dos cálculos fornecidos, motivo pelo qual o devedor poderá questioná-los em embargos; a palavra “reputar-se-ão” empregada no parágrafo 1º tem a mesma conotação de “se presumirão” usada no artigo 288; f) a sanção a ser aplicada ao terceiro pela desobediência dever ser de natureza pecuniária³⁰, independentemente de instauração de processo específico, muito embora processualista há que propugna pela instauração da competente ação penal por crime de desobediência, mediante remessa de cópia dos autos pelo dirigente do feito ao Ministério Público³¹; g) o juiz poderá valer-se do contador somente nestas hipóteses, dispostas em lei; quando verificar que a memória apresentada pelo credor, aparentemente, excede os limites do título judicial e quando o credor ou o devedor forem beneficiados pela assistência judiciária³²; h) em havendo discordância por parte do credor com relação aos cálculos apresentados pelo contador, a execução prosseguirá alicerçada no valor originário, mas a penhora

terá por suporte o valor encontrado pelo contador; i) na hipótese acima (letra h) qualquer questão pertinente ao excesso de penhora deverá ser discutida em sede de embargos; j) em nenhuma das hipóteses ventiladas pelos parágrafos há necessidade de homologação pelo dirigente do feito³³.

Ao artigo 659, que possuía quatro parágrafos, a Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002 deu nova redação ao parágrafo 4º e acrescentou mais um parágrafo, o 5º, mantendo a redação do “caput” e dos parágrafos anteriores.

Nota-se, por primeiro, que o legislador manteve a palavra “devedor” na cabeça do artigo e nos parágrafos 4º e 5º usa as expressões “exequente” e “executado”.

Os parágrafos alterados e acrescidos têm a seguinte redação: “Par. 4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial. Par. 5º. No caso do par. 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário”.

Como se sabe, originalmente, o artigo 659 possuía somente os três primeiros parágrafos. Foi a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994 que acrescentou ao referido dispositivo, mais um parágrafo, o 4º com a seguinte redação: “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”.

Comentando o referido parágrafo Araken de Assis assevera que a inovação teve como intuito tornar o registro da penhora elemento constitutivo da mesma, a fim de “eliminar quaisquer interpretações tendentes a suavizar a obrigatoriedade do registro”³⁴.

A inovação provocou entre os estudiosos do assunto enorme polêmica, passando a ser questionado, como afirma Rodrigo Matheus, qual a natureza do ato “se integrativo, de maneira que estaria somente efetivada a constrição após o registro, iniciando-se daí o prazo dos embargos do devedor; ou se o ato seria apenas requisito da eficácia para oponibilidade a terceiros”; dúvidas também surgiram relacionadas à formalização do registro da penhora, bem como deste e o instituto da fraude à execução³⁵. Esses motivos foram os fatores determinantes da nova redação do mencionado parágrafo 4º, que objetivou, pois, por cobro às dúvidas existentes.

Pelos parágrafos alterados e acrescidos conclui-se que: a) a penhora de bens imóveis é considerada válida entre os litigantes, independentemente de seu registro; b) a possibilidade do registro não impede a intimação do executado para opor embargos; c) a penhora para ter eficácia com relação a terceiro deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis; d) em sendo registrada, opera-se a presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiros; e) o registro deve ser providenciado pelo credor; f) para a concretização do registro, basta a apresentação da certidão de inteiro teor do ato (penhora) independentemente de ordem judicial; g) apresentada a certidão de matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizarem, será realizada por termo nos autos; e h) concretizada a penhora o devedor, pessoalmente, ou na pessoa de seu advogado se constituído, será intimado para, querendo, opor embargos, e de sua constituição em depositário do bem penhorado.

Como o parágrafo 4º estabelece que o registro da penhora produz o efeito de presunção absoluta (erga omnes) de conhecimento de terceiros, e bom que se esclareça que em não havendo o mencionado registro não quer dizer que “o terceiro fica protegido dos efeitos da fraude à execução”³⁶, pois poderá o credor provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento do ato de constrição”³⁷.

Convém salientar, finalmente que: a) a não inscrição da penhora, a cargo do credor, traz como consequência a presunção relativa do desconhecimento por parte do terceiro da garantia; b) que a certidão de matrícula do imóvel deve ser atualizada, a fim de impedir possíveis problemas futuros para os litigantes; e c) que a intimação da penhora na pessoa do advogado do executado somente terá validade se o causídico tiver poderes específicos para tal.

9. Sem embargo dos avanços alcançados com as novas leis que alteraram vários dispositivos do Código de Processo Civil, a execução continua a ter um procedimento que não atende, salvo melhor juízo, à rápida e pronta prestação jurisdicional integral, ou seja, aquela que não somente reconhece o direito do credor mas além disso, efetiva a concretização do mesmo.

NOTAS

1. Saraiva, São Paulo.
2. Nossos Princípios de Direito Processual: Civil e Agrário, AB Editora, Goiânia 1999.
3. Leopold Wenger, *Actio Iudicati*, pág. 235, EJE, Buenos Aires, 1954.
4. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao CPC*, pág. 25, Forense, Rio, 5ª ed..

5. José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, pág. 71, Coimbra Editora, 1957.

6. Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Execução*, pág. 2, Universitária de Direito, São Paulo, 3ª ed..

7. Leopold Wenger, obra citada, pág. 232.

8. “O renascimento do direito justinianeu pos em conflito das duas concepções: a) a concepção romana, segundo a qual, mesmo depois de obtida a sentença de condenação, o credor não podia usar dos meios executivos e tinha de propor nova ação, a ‘actio iudicati’, a fim de se verificar se o seu direito ainda subsistia; b) a concepção germânica, segundo a qual o credor podia começar por um ato executivo, a penhora, e depois é que se pode surgir, por iniciativa do devedor, uma espécie de juízo de apreciação e de conhecimento” (José Alberto dos Reis. Obra citada, pág. 73).

9. José Alberto dos Reis. Obra citada, págs. 74 e 75. Na opinião abalizada de Alcides Mendonça Lima, que invoca Liebman, há diferenças do ponto de vista doutrinário entre a “a actio iudicati” e a ação de assinação de dez dias ou ação decendiária, muito embora autores como Almeida e Sousa e José Alberto dos Reis as tratem como idênticas (Obra citada, pág. 32).

10. Alcides de Mendonça Lima, obra citada, pág. 31.

11. José Alberto dos Reis, obra citada, pág. 75.

12. José Alberto dos Reis, obra citada, págs. 77 e 78.

13. Alcides de Mendonça Lima, obra citada, págs. 35 e 36.

14. “O Estado de Goiás não editou o seu Código de Processo. Até a promulgação do Código Nacional, ao processo julgamento e execução das causas cíveis, em geral naquela unidade da federação, continuaram a ser aplicadas as disposições do Regulamento 737, por força de expressas determinações das sucessivas Leis de Organização Judiciária do Estado.

É o que decorre da primeira Lei de Organização Judiciária (Lei n. 22, de 29 de julho de 1892, art. 65), confirmada pelo art. 22, da Lei n. 39, de 3 de agosto de 1893, que introduziu algumas alterações na lei anterior, e mantido pelas leis posteriores: Lei n. 188, de 13 de agosto de 1898, que deu nova Organização Judiciária, art. 100, e Decreto n. 5.755, de 10 de junho de 1918, que consolidou as disposições relativas ao processo civil e criminal, em vigor até março de 1940.

O Decreto n. 5.755, de 10 de junho de 1918, que deu nova organização à lei judiciária do Estado e consolidou as disposições relativas ao processo civil e criminal, o qual foi aprovado pela Lei n. 621, de 29 de julho de 1919, no Título III, Capítulo I, do Processo Civil em Primeira Instância estabeleceu: Art. 231. Todas as causas cíveis, propostas perante as autoridades judiciárias de Goiás serão processadas de acordo com as disposições contidas no Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, e com as prescrições legais que regulam as ações especiais nela não compreendidas, com as alterações que se seguem”. (Moacyr Lobo da Costa, *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*, pág. 68, RT, São Paulo, 1ª. Ed.).

15. Vide Alcides de Mendonça Lima, obra citada, págs. 40 e segs., onde o saudoso mestre analisa, de forma detalhada, os meios executivos adotados pelo Código de Processo dos Estados.

16. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, Processo de Execução, págs. 22 a 25, LEUD, São Paulo, 1976.

17. Nesse sentido também Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, págs. 94 a 100, RT, São Paulo, 3ª. Ed..

18. José Rogério Cruz e Tucci, Lineamentos da Nova Reforma do CPC, pág. 147, RT, São Paulo, 2ª ed. O autor invoca em alicerçando seu posicionamento, no nosso sentir correto, as lições de Galeno Lacerda e Humberto Theodoro Júnior.

19. A Execução Provisória na Segunda Etapa da Reforma do Código de Processo Civil in A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, pág. 368, Saraiva, São Paulo, 2002. Coordenadores: Helio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco.

20. Obra citada, pág. 77.

21. Vide Paulo Henrique dos Santos Lucon, Eficácia das Decisões e Execução Provisória, RT, São Paulo, 2000.

22. “Na execução provisória, enquanto o executado não sofre ameaça de perda da posse e do domínio dos bens penhorados, não se torna exigível a caução” (Ac. do STJ in Resp. 34.001-2-SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, in RT 758/181).

“A caução visa a acautelar interesse do executado, caso o título, posteriormente, seja modificado. A possibilidade do dano não ocorre com a instauração do Processo. Acontece no momento em que aconteça fato que possa acarretar prejuízo. Assim, por exemplo, a retirada da posse direta do executado. A prestação de caução se impõe no momento anterior a essa modificação da situação jurídica” (Ac. do STJ in Resp.30.507-3-SP, rel. Min. Vicente Chernicchiaro, DJU de 10/05/93, pág. 8.655).

23. A Reforma da Reforma, págs. 257/258, Malheiros, São Paulo, 3ª ed.

24. Nesse sentido Cândido Dinamarco, obra citada, págs. 258/259; José Rogério Cruz e Tucci, obra citada, pág. 150; e Alexandre Jamal Batista, trabalho e obra citados, pág. 371.

25. Alexandra Jamal Batista, trabalho e obra citados, pág. 371.

26. Obra citada, pág. 371. No mesmo sentido Cândido Dinamarco, obra citada, pág. 259.

27. Obra citada, pág. 372.

28. Vocabulário Jurídico, vol. II, pág. 630, Forense, Rio, 1963.

29. Também nesse sentido, salvo melhor juízo, Alexandre Jamal Batista e Cândido Dinamarco, trabalho e obras citados, págs. 371 e 258, respectivamente.

30. José Rogério Tucci e Cruz, obra citada, pág. 152.

31. Rodrigo Matheus, As Alterações do art. 604 do Código de Processo Civil, in A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, pág. 383, Saraiva, São Paulo, 2002. Coordenadores: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco.

32. Como muito bem assevera José Rogério Tucci e Cruz, “entende-se que não apenas na situação em que o juiz perceba o descompasso, mas, ainda, quando o executado chamar a atenção, antes da eclosão do processo de execução, do manifesto excesso encontrado no cálculo, em flagrante ofensa à coisa julgada” (Obra citada, pág. 153).

33. No mesmo sentido: José Rogério Cruz e Tucci, obra citada, pág. 153; Cândido Dinamarco, obra citada, pág. 265; e Rodrigo Matheus, trabalho e obra citados, pág. 388.

34. Comentários ao CPC, vol. 9, pág. 659, RT, São Paulo, 2000.

35. Trabalho e obra citados, pág. 391.

36. José Rogério Tucci e Cruz, obra citada, pág. 159.

37. Rodrigo Matheus, trabalho e obra citados, pág. 398; José Rogério Tucci e Cruz, obra citada, pág. 159; e Cândido Dinamarco, obra citada, pág. 270.

--oOo--

O pensamento dos gênios mortos é o que há de mais vivo no mundo

PINTO FERREIRA