



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Henrique Renner

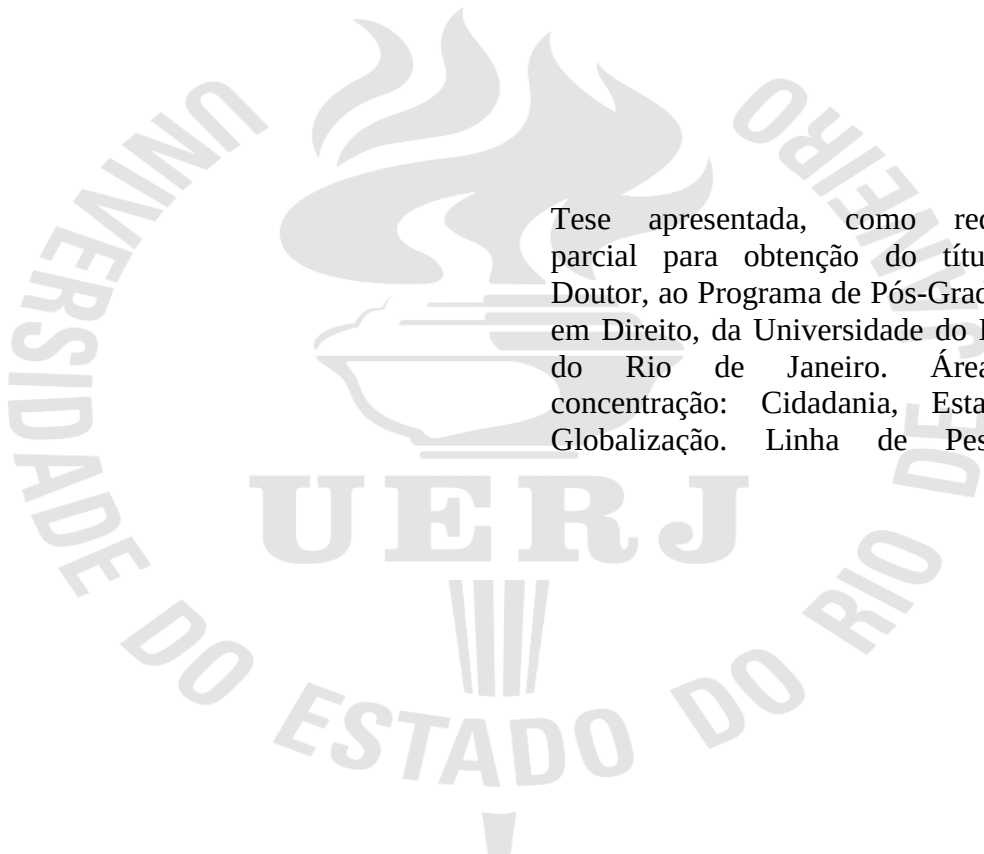
**Execução negociada:
possibilidades e limites das convenções processuais na tutela executiva cível**

Rio de Janeiro

2020

Rafael Henrique Renner

**Execução negociada:
possibilidades e limites das convenções processuais na tutela executiva cível**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa:

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R414 Renner, Rafael Henrique.

Execução negociada: possibilidades e limites das convenções
processuais na tutela executiva cível / Rafael Henrique Renner – 2020.

397 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio Rodrigues.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Responsabilidade patrimonial - Teses. 3. Negócio
jurídico - Teses. I. Rodrigues, Marco Antonio. II. Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91. / 95

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Henrique Renner

Execução negociada:
possibilidades e limites das convenções processuais na tutela executiva cível

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 13 de março de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marco Antonio Rodrigues
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. André Vasconcelos Roque
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Flávia Pereira Hill
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Janaina Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

Foram exatos dez anos desde que terminei o mestrado em Direito Civil na UERJ (2006) e retornei aos bancos acadêmicos para o doutorado em Direito Processual na UERJ (2016). Embora tenha vindo para o Rio de Janeiro egresso da PUC/RS, os caminhos da vida fizeram com que eu acabasse me estabelecendo definitivamente por aqui. Meu destino foi definido a partir da Pós Graduação, que permitiu que fosse habilitado para fazer o que mais amo na vida - lecionar - além de ter me tornado Defensor Público aqui no estado, profissão que é uma verdadeira vocação e que me permite exercer, diariamente, o exercício da empatia, tão raro nas relações sociais atualmente.

Principio agradecendo meus professores do Doutorado. Marco Antonio, dileto orientador, sempre foi muito solícito e pronto para atender as minhas demandas, permitindo que esse percurso não fosse tão solitário. Antonio do Passo Cabral, com suas aulas extraordinárias e provocações desafiadoras, trouxeram um novo olhar ao estudo do processo e se tornou uma verdadeira referência acadêmica para mim. Agradeço, também, às preciosas observações feitas sobre este trabalho na banca de qualificação. Ana Paula de Barcelos, pelas excelentes aulas de Princípios do Direito. Também merecem menção as lições sempre preciosas e o debate profícuo conduzidos por Aluísio de Castro Mendes e Bruno Silva Freire. Obrigado à banca de qualificação, composta por Antonio do Passo Cabral e André Vasconcelos Roque, pelas críticas pertinentes e comentários que foram incorporados à versão ora apresentada.

Agradeço, também, à banca que examinou a presente tese. A defesa ocorreu um pouco antes da UERJ ser fechada temporariamente diante de uma questão de emergência sanitária: o advento do coronavírus (COVID-19). Por conta dele, os integrantes que vinham de outros Estados desistiram de viajar até o Rio de Janeiro mas mantiveram o compromisso acadêmico por meio da tecnologia (e que bom que podemos encurtar distâncias e aproximar conhecimento por conta dela). Muito obrigado pelos pertinentes comentários e observações de Janaina Noleto Castelo Branco, Luis Aberto Reichelt, Flávia Pereira Hill e André Roque.

Aos meus colegas do PPGD-UERJ que foram interlocutores assíduos no debate de ideias e nos encontros de final de semestre.

Aos funcionários do PPGD que sempre estão dispostos a nos auxiliar com toda a pletora burocrática que devemos observar até chegarmos à etapa final do curso.

O Doutorado me permitiu fazer duas viagens internacionais para estudos: a primeira para Itália, onde conheci pessoas maravilhosas e cuja convivência pelo período de uma semana

fez nascer uma amizade profícua e verdadeira. Merecem menção Micheline Forte, Lilian Paz e Janaina Noletto. Pessoas que levo no coração. A segunda foi para Luxemburgo, em um período de estudos no Max-Planck Institut in Procedural Law. O início foi bastante difícil, confesso, mas o contato com a minha amiga Sandra Regina, em Roma, e seu marido Massimo (que conheci na viagem anterior), fizeram com que o período de festas de final de ano longe da família e do amor ficasse menos pesado. Depois, conheci pessoas fantásticas, vindas das mais diversas partes da Europa. Foram dias muito felizes que vivi junto com Ewa Kameran, Pieter Gillaerts, Katharina Knoche, Racha El Hay, Maria Paulo Rebelo, Viktorija Jakjimovska, Zizi Anton e Agata Cevc. Dia desses o Facebook me recordou o meu *farewell dinner* e sempre que relembro os momentos que lá vivi, o coração se alegra e ao mesmo tempo se aperta de saudades. Foi uma experiência incrível! Gratidão por ter tido essa oportunidade.

Aos bibliotecários de todas as bibliotecas frequentadas, especialmente Allan, do Max-Planck, e a Marisa, do TJ/RJ, que me acompanha desde os idos de EMERJ e sempre foi muito gentil e solícita em me franquear o acervo lá existente.

Nas faculdades que lecionei - e leciono - ficam os agradecimentos aos meus colegas docentes, que dividem os prazeres e as angústias da docência no ensino superior, que cada vez mais se aproxima a um modelo de substituição das nossas funções, e aos meus alunos, motivo relevante para a busca pelo aperfeiçoamento profissional. A troca de ideias e os questionamentos durante as aulas fazem com que a gente aprenda mais do que propriamente ensine. Agradeço, assim, aos meus alunos da UNISUAM, da UNIFAA e da UFF - Volta Redonda. Merecem especial menção por terem integrado meu grupo de pesquisa e me auxiliado diretamente na elaboração da presente Matheus Neves, que também foi meu monitor em Processo Civil, Igor Couto, Matheus Cabral e Julia Spósito.

Na trajetória acadêmica também agradeço ao Prof. Antonio Celso Pereira e ao Prof. Cleyson Moraes Mello, por terem me apoiado na realização do Doutorado e no período em que fiquei fora do país, mantendo a continuidade das atividades acadêmicas.

Na Defensoria Pública também contei com a ajuda de vários colegas defensores, seja cobrindo férias para que pudesse terminar de escrever essa tese, seja “segurando as pontas” entre uma audiência e outra, já que atuamos numa dimensão Matrix, não raras vezes tendo que estar em três ou quatro lugares ao mesmo tempo. Mas se não fosse essa correria todos os dias, a vida seria monótona demais. Obrigado José Eduardo Salgado (sempre pronto para cobrir férias para que o colega aqui pudesse cumprir com seus compromissos acadêmicos ou espairar a cabeça no período de férias), Flávio Cabral (*roomate* que se tornou um amigo de

todas as horas), Ana Beatriz Cruz (minha amiga e tabelar, com quem divido momentos de alegria e apreensão nas DP's da Vara de Família de Volta Redonda), Luciene Torres (colega querida que me recebeu muito bem em Volta Redonda e foi parceira na Banca para o XXVI concurso para defensor público) e todos os demais que, mesmo indiretamente, ajudaram na consecução da presente, cujo companheirismo transcende a questão profissional. A minha equipe da DP junto às 2ª e 3ª Varas de Família de Volta Redonda, que permite a prestação de serviço público de excelência, e são companheiros para além dos portões do fórum. Ainda merece referência o juiz Victor Moreira, que sempre me perguntava sobre a “tese” nos intervalos das nossas audiências.

Agradeço, também, aos meus amigos que tornam a caminhada da vida mais leve e prazerosa. Merecem especial menção Ariane Fiori, Janine Couto, Isabel Kallmann e Vinicius Ornelas. Certamente estou esquecendo alguém, mas sintam-se incluídos nesses agradecimentos.

Agradeço, também, ao Seu Ervino e a Dona Isabel, meus pais, que me deram a vida e estiverem sempre ao meu lado, apoiando os meus passos. É um privilégio ter meus pais no final dessa jornada. Minha irmã Aline também me ajudou com materiais vindo diretamente da USP.

At last but not least, agradeço ao Romollo, meu companheiro de vida, por tornar nossa jornada leve e feliz, mesmo nos dias de mau humor e irritabilidade exarcebada. Obrigado por ter entendido os períodos da minha ausência.

RESUMO

RENNER, Rafael Henrique. *Execução negociada: limites e possibilidades das convenções processuais na execução cível*. 2020. 397 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

A presente tese analisa a compatibilidade do processo de execução e o estabelecimento de convenções processuais atípicas. O objetivo de estabelecer convenções processuais no procedimento executivo é permitir que a natural tensão existente na execução, qual seja, de um lado o direito à efetividade da tutela executiva e de outro o princípio da menor onerosidade para o executado, seja equacionada por meio da atitude cooperativa e consensual das partes. Serão identificados os limites na celebração de convenções processuais no processo de execução e, posteriormente, identificadas as possibilidades dos referidos pactos em inúmeros aspectos do procedimento executivo. Analisa-se o *pactum de non exsequendo*, pactos relativos aos pressupostos do processo de execução, negócios sobre títulos executivos, pactos sobre meios executivos, penhora, ritos procedimentais e defesa do executado, como forma de demonstrar a aplicação das convenções processuais atípicas.

Palavras-chave: Convenção processual. Negócio jurídico processual. Processo de execução.

Limites à convenção processual. *Pactum de non exsequendo*. Títulos executivos negociados. Meios executivos. Responsabilidade patrimonial. Defesa do executado. Ritos executivos

SUMMARY

RENNER, Rafael Henrique. Negotiated enforcement: limits and possibilities of procedural conventions in civil enforcement. 2020. 397 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This thesis analyzes the compatibility of the execution process and the establishment of atypical procedural conventions. The objective of establishing procedural conventions in the executive procedure is to allow the natural tension existing in the execution, which is, on one hand, the right to the effectiveness of the executive protection and, on the other hand, the principle of the lowest onerosity for the executed, to be equated through the cooperative and consensual attitude of the parties. The limits on the conclusion of procedural agreements in the enforcement process will be identified and, subsequently, the possibilities of such agreements in numerous aspects of the enforcement procedure will be identified. The pactum de non exsequendo, pacts relating to the assumptions of the enforcement proceedings, deals on enforceable titles, pacts on enforcement means, attachment, procedural procedures and defence of the defendant, is analysed as a way to demonstrate the application of atypical procedural conventions.

Keywords: Procedural agreement. Procedural legal business. Procedure for enforcement. Limits to the procedural convention. Pactum de non exsequendo. Negotiated enforcement instruments. Executive means. Property liability. Defense of the executed. Executive procedures.

RÉSUMÉ

RENNER, Rafael Henrique. Exécution négociée: limites et possibilités des conventions procédurales en matière d'exécution civile. 2020. 397 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Cette thèse analyse la compatibilité du processus d'exécution et l'établissement de conventions procédurales atypiques. L'objectif de l'établissement de conventions procédurales dans la procédure exécutive est de permettre d'égaliser la tension naturelle existant dans l'exécution, qui est, d'une part, le droit à l'efficacité de la protection exécutive et, d'autre part, le principe de la moindre onéreuse pour l'exécuté, grâce à l'attitude coopérative et consensuelle des parties. Les limites de la conclusion d'accords procéduraux dans le cadre de la procédure d'exécution seront identifiées et, par la suite, les possibilités de tels accords dans de nombreux aspects de la procédure d'exécution seront précisées. Le pactum de non exsequendo, pactes relatifs aux hypothèses de la procédure d'exécution, traite des titres exécutoires, des pactes sur les moyens d'exécution, de la saisie, des rites procéduraux et de la défense du défendeur, est analysé comme un moyen de démontrer l'application de conventions procédurales atypiques.

Mots-clés: Accord de procédure. Les affaires juridiques procédurales. Procédure d'exécution.

Limites de la convention procédurale. Pactum de non exsequendo. Instruments d'exécution négociés. Moyens exécutifs. Responsabilité patrimoniale. Défense des personnes exécutées. Rites exécutifs.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	16
	BASES TEÓRICAS PARA A EXECUÇÃO NEGOCIADA	19
1	PANORAMA DA EXECUÇÃO CÍVEL NO CPC/2015	19
1.1	A execução cível no CPC/2015	19
1.1.1	<u>Alterações relativas ao cumprimento de sentença.....</u>	22
1.1.2	<u>Inovações no Livro II da Parte Especial: o processo de execução</u>	30
1.2	Princípios da função executiva.....	35
1.2.1	<u>Princípio da <i>nulla executio sine título</i></u>	37
1.2.2	<u>Princípio da amplitude dos meios executivos (ou vedação ao <i>non factibile</i>)</u>	39
1.2.3	<u>Princípio da primazia da tutela específica da obrigação</u>	41
1.2.4	<u>Princípio da boa-fé na execução</u>	43
1.2.5	<u>Princípio da responsabilidade patrimonial</u>	46
1.2.6	<u>Princípio do resultado e da menor onerosidade da execução</u>	48
1.2.7	<u>Princípio da liberdade das partes no processo.....</u>	51
1.2.7.1	A disponibilidade da tutela jurisdicional	55
1.2.7.2	A solução consensual dos conflitos.....	59
2	CONVENÇÕES PROCESSUAIS: ALGUMAS NOÇÕES ESSENCIAIS	64

.....	
2.1	Nomenclatura e conceito 64
2.1.1	<u>Critério do local em que a convenção foi pactuada</u> 67
2.1.2	<u>Critério dos sujeitos que participam do processo</u> 68
2.1.3	<u>Critério da norma aplicada</u> 68
2.1.4	<u>Critério dos efeitos das convenções</u> 69
2.1.5	<u>Conceito de acordos processuais</u> 69
2.2	Classificação das convenções processuais 70
2.2.1	<u>Convenções processuais típicas e atípicas</u> 70
2.2.2	<u>Acordos obrigacionais ou dispositivos</u> 71
2.2.3	<u>Convenções processuais prévias e incidentais</u> 72
2.2.4	<u>Negócios processuais unilaterais e plurilaterais</u> 73
2.2.5	<u>Acordos gratuitos e onerosos</u> 75
2.2.6	<u>Pactos comutativos e aleatórios</u> 75
2.2.7	<u>Pactos comissos e omissivos</u> 76
2.3	Análise da cláusula geral de negociação processual 77
2.3.1	<u>Existência, validade e eficácia do negócio jurídico (processual)</u> 77
2.3.2	<u>Panorama doutrinário: os elementos essenciais e requisitos de validade do negócio jurídico processual</u> 80
2.3.3	<u>Elemento essencial de existência: a vontade autorregrada</u> 82
2.3.4	<u>Requisitos de validade</u> 85
2.3.4.1	Requisitos subjetivos de validade: quem pode celebrar convenções processuais? 85
2.3.4.1.1	A capacidade de ser parte 86
2.3.4.1.2	A capacidade de estar em juízo 87

2.3.4.1.3	Da capacidade postulatória. Distinção entre acordos pré-processuais e processuais.....	89
2.3.4.1.4	A legitimidade <i>ad actum</i>	91
2.3.4.2	O consentimento livre e sem vícios	94
2.3.4.3	A vulnerabilidade do pactuante como critério para validação da convenção	95
2.3.4.3.1	Vulnerabilidade <i>versus</i> hipossuficiência?	95
2.3.4.3.2	Conceito de vulnerabilidade	98
2.3.4.3.3	A vulnerabilidade no direito material: grupos de pessoas tidas como vulneráveis	100
2.3.4.3.4	A vulnerabilidade processual	102
2.3.4.3.5	Critérios para a aferição da vulnerabilidade processual	103
2.3.4.4.	Interpretação do conceito jurídico indeterminado constante do art. 190, parágrafo único, do CPC.....	108
2.3.4.5	A tutela do vulnerável e a “inserção abusiva em contrato de adesão”..	113
2.3.4.6	A forma da convenção processual: tempo, lugar e forma em sentido estrito	114
2.3.4.7	Objeto das convenções processuais: quais os limites das convenções processuais?	115
2.3.4.7.1	Objeto possível e determinado: sobre a precisão e a previsibilidade do vínculo	116
2.3.4.7.2	Sobre a licitude do objeto: elementos que auxiliam a definí-lo	117
2.3.4.7.2.1	Direitos disponíveis e indisponíveis: aproximação conceitual	118

2.3.4.7.2.2	A insuficiência dos critérios frequentemente utilizados para a definição do objeto lícito.....	122
2.3.4.7.2.3.	Limites para o controle do objeto das convenções processuais: proposta de Antonio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr.	127
2.3.4.7.3	Convenções processuais na execução: quais os critérios de limitação da autonomia privada na negociação processual?	130
2.3.4.7.3.1	Diretriz do <i>in dubio pro libertate</i>	131
2.3.4.7.3.2	Diretriz do aproveitamento dos atos processuais e convalidação dos negócios processuais	132
2.3.4.7.3.3	Diretriz dos custos e transferência de externalidades.....	133
2.3.4.7.3.4	Diretriz das garantias processuais mínimas	134
2.3.4.7.3.4.1	Acesso à justiça.....	135
2.3.4.7.3.4.2	Contraditório	137
2.3.4.7.3.4.3	Tempestividade da decisão judicial	139
2.3.4.7.3.4.4	Boa-fé e cooperação.....	141
2.4	Papel do juiz nos negócios processuais	142
2.5	Da extinção dos negócios processuais	145
2.5.1	<u>Da resilição</u>	146
2.5.2	<u>Da rescisão</u>	148
2.5.2.1	Da invalidação das convenções processuais	149
2.5.3	<u>Da resolução</u>	151
	CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO	153

	EM ESPÉCIE	
3	CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE A POSTULAÇÃO EXECUTIVA.....	153
3.1	Breve perfil histórico do <i>pactum de non petendo</i>	154
3.2	Redescobrimdo o <i>pactum de non petendo</i>	157
3.3	Objeto do <i>pactum de non petendo</i> e de <i>non exsequendo</i>	159
3.4	Classificação do <i>pactum de non petendo</i>	163
3.5	Momento para a realização do pacto	170
3.6	Efeitos do <i>pactum de non exsequendo</i>	173
3.7	Mecanismos de alegação da promessa de não executar	175
3.7.1	<u>Alegação como defesa</u>	176
3.7.2	<u>Ações declaratórias ou <i>anti-suit injunctions</i></u>	176
4	CONVENÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA EXECUÇÃO	178
4.1	Cognição na execução	178
4.2	Convenções processuais acerca da admissibilidade da execução	196
5	TÍTULOS EXECUTIVOS NEGOCIAIS	209
5.1	A natureza jurídica do título executivo	210
5.1.1	<u>A concepção de Enrico Tulio Liebman: título executivo como ato jurídico</u>	211
5.1.2	<u>A visão de Francesco Carnelutti: título executivo como documento</u>	212
5.1.3	<u>A perspectiva de Italo Andolina: a visão eclética</u>	213
5.2	A função do título executivo	215
5.3	Classificação dos títulos executivos	216
5.4	Acerca da taxatividade e da tipicidade dos títulos executivos	218
5.5	Convenção para retirar a eficácia executiva de título executivo extrajudicial	220

5.6	Negócio jurídico para a concessão de exequibilidade a documento	223
6	CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE MEIOS EXECUTIVOS	227
6.1	Tipos de meios executivos.....	231
6.2	Meios executivos e atos atentatórios à dignidade da justiça	234
6.3	Critérios para aplicação de medidas executivas atípicas	239
6.4	Medidas atípicas na doutrina e na jurisprudência: uma breve síntese ..	246
6.5	Convenções sobre meios executivos atípicos	261
6.5.1	<u>Convenção para aplicação direta das medidas executivas atípicas</u>	262
6.5.2.	<u>Convenções processuais acerca da inaplicabilidade de uma medida executiva</u> <u>atípica</u>	263
6.5.3	<u>Convenção processual para estabelecer e limitar o valor das <i>astreintes</i></u>	263
6.5.4	<u>Convenções processuais sobre medidas indutivas</u>	265
6.5.5	<u>Convenções processuais sobre a possibilidade de prisão civil</u>	266
6.5.6	<u>Convenções processuais acerca de medidas restritivas de direitos</u>	268
7	ACORDOS PROCESSUAIS SOBRE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	270
7.1	Responsabilidade patrimonial: noções introdutórias	270
7.2	Impenhorabilidade: blindagem legal do patrimônio do executado	271
7.2.1	<u>Impenhorabilidade e patrimônio mínimo do executado</u>	274
7.2.2	<u>Hipóteses de impenhorabilidade legal e idiosincrasias do sistema. Como a impenhorabilidade constitui um sistema injusto na tutela dos direitos do exequente?</u>	275
7.3	A renunciabilidade das normas sobre a impenhorabilidade de bens	280
7.4	Convenções sobre a impenhorabilidade de bens	289

7.4.1.	<u>Convenções processuais para tornar o bem impenhorável</u>	289
7.4.2	<u>Convenções processuais de renúncia à impenhorabilidade</u>	290
7.4.3	<u>Convenções processuais sobre fraude à execução</u>	291
8	CONVENÇÕES PROCESSUAIS ACERCA DOS RITOS EXECUTIVOS	300
8.1	Generalidades	300
8.2	A tutela das obrigações de fazer e não fazer	302
8.3	A tutela da obrigação de entrega de coisa	305
8.4	A tutela da obrigação de pagar quantia	308
8.4.1	<u>Etapas da tutela executiva de pagar quantia</u>	309
8.4.1.1	A etapa do cumprimento voluntário	309
8.4.1.2	A etapa do cumprimento forçado da obrigação: a expropriação de bens do executado	313
8.4.1.2.1	Da penhora, depósito e avaliação	314
8.4.1.2.1.1	Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira	318
8.4.1.2.1.2	Da penhora de créditos	319
8.4.1.2.1.3	Da penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas	320
8.4.1.2.1.4	Da penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes	322
8.4.1.2.1.5	Da penhora de percentual de faturamento de empresa	323
8.4.1.2.1.6	Da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel	325
8.4.1.2.2	Da adjudicação ou alienação do bem penhorado	326

8.5	Convenções processuais atípicas nos ritos comuns de obrigação de entrega de coisa, obrigação de fazer e obrigação de não fazer	333
		
8.6	Convenções processuais atípicas no rito da obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente	334
		
8.6.1	<u>Pactos relativos à penhora e avaliação</u>	336
8.6.2	<u>Pactos relativos à adjudicação e alienação de bens</u>	344
9	CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA DEFESA DO EXECUTADO ...	348
9.1	Generalidades	348
9.2	A defesa no cumprimento de sentença	348
		
9.2.1	<u>A natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença</u>	349
9.2.2	<u>Processamento da impugnação ao cumprimento de sentença</u>	350
9.3	A defesa por embargos à execução	352
9.4	A execução de pré-executividade	355
9.5	Defesas heterotópicas	356
9.6	Convenções em relação a defesa do executado	357
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	359
	REFERÊNCIAS	362

INTRODUÇÃO

A execução cível não recebe, pelos olhos da academia, a mesma atenção que se dispensa ao estudo do processo de conhecimento ou das estruturas que fundamentam o processo civil. Trata-se de uma das áreas do processo civil mais negligenciadas, o que talvez seja decorrência da sua própria inefetividade, a qual acaba sendo a principal tônica desse processo.

A análise dos números do Poder Judiciário brasileiro, de acordo com a compilação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça indica que mais da metade (54,2%) dos processos pendentes de baixa no final de 2018 eram processos de execução¹.

Na justiça estadual, o percentual de causas executivas não solucionadas rondou, no ano de 2018, em 55,6% e na justiça federal, 51,7%². Dentre estes processos, 73% são de execuções fiscais - de longe as de maior quantidade e de menor taxa de solução - sendo o restante relativo a processos pendentes. Entre estes, encontram-se os processos nos quais as diligências para descobrir bens do executado haviam sido esgotadas sem sucesso, permanecendo, por conseguinte, o processo pendente.

Um outro complicador é que, algumas vezes, o recurso ao Poder Judiciário acaba sendo a *última opção*, não tendo sido possível a satisfação pelos meios extrajudiciais de recuperação de crédito, o que contribui com a ineficácia do referido processo³.

O problema não é restrito ao direito processual brasileiro, mas é uma tendência mundial, pois a execução é considerada “ineficiente, muito complexa e desatualizada”⁴. Muitas vezes, a questão transcende a combinação de técnicas processuais e poderes do juiz, consistindo, muito mais, em um problema de ordem material: os executados, muitas vezes, não possuem condições para cumprir com as suas obrigações e não possuem bens que possam ser objeto de constrição. Nessa perspectiva, de pouco (ou nada) adiantam as técnicas processuais.

O Código de Processo Civil de 2015, atento à necessidade de inovar em relação às técnicas processuais para garantir algum instrumental mínimo para que a execução pudesse ser mais efetiva, consolidou inúmeras alterações que haviam sido introduzidas pelas reformas

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ. 2019. p. 126.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ. 2019. p. 126.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ. 2019. p. 126.

⁴ CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords). *Civil litigation in a comparative context*. 2. ed. Saint Paul: Wes Academic. 2017. p. 595.

do CPC/1973⁵. Inovou, porém, em dois aspectos: i) previu que o magistrado pudesse se valer de meios executivos atípicos; e ii) permitiu expressamente que as partes pudessem celebrar convenções processuais atípicas.

Embora antagônicos entre si, pois a primeira providência valoriza os poderes do juiz na condução do processo e, especificamente, na efetivação de decisões judiciais, o segundo acentua o papel das partes como capazes de gerir os seus próprios interesses embora, no segundo caso, a previsão não seja específica para a execução, sendo uma norma geral no âmbito do sistema processual civil.

A segunda previsão responde a um movimento também de tendência mundial que diz respeito à contratualização das relações jurídicas. A valorização de soluções consensuais adquire relevância em um ambiente de autodeterminação das partes em relação aos seus interesses e objetivos, indo além do campo do direito privado para alcançar, também, relações jurídicas antes tidas como refratárias à valorização da autonomia dos indivíduos⁶. Assim, em relação ao direito penal, às relações de família, ao processo judicial, etc.

A possibilidade de estabelecer convenções processuais atípicas trouxe uma nova perspectiva nas relações de poder entre as partes do processo e, desde o advento do CPC/2015, variadas obras foram escritas para desvendar os mecanismos de sua aplicação, de cujo referencial teórico se utilizou como fundamento para a presente tese.

Os estudos dedicados a compatibilizar as convenções processuais e o processo de execução, contudo, não somam mais de uma dúzia⁷, o que demonstra, mais uma vez, o descrédito desse mecanismo que pode auxiliar a melhorar os números catastróficos da justiça

⁵ Várias foram as leis que buscaram readequar a execução no sistema processual anterior, dentre as quais se destacam: Lei 8.952/94, Lei 10.444/2002, Lei 11232/2005 e 11.382/2006.

⁶ CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (org.) *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz. 2008. p. 53 e segs.

⁷ AURELLI, Arlete Inês. Análise e limites da celebração de negócios jurídicos processuais. na execução por título extrajudicial e/ou cumprimento de sentença In: MARCATO, Ana et al (org.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Juspodivm. 2017; TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana et al. (coords.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, jan, 2018, versão eletrônica; CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que atribui a exequibilidade de documento*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2018; TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2019; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020; VOGT, Fernanda. A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019.

brasileira em termos de execução, garantindo maior eficácia e tempestividade na tutela jurisdicional.

Assim, o problema que se apresenta e que justifica a análise na presente tese é: i) como compatibilizar a teoria geral das convenções processuais atípicas com o processo de execução?; ii) quais as possibilidades na convencionalidade executiva em termos de eficiência e tempestividade da tutela executiva?; e iii) que limites podem ser estabelecidos para controlar a validade dessas convenções?

A tese, portanto, pretende desvendar esses problemas e inventariar algumas convenções executivas atípicas, indicando os limites de sua validade, valendo-se desse instrumento como um mecanismo para destravar a execução.

Para esse desiderato, o objeto de estudo desde já vai recortado: não serão apreciados os procedimentos executivos especiais, a saber, a execução de obrigação alimentar, a execução fiscal, a execução contra a Fazenda Pública e as execuções coletivas, embora os limites apresentados para a celebração de convenções processuais na execução possam, com alguma alteração peculiar, ser aplicadas a esses ritos executivos.

A tese se divide em duas partes: a primeira são capítulos mais gerais, necessários para introduzir o tema a ser tratado; a segunda, se refere às convenções processuais na execução em diferentes modalidades.

O primeiro capítulo traça um panorama da execução cível após o CPC/2015 e indica os princípios que são aplicáveis ao processo de execução. O segundo capítulo esboça as características principais das convenções processuais, mas já se preocupado em direcionar a análise para a execução. Nesse capítulo é definido o conceito de convenção, a classificação, os requisitos para a existência, validade e eficácia, assim como os limites à autonomia das partes, findando com o estudo do papel do juiz e a extinção das convenções processuais.

Assentadas as premissas teóricas para o desenvolvimento da tese, a segunda parte se divide em sete capítulos, indicando as convenções processuais aplicáveis em relação a alguns aspectos do procedimento executivo, a saber: i) relativos à promessa de não executar; ii) tocantes à demanda executiva e seus pressupostos; iii) relativos aos títulos executivos negociais; iv) acerca dos meios executivos; v) a respeito da responsabilidade patrimonial; vi) em relação aos procedimentos executivos comuns; e vii) acerca da defesa do executado. Esses capítulos são precedidos de conceituações breves, que auxiliam a compreender o tema à luz do ordenamento jurídico atual.

As páginas que seguem objetivam responder aos questionamentos embora, desde logo já se consigne, não se pretende encontrar conclusões absolutas e fechadas, nem é possível

imaginar todos os tipos de convenção processual que a criatividade humana é capaz de elaborar, mas se buscam critérios seguros para definir a sua validade e aplicabilidade do tema.

PARTE I - BASES TEÓRICAS PARA A EXECUÇÃO NEGOCIADA

CAPÍTULO 1 - PANORAMA DA EXECUÇÃO CÍVEL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Inicia-se com uma análise do panorama da execução cível, tal como regulado pelo CPC/2015. O objetivo é identificar os pontos relevantes que foram modificados ou consolidados com o novo diploma processual civil, de modo a se ter uma visão geral da estrutura dos procedimentos executivos e os aspectos que foram inseridos pela nova legislação.

1.1 A execução cível no CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015, promulgado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, posteriormente alterado pela Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, consolida a adoção de um novo modelo de processo, distantes daqueles antes conhecidos, quais sejam, os modelos adversarial e inquisitivo⁸. Não é demais relembrar, também, que esse Código foi promulgado sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual estabeleceu uma série de postulados para garantir o devido processo legal na relação jurídica processual executiva.

Pode-se adiantar, de antemão, que a principal reforma no processo de execução cível ocorreu, em verdade, por meio das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que modificaram a execução já sob a égide do CPC/73. Porém, essas modificações ocorridas por meio de leis pontuais acabaram gerando uma série de dúvidas e divergências práticas e que geravam reflexos importantes na aplicação da lei. Houve, assim, a necessidade de se buscar uma interpretação sistemática e, ao mesmo tempo, teleológica das normas.

Contudo, a reforma acabou trazendo certa insegurança jurídica no que tange à correta aplicação das normas, especialmente porque a interpretação destas somente chegou às Cortes

⁸ Sobre o tema, v., dentre outros, AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Lisboa: Coimbra Editora. 2010; DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press. 1986. p. 3 e segs.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: RT. 2015. p. 97 e segs.

Superiores - encarregadas de uniformizar o entendimento sobre a aplicação da lei federal - após algum tempo de vigência da reforma. Ressalte-se, ainda, que não foi célere a formação de uma jurisprudência segura e uniforme, eis que inexistentes alguns dos mecanismos formadores de precedentes de observância obrigatória. Além disso, o STJ é conhecido por ter, infelizmente, uma jurisprudência oscilante⁹. Não foi diferente na interpretação das normas decorrentes das reformas operadas no âmbito do diploma legislativo anterior.

Dessa forma, o CPC/2015, ciente dessa realidade, acabou por solucionar uma série de questões que se encontravam sem solução uniforme pela doutrina e pela jurisprudência, aprimorando, a bem da verdade, a técnica executiva.

Nesse ponto, importante a menção a duas normas previstas na Parte Geral do CPC/2015 que possuem aplicação no processo de execução. A primeira, referente aos poderes do juiz, encontra-se prevista no art. 139, IV. Por meio do referido dispositivo legal, o magistrado pode se valer de quaisquer "medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária." Esse dispositivo pretende garantir a eficácia das decisões judiciais e permite que o juiz se valha de meios coercitivos diretos e indiretos para alcançar o cumprimento de suas decisões. Dessa forma, é possível a tomada de medidas executivas atípicas, além daquelas já previstas no âmbito do CPC. É certo que o CPC/2015 tratou de prever uma série de medidas executivas que não estavam previstas no CPC/73, como, por exemplo, o protesto da sentença e a inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, mas o referido dispositivo legal permite que o juiz adote medidas atípicas para garantir o cumprimento de suas decisões. Ocorre, portanto, uma *atipização* dos meios coercitivos¹⁰.

⁹ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Em termos de brincadeira, ainda que o tema seja bastante sério, costuma-se chamar o Superior Tribunal de Justiça de tribunal gerúndio, já que nunca decide ou entende, mas está decidindo ou entendendo, podendo mudar o entendimento a qualquer momento. Ou ainda de tribunal Band News, já que em 20 minutos tudo pode mudar. É a chamada jurisprudência *banana boat*, expressão que dispensa explicações." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 1392. O sistema jurídico brasileiro, em verdade, ainda está engatinhando em termos de precedentes, estabilidade de decisões e segurança jurídica. Sobre os motivos para essa realidade veja, entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT. 2016.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 5. 9. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 103. Em sentido contrário: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. vol. II. tomo I. 2. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 946-947: "A cláusula 'entre outras medidas', inserida no art. 536, § 1º, emprestando caráter exemplificativo ao catálogo das medidas em seguida enumeradas - imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, e assim por diante -, sugeriu aos espíritos mais impressionáveis e autoritários a teoria da atipicidade. Se a regra comportasse essa interpretação, revelar-se-ia inconstitucional neste ponto. E a razão repousa no disposto no art. 5º, LIV, da CF/1988, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, ou seja, de modo diferente do modelo prefixado na lei processual. O problema se entronca nas bases ideológicas do processo civil. O caráter social, a intervenção do juiz no processo, posto sob

A abertura do sistema para a conformação dos meios executivos pelo juiz, em relação a qualquer tipo de obrigação (pecuniária, fazer, não fazer e entrega de coisa), oxigena o sistema em busca da efetividade do processo, tão cara aos processualistas. Isso ocorre porque a utilização de medidas atípicas pode ser um facilitador no cumprimento das obrigações¹¹, embora traga outras responsabilidades ao intérprete, com o intuito de adequar o direito do exequente ao direito do executado, que pode ser violado quando o juiz se vale de medidas executivas atípicas. Por outro lado, a exacerbação dos poderes do juiz vai na contramão de uma visão que valoriza a autonomia das partes no processo.

O outro aspecto relevante previsto na parte geral do CPC/2015 é a possibilidade de as partes celebrarem convenções processuais, que é o objeto da presente tese e será desenvolvido nos capítulos seguintes.

Analisa-se, agora, as principais alterações realizadas no CPC/2015 no cumprimento de sentença e no processo executivo.

sua direção material, não lhe autoriza, entretanto, repelir a aplicação das regras processuais, porque supostamente estorvam a satisfação do exequente. Resta-lhe aplicá-las ou declará-las inconstitucionais. E, neste último caso, nem sequer a corte constitucional (STF) arvora-se explicitamente em legislador positivo. Por conseguinte, mostrar-se-ia ilegítimo engendrar um mecanismo próprio, específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra. Nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade.” O tema será retomado mais à frente.

¹¹ Sobre o tema, esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Essa abertura do sistema, como é evidente, significa nova ruptura paradigmática no modelo processual brasileiro. Ao passo que dá novo significado à atividade jurisdicional, valorizando o *imperium* contido na decisão judicial, confere novos mecanismos de proteção dos direitos. A regra, ademais, supre a lacuna inconstitucional da legislação brasileira, colocando a tutela das prestações pecuniárias no mesmo nível que aquela oferecida às outras formas de interesses. O código brasileiro, então, dá passos importantes para uma tutela mais efetiva, adequada e tempestiva de todos os direitos. [...] é possível esperar que a regra ressignifique a estrutura de efetivação dos direitos fundadas em sentença no direito brasileiro, suprimindo muitos dos defeitos até então vividos pelo processo civil na sua fase de execução. Há, de todo modo, uma luz no fim do túnel.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. II. São Paulo: RT, 2015. p. 703.

1.1.1 Alterações relativas ao cumprimento de sentença

O CPC/2015 consagrou o modelo de processo sincrético¹²⁻¹³ re-estabelecido pela reforma de 2005 ao antigo CPC, indicando que o processo não se encerra com a sentença proferida na fase de conhecimento, seguindo-se o cumprimento de sentença, a ser requerido mediante simples petição dirigida ao juízo competente, como etapa do processo a ser

¹² Escrevendo sobre o processo sincrético, explica Teresa Arruda Alvim Wambier: "O processo sincrético é aquele em que se podem desenvolver a função cognitiva, a executiva e a cautelar. A expressão se opõe a processo autônomo, que é aquele em que se exerce só um tipo de função. Para a satisfação integral do credor, na concepção tradicional, muitas vezes chegavam a suceder-se quatro processos autônomos: cautelar, dois processos de conhecimento (condenação genérica e liquidação) e processo de execução. Hoje, além de haver cautelaridade no processo de conhecimento (art. 273 § 7.º); execução no processo cautelar (execução de liminares) e conhecimento no processo de execução (exceção de preexecutividade), com a Lei 11.232/2005, se quis que a execução, quando se trata de título judicial, se transmudasse em "fase" do iter que leva à satisfação do credor, sendo realizada no mesmo processo, instaurado pela apresentação da inicial somada à citação do réu. Assim, nesta nova fase (e não mais um "segundo" processo subsequente), não há uma "segunda" citação do réu (agora executado). Tem-se entendido que o processo sincrético, principalmente o processo que abrange fases subsequentes, cognitiva e executiva, é capaz de proporcionar de forma mais intensa e eficaz o respeito ao princípio da celeridade e da efetividade [...]. " WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do Processo. *Revista dos Tribunais*, vol. 855, jan., 2007, São Paulo, p. 3; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 678. Para Rodolfo Hartmann, contudo, o processo sincrético não foi uma novidade trazida pelas reformas do processo de execução no CPC/73: "[...] não é correto concluir que foram essas leis as responsáveis pela criação do processo sincrético, uma vez que este já existia desde o momento da criação do atual CPC [1973] como se pode depreender, por exemplo, na ação de depósito, cujo cumprimento de sentença, até hoje, independe de processo executivo autônomo. Só que tais situações eram restritas a bem poucos procedimentos especiais. Com a criação das já citadas leis, ocorreu uma mitigação da autonomia do processo executivo, embora não a sua total abolição, uma vez que, na maioria das vezes, o título executivo judicial não precisará ser executado em processo autônomo. Com efeito, após a prolação da sentença, encerrando a etapa cognitiva, será iniciada a segunda fase dentro do mesmo processo, agora com a atuação jurisdicional, focando o cumprimento da obrigação reconhecida no título. Mas, muito embora o processo permaneça uno, ainda assim é possível sustentar a dualidade de ações." HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 3.

¹³ Uma crítica pertinente é a mencionada por Araken de Assis: "O princípio da autonomia cedeu, nos últimos tempos, à ilusória tentação de dotar as ações de força executiva, provendo a execução das resoluções judiciais *in simultaneo processu*. Como já se assinalou, a classificação das ações em executivas ou condenatórias descansa no direito material e técnica processual é incapaz de obliterar a respectiva diferença: na ação de força executiva, o ato recairá em bem integrante do patrimônio do vencedor; na ação de força condenatória, o ato recairá em bem integrante do vencido, se houver. Ademais, 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. Seja como for, admitindo-se a execução *in simultaneo processu*, nos casos do art. 515, I, desaparece a necessidade de instauração de novo processo e o princípio da autonomia perde seu vigor originário; precisamente, desaparece a independência da estrutura (relação processual autônoma). Subsiste a autonomia funcional, porém: os atos de realização coativa do direito reconhecido no provimento distinguem-se dos atos que conduziram ao seu reconhecimento. Na cognição, preponderam os atos decisórios do órgão judicial (trabalho de gabinete); na execução, os atos materiais (trabalho de campo)." ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT. 2016. p. 142

realizada de acordo com o interesse e a responsabilidade do credor¹⁴. O modelo de cumprimento de sentença, que é a execução de títulos executivos judiciais, aplica-se para a efetivação de decisões que digam respeito a qualquer tipo de prestação: fazer, não fazer, entrega de coisa e pagar quantia certa contra devedor solvente.

Nesse ponto, é mister ressaltar as principais alterações realizadas pelo CPC/2015 em comparação com o legislador reformista de 2005. O cumprimento de sentença, tal qual regido pelo Código de Processo Civil, solucionou uma série de questões que havia sido mal formuladas quando da reforma ao CPC/1973.

A primeira regra importante é a que consta no art 513, § 1º, do CPC. Nela consta que o cumprimento de sentença de pagar quantia depende de requerimento do credor. Essa situação decorre da responsabilidade do exequente pelos danos causados ao executado no caso de execução injusta e indica a preferência pelo sistema dispositivo, já que ao magistrado não seria lícito determinar o cumprimento de sentença *ex officio*. Essa regra é corroborada pelo art. 523, *caput*, do CPC, que, ao se referir ao cumprimento de sentença de pagar quantia certa contra devedor solvente, expressamente impõe o requerimento do credor para que se inicie essa etapa processual. A *contrario sensu*, em se tratando de cumprimento de sentença de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, não haveria necessidade de requerimento do credor, podendo o juiz iniciar a execução *ex officio*¹⁵. Ter-se-ia, nesse aspecto, uma consequência decorrente da eficácia das sentenças mandamental e executiva *lato sensu*.

O art. 513, §2º, do CPC expressamente prevê a intimação do devedor para que este cumpra com a obrigação decorrente da sentença. Essa norma acabou por solucionar a celeuma acerca da necessidade ou não de intimação do devedor para o cumprimento de sentença¹⁶, não tendo prevalecido o entendimento de que o prazo para o pagamento era contado de forma automática, após o trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, por se tratar de uma fase do processo, não há necessidade de citação do executado (salvo nas já mencionadas hipóteses de

¹⁴ Haverá, contudo, uma nova relação jurídica processual em se tratando de títulos executivos judiciais externos, assim definidos pelo art. 515, parágrafo único, do CPC, que, por terem sido formados em outra relação jurídica processual, são veiculados por meio de outra demanda. Se encontram nessa hipótese a sentença arbitral, a sentença penal condenatória, a sentença estrangeira homologada pelo STJ e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* pelo STJ. Excepcionalmente, pode ocorrer a mesma situação em cumprimento de sentença de alimentos, caso o alimentado tenha alterado o seu domicílio após a sentença proferida na ação relativa a alimentos.

¹⁵ Nesse sentido, GAJARDONI et al., *Processo...*, cit., p. 681-682. Em sentido contrário, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao artigo 513*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 797. O art. 536, do CPC, indica que o juiz pode determinar de ofício ou a requerimento do exequente as medidas cabíveis para a satisfação da obrigação, mas é silente em relação à inauguração da fase de cumprimento de sentença.

¹⁶ Sobre o tema v., por todos, REICHEL, Luis Alberto. Considerações sobre o prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário da sentença (art. 475-J do CPC). *Revista de Processo*, vol. 165, nov., 2008.

títulos executivos judiciais externos), mas sim de intimação e que será feita: i) por Diário da Justiça, na pessoa do seu advogado, caso o devedor tenha advogado constituído nos autos (salvo se realizado após um ano do trânsito em julgado da sentença, hipótese em que a intimação será feita na pessoa do devedor, por via postal - art. 513, § 4º, do CPC); ii) por carta com aviso de recebimento, quando o devedor não tiver advogado constituído nos autos ou for assistido pela Defensoria Pública; iii) por meio eletrônico, quando não houver procurador constituído nos autos; iv) por edital, quando citado por edital tiver permanecido revel na fase de conhecimento.

No regime dos títulos executivos judiciais, merece importância a inclusão do crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial. Não havia lógica alguma considerar um crédito de auxiliar da justiça homologado por decisão judicial um título executivo extrajudicial. Ressalte-se, contudo, que diante da obrigação de antecipar as despesas processuais, conforme estabelece o art. 82, do CPC, a regra deve ter pouca aplicação prática, salvo na hipótese de beneficiário da gratuidade de justiça que, posteriormente, vem a ter esse benefício revogado. Nesse caso i) o objeto da execução é o crédito do auxiliar da justiça, embora o título executivo seja a decisão do juiz que homologa os honorários; e ii) o crédito terá como titular uma pessoa que não faz parte do processo originariamente.

O art. 517, do CPC, trouxe uma nova forma de medida coercitiva indireta típica que é o protesto da decisão judicial transitada em julgado. Trata-se de previsão inovadora, embora já fosse praticado na vigência do CPC/73, e sendo uma forma de estimular o cumprimento da sentença por parte do devedor. Isso decorre do fato de que o crédito adquire uma importância relevante na sociedade e o protesto da decisão judicial que estabelece uma obrigação ao devedor acaba tendo o crédito dificultado quando existem restrições como a indicada pelo referido dispositivo legal.

O disposto no art. 518, do CPC, permite que questões relativas à validade do procedimento e de atos executivos supervenientes à penhora possam ser alegadas por simples petição do executado, nos próprios autos e decididas de plano pelo juiz. É o que a doutrina e jurisprudência denominam de “exceção de pré-executividade”¹⁷, mas que acabou recebendo previsão expressa na lei.

No cumprimento provisório de sentença foi definido que há incidência da multa de 10% e dos honorários, previstos no art. 523, §1º, do CPC, no caso de cumprimento provisório

¹⁷ Sobre o tema, veja, *infra*, capítulo 9.

de obrigação de pagar quantia certa. Esclareceu-se, também, que a efetivação do pagamento para a isenção da incidência da multa e dos honorários não afeta o recurso eventualmente interposto, já que o objetivo é, tão somente, evitar a incidência dos consectários legais acima mencionados (art. 520, §§ 2º e 3º, do CPC), pois o cumprimento voluntário da obrigação é um caso de renúncia ao direito de recorrer por configurar violação ao princípio da boa-fé (*venire contra factum proprium*).

Ainda no cumprimento provisório, previu-se a possibilidade do executado apresentar impugnação ao cumprimento de sentença (art. 520, § 1º, do CPC), esclarecendo uma consequência natural da incidência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na fase de cumprimento provisório de decisões judiciais.

E regulou a hipótese de, no caso de alienação de bens, haver a restituição ao estado anterior por reforma ou anulação do título executivo, não prejudicando o terceiro adquirente, mas conferindo o direito ao executado de requer a reparação dos prejuízos ao então exequente que prosseguiu com o cumprimento provisório da decisão, assumindo o risco de sua reforma ou invalidação (art. 520, § 4º, do CPC). Essa situação pode, inclusive, ser regulada por negócio processual, como adiante se verá.

No cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, o art. 523, do CPC, determina que o executado será intimado (ou eventualmente citado) para pagar em 15 dias, acrescidos de custas, se existentes. Uma vez não havendo o pagamento nesse prazo, incidem, automaticamente, a multa de 10% sobre o valor do débito atualizado e, também, honorários de advogado no mesmo percentual. A outra consequência do não pagamento integral no prazo estabelecido é a expedição de mandado de penhora e avaliação, iniciando-se a etapa do cumprimento forçado da obrigação.

Não há muita novidade nesse dispositivo, em relação ao correlato art. 475-J, do CPC/73, porém uma polêmica instaurou-se: a contagem do prazo de 15 dias é em dias úteis ou dias corridos? A resposta depende da natureza do prazo: se de natureza processual, hipótese em que a contagem seria em dias úteis (art. 219 e parágrafo único, do CPC); se de natureza material, a contagem ocorre em dias corridos. A resposta a essa pergunta possui duas consequências práticas relevantes: i) define a incidência da multa e honorários de advogado, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC; ii) influencia no prazo para a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença. Embora o pagamento seja um ato de direito material, no presente caso é preciso ter em conta que tal ato surtirá efeitos no plano processual, especificamente indicando o cumprimento (parcial) da obrigação. Dessa forma,

entender o prazo para cumprimento voluntário da obrigação como processual, por conseguinte, contado em dias úteis, é o que mais se adequa ao sistema processual civil¹⁸.

O CPC/2015 regulou também os requisitos que o requerimento de cumprimento de sentença deve observar. Não obstante seja veiculado mediante simples petição, é mister que tal requerimento deve conter os dados completos do exequente e do executado (em relação a este, se tais dados não forem conhecidos, deve o juiz, a requerimento do exequente, realizar diligências com esse objetivo (art. 319, § 1º, do CPC)). É importante que conste o valor devido e o demonstrativo discriminado e atualizado do débito, indicando-se os parâmetros que foram utilizados na elaboração da tabela. O art. 524, do CPC, regulou, também, que o juiz deve requisitar os dados para a elaboração dos cálculos que se encontrem em poder do executado ou de terceiros, sob pena de configurar crime de desobediência e serem reputados corretos os cálculos apresentados pelo exequente.

No que diz respeito à defesa do executado, o CPC/2015 estabeleceu o prazo de apresentação - 15 dias - contados, de forma automática, do término do prazo para o pagamento voluntário. Dispensou, também, a penhora para a apresentação da impugnação, igualando-se ao regime de embargos à execução.

¹⁸ Nesse sentido, GAJARDONI et al., *Processo...*, cit., p. 726. O STJ, recentemente, também encampou esse entendimento: [...] 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, previsto no art. 523, caput, do Código de Processo Civil de 2015, possui natureza processual ou material, a fim de estabelecer se a sua contagem se dará, respectivamente, em dias úteis ou corridos, a teor do que dispõe o art. 219, caput e parágrafo único, do CPC/2015. 2. O art. 523 do CPC/2015 estabelece que, "no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver". 3. Conquanto o pagamento seja ato a ser praticado pela parte, a intimação para o cumprimento voluntário da sentença ocorre, como regra, na pessoa do advogado constituído nos autos (CPC/2015, art. 513, § 2º, I), fato que, inevitavelmente, acarreta um ônus ao causídico, o qual deverá comunicar ao seu cliente não só o resultado desfavorável da demanda, como também as próprias consequências jurídicas da ausência de cumprimento da sentença no respectivo prazo legal. 3.1. Ademais, nos termos do art. 525 do CPC/2015, "transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação". Assim, não seria razoável fazer a contagem dos primeiros 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário do débito em dias corridos, se considerar o prazo de natureza material, e, após o transcurso desse prazo, contar os 15 (quinze) dias subsequentes, para a apresentação da impugnação, em dias úteis, por se tratar de prazo processual. 3.2. Não se pode ignorar, ainda, que a intimação para o cumprimento de sentença, independentemente de quem seja o destinatário, tem como finalidade a prática de um ato processual, pois, além de estar previsto na própria legislação processual (CPC), também traz consequências para o processo, caso não seja adimplido o débito no prazo legal, tais como a incidência de multa, fixação de honorários advocatícios, possibilidade de penhora de bens e valores, início do prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, dentre outras. E, sendo um ato processual, o respectivo prazo, por decorrência lógica, terá a mesma natureza jurídica, o que faz incidir a norma do art. 219 do CPC/2015, que determina a contagem em dias úteis. 4. Em análise do tema, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF aprovou o Enunciado n. 89, de seguinte teor: "Conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC". 5. Recurso especial provido. REsp 1708348/RJ - Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze - 3ª Turma do STJ - j. em 25/06/2019

Em relação à matéria de defesa, incluiu a possibilidade de alegações relativas à inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; cumulação indevida de execuções e incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução, na esteira da nova sistemática de alegação da incompetência relativa, tendo-se extinguido a exceção de incompetência relativa. Indicou, também, a forma de alegação de impedimento ou suspeição do juiz, que segue a regra geral prevista nos arts. 146 e 148, do CPC.

Esclareceu a aplicabilidade do prazo em dobro no caso do art. 229, do CPC, quando, havendo litisconsórcio, os réus estejam patrocinados por advogados distintos. Clarificou a consequência jurídica do não cumprimento do ônus atribuído ao impugnante quando este alega excesso de execução, em se tratando de cobrança superior ao valor devido no título executivo - indicar o valor que entende devido e apresentar planilha discriminada de débito -, ocorrendo sua rejeição liminar se esse for o único fundamento ou não julgamento dessa alegação, se outras matérias defensivas foram apresentadas na impugnação.

Regulou, também, o efeito suspensivo à impugnação, indicando ainda que a suspensão permite o reforço, a substituição ou redução da penhora e avaliação de bens penhorados, bem como esclarece que é possível a suspensão parcial da execução e a extensão da suspensão aos demais litisconsortes caso um deles apresente impugnação cuja matéria de defesa seja comum a todos.

Estabeleceu, ainda, a possibilidade de alegação, por simples petição, de questões relativas a fatos supervenientes ao prazo para a apresentação da impugnação, bem como as que dizem respeito à validade e adequação da penhora, avaliação e atos executivos subsequentes, estabelecendo o prazo de 15 dias a contar da ciência do fato ou intimação do ato para fazê-lo. Por fim, explicitou a alegação de inexigibilidade da obrigação decorrente de controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

O CPC/2015 regulou, ainda, no art. 526, a possibilidade do réu, antes de iniciado o cumprimento de sentença, oferecer, em juízo, o pagamento do valor que entende devido, mediante a apresentação da memória de cálculo discriminada. É um incidente processual que permite ao réu o cumprimento da obrigação de forma espontânea, evitando, assim, a incidência da multa de 10% (dez por cento) do art. 523, §1º, do CPC (o que só ocorrerá, sobre o saldo, caso o autor, intimado para se manifestar em 5 (cinco) dias, demonstre a insuficiência do pagamento realizado).

A seguir, o CPC trata do cumprimento de sentença de obrigação alimentar. Nessa perspectiva, houve alguns avanços na tutela do direito do alimentante. Inicialmente, estabeleceu-se a defesa por meio de justificativa, a ser apresentada em 3 (três) dias, sendo

certo que “somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento” (art. 528, § 2º, do CPC). Trata-se de situação bastante peculiar, na medida em que os magistrados são refratários aos motivos apresentados para o não cumprimento da obrigação alimentar. Talvez as despesas extraordinárias decorrentes de um tratamento de saúde próprio ou de parente¹⁹, ou então as despesas decorrentes do falecimento de parente próximo. Uma vez não ocorrendo o pagamento no prazo indicado ou não tenha o executado apresentado justificativa, o juiz, de ofício, determinará o protesto do pronunciamento judicial, conforme previsão geral constante do art. 517, do CPC. Essa normal especial, contudo, traz duas peculiaridades: a) independe de requerimento do credor, como ocorre em relação à regra geral constante do art. 517, do CPC; e b) permite o protesto, inclusive, de decisão interlocutória que fixa alimentos, ainda não transitado em julgado, o que não ocorre na hipótese do art. 517, do CPC²⁰. A prisão, que pode ser decretada por um prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, deve ser cumprida em regime fechado e somente pode ser decretada em relação ao cumprimento de sentença que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao requerimento de cumprimento de sentença e as que se vencerem no curso do processo²¹. Além disso, o art. 528, § 8º, do CPC, permite a opção do exequente pelo que rito que deseja seguir, se da prisão ou de penhora. Dependendo da situação, pode ser menos gravoso e com maiores chances de sucesso a utilização do rito expropriativo, principalmente

¹⁹ GAJARDONI et al., *Processo...*, cit., p. 769.

²⁰ Idem, p. 771. Não obstante, algumas questões ficam em aberto, como bem apontado pelo autor: quem deve arcar com as custas do protesto? E quem responde no caso de protesto indevido?

²¹ Consagração legislativa da Súmula n. 309, do STJ, que definiu a urgência da obrigação alimentar como parâmetro para aplicar a medida drástica. Sobre o tema: [...] 1. A questão controvertida consiste em saber se o Juízo de primeiro grau poderia ter convertido, de ofício, o procedimento de execução de alimentos com base no art. 528, § 3º, do CPC/2015, que permite a decretação de prisão civil do executado, para o rito previsto no § 8º do mesmo dispositivo legal, em que se observará a execução por quantia certa, sem possibilidade de prisão. 2. Da leitura do art. 528, §§ 1º a 9º, do Código de Processo Civil de 2015, extrai-se que o credor possui duas formas de efetivar o cumprimento de sentença que fixa alimentos. A primeira, prevista no parágrafo 3º da norma legal em comento, dispõe que, caso o executado não pague ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Já a segunda, por sua vez, seguirá o rito processual do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (CPC/2015, arts. 523 a 527), hipótese em que será vedada a prisão civil do devedor, conforme estabelece o § 8º. 3. Feita a escolha do procedimento que permite a prisão civil do executado, desde que observado o disposto na Súmula 309/STJ, como na espécie, não se mostra possível a sua conversão, de ofício, para o rito correspondente à execução por quantia certa, cuja prisão é vedada, sob o fundamento de que o débito foi adimplido parcialmente, além do transcurso de tempo razoável desde o ajuizamento da ação, o que afastaria o caráter emergencial dos alimentos. 4. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, o pagamento parcial do débito alimentar não impede a prisão civil do executado. Além disso, o tempo transcorrido desde o ajuizamento da ação de execução, salvo em situações excepcionais, não tem o condão de afastar o caráter de urgência dos alimentos, sobretudo no presente caso, em que a demora na solução do litígio foi causada pelo próprio devedor, sem contar que os alimentandos possuem, hoje, 10 (dez) e 15 (quinze) anos de idade, o que revela a premente necessidade no cumprimento da obrigação alimentar. 5. Recurso especial provido. REsp 1773359/MG - Rel. Min. Marco Aurélio Belizze - j. em 13/08/2019 - Terceira Turma do STJ

quando o executado labora com vínculo empregatício ou percebe algum benefício previdenciário, sendo possível se valer do meio executivo de desconto em folha de pagamento, que assegura o recebimento da obrigação e permite que o executado siga laborando.

Essa hipótese, inclusive, é prevista no art. 529, § 3º, do CPC, que permite o desconto em folha de pagamento da dívida pretérita, além da obrigação alimentar atual, desde que seja observado o limite máximo de cinquenta por cento de seus rendimentos líquidos. É medida que objetivo resguardar os direitos do exequente sem inviabilizar a subsistência do devedor.

O art. 528, § 9º, do CPC estabelece uma regra de competência para o cumprimento de sentença de alimentos, permitindo-se que a mesma seja processada e julgada: i) no juízo do domicílio do executado; ii) no juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à execução; iii) no juízo do domicílio do exequente.

O art. 532, do CPC, por fim, determina que o juiz, no caso de conduta protelatória do executado, noticie o Ministério Público para que seja apurada a prática do crime de abandono material, previsto no art. 244, do CP.

O CPC/2015 também regulou o cumprimento de sentença que estabeleça uma obrigação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública. Eliminou-se, assim, o sistema do CPC anterior, em que a execução contra a Fazenda Pública implicava na formação de uma nova relação processual, mesmo em se tratando de título executivo judicial, sendo necessária a citação do executado para apresentar embargos à execução.

Atualmente, a Fazenda Pública é intimada (não para pagar, pois o pagamento deve observar a ordem de pagamentos dos precatórios ou das requisições de pequeno valor) para impugnar a execução, no prazo de 30 (trinta) dias. Foi esclarecido, também, que pelo regime da impenhorabilidade dos bens públicos e da necessidade de observar a ordem de pagamento dos débitos, não incide a multa de 10% sobre o valor atualizado do débito (art. 534, §2º, do CPC c/c art. 523, § 1º, do CPC).

No que diz respeito à defesa da Fazenda Pública, que deve ser apresentada em 30 dias (não incidindo a prerrogativa de prazo, diante do art. 183, § 2º, do CPC) e nos próprios autos, o CPC/2015 estabeleceu o mesmo rol do art. 525, § 1º, do CPC, com exceção, naturalmente, à penhora incorreta ou avaliação errônea, pois inaplicável *in casu*. Destaque importante se refere ao ônus da parte impugnante de, no caso de alegar excesso de execução quando o exequente pleiteia valor superior ao que consta no título executivo, indicar o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento desse argumento.

O legislador processual também regulou, de forma mais completa, o cumprimento de sentença relativo às obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Reiterou o princípio da primazia da tutela específica da obrigação²², sendo possível ao juiz se valer de todas as medidas necessárias para o garantir a efetivação dessa tutela ou assegurar o resultado prático equivalente, aplicando-se, medidas coercitivas típicas e/ou atípicas.

Estabeleceu, também, que a conduta recalcitrante do executado em, injustificadamente, cumprir com a determinação judicial caracterizará litigância de má-fé e, eventualmente, caracterização de crime de desobediência, podendo incidir em multa, nos termos do art. 77, do CPC.

Esclareceu, também, que se aplica ao cumprimento de sentença dessa espécie de obrigação o disposto no art. 525, especialmente no que tange à possibilidade de apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença pelo executado, como forma de defesa.

Determinou a aplicação do respectivo rito executivo ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional. Nesse caso, por exemplo, relativos à direitos de vizinhança, direitos de família, direitos da personalidade, etc. A aplicação da multa periódica (*astreinte*), também foi melhor regulada pelo art. 537, do CPC, esclarecendo-se, por exemplo, que i) a multa vencida é devida ao autor/exequente, não sendo possível a sua modificação pelo juiz na fase de cumprimento de sentença; ii) que sem se tratando de cumprimento provisório da multa, o levantamento do valor somente poderá ser feito após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte; e iii) que a multa é devido a partir do dia em que se configurar o descumprimento da decisão, durando até quando a decisão não for cumprida.

Essas são, por conseguinte, as principais modificações trazidas ao regime de cumprimento de sentença pelo CPC/2015.

1.1.2 Inovações no Livro II da Parte Especial: o processo de execução

Inicialmente, o Livro II apresenta seu âmbito de incidência, qual seja, o processo de execução e, de forma subsidiária, aos procedimentos especiais de execução e aos atos

²² Sobre o tema v, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, assim como os efeitos de atos ou fatos processuais que a lei confira força executiva.

O processo de execução, definido como a execução de título executivo extrajudicial, rege-se pelo disposto nos arts. 771 e segs. do CPC, sendo as suas normas aplicadas subsidiariamente: i) no cumprimento de sentença; e ii) nas execuções especiais²³, sempre quando ausente norma específica. Se, mesmo assim, ainda persistir a omissão, devem ser aplicadas as regras relativas ao processo de conhecimento.

A principiologia cooperativista na condução do processo de execução segue prevista expressamente nos arts. 772 e 773, do CPC, englobando, no dever de cooperação o juiz, as partes e terceiros. Tais dispositivos são complementados pelas condutas que caracterizam violação ao princípio da boa-fé processual, caracterizando ato atentatório à dignidade da justiça na fase executiva, punindo a conduta desidiosa do executado. Assim, fraudar à execução; resistir injustificadamente ao cumprimento de ordens judiciais, dificultar a efetivação da penhora; opor ardis e meios artificiosos à execução e não indicando, quando intimado, bens que possam ser objeto de penhora configuram a violação aos deveres do executado.

O art. 782, do CPC, consagra a judicialização da execução no Brasil. Os atos executivos são determinados pelo magistrado e cumpridos pelo oficial de justiça, quando a lei não dispuser de forma diversa²⁴. Aqui foi tímido o legislador ao não prever uma figura semelhante ao agente de execução²⁵, tal como previsto no CPC português, o qual é permitido

²³ Pode-se indicar como procedimentos executivos comuns os relativos à execução: i) por quantia certa contra devedor solvente; ii) de obrigações de fazer e não fazer; e iii) para entrega de coisa. São procedimentos executivos especiais: i) contra a Fazenda Pública; ii) relativas à obrigação alimentar; iii) contra devedor insolvente e iv) os previstos na legislação extravagante (v.g., Lei de Execução Fiscal).

²⁴ Há muitos atos executivos que não são efetivados por oficial de justiça, como, por exemplo, a penhora *on line*, a avaliação de bem que dependa de conhecimento técnico, entre outros.

²⁵ Artigo 720.º Agente de execução: 1 - O agente de execução é designado pelo exequente de entre os registados em lista oficial. 2 - Não tendo o exequente designado o agente de execução ou ficando a designação sem efeito, esta é feita pela secretaria, segundo a escala constante da lista oficial, através de meios eletrónicos que garantam a aleatoriedade no resultado e a igualdade na distribuição. 3 - A designação referida no número anterior é realizada de entre os agentes de execução inscritos ou registados na comarca ou, na sua falta, de entre os inscritos ou registados nas comarcas limítrofes, sendo o agente de execução notificado da sua designação pela secretaria, por meios eletrónicos. 4 - Sem prejuízo da sua destituição pelo órgão com competência disciplinar, o agente de execução pode ser substituído pelo exequente, devendo este expor o motivo da substituição; a destituição ou substituição produzem efeitos na data da comunicação ao agente de execução, efetuada nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. 5 - As diligências executivas que impliquem deslocções cujos custos se revelem desproporcionados podem ser efetuadas, a solicitação do agente de execução designado e sob sua responsabilidade, por agente de execução do local onde deva ter lugar o ato ou a diligência ou, na sua falta, por oficial de justiça, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 722.º, sendo o exequente notificado dessa circunstância. 6 - O agente de execução pode, sob sua responsabilidade e supervisão, promover a realização de quaisquer diligências materiais do processo executivo que não impliquem a apreensão material de bens, a venda ou o pagamento, por empregado ao seu serviço, devidamente credenciado pela

efetuar todas as diligências do processo executivo que não sejam da competência do juiz ou da secretaria, incluindo citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registros, liquidações e pagamentos (art. 719, do CPC/2013). Seria uma medida importante de desjudicialização da execução, seguindo tendência mundial²⁶. É possível que a desjudicialização de alguns procedimentos executivos pudesse contribuir com a celeridade e efetividade esperadas do processo de execução²⁷. Permite-se, também, que a requerimento da parte, o nome do executado passe a constar do cadastro de inadimplentes,

entidade com competência para tal nos termos da lei. 7 - Na falta de disposição especial, o agente de execução realiza as notificações da sua competência no prazo de 5 dias e pratica os demais atos no prazo de 10 dias. 8 - A designação do agente de execução fica sem efeito se ele declarar que não a aceita por meios eletrônicos, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

²⁶ A respeito: "In almost all civil law or common law countries, the enforcement of judgments, commonly called execution, is traditionally carried out by the court and/or a court-related officer, such as a court clerk, sheriff or bailiff. There are some notable exceptions. In some Scandinavian countries, such as Sweden, Finland, and Iceland, the enforcement of judgment comes under the jurisdiction of a governmental agency independent from the court. The Swedish Enforcement Authority is primarily in charge of tax collection under the administration of the tax agency and, therefore, is said to be more efficient than elsewhere. The Finnish agency is under the ministry of justice. In the French type of system, the enforcement officer, called *huissier judiciaire*, has a long tradition, having existed since the time of the Ancien Régime. Even today, the *huissier judiciaire* is an independent and sole agency of execution. In the German system, there is a division of work between the court (judge or in many cases a court magistrate called *Rechtspfleger*) and the enforcement officer (*Gerichtsvollzieher*). The latter, who is a historical descendant of French *huissier*, is independently responsible for executions that require the exercise of physical force such as seizure and sale or eviction of chattels and recovery of land and for disclosure measures including their enforcement. The court is in charge of executions that can be processed by a series of orders and that require prudent judgment because of inherent complications, such as seizure and sale of real property, and the seizure of intangibles (e.g., garnishment). *Huissier* type enforcement officers are public officials but they do not receive a fixed salary from the state. They earn fees from the petitioner for the execution. The court clerk may also be an independent agency of execution as in Japan where a recent reform gave the court clerks the power to execute small claims judgements". CHASE, Oscar G. et al. *Civil litigation in comparative context*. Saint Paul: West Academic Publishing. 2017. p. 595-596. Classificando os sistemas executivos em i) por oficiais de justiça; ii) pelo juiz; iii) mistos; e iv) administrativos, v. HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: REE, C.H. van; UZELAC, A. (coords.). *Enforcement and enforceability - tradition and reform*. Antwerp: Intersentia. 2010. p. 44-49. No direito francês, v. LEBORGNE, Anne. *Droit de l'exécution*. 2. ed. Paris: Dalloz. 2014. p. 149 e segs. No direito alemão, v. MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press. 2004. p. 76-77. No direito português, v. p. FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal. 2017. p. 33-38.

²⁷ No Brasil, embora se veja um movimento de desjudicialização dos procedimentos, como nos casos dos arts. 610, § 1º e 733, do CPC, outorgando-os aos Cartórios, o mesmo não ocorre em relação à execução. Sobre o tema, v. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017. p. 81 e segs. A discussão foi posta em relação à arbitragem. Indicando a impossibilidade do árbitro praticar atos executivos v. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 142 e segs. Uma visão contrária pode ser encontrada em SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2018. p. 195 e segs. A respeito da desjudicialização da execução, v. RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2019. p. 143 e segs; FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. *Desjudicialização do processo de execução*. O modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá. 2015. p. 109 e segs. Há um projeto de lei de n. 6.204 de 2019, em tramitação junto ao Senado Federal, que desjudicializa a execução civil de título executivos judiciais e extrajudicial, instituindo a figura do agente de execução, que será exercido pelo tabelião de protesto (art. 3º, do PL).

que é, como já mencionado anteriormente, um meio coercitivo indireto para o cumprimento da obrigação.

O CPC/2015 renovou o rol de títulos executivos extrajudiciais e explicitou a força executiva dos acordos referendados por conciliador ou mediador credenciado pelo Tribunal e o seguro de vida em caso de morte. Inclui, no rol de títulos executivos, o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na convenção ou aprovadas na assembleia, desde que comprovadas documentalmente e, ainda, a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, conforme previsão legal. Explicitou-se, também, o direito de escolha do credor que possui um título executivo extrajudicial à ação de execução ou à ação de conhecimento²⁸, afastando a alegação relativa à falta de interesse de agir do credor que possuía um título executivo extrajudicial e ajuizava uma ação de conhecimento.

Na regulação da responsabilidade patrimonial secundária, quando terceiros respondem com seu patrimônio para o cumprimento de uma obrigação, foram incluídos, de forma a melhor sistematizar o tema, aquele que teve a alienação ou gravação com ônus real anulada em razão do reconhecimento da fraude contra credores e o responsável, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. O CPC também explicita que os atos executivos de titular de direito real limitado - por exemplo, o direito de superfície, a enfiteuse, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e o direito real de laje - devem recair sobre o bem do qual o executado é titular. Portanto, se o executado é o superficiário, os atos executivos devem recair sobre a construção ou plantação, ao passo que sendo o executado o proprietário do terreno, a penhora recairá sobre o terreno (art. 791, do CPC).

Regulou-se de forma mais sistemática as hipóteses de fraude à execução, caracterizada como, basicamente, a alienação ou oneração de bens do devedor quando já pendente, contra este, ação judicial proposta pelo credor. Assim, são quatro as hipóteses de fraude à execução reguladas pelo CPC, conforme dispõe o art. 792, sendo digno de nota a preocupação da tutela dos direitos do terceiro que se encontra de boa-fé. Definiu-se, também,

²⁸ Ou até ação monitória (Enunciado n. 446 do FPPC: Cabe ação monitória mesmo quando o autor for portador de título extrajudicial). Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 43.

a necessidade de intimação do terceiro adquirente, que poderá, se quiser, defender-se por meio de embargos de terceiro a serem opostos no prazo de 15 dias, sob pena de preclusão²⁹.

Acerca do princípio da menor onerosidade, que encontra espeque no art. 805, do CPC, estabeleceu o legislador que não basta a sua mera alegação: é necessário que o executado indique outros meios mais eficazes e menos onerosos que os já praticados, sob pena de manutenção dos atos executivos realizados (ou determinados).

Em relação à execução por quantia certa contra devedor solvente, houve uma melhor regulamentação da penhora, embora alguns importantes aspectos, que deveriam ter sido enfrentados pelo legislador, mais uma vez não foram regulados, quais sejam: i) a possibilidade de penhora do único imóvel do devedor, quando de elevado valor; e ii) a penhora de verbas com natureza salarial³⁰.

Regulou-se, também, de forma mais pormenorizada, as penhoras especiais: i) penhora *on line* (art. 854, do CPC); ii) penhora de créditos (art. 855, do CPC); iii) penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas (art. 861, do CPC); iv) penhora de empresa, outros estabelecimentos e semoventes (art. 862, do CPC); v) penhora de percentual de faturamento da empresa (art. 866, do CPC); e vi) penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel (art. 867, do CPC). As regras tentam equalizar o direito do credor e a proteção do devedor, da sociedade personificada e a função social da empresa.

A respeito das formas de satisfação dos direitos do credor, expressamente se permite que a adjudicação seja requerida após a tentativa frustrada de alienação do bem (art. 878, do CPC), situação que, em verdade, já ocorria na prática. Em relação à alienação realizada por meio de leilão judicial, incorporando a prática do leilão por meio eletrônico, que veio regulamentado por meio da Resolução 236/2016 do CNJ. O magistrado, na alienação judicial, deve fixar as condições para a realização do ato, determinando o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias que devem ser prestadas pelo arrematante (art. 885, do CPC). Estabeleceu, também, um parâmetro para o que deve ser considerado preço vil, nas aquisições em hasta pública, que leva à nulidade da arrematação.

²⁹ Nesse sentido: “Trata-se de prazo preclusivo, o qual, uma vez encerrado, afasta a possibilidade de que sejam apresentados embargos de terceiro pelo adquirente.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Execução e recursos*. Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 108. Da mesma forma, o Enunciado 54 da ENFAM: “A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4o, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, caput, do mesmo código.”

³⁰ A respeito, o art. 813, § 2º, do CPC.

A aquisição de bens em leilão foi facilitada para o arrematante, permitindo-se o pagamento parcelado do valor de arremate, regulando-se o pagamento mínimo e o valor total de prestações, bem como as consequências pelo inadimplemento do pactuado, bem como os critérios que devem ser utilizados caso haja mais de um interessado na arrematação (art. 895, do CPC). Foram reguladas, também, as hipóteses de invalidade, ineficácia e resolução da arrematação (extinguindo-se, nesse particular os embargos de segunda fase - embargos à arrematação - previsto no CPC/73), por meio de simples petição ou, após a expedição de carta de arrematação, a invalidação pode ser feita por meio de ação autônoma. Regulou-se, também, os casos de rescisão unilateral do arrematante, que deve ser sempre motivada (art. 903, do CPC).

Por fim, regulou-se a prescrição intercorrente como forma de extinção do processo de execução, a qual ocorre quando observadas as seguintes etapas: a) o processo executivo é suspenso, por decisão judicial, porque não foram encontrados bens do executado disponíveis para a penhora (art. 921, III, CPC); b) essa suspensão, que abrange o processo e a prescrição, dura um ano, quando o processo é arquivado; c) passado o prazo da prescrição do crédito (nos termos da Súmula 150, do STF), deve o juiz intimar as partes para se manifestarem, declarando, após, por sentença, a extinção da execução por prescrição intercorrente (art. 924, V, do CPC).

1.2 Princípios da função executiva

Diante do “apanhado” geral acerca do processo de execução no CPC/2015, resta analisar os princípios do processo de execução, que serão peças-chave para orientar a aplicação e interpretação das normas processuais.

Por princípios, entende-se, à luz da doutrina de Luis Roberto Barroso³¹,

a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Pode-se afirmar, portanto, diante da natureza jurídica das convenções processuais, que os princípios também orientam o magistrado ao analisar validade da cláusula. Não é, contudo,

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 241-242.

objetivo da tese o estudo aprofundado dos princípios processuais, mas somente analisar os princípios sob a ótica da execução e seu reflexo no estabelecimento dos negócios processuais.

Além dos princípios processuais gerais³² - que também incidem no processo de execução - existem princípios que orientam especificamente esse tipo de processo, sendo que não existe, em termos doutrinários, uma uniformidade no tratamento da questão.

Assim, exemplificativamente, José Gabriel Garcia Medina divide os princípios da execução em três grandes grupos, relativos: i) aos pressupostos básicos da execução (princípio da *nulla executio sine título* e da execução sem título permitida); ii) a estrutura ou forma da execução e sua relação com a cognição (princípio da autonomia da execução e do sincretismo entre cognição e execução); e iii) aos poderes do juiz e sua limitação tanto aos meios executivos suscetíveis de serem utilizados (princípio da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos)³³.

Leonardo Greco, por sua vez, sinaliza como princípios específicos da execução i) o de que não há execução sem título executivo; ii) o de que a execução se realiza no interesse do credor; iii) o da menor onerosidade para o devedor, iv) o da disponibilidade e v) o da fungibilidade do meio executório³⁴.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira indicam como princípios da tutela executiva: i) da efetividade; ii) da tipicidade e atipicidade dos meios executivos; iii) da boa-fé processual; iv) da responsabilidade patrimonial ou de que “toda a execução é real”; v) da primazia da tutela específica (ou maior coincidência possível ou do resultado); vi) do contraditório; vii) da menor onerosidade da execução; viii) da cooperação; ix) da proporcionalidade; x) da adequação e xi) do autorregramento da vontade na execução³⁵.

Marcelo Abelha, por outro lado, trata de diretivas da execução civil, por ser nomenclatura que, na visão do autor, é mais consentânea com a visão contemporânea da

³² Dentre os mais citados, pode-se indicar: i) devido processo legal; ii) contraditório e ampla defesa; iii) demanda e impulso oficial; iv) do convencimento motivado; v) publicidade; vi) cooperação; vii) lealdade processual; viii) tempestividade; ix) isonomia; x) primazia da decisão de mérito; xi) autorregramento da vontade; xii) proteção da confiança etc. Sobre o tema, veja, dentre outros: AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. vol. 271, set., 2017. versão eletrônica; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 511 e segs.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 20. ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 87-177; FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 49-64.

³³ MEDINA, José Gabriel Garcia. *Execução*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 108.

³⁴ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 252.

³⁵ DIDIER JR., Curso..., vol. 5, cit., p. 67-87.

execução³⁶, mencionando as seguintes: i) solução integral do mérito engloba a satisfação do direito com eficiência e em tempo razoável; ii) a busca da maior coincidência possível; iii) amplitude dos meios executivos (típicos e atípicos); iv) a probidade das partes na execução; v) sujeitabilidade do patrimônio e menor sacrifício possível; vi) procedimento executivo de desfecho único; vii) liberdade/disponibilidade da execução³⁷.

Por fim, para Araken de Assis são princípios da função executiva: i) da autonomia; ii) do título; iii) da responsabilidade patrimonial; iv) do resultado; v) da disponibilidade; vi) da adequação³⁸.

Não há, portanto, uma uniformidade no estudo dos princípios executivos, motivo pelo qual passa-se à análise dos mais relevantes para a presente tese.

1.2.1. Princípio da *nulla executio sine título*

Esse princípio significa que para que seja possível o ajuizamento da ação de execução, é necessário que seja a petição inicial ou requerimento instruído com o título executivo, que é um documento que o ordenamento jurídico outorga eficácia executiva. Considerado essencial para garantir a segurança jurídica, já que a execução autoriza o ingresso do Estado no patrimônio (e eventualmente na esfera pessoal) do executado para a satisfação da obrigação inadimplida, que se encontra estampada no título executivo³⁹, esse princípio tem passado revisão por parte da doutrina, como adiante se verá.

³⁶ “Preocupado em trazer maior cuidado e apuro técnico na nomenclatura e na utilização dos princípios, e também para evitar um criticável isolamento da tutela cognitiva com satisfativa, tal como se fossem fenômenos que não se entrelaçam, é que a partir dessa edição falaremos das *diretivas* da execução civil, que nada mais são do que orientações peculiares que devem ser dadas a alguns princípios do processo civil quando se está diante da tutela executiva.” ABELHA, Marcelo. *Manual de execução*..., cit., p. 59.

³⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 59-82.

³⁸ ASSIS, Araken de. *Manual*..., cit., p. 139-153.

³⁹ Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina: “A exigência de título executivo, para se dar azo ao processo de execução por esse prisma, também prescreve certa dose de segurança jurídica, no sentido de que seja possível saber, de antemão: a) quais fatos, dentre os diversos fatos jurídicos, foram selecionados pela norma jurídica como títulos executivos; b) que só terá acesso ao processo de execução quem detiver um título executivo, o que importa, em certa medida, numa espécie de controle, pelo órgão jurisdicional, da legitimidade da pretensão executiva deduzida pelo demandante mas, também; c) que alguém somente poderá sofrer, sobre sua pessoa ou seus bens, atos executivos, se tais atos executivos estiverem “legitimados” pela existência de um título executivo que seja a sua causa, e aqui se pode dizer que a necessidade do título executivo pode ser vista como uma garantia que se presta o ordenamento jurídico de que não por outra razão, mas somente em virtude de um título executivo é que alguém deverá se sujeitar à execução, ainda, d) considerando esta sua função típica, o título executivo habilita o exequente a ajuizar a ação de execução, o que importa indiscutível situação de vantagem em relação ao credor destituído de título executivo.” MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*..., cit., p. 164-165.

A concepção de título executivo estampada no CPC/73 recém promulgado não é o mesmo que se teve, por exemplo, em Roma (obviamente) e nem é o que se observa atualmente, já à luz do CPC/2015. Tal fenômeno ocorreu, basicamente, por três transformações no processo civil brasileiro: a) ampliação das hipóteses em que se passou a permitir a antecipação dos efeitos da tutela, o que alargou o conceito de pronunciamentos judiciais sujeitos à execução (art. 273, CPC/73, com a redação da Lei 8.952/94, e arts. 294 e 300, do CPC/15); b) o advento do procedimento monitório permitiu a realização de atos executivos de forma mais célere (art. 1.102-A do CPC/73, conforme a redação da Lei 9.079/95; art. 700, do CPC/15); e c) o abandono gradativo do binômio cognição-execução, com a utilização de ações sincréticas, que permitem a verificação do direito e sua efetivação em um mesmo processo, tal como concebido pelas sentenças executivas *lato sensu* (arts. 461 e 461-A, do CPC/73 na redação das Leis 8.952/94 e 10.444/2002, e arts. 497, 498, 536 e 538, do CPC/2015)⁴⁰.

Tais alterações são as mais importantes para demonstrar o colapso do postulado de que toda a execução se funda, necessariamente, em título executivo, o que foi incorporado ao CPC/2015, no art. 771, *caput*, que concede eficácia executiva “a atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva” e não somente ao título executivo.

Ao se pensar, por exemplo, na ação monitória, que é uma ação em que o juiz, ao se convencer da verossimilhança das alegações autorais determina a citação do réu para cumprir a obrigação, expedindo-se o mandado monitório, a execução será uma consequência da inércia do réu, que poderá se opor ao mandado por meio de embargos monitórios ou da improcedência destes. Assim, a concepção de título executivo, que permite a realização de atos executivos sem que se perquiria a existência efetiva do direito que lhe é subjacente⁴¹. O juiz, ao deferir o mandado monitório, exerce cognição sumária acerca das alegações apresentadas pelo autor e demonstradas em prova documentada.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução..., cit., p. 109-110.

⁴¹ MEDINA, Execução..., cit., p. 111. No mesmo sentido, Dinamarco: "Desdobramento da função do título executivo na teoria do interesse de agir é a eficácia, de que a lei o dota, de liberar o juiz de qualquer investigação acerca do direito firmado pelo demandante. Todo juízo de probabilidade da existência do direito, que acompanha os títulos executivos em geral, ao legislador compete e não ao juiz. Proposta a execução e estando fundada em título instituído em lei, não é que a presença deste seja levada em conta pelo juiz para que se convença da efetividade do direito subjetivo afirmado pelo exequente. Mais do que isso, ao juiz executivo é vedado pronunciar-se sobre a existência ou inexistência desse direito. [...] Falar em eficácia abstrata do título executivo é afirmar que este conduz o juiz a *prescindir* (abstrair-se) de qualquer comprovação do crédito, bastando-lhe o título como fator legitimante dos atos executivos, sem nada a julgar quanto ao mérito." DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 471.

Sobre a inadequação do conceito de título executivo, esclarece José Miguel Garcia Medina⁴²:

A ideia prevalecente de título executivo é insuficiente para abarcar, com clareza, todos os pronunciamentos jurisdicionais que têm eficácia executiva. Diante disso, pode-se conceber a existência de decisões judiciais que não constituem, propriamente, títulos executivos, pois estes são apenas aqueles expressamente designados como tais pela norma jurídica, dotados de abstração e, deste modo, capazes de dar ensejo à produção dos efeitos que lhes são próprios independentemente da averiguação da efetiva existência de direito material do credor. [...] A distinção, a nosso ver, é relevante, porque quase todas as considerações realizadas pela doutrina em relação aos títulos executivos em sentido estrito são inaplicáveis aos demais pronunciamentos jurisdicionais dotados de eficácia executiva. A concepção tradicional de título executivo não se amolda, satisfatoriamente, a tais pronunciamentos jurisdicionais, *que têm requisitos e efeitos diversos*.

Tais observações, embora direcionadas ao título executivo judicial, acabam recebendo o reforço, pelo CPC/2015, de um aumento e readequação do rol de títulos executivos extrajudiciais, como, por exemplo, "o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas e a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei." (art. 784, X e XI, do CPC).

A reformulação da teoria do título executivo recebe nova coloração diante da desmaterialização dos documentos e dos negócios jurídicos processuais, haja vista que é preciso verificar se o ordenamento comporta o estabelecimento de eficácia executiva a outros documentos por meio de convenção processual.

Colocada a problemática, remete-se o leitor ao item específico sobre o tema na presente tese, em que essa questão é abordada com maior profundidade.

1.2.2 Princípio da amplitude dos meios executivos (ou vedação ao *non factibile*)

Os meios executivos consistem, basicamente, nas técnicas que podem ser empregadas para que haja o cumprimento da obrigação com a satisfação da obrigação descumprida. São técnicas que legitimam a atuação estatal em prol da obtenção do resultado adequado com a tutela executiva. O CPC/2015 deu um passo importante na busca da efetividade da execução ao prever a possibilidade do magistrado, no art. 139, IV, do CPC, se valer, além das medidas

⁴² MEDINA, Execução, cit., p. 122.

executivas típicas, já estabelecidas pelo legislador, das medidas atípicas, ou seja, não estabelecidas na lei.

A aplicação de medidas típicas orientou o processo de execução por décadas, em respeito à submissão do juiz à lei e à necessidade de manter a segurança jurídica, pois não seria possível ao juiz aplicar medidas diversas daquelas previstas pelo legislador. Porém, além da previsibilidade na aplicação de medidas executivas, sobreveio a necessidade de garantir que os provimentos jurisdicionais fossem efetivos, rompendo, assim, a previsibilidade tão adequada (e ineficaz) dos meios executivos típicos. Sobre o tema, é interessante a análise de Luiz Guilherme Marinoni⁴³:

A sentença condenatória, por natureza atrelada aos meios de execução por expropriação previstos na lei, é ligada ao chamado *princípio da tipicidade dos meios de execução*. Segundo esse princípio, o vencedor somente pode se valer dos meios executivos *tipificados na legislação*. Isso constituiria – como disse Chiovenda e confirmou Denti de forma crítica - *uma garantia de liberdade do réu contra a possibilidade de arbítrio do Estado*. No entanto, se a tipicidade dos meios de execução, como garantia contra o arbítrio do Estado-Juiz, era justificável há cem anos, isso não tem razoabilidade nos dias de hoje. O problema da sociedade contemporânea não é mais apenas garantir a liberdade do indivíduo contra a ameaça de opressão estatal, porém viabilizar a tutela efetiva dos direitos, muitos deles essenciais para a sobrevivência digna do homem.

Assim, verificado que os meios típicos se encontra(va)m obsoletos, inadequados e inefetivos, passou-se a aplicar medidas atípicas, com expressamente previsto pelo CPC/2015, estendendo, inclusive, tais medidas para a tutela de obrigações pecuniárias, demonstrando que não somente em relação às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa - em que já se permitia a aplicação de medidas atípicas, diante do que já dispunha os arts. 461 e 461-A, do CPC/73 e 84, do CDC, estendendo tais medidas às obrigações de pagar quantia.

Esse mecanismo é importante porque, com exceção da obrigação de natureza alimentar e das que se voltam contra ou a favor da Fazenda Pública, não existe qualquer especialização procedimental da execução por quantia certa a depender da finalidade daquela execução. A execução por indenização de atos ilícitos, cobrança de multa processual, cobrança de astreintes, perdas e danos do inadimplemento de um contrato, etc., estão subordinados ao mesmo esquema procedimental, que é o da execução pecuniária.

Há, porém, diferenças entre as obrigações que deveriam ter sido levadas em conta pelo legislador ao prever o esquema-tipo do procedimento, considerando, especialmente, a essencialidade da prestação ou a necessidade do caso concreto. Na ausência da atuação do

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 147.

legislador, caberá ao magistrado, por meio da aplicação de medidas atípicas ou pela gestão do procedimento, adequar a tutela executiva⁴⁴.

Portanto, a cláusula geral que permite ao magistrado a aplicação de medidas executivas atípicas se transforma em um instrumento poderoso para garantir a eficácia do processo de execução, sendo uma das grandes apostas para aumentar a já combatida efetividade da execução. Não existe, como pode ser verificado pela leitura do dispositivo legal, uma ordem de prevalência na aplicação das medidas executivas pelo juiz: ou seja, não é necessário que o juiz esgote a aplicação de todas as medidas típicas para, somente depois, aplicar medidas atípicas⁴⁵.

⁴⁴ Na crítica de Marcelo Abelha: “Levando em consideração a origem e o fim a que se destina o dinheiro o legislador poderia estabelecer procedimentos especiais para o pagamento de quantia no sentido de permitir uma tutela mais rente, mais lúida, mas efetiva e eficiente na obtenção do crédito. Não por acaso deu tratamento especial em relação ao crédito em dinheiro para prestação de alimentos e crédito em dinheiro contra a fazenda pública. Certamente, elementos do direito material atrelados à origem e ao fim a que se destina esse crédito foram decisivos para que o legislador desse um tratamento especial à execução pecuniária. O mesmo se diga para a execução fiscal promovida pela fazenda pública. Exceção feita às prestações pecuniárias destinadas à satisfação alimentar, bem como às que se voltam contra ou a favor da fazenda pública, cujas prerrogativas no plano material levaram o legislador a criar um procedimento especial, o que se observa é que a tutela executiva pecuniária contra devedor solvente colocam todos os créditos num barco comum, rigidamente construído, misturando indenizações por atos ilícitos, com créditos de astreintes, com multas processuais, com multas pecuniárias de contratos particulares, com perdas e danos de negócios jurídicos etc. Enfim, tratam todos os créditos pecuniários da mesma forma, proporcionando ao jurisdicionado uma tutela procedimental/meios padrão para todos. Bem sabemos que dinheiro é sempre instrumento de alguma coisa, mas sua origem e finalidade podem revelar uma situação de necessidade ou essencialidade que, talvez, mediante as circunstâncias do caso concreto, deveriam ter uma desigualação procedimental e de meios executivos típicos, coisa que o legislador não fez, mas permitiu que o magistrado fizesse com fulcro no artigo 139, IV, do CPC mediante a integração e colmatação da cláusula geral mencionada.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Gazeta Jurídica: Brasília. 2018. p. 35.

⁴⁵ Essa questão, porém, não é pacífica na doutrina e na jurisprudência. A bem verdade, tem prevalecido o entendimento de que as medidas atípicas seriam subsidiárias às típicas e somente poderiam ser aplicadas após a inefetividade destas, mediante decisão fundamentada e garantindo-se o contraditório. A respeito, o Enunciado de n. 12 do FPPC: "(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II." Veja-se a seguinte decisão recente do STJ: Recurso Especial. Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Cumprimento de sentença. Quantia certa. Medidas executivas atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de diretrizes a serem observada para sua aplicação. [...] 2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo. 3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha

Contudo, embora tenha sido um avanço em termos legislativos, a previsão também aumenta o papel do magistrado na aplicação dessas medidas, o que pode levar a abusos que devem ser corrigidos com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve orientá-lo na escolha da medida executiva atípica a ser aplicada no caso concreto.

Esse tema é tratado mais profundamente no capítulo relativo às convenções processuais sobre medidas executivas atípicas, ao qual remete-se o leitor.

1.2.3 Princípio da primazia da tutela específica da obrigação

Por meio deste postulado, o jurisdicionado, ao buscar a tutela estatal, pretende, prioritariamente, o cumprimento *específico* da obrigação tal como estabelecido - seja na lei, seja na relação contratual (tutela *específica* da obrigação). Não é objetivo do credor, a princípio, que a obrigação seja convertida em seu equivalente pecuniário (tutela *ressarcitória* da obrigação).

Especialmente incidente nas obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, essa diretriz rompeu com uma percepção “clássica” do processo civil que somente deveria garantir a *tutela pelo equivalente monetário*. Não se imaginava garantir ao requerente a fruição do direito como estabelecido pela norma jurídica, sendo que a obrigação acabava se convertendo em perdas e danos.

Isso foi decorrência do pensamento do Estado liberal, momento em que as grandes codificações foram elaboradas, no final do século XIX e na primeira metade do século XX, em que o Estado somente servia para manter o *establishment*, além de estar assentado em duas premissas: i) a de que ninguém poderia estar obrigado a fazer aquilo que não quer, de modo a se resguardar a liberdade individual (*nemo praecise potest cogi ad factum*); e ii) a de que seria possível a conversão de qualquer prestação em seu equivalente monetário⁴⁶.

Essa percepção do processo como mero restaurador do “status quo” não se mostrou mais eficaz para um novo modelo de Estado e o advento de novos direitos que passaram a receber proteção estatal. Assim, por exemplo, a tutela dos direitos da personalidade⁴⁷ exige

fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. [...] REsp 1782418/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, j, em 23/04/2019. Na doutrina, entendendo não haver, necessariamente, subsidiariedade entre as medidas típicas e atípicas, v. por todos, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 100-101.

⁴⁶ DIDIER JR et al., *Curso...*, vol. 5, cit., p. 74.

⁴⁷ Sobre o tema, veja TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 23-58.

uma nova postura⁴⁸ do Poder Judiciário que não se limita à lógica meramente ressarcitória (essa sim estabelecida nos rígidos limites da tipicidade procedimental), pois é necessário, também, que seja possível impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Esse tipo de tutela, que se denomina de inibitória⁴⁹, corresponde a uma tutela específica de uma obrigação de não fazer (legal, na hipótese) e decorre da necessidade de resguardar a própria tutela do direito material.

Da mesma forma, isso acontece em relação às obrigações de fazer e não fazer que decorram de uma relação contratual. Assim, uma vez que foi realizado um contrato de plano de saúde, o objetivo do contratante-consumidor é que o referido serviço seja prestado de forma adequada. Por conseguinte, de nada adiantaria - não haveria efetividade - em uma tutela ressarcitória diante do inadimplemento contratual⁵⁰. O que se busca, em verdade, é o

⁴⁸ “Quando estão em discussão direitos da personalidade, que a cada dia apresentam nova faceta, o desafio se avoluma. Por vezes, será necessário romper com o modelo clássico de prestação jurisdicional, caracterizado pela prévia e ampla participação em contraditório do autor e do réu, com extensa dilação probatória, seguida de sentença de mérito, com condenação ao ressarcimento em espécie. A instantaneidade dos meios de comunicação e a rapidez dos fatos da vida cotidiana podem acarretar a insatisfação da prestação jurisdicional resultante ao fim do procedimento. A esta altura, o bom nome, a imagem e o direito à honra já terão sofrido danos irreparáveis e o ressarcimento acabará por se constituir em simulacro de justiça.” GONÇALVES, Gláucio Maciel; GOUVEA, Alex Lamy de. A proteção jurisdicional dos direitos da personalidade nos casos de urgência: a tutela inibitória no Novo Código de Processo Civil. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros et al. (coord.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 168

⁴⁹ A doutrina de Luiz Guilherme Marinoni: “A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito. A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à ideia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria “certamente la *più energica*”, mas também “la *più preoccupante*, come è di tutte le prevenzioni che possono *eccessivamente limitare l’umana autonomia*”. A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não patrimonial.” MARINONI, Técnica..., cit. p. 174-175.

⁵⁰ É sempre importante a análise de Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela pelo equivalente monetário tem íntima relação com os valores do direito liberal-burguês. Lembre-se que para esse direito não importavam as diferenças entre as pessoas e os bens. O Estado liberal não deveria se preocupar em corrigir as distorções sociais, mas apenas em assegurar a liberdade dos cidadãos. Para tanto, não podia tratar de forma desigual as diferentes posições sociais e, exatamente porque não possuía preocupação alguma com a diferença entre os bens, partia da premissa – obviamente artificial – de que todos os bens e pessoas eram iguais. Se todos os bens são iguais, todos eles podem ser expressos por um valor em dinheiro. Nessa direção, obviamente desaparece a necessidade de pensar em tutela específica do contrato, bastando a tutela pelo equivalente monetário, que seria suficiente para assegurar a liberdade dos cidadãos e manter a higidez dos mecanismos de mercado.” MARINONI, Técnica..., cit., p. 51-52.

cumprimento das obrigações convencionadas. A tutela específica, portanto, assegura à parte que esta receberá o pactuado, ou seja, o bem ou o próprio direito em si.

A mesma técnica processual se estende à obrigação de entrega de coisa ou restituição de bens, seja por decorrência de um direito real⁵¹, seja como consequência do inadimplemento de um contrato⁵². A respeito, dispõem os arts. 498, 538, 806 e 809, do CPC.

É primordial, de acordo com o CPC/2015, que a tutela outorgada seja, preferencialmente, a específica ou, então, pelo resultado prático equivalente⁵³. Somente haverá a conversão de uma tutela específica em tutela ressarcitória (ou pelo equivalente monetário) em duas hipóteses: i) quando houver requerimento do credor; e ii) quando for impossível o cumprimento da obrigação. É nesse sentido que estabelecem os arts. 497, 499, 538, § 3º, do CPC.

1.2.4 Princípio da boa-fé na execução

A boa-fé objetiva, entendida como uma norma de conduta⁵⁴, é aplicada no campo processual e possui uma relevância ainda maior na seara executiva, pois é nesse tipo de relação jurídica que há maior probabilidade para a ocorrência de atos fraudulentos e de frustração de interesses legitimamente tutelados. É um corolário do princípio da cooperação e vem expressamente prevista, como norma processual fundamental, no art. 5º, do CPC, ao dispor que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. São condutas, ativas ou omissivas, que podem ser enquadradas no conceito de *contempt of court*, definido por Araken de Assis como “a ofensa ao órgão judiciário ou à

⁵¹ Como nas hipóteses de ações de força executiva, tais como nas ações a) de reintegração de posse; b) de imissão de posse; c) de depósito; d) de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente; e) de despejo; f) de petição de herança, etc.

⁵² Quando, por exemplo, a resolução contratual dá ensejo à restituição do bem, como na ação de despejo ou na ação de reintegração de posse para reaver o bem, como no caso do comodato.

⁵³ Como explica Barbosa Moreira: “não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que ordenamento quer é que os deveres e obrigações se cumpram tais quais são.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 31.

⁵⁴ Sobre o tema, as lições de Teresa Negreiros: “[...] o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato: o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.” NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 116. No âmbito processual, v., por todos, FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT. 2017.

pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial."⁵⁵

No art. 77 e segs., do CPC, podem ser encontradas normas que estabelecem deveres processuais para todos os participantes do processo, densificando o princípio da probidade das partes. Em relação à execução, podem ser mencionados os incisos IV (que determina o cumprimento das decisões jurisdicionais, sejam elas provisórias ou finais, não criando embaraços à sua efetivação) e VI (proíbe a prática de inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso).

Nas duas hipóteses, o § 1º do art. 77, determinam que o juiz, antes de aplicar a sanção processual, deve advertir a parte desidiosa de que a sua conduta não está em conformidade com o princípio da boa-fé processual para, somente depois, aplicar a sanção correspondente - que é a aplicação de multa de até vinte por cento do valor da causa, a depender da gravidade da conduta, além de outras sanções de natureza cível, criminal e processual. Essa multa, diversamente de outras multas por ato atentatório à dignidade da justiça, é revertido para a União ou Estado, de acordo com o ente que aplicou a multa (se for Justiça Federal, o valor é revertido para a União e se for Justiça Estadual, ao Estado respectivo). Por ter destino distinto das outras multas processuais aplicadas, como a astreinte, sustenta-se ser possível a sua aplicação cumulativa.

Nesse ponto, aliás, é importante mencionar que as astreintes tem natureza de medida coercitiva, com finalidade distinta da multa por sanção processual, que tem caráter punitivo, sancionando uma conduta - ativa ou omissiva - que viola o princípio da boa-fé.

Mais adiante, no art. 80, do CPC, são indicados comportamentos que são tidos como indignos e atentatórios à justiça, considerando o seu praticante como litigante de má-fé. Muitas hipóteses poderiam ser aplicadas também ao processo de execução, tais como i) oposição de resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV), ii) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inciso V); iii) provocar incidente manifestamente infundado (inciso VI); iv) interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (inciso VII). Para esses casos, o juiz condenará o litigante a pagar multa, a ser revertida à parte contrária, prejudicada com as condutas da parte que litiga de má-fé, cujo valor será superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido

⁵⁵ ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo, vol. 111, jul-set., 2003, versão eletrônica.

da causa, além de indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 81, do CPC).

Porém, por terem o mesmo destino (ou seja, a parte prejudicada com a conduta não colaborativa), não é possível acumular as sanções do art. 80 do CPC com as condutas indicadas no art. 774, do CPC, sob pena de caracterizar *bis in idem*.

Já o art. 774, do CPC, trata especificamente das condutas que o executado pode praticar no processo executivo e que são consideradas práticas antiooperativas. O rol é exemplificativo e contém cláusulas abertas que podem ser preenchidas de acordo com o caso concreto. Nos termos do referido dispositivo legal, violam a boa-fé as seguintes condutas do executado: i) praticar fraude à execução; ii) se opor maliciosamente à execução, empregando ardis ou meios artificiosos; iii) dificultar ou embaraçar a realização da penhora; iv) resistir injustificadamente às ordens judiciais; v) quando intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade ou certidão de negativa de ônus, quando for o caso.

Nesses casos, o juiz deve aplicar multa, que reverterá ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo das sanções de natureza material ou processual. A fraude à execução, por exemplo, é também um crime, previsto no art. 179, do CP, mas que não dá, a priori, ensejo à prisão. Além disso, depende da conduta do exequente, pois é um crime de ação penal privada sujeita, também, a prazo decadencial para o seu exercício. Da mesma forma, poder-se-ia sustentar que a inobservância às ordens judiciais renderia ensejo ao crime de desobediência, o que enfrenta forte resistência na jurisprudência e doutrina pátrias. São inúmeras as questões suscitadas, tais como i) ausência de competência *ratione materiae* do juiz cível para decretar a prisão do executado; ii) pena cominada ao delito é insignificante, propiciando a aplicação das vantagens constantes da Lei 9.099/95; iii) ausência de previsão legal para a acumulação de sanção de natureza civil (ex.: multa) com sanção de natureza criminal, etc⁵⁶.

⁵⁶ Nesse sentido: "O enfoque penal não cria uma solução para o deslinde da questão, pois. A sanção penal satisfaz o ímpeto revanchista do autor [ética retributivista], mas nunca a pretensão de direito material alegada por ele em juízo [ética utilitarista]. Ademais, a pena cominada à desobediência é insignificante [detenção de 15 dias a 6 meses, e multa], razão pela qual propicia as vantagens da Lei no 9.099/95 (e faz com que muitas vezes o réu seja perdoado mediante a entrega de cestas básicas a instituições de caridade). Por conseguinte, as consequências penais são tão diminutas que não desestimulam a desatenção à ordem judicial. Pior: é vencedor o entendimento de que deve existir expressa previsão legal para que a sanção processual civil (p. ex., multa diária) seja acumulada com a sanção penal prevista no artigo 330 do CP. Logo, não se pode cogitar de persecutio criminis a título de desobediência no caso de descumprimento de sentença condenatória de implantação de políticas públicas, seja porque a efetivação dessa sentença pode ocorrer mediante a incidência de multa diária, seja porque não há previsão legal para a acumulação das sanções processuais cabíveis e a sanção penal prevista no artigo 330

O problema, contudo, é que muitas vezes a simples sanção de caráter econômico também é inócua para que se alcance o fim pretendido, pois se o devedor não tiver condições econômicas para fazer frente às sanções, a execução restará frustrada da mesma forma⁵⁷. Assim como a aplicação de outras consequências no processo, como a restrição de se manifestar nos autos, também encontra resistência por violar o devido processo legal.

Embora a boa-fé seja um princípio relevante no processo, existem algumas dificuldades em conferir maior efetividade a esse princípio, especialmente diante das restrições - financeiras e ideológicas - enfrentadas no dia-a-dia da lide forense. É possível que a adoção da prisão fosse um mecanismo eficaz para tais finalidades, como se verifica em relação à execução de obrigação alimentar, mas essa solução encontra fortes resistências no meio acadêmico e jurisprudencial pátrios.

1.2.5 Princípio da responsabilidade patrimonial

É da natureza da execução cível, influenciada pelo direito obrigacional, que a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações recaia sobre o patrimônio do executado. É nesse sentido a disposição do art. 319 do CC e do art. 789, do CPC. Tal concepção decorre da evolução do Direito, em busca de garantir uma maior proteção ao devedor, de modo que a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações deixasse de ser pessoal e passasse a recair exclusivamente sob o patrimônio do executado. Nesse sentido, inclusive, o art. 5º, LXVII, da CRFB, que veda a prisão civil por dívidas, salvo no caso de obrigação de alimentos e depositário infiel⁵⁸.

A responsabilidade patrimonial, assim, responde a um movimento de humanização do direito obrigacional, determinando, por conseguinte, que somente o patrimônio do devedor é que responde pelo inadimplemento da obrigação e não a pessoa do devedor (sua integridade psico-física e liberdade). Além de orientar a execução ao patrimônio do devedor, o fenômeno

do CP." COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdp/ wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>, acesso em 09 de outubro de 2019.

⁵⁷ Nas palavras de Araken de Assis: "É inócua a multa perante o devedor que, desprovido de patrimônio, não responderá pelo cumprimento da obrigação. E falta, no direito pátrio, tipo penal claro e inequívoco, sancionando o descumprimento das ordens judiciais." ASSIS, Contempt..., cit.

⁵⁸ Vedada, porém, nesse último caso, por entendimento do STF (Súmula Vinculante n. 25), pois, na visão do Tribunal, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil impedem a prisão civil por dívidas à exceção da obrigação de alimentos.

de humanização da execução também permitiu que alguns bens do devedor também fossem excluídos da execução, compondo o chamado *beneficium competentiae*⁵⁹.

Porém, o aumento, relativamente recente, da aplicação de medidas coercitivas indiretas acaba relativizando esse preceito⁶⁰, eis que tais medidas acabam coagindo o executado a cumprir com a obrigação, embora não recaia, o cumprimento da obrigação, sobre a pessoa do executado, mas se permite, por exemplo, a prisão civil no caso de inadimplemento injustificado e inescusável da obrigação alimentar e a aplicação de outras medidas atípicas, como será mencionado adiante.

Atualmente, portanto, existe uma simbiose entre a responsabilidade patrimonial e a coerção pessoal, pois a coerção pessoal atua sobre a vontade do devedor, por meio de medidas coercitivas atípicas ou, descumprida a obrigação, e não sendo possível a utilização das técnicas de coerção pessoal, tem-se a sujeição patrimonial, recaindo a responsabilidade sobre bens do devedor ou, eventualmente, de terceiro⁶¹.

Assim, embora no tocante às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa prevaleça a tutela específica da obrigação, como visto anteriormente, isso não significa que não possa haver, em algum momento, a utilização de mecanismo de responsabilidade patrimonial, seja pela conversão da obrigação em perdas e danos, nos casos previstos em lei, seja pela aplicação de medidas coercitivas indiretas, tais como a imposição de multas periódicas para forçar o executado a cumprir a obrigação. A incidência da multa e a sua posterior cobrança acaba atraindo a utilização das técnicas da execução de pagar quantia, embora de forma subsidiária⁶².

⁵⁹ DIDIER JR. et al., Curso..., vol. 5, cit., p. 71. No conceito do autor: "Chama-se *beneficium competentiae* (benefício de competência) a impenhorabilidade do 'estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua dignidade'. Trata-se de instituto que nasceu no Direito Romano, a partir do período da *cognitio extraordinária*, e se desenvolveu no Direito comum, até consagrar-se em quase todas as legislações." DIDIER JR., Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*, vol. 174, ago., 2009, versão eletrônica.

⁶⁰ "Essas técnicas executivas se, é certo, mitigam o princípio da patrimonialidade e seus consequentes métodos sub-rogatórios, não agridem - e nem poderiam - o inciso III do art. 1º da Constituição Federal, segundo o qual é fundante do Estado brasileiro, dentre outros valores, a dignidade da pessoa humana. O que o dispositivo mencionado, como tantos outros dispersos em todo o Código de Processo Civil e, mais amplamente, no sistema processual civil, buscam conseguir não é violar aquele princípio constitucional, mas, pelo contrário, atuar na vontade do executado, colocando para ele uma alternativa a ser escolhida: sujeitar-se *voluntariamente* à jurisdição (que é *imperativa*) ou sujeitar-se a ela independentemente de sua vontade e, até mesmo, independentemente de sua colaboração porque a jurisdição também é *substitutiva*." BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 97.

⁶¹ DIDIER JR et. al., Curso..., vol. 5, cit., p. 72.

⁶² "Todavia, como se assinalará no estudo dos meios executórios, o caráter patrimonial direto da execução desaparece no emprego da coerção pessoal (infra, 19.2), abrandando-se na coerção patrimonial – curiosamente, a pressão psicológica recai, neste caso, sobre o patrimônio –, exigindo a atuação dos *no money judgements*, por imperiosas necessidades práticas, a constrição psicológica da pessoa do executado. O art. 84, § 5.º, da Lei 8.078,

1.2.6 Princípio do resultado e da menor onerosidade da execução

Como já é sabido, um dos maiores problemas do processo civil é justamente a efetividade do processo, que na execução acaba sendo uma grande dor de cabeça para os jurisdicionados. Como expressamente determina o art. 4º do CPC, o jurisdicionado tem o direito à tutela integral do seu direito, inclusive a atividade satisfativa, em tempo razoável. O art. 797, do CPC, também menciona que a execução se realiza considerando os interesses do exequente.

Para essa finalidade, o CPC/2015 buscou aprimorar os meios executivos, como prevendo a inclusão do nome do executado nos cadastros de restrição de crédito, o que pode ser feito mediante requerimento da parte, nos termos do art. 782, § 3º. Também trouxe a previsão das medidas executivas atípicas, no art. 139, IV, do CPC, como anteriormente já mencionado, além da própria cláusula geral que permite o estabelecimento das convenções processuais, mencionada adiante. Até mesmo a possibilidade de outras medidas, distintas das fixadas na sentença (arts. 536, do CPC e 84, do CDC), se correlacionam à concepção de efetividade do processo e do direito fundamental à tutela jurisdicional⁶³.

Porém, embora esse ligeiro incremento nas técnicas processuais executivas, é preciso, de acordo com o art. 805, do CPC, que a execução ocorra da forma menos gravosa para o executado. O objetivo de tal princípio é evitar o abuso de direito do exequente.

Esse postulado já foi entendido como um “princípio de justiça e equidade, informativo do processo das execuções, este que o Estado deve, quanto possível, reintegrar o direito do exequente com o mínimo de despesa, de incomodo e de sacrifício do executado”⁶⁴, vinculado a uma concepção do *favor debitoris*⁶⁵, que estabelece um viés protetivo ao executado.

de 11.09.1990 (CDC), aponta tal rumo, pois autoriza o juiz, “para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente” do facere infungível, a “determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas...”. Do mesmo teor e alcance revelam-se as proposições do art. 536, § 1.º, do NCPC.” ASSIS, Araken de. Manual... cit., p.191.

⁶³ “[...] permite-se ao autor requerer na *fase executiva*, bem como ao juiz impor de *ofício* - no caso em que a sentença não foi capaz de viabilizar a tutela - meio executivo capaz de atender a direito à tutela jurisdicional. A plasticidade desses provimentos, bem como a possibilidade de concessão de provimento (ou meio executivo) diferente daquele que não conduziu ao resultado objetivado, deve ser compreendida a partir da necessidade de se conferir ao juiz poder suficiente à efetivação da tutela jurisdicional.” MARINONI, A técnica..., cit., p. 147.

⁶⁴ CASTRO, Amílcar de. *Do procedimento de execução*. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 117.

⁶⁵ Sobre o tema, menciona Ovídio Baptista da Silva: “No que respeita ao sentido e ao critério a ser seguido na realização da justiça, o novo ordenamento processual, iluminado por esses calores e inspirado na benevolência e compaixão cristãs, proscreve todas as formas e comportamentos infamantes e que possam constranger a pessoa do devedor.” SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*. 3. ed. São Paulo: RT. 2007. p. 85; “En los Derechos primitivos la obligación se confundió con el estado de obligado, con la idea

Porém, essa concepção não corresponde à necessidade de adequar a menor onerosidade com o princípio do resultado. É certo que a concepção de menor onerosidade para o executado funciona como uma norma de contenção da atuação do exequente, podendo ser encontrada em inúmeros dispositivos legais, como, por exemplo, i) a regra que estabelece a impenhorabilidade de bens (art. 833, do CPC) ou a excepcionalidade da penhora⁶⁶; ii) a possibilidade de se valer da moratória legal, em se tratando de execução para pagar quantia (art. 916, do CPC); iii) a possibilidade de substituição da penhora a requerimento do executado, demonstrando que a troca não implica em prejuízo ao exequente (art. 847, do CPC)⁶⁷.

Essa preocupação é indicada por José Carlos Barbosa Moreira⁶⁸:

Encontram-se por vezes, em leis processuais, disposições tendentes a evitar que, na atividade de execução, se cause ao devedor detrimento excessivo, ordenando, por exemplo, que entre dois ou mais possíveis meios se escolha o menos gravoso. Esse *favor debitoris*, que assim se consagra, não se choca, em si mesmo, com o postulado da “maior coincidência possível”, e portanto não representam limite necessário da atividade executiva, no sentido acima indicado. A aplicação das disposições em foco não deve, em princípio, diminuir a eficácia prática da execução; a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes.

Na concepção contemporânea, que está mais focada na efetividade do processo de execução, a menor onerosidade serve como um contraponto à atuação do exequente, de modo a não permitir que o processo se transforme em forma de vingança entre as partes⁶⁹, coibindo a execução abusiva⁷⁰.

Nessa perspectiva, é importante encontrar um *telos* para o referido princípio. Assim, a menor onerosidade pode ter duas percepções: i) serve como orientação para o magistrado

de sometimiento de deudor; el credito era principalmente un señorio sobre determinados actos de la conducta del obligado de un modo similar al Derecho Real. Podía el acreedor ejercitar la fuerza sobre el deudor y aun su familia, obligándolos a trabajar para él. La suavización de estos rigorismos supuso un cambio epistemológico, progressivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo los principios análogos a los del Derecho Real, para ser persona. [...] Se fue conformando un nucleo de principios: *favor libertatis*, *favor debitoris*, que continuaron en la época medieval, donde se protegió al deudor de créditos abusivos, usurarios.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2004. p. 136-137.

⁶⁶ Como nos casos de penhora do estabelecimento empresarial (art. 865, do CPC) e de percentual do faturamento de empresa (art. 866, do CPC).

⁶⁷ SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. *Revista de Processo*. vol. 271, set., 2017, versão eletrônica.

⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Limites à atuação do postulado da “maior coincidência possível.” *Temas de direito processual. Quarta série*. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 221.

⁶⁹ Assim: “Em última análise, a efetivação de interesses no processo deve manter um equilíbrio entre o interesse do exequente – que merece ser satisfeito da forma mais expedita e efetiva possível – e a esfera do executado – que não pode ter o processo desvirtuado contra si, de modo a transformá-lo em simples mecanismo de vingança pelo não cumprimento da prestação.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: RT. 2017. edição eletrônica.

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie et al. *Curso...*, vol. 5., cit., p. 82.

quando for aplicar uma medida coercitiva, seja ela típica ou atípica; ii) também é uma orientação para o executado, que pode alegar violação ao referido princípio mas tem o ônus de indicar um mecanismo menos gravoso e que preserve os direitos do exequente da mesma forma.

Os Tribunais Pátrios têm se valido do postulado da menor onerosidade para sustentar a correção (ou não) da penhora de bens do executado. São inúmeras as hipóteses que poderiam ser mencionadas, não sendo viável o esgotamento do tema na presente tese, por fugir totalmente do seu escopo. Mas, exemplificativamente, tem-se fundamentado i) a redução do percentual de faturamento da empresa penhorado por decisão judicial⁷¹; ii) a possibilidade de penhora de ativos financeiros em ordem preferencial⁷²; iii) justificar a recusa da substituição

⁷¹ Na jurisprudência pátria: [...] I. No caso concreto, cabível a penhora de faturamento da empresa ora agravante, conforme preconiza o art. 855 do Código de Processo Civil. Contudo, a constrição deverá se limitar a 5%, em atenção ao princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC). II. Ausente alegação de fraude à execução e pedido de redirecionamento, não pode bem particular do sócio, responder por dívida da pessoa jurídica. [...] Agravo de Instrumento, Nº 70082568791, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 26-09-2019.

⁷² “[...] 1. A jurisprudência da Corte orienta que a constrição de ativos financeiros obedece a gradação legal, sem necessidade de esgotamento de diligências para localização de bens penhoráveis e sem ferimento ao princípio da menor onerosidade da execução. 2. O art. 805 do Código de Processo Civil impõe ao executado que, acaso alegue existir medida menos gravosa à execução, indique os meios mais eficazes e menos onerosos, o que, segundo o acórdão recorrido, não ocorreu no presente caso. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” AgInt no AREsp 1305955 / GO - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti - 4ª Turma do STJ - j. em 02/04/2019. “[...] I. No caso, a execução deve ser realizada tendo em vista o interesse do exequente, segundo estabelece o art. 797 do CPC. II. Com efeito, a realização de penhora pelo sistema BACENJUD, é preferencial em relação aos demais bens elencados no art. 11 da LEF e art. 835 do CPC, mostrando-se célere e adequada à finalidade proposta, qual seja, satisfação do crédito tributário. III. O princípio da menor onerosidade ao devedor, insculpido no art. 805 do CPC, não é absoluto. Deve-se observar também o direito do exequente de perceber seu crédito da forma mais efetiva, sempre que possível. Agravo de Instrumento desprovido, em decisão monocrática.” Agravo de Instrumento, Nº 70082750613, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, j. em em 26-09-2019. “[...] 1. Execução de título judicial, iniciada em 2016, no valor atualizado de R\$ 25.069,04, referente à indenização por danos morais em decorrência de atraso na entrega de unidade imobiliária. 2. A ordem dos bens elencados no artigo 835 do CPC/2015 é preferencial e não absoluta, não se podendo olvidar que o princípio da menor onerosidade para o devedor deve estar relacionado com o dever geral de cooperação, com o princípio da boa-fé e o dever de lealdade processual. 3. Agravante que deu início à fase de cumprimento de sentença em 07/12/2016, tendo a agravada, desde então, permanecido inerte, sem efetuar a quitação voluntária de seu débito, indicado bens ou mesmo respondido ao pedido de penhora de bem imóvel de sua propriedade. 4. Procedida a busca de ativos, por meio de consulta ao Bacenjud, houve bloqueio de quantia módica (R\$ 49,46), o que, por certo, não é esperado de empresa construtora de grande porte. 5. Não se revela razoável que o direito de crédito da agravante seja tolhido em benefício de devedor que sequer atuou no procedimento executório, demonstrando postura contrária à boa-fé e lealdade processual, sendo certo que o princípio da menor onerosidade da execução não é absoluto, nem preponderante, devendo ser sopesado com os princípios que visam a satisfação do crédito do exequente, em especial o da efetividade da execução. 6. Eventual discordância da agravada em relação à constrição do bem imóvel, que deverá vir acompanhada de substituto penhorável, consoante art. 805 do CPC/2015, de modo a privilegiar o direito da agravante, sendo certo que a manutenção do indeferimento da constrição pleiteada implica inegável prejuízo à credora. Precedente: 0013637-52.2019.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des(a). Mário Guimarães Neto - Julgamento: 02/07/2019 - 12ª Câmara Cível 7. Recurso provido para deferir a penhora do bem imóvel, de propriedade da executada/agravada, indicado pela exequente/agravante.” AI 0050631-79.2019.0000 - Rel. Des. Marianna Fux - j. em 02/10/2019 - 25ª CC TJRJ

da penhora em dinheiro por seguro fiança⁷³, dentre outras situações, no princípio da menor onerosidade. O mesmo postulado também é utilizado como argumento no controle da aplicação de medidas coercitivas atípicas pelo magistrado⁷⁴.

A quadra atual, por conseguinte, exige que se busque compatibilizar o princípio do resultado, que tutela os direitos do exequente, com o princípio da menor onerosidade, que busca tutelar os interesses do executado, resguardando-o de um processo de execução abusivo.

1.2.7 Princípio da liberdade das partes no processo⁷⁵

⁷³ Sobre o tema, a decisão do STJ no AREsp 1281694/SC, de relatoria do Min. Raul Araújo, de cuja a ementa se extrai o seguinte posicionamento: "O princípio da menor onerosidade da execução não é absoluto, devendo ser observado em consonância com o princípio da efetividade da execução, preservando-se o interesse do credor. Precedentes. 2. A substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia, admitida na lei processual (CPC/2015, art. 835, § 2º), não constitui direito absoluto do devedor, devendo prevalecer, em princípio, a ordem legal de preferência estabelecida no art. 835 do CPC/2015 (art. 655 do CPC/1973). Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária ou seguro garantia judicial deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionais, a fim de evitar dano grave ao devedor." AgInt no AREsp 1281694/SC - Rel. Min. Raul Araújo - 4ª Turma do STJ - j. em 05/09/2019.

⁷⁴ A respeito, a seguinte decisão do TJ/RS: "A adoção das medidas atípicas previstas no art. 139, inciso IV, do CPC/2015, em qualquer momento da instrução processual ou cumprimento da sentença, deve se pautar pelos demais princípios processuais que regem os respectivos impulsos processuais. Em se tratando de execução, como aqui ocorre, não de ser observados, precipuamente, os princípios da menor onerosidade, da proporcionalidade e da boa-fé processual. No caso específico, inexistente qualquer indicativo de que a suspensão da CNH do executado traduzir-se-á em efetivação do pagamento, de forma que a medida pleiteada pela parte credora, se reveste de caráter meramente coercitivo, redundando em cerceamento de direitos, em franca oposição ao princípio da menor onerosidade. Assim, de ser desprovido o agravo de instrumento." AI 70082231705, 16ª CC, Rel. Des. Deborah Coletto Assumpção de Moraes, j. em 26/09/2019. No mesmo sentido: "As medidas atípicas previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, são excepcionais e só devem ser aplicadas quando as medidas típicas, como a penhora, a expropriação e o arresto de bens, forem esgotadas e se mostrarem ineptas para a satisfação do direito do exequente. São medidas que devem ser aplicadas quando se mostrarem potencialmente eficazes para que a satisfação da obrigação ocorra, ou seja, especialmente quando se provar que o executado não paga porque não quer ou porque está tentando fraudar a execução, blindando o seu patrimônio. Devem ser aplicadas com a máxima cautela para não atingirem a dignidade do devedor, não podendo atacar, despropositadamente, direitos fundamentais, como o de locomoção, ato imprescindível ao cotidiano do cidadão médio. Suspensão de carteiras nacionais de habilitação e apreensão de passaportes dos devedores que não encontram previsão legal como providências para satisfação da dívida. Apesar de ser claro o direito fundamental da exequente em obter a tutela jurisdicional efetiva para a satisfação de seu crédito deve-se levar em conta, em cada caso concreto, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas a serem aplicadas, escolhendo, primordialmente, os meios executivos que gerem a menor onerosidade ao executado. Norma prevista no artigo 139, IV, do CPC, que deve ser conjugada com o que estabelecem os artigos 1º, III e 5º, XV e LIV, da Constituição Federal e os artigos 8º, 805, 824 e 825 do CPC, para que a satisfação do crédito exequendo não se sobreponha a direitos fundamentais e acabe por atingir além do patrimônio a própria pessoa do devedor." AI 0025373-67.2019.8.19.0000, 8ª CC do TJ/RJ, Rel. Des. César Augusto Rodrigues Costa, j. em 06/08/2019.

⁷⁵ "O CPC/2015 manteve as prerrogativas do juiz mas foi além, para propiciar que as partes também tivessem a oportunidade de interferir na marcha processual em atividades que poderiam incluir ou não a participação do juiz. Assim, o incremento da disponibilidade passou a ser concebido de diversas maneiras, que vão desde as formas de estímulo à consensualidade, passando por regramentos que preveem formas tipificadas de ajustes no procedimento, até a cláusula geral de convenção processual que confere às partes amplas potencialidades de formulação de acordos envolvendo seus ônus, poderes, faculdades e deveres. [...] Admite-se, portanto, a existência do princípio da liberdade processual, que se aplica a todos os sujeitos processuais, ainda que com

O princípio da liberdade das partes no processo é uma consequência do princípio constitucional da liberdade que se irradia, também, para o processo. Opta-se por indicar um princípio mais amplo do que o normalmente mencionado - disponibilidade da execução - porque entende-se que tais situações são decorrência do exercício da autonomia das partes no processo, a englobar, também, outras situações que são reduzidas a outros princípios - como o do autorregramento da vontade.

O direito à liberdade está expresso no art. 5º, *caput*, da CRFB, considerado um direito fundamental individual, sendo, na esfera constitucional, complementado pelo previsto no art. 5º, II, da CRFB, que dispõe no sentido de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", assim como a liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CRFB), a livre iniciativa privada (art. 170, IV, da CRFB) e o direito à propriedade privada.

Tal direito também se irradia à relação processual, de modo que as partes desfrutem desse direito, que se expressa em algumas situações que serão mencionadas a seguir, embora a visão publicista do processo tenha relegado o papel da vontade - especialmente das partes - para um plano secundário⁷⁶.

Dois pontos, porém, dever ser esclarecidos. O primeiro, diz respeito à terminologia a ser utilizada, eis que não há uma uniformidade conceitual acerca dos termos que são correlatos ao tema: fala-se em liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada, autonomia negocial⁷⁷ e autorregramento da vontade⁷⁸. Tais conceitos são suscetíveis à análise relacional a que o próprio Direito está submetido⁷⁹, algumas vezes sendo utilizados como sinônimos e outras vezes de forma distinta.

abrangência e limitações distintas." CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco. 2019. p. 32-33

⁷⁶ Sobre o tema, o magistério de Leonardo Greco: "A concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados." GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 1, n. 1, 2007.

⁷⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 63 e segs.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso...* vol. 1, cit., p. 163.

⁷⁹ Nesse sentido: "Ogni trasformazione della realtà sociale deve essere tenuta in considerazione dalla scienza del diritto, poiché reagisce sulla realtà normativa. Credere che il diritto sia immodificabile, eterno, storico, insensibile a qualsiasi ideologia è atteggiamento formalista, ignaro della connessione tra comportamenti e regole. Senza la consapevolezza della socialità del diritto si tradisce il compito proprio della scienza giuridica:

Em resumo, pode-se afirmar que a liberdade jurídica é o *status* de toda e qualquer pessoa que se encontre livre para autodirigir a sua vida e as suas escolhas, sem dever obediência a quem quer que seja, de modo que, para os particulares, tudo que não é proibido pela lei está permitido (viés negativo da liberdade)⁸⁰.

A autonomia da vontade, por sua vez, está relacionada com o viés subjetivo, revelando a vontade em si mesma, considerada a fonte principal para o estabelecimento de relações jurídicas. Essa perspectiva funcionava em uma política econômica liberal, que considerava a igualdade meramente formal entre os sujeitos, pois o sujeito seria livre para contratar, escolher com quem contratar e regular o conteúdo do contrato. À essa concepção, se contrapõe a autonomia privada, “que marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”⁸¹.

A autonomia privada é exercida considerando-se os limites impostos pela ordem pública, pelos bons costumes e pela boa-fé, sujeitando-se, também, a um juízo de merecimento de tutela, de acordo com o valor que objetive assegurar na produção dos efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de relações jurídicas⁸².

A autonomia negocial, por sua vez, seria uma visão mais contemporânea da autonomia privada, pois considera que o exercício de autonomia ocorre tanto na relação interprivados quanto nas relações tratadas pelo direito público, além de não se restringir ao aspecto patrimonial da relação jurídica⁸³. Assim, seria o poder “reconhecido ou atribuído pelo

conoscenza di regola e principi al fine della loro corretta applicazione.” PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 9. ed. Napoli: ESI. 2018. p. 5.

⁸⁰ “De forma simples, a liberdade pode ser descrita como o status fundamental pelo qual cada pessoa, como padrão geral, encontra-se livre para agir como lhe parecer por bem, sem dever obediência a quem quer que seja. Está, portanto, diretamente relacionada com a autonomia individual, isto é, com a possibilidade de definir seus próprios projetos de vida e persegui-los e, nesse sentido, conecta-se igualmente com a dignidade pessoal. [...] A Constituição procura garantir o status fundamental da liberdade dos indivíduos não apenas em face do Estado, mas também em face de outros agentes privados, seja para restringir a liberdade de uma das partes em relações jurídicas notoriamente desiguais do ponto de vista socioeconômico, seja para impor deveres cujo objetivo é proteger determinados grupos de pessoas e assegurar-lhes melhores condições para exercer sua liberdade.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 198. Da mesma forma: “Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 107.

⁸¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 84.

⁸² MEIRELES, cit., p. 69.

⁸³ “Si delinea così una diversa equazione fondata sul binomio negoziabilità-meritevolezza dell’assetto di interessi, alla luce della quale gli atti negoziali non si esauriscono negli accordi a contenuto patrimoniale.” PERLINGIERI, Manuale, cit., p. 656.

ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”⁸⁴.

Por fim, o último conceito seria o autorregramento da vontade⁸⁵, já aplicável ao campo processual. Entende-se por autorregramento o próprio exercício da liberdade das partes, que pode ocorrer em inúmeros aspectos na relação jurídica processual. Não obstante a polissemia de expressões, não há dúvida de que o CPC/2015 encampou o princípio da liberdade das partes no processo, como se demonstrará a seguir.

O segundo ponto que merece destaque é que se opta, na presente tese, em falar da liberdade das partes e não do juiz. Isso porque embora se reconheça uma esfera de liberdade na atuação judicial, seja para i) flexibilizar o procedimento à luz das peculiaridades da causa, o denominado *case management*; ii) escolher e aplicar medidas coercitivas típicas e atípicas, a verdade é que a atuação do juiz sofre limitações que caracterizam a sua função e a sua atividade exercida no processo. Ademais, as decisões tomadas pelo magistrado sempre devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CRFB), o que acaba reduzindo a possibilidade de arbítrio por parte do juiz⁸⁶.

Aqui também é importante salientar que os juízes não podem celebrar convenções processuais, justamente porque a sua posição, no processo, é de imparcialidade, não tem poderes para realizar negociação, devendo, ainda, efetivar o controle de validade da referida convenção. O juiz não se manifesta no interesse de nenhuma das partes. O tema será explorado adiante.

Dessa forma, mesmo que se entenda haver liberdade por parte do magistrado, como se mencionou anteriormente, a mesma não é semelhante àquela que as partes podem estabelecer, pois na verdade a atuação estatal acaba tendo um grau de vinculatividade, seja no que se refere à praticar o ato, seja em relação ao seu conteúdo ou efeitos⁸⁷.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 338.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso..., vol. 1, cit., p. 164.

⁸⁶ Nesse sentido: “O discurso em torno dos valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico, que não se exaurem nas técnicas interpretativas da lei. Uma vez esgotada toda possibilidade aplicativa dos cânones de interpretação, restam, realmente, vínculos posteriores de argumentação jurídica que servem ainda para assegurar a razoabilidade na valoração dos valores, e - por meio da motivação e da publicidade da decisão - um resultado correto e suscetível de ser controlado. Em outros termos, a objetividade da valoração discricionária é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos. Trata-se de uma atividade que sempre se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do “razoável”.” PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 20.

⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 254. Não é diverso o entendimento no EUA, conforme se constata: “Recently, a majority of the Court endorsed a weaker

Ademais, o art. 922, do CPC, determina que o juiz suspenderá a execução em caso de convenção processual entre as partes no qual o exequente concede ao executado um prazo para cumprimento espontâneo da obrigação, confirmando, assim, o papel de controle e efetivação das convenções processuais pelo juiz.

Assentadas essas premissas, adota-se um conceito mais amplo de liberdade das partes no processo para identificar algumas situações que podem ser inseridas nesse princípio. As condutas das partes podem ser comissivas ou omissivas, embora em se tratando da prática de atos processuais, há necessidade de uma atuação da parte interessada. Não se olvide, porém, que a omissão é a manifestação de uma vontade que, quando ocorre na relação jurídica processual, pode gerar uma série de consequências para a parte inerte. Assim, por exemplo, a ausência injustificada da parte na audiência de conciliação ou mediação implica na fixação de multa por conduta antiooperativa (art. 334, § 8º, do CPC); a ausência de apresentação de defesa do réu implica em revelia (art. 334, do CPC, a qual pode surtir ou não o seu efeito material); a ausência de recurso de uma sentença permite que esta transite em julgado; a ausência de alegação, no momento oportuno, de que o bem penhorado é impenhorável implica em renúncia tácita da parte em se valer do benefício legal, etc.⁸⁸

Vejam-se, agora, algumas projeções do princípio da liberdade das partes no âmbito do processo civil.

1.2.7.1 A disponibilidade da tutela jurisdicional

version of a doctrinal limitation on judicial involvement in settlement. While assuming that judges have the power to "approve or reject a settlement negotiated by the parties," the Court insisted that judges lack authority to "require the parties to accept a settlement to which they had not agreed. By implication, judges may also have no role in negotiating (rather than ordering) terms of settlements; either the parties have a "case" for which adjudication is required, or the parties make private compromises to avoid adjudication." RESNIK, Judith. *Failing Faith: adjutory procedure in decline*. *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 550-551. O mesmo ocorre no direito alemão, como explica Wolfgang Hau: "In Germany, for example, the enforcement authority can be required by law to initiate an agreement, especially an amicable solution of the dispute (cf. section 802b ZPO [...]). It must, however, be emphasised that notwithstanding its involvement, the enforcement authority under German law does never become a party to the agreement. Rather, it either performs a duty imposed by law or, as far as provided for by law, acts as representative of a party. To this effect, section 754 [1] ZPO states that the court-appointed enforcement officer is authorised to enter into payment agreements binding upon the creditor." HAU, Wolfgang. *Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 487.

⁸⁸ O papel dos atos omissivos no direito processual demandaria um estudo específico para essa finalidade, eis que o silêncio, para o direito [civil] não teria qualquer efeito, a não ser quando as circunstâncias assim indiquem ou não seja necessária a manifestação de vontade expressa (art. 111, do CC). Já no processo, tem-se um sistema de preclusões, que incidem sobre ônus processuais, os quais, em não sendo praticados, geram consequências que normalmente são previstas em lei e variam de acordo com o ato que deveria ter sido praticado e não foi. Sobre a preclusão como omissão de deveres processuais e não de faculdades processuais, veja TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 78.

Um primeiro aspecto da liberdade refere-se à escolha da parte em litigar (ou não), sendo inviável a atuação do juiz de ofício, nesses casos. Também relacionado com o princípio da demanda (ou inércia do órgão jurisdicional), o credor possui a autonomia em definir se pretende recorrer ao Poder Judiciário, não sendo viável ao juiz, de regra, agir de ofício para a instauração de uma demanda, embora, uma vez instaurado, o juiz passa a ter o dever de impulsionar o feito para garantir a efetividade do processo.

A simbiose - e a diferença - entre o princípio da demanda e o do dispositivo é indicada por Flávio Luiz Yarshell⁸⁹:

A circunstância de o princípio da demanda estar associado à figura de um ônus de alegação explica a sinonímia aceita por parte da doutrina entre ele e o assim denominado *princípio dispositivo*. Por essa expressão se designa o ônus dos interessados de alegação e prova dos fatos dos quais possam extrair consequências favoráveis no processo. Esse encargo vigora tanto para o autor quanto para o réu, inclusive para as pessoas jurídicas de direito público. Assim, se por um lado o demandante tem o *ônus* de romper a inércia da jurisdição, de afirmar e de alegar (expondo fatos, fundamentos jurídicos e deduzindo pedido), por outro lado, o demandado tem o *ônus* de responder; se não o exercer, será considerado rever e poderá se sujeitar aos seus efeitos. Mas considerando que a ruptura da inércia da jurisdição - por essência e por tratamento legal - está submetido a regime parcialmente diverso das alegações que se seguem no curso do processo, adota-se a distinção: reserva-se a locução *princípio da demanda* apenas para designar o ônus de invocação da tutela jurisdicional - ele sim um autêntico princípio e não apenas uma regra processual (como é o “princípio dispositivo”). O ônus associado ao princípio da demanda não convive com qualquer poder do juiz, justamente porque ele não deve agir de ofício. Já os ônus associados ao princípio dispositivo - notadamente em matéria de prova - devem ser vistos no confronto com os *poderes* do juiz.

Como explica Marco Antonio Rodrigues, o princípio dispositivo e o princípio da demanda são “complementares, pois uma vez optando-se pelo ajuizamento da demanda, atua o dispositivo na definição dos limites da pretensão autoral, englobando, também, a iniciativa probatória.”⁹⁰

No processo de execução tem-se essa questão em relação aos títulos executivos judiciais, já que no que se refere aos títulos extrajudiciais, não haverá esse questionamento pois a instauração da demanda depende, sempre, da vontade do credor, que deverá provocar o Poder Judiciário para que este possa tomar as condutas necessárias para que a obrigação seja cumprida. No tocante aos títulos judiciais, diante da concepção de processo sincrético, como

⁸⁹ YARSELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 125.

⁹⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico. 2014. p. 190.

visto anteriormente, e da regulação do próprio CPC/2015, surgem dúvidas acerca da necessidade de provocação do Poder Judiciário para o início do cumprimento de sentença.

O art. 513, § 1º, do CPC, expressamente menciona que cumprimento de sentença, seja definitivo ou provisório, que tenha por escopo uma obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente, depende de requerimento expresso da parte requerente. Tal norma é ratificada pelo disposto no art. 523, do CPC, expressamente indica a necessidade de requerimento por parte do exequente. Nessa seara, sustenta-se que seria possível, *a contrario sensu*, a atuação *ex officio* do magistrado em se tratando de cumprimento de sentença relativa às obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa⁹¹.

Não parece, contudo, que esse seja o entendimento mais correto, eis que uma interpretação sistemática do CPC/2015 permite inferir que melhor é que o entendimento de que o cumprimento de sentença depende de requerimento expresso da parte exequente, não se aplicando, assim, a possibilidade de atuação de ofício pelo juiz, como ocorre, por exemplo, na justiça do trabalho, por meio de regra expressa (art. 878, da CLT).

Inicialmente, antes de indicar os argumentos para sustentar essa entendimento, devem-se afastar duas situações: i) a relativa ao cumprimento provisório do título judicial que depende, sempre, de requerimento do exequente, já que este responde objetivamente pelos prejuízos que forem causados ao executado no caso de reforma ou anulação do título executivo (art. 520, I e § 1º, do CPC); e ii) nos casos em que o cumprimento de sentença tiver que ser veiculado através de uma petição inicial, que são os denominados títulos executivos judiciais externos por terem sido produzidos em outra relação jurídica processual, deve a execução tramitar perante outro juízo (nos casos de sentença arbitral, sentença penal condenatória e sentença estrangeira homologada ou decisão estrangeira após a concessão do *exequatur*). Nesses casos, a questão acerca da possibilidade de atuação de ofício pelo magistrado nem se coloca.

Já em relação à necessidade de requerimento do credor, tem-se que: i) a disponibilidade da execução é um postulado expressamente previsto no art. 775 e que se aplica ao cumprimento de sentença por força do art. 513, *caput*, do CPC; ii) o juiz tem poderes para aplicar medidas típicas e atípicas para que haja o cumprimento da decisão, mas

⁹¹ Nesse sentido, por exemplo, o magistério de Alexandre Freitas Câmara: “No caso de sentença que condena ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o procedimento executivo poderá instaurar-se de ofício ou mediante requerimento do credor (art. 536), tendo por fim a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 373.

desde que seja respeitada a estrutura dos procedimentos desenhados pelo legislador nesse caso, a qual prevê a oportunidade para o cumprimento voluntário da obrigação por parte do executado, não havendo regra expressa (como na CLT) a permitir a atuação do juiz *ex officio* para dar início ao cumprimento de sentença; iii) não haveria qualquer justificativa, seja de direito material, seja de direito processual, que justificaria a diferença de tratamento entre os ritos executivos em relação a natureza da relação jurídica obrigacional⁹²; iv) não há qualquer evidência de que essa medida permitirá uma maior celeridade na prestação da função executiva, seja porque o tempo para a elaboração da petição inicial ou do requerimento do cumprimento de sentença é muito diminuto, pois não demanda maiores complexidades, seja porque o excesso de demandas executivas nas serventias judiciais não garantem a eficiência da atuação judicial nesses casos⁹³.

Em verdade, considerando que a execução abusiva dará ensejo à responsabilidade civil do exequente, somente deve partir dele a iniciativa para o início da fase de cumprimento de sentença (art. 776, do CPC c/c art. 771, do CPC).

Além disso, a disponibilidade da execução é uma marca que indica i) a prevalência dos interesses do exequente; ii) o exercício da liberdade da parte exequente; e iii) o caráter essencialmente patrimonial do procedimento executivo⁹⁴. Pelo princípio dispositivo se entende que as partes possuem o domínio completo do direito material e dos direitos processuais que estão em jogo em uma demanda, podendo exercitá-los ou não⁹⁵, embora se

⁹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao artigo 513. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 797. Também Cândido Dinamarco: “A demanda é um importantíssimo pressuposto processual sem o qual sequer tem *existência* qualquer relação jurídica processual, inclusive a executiva; a ordem jurídica respeita de modo absoluto a vontade da parte, a quem dá exclusividade para optar entre promover a execução e resignar-se a não receber (...). Ao juiz civil é rigorosamente vedado tomar *ex officio* a iniciativa de execução forçada, mesmo em seguida à fase de conhecimento onde houver sido proferida e passado em julgadora sentença condenatória - e ainda quando seja manifesto o descumprimento do que houver sido decidido. A eficácia da sentença condenatória como título executivo judicial não chega ao ponto de investir o juiz de desencadear por iniciativa própria as atividades destinadas a conferir-lhe efetividade, instaurando espontaneamente a fase de cumprimento de sentença.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 469-470. “El tribunal nunca puede iniciar un proceso por sí mismo; necesita siempre la solicitud de una parte (la demanda), aun cuando esta parte pueda ser el Estado, mediante el Ministerio Fiscal. Esta pasividad del tribunal se expresa en la máxima tradicional: donde no hay demandante no hay juez. Expresión del principio *dispositivo* es que la ZPO deje a discreción del particular la decisión de demandar.” HESS, Buckhard; JAUERNIG, Othmar. *Manual de Derecho procesal civil*. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 162.

⁹³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT. 2003. p. 74-75.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, p. 193-228, jan, 2018, versão eletrônica. itens 2 e 3.

⁹⁵ “Actualmente tenemos claro que el principio dispositivo significa que solo las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitados o no. Y su fundamento se encontraría en la naturaleza privado-disponible

diferencie a desistência da ação da renúncia ao direito material, por se tratarem de situações distintas.

Especificamente em relação ao processo executivo, o art. 775, do CPC, dispõe que o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva. Há necessidade de concordância do executado com a desistência da execução caso a sua defesa verse sobre questões relativas ao direito material (art. 775, parágrafo único, I e II, do CPC). É uma norma até mais elástica que a aplicável à desistência da ação na fase cognitiva, cuja homologação pelo juiz depende da concordância do réu quando este tiver apresentado contestação e pode ser praticada até a sentença (art. 485, § 4º e 5º, do CPC).

A desistência da demanda executiva gera uma sentença de homologação da desistência, levando à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VIII, do CPC). A renúncia, por sua vez, afeta o direito material e leva a uma sentença com resolução de mérito e independe da concordância da parte executada sendo, portanto, ato unilateral (art. 924, IV, do CPC). Em ambas as hipóteses tem-se o exercício da autonomia da parte.

1.2.7.2 A solução consensual dos conflitos

O CPC/2015 consolida a tendência que já se avizinhava ao processo que é a busca pela solução adequada dos conflitos, por meio do consenso entre as partes⁹⁶.

De fato, o CPC/73, embora não fosse refratário à busca do consenso entre as partes, foi arquitetado considerando a solução adjudicada do conflito, por meio da atuação do magistrado, que teria a função de solucionar o conflito trazido pelas partes. Havia a previsão de uma audiência preliminar, a ser realizada após as postulações das partes e antes do saneamento, cujo objetivo era estimular a solução consensual da demanda (art. 331, do CPC/73). Assim como o procedimento sumário também tinha como ato inaugural do processo no qual o réu era chamado a participar a audiência de conciliação, art. 277, do CPC/73 (provavelmente inspirado na Lei de Alimentos, que possui previsão bastante semelhante - Lei

de las situaciones jurídicas sustanciales que entran en juego en el proceso civil.” MANZANARES, Raquel Castillejo. *Proceso civil y principio dispositivo*. In: MANZANARES, Raquel Castillejo et al. *Tratado sobre la disposición del proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017. p. 27.

⁹⁶ Sobre o tema v., dentre outros, ANDREWS, Neil. *Andrews on civil processes*. vol. II. Cambridge: Intersentia. 2013; LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! *Revista de Processo*, n. 244, jun., 2015; WEINSTEIN, Jack B. Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n.11, 1996; CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, ano 19, vol.74, abr-jun, 1994, p.82-97; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.) *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

5.478); o art. 584, III, previu a sentença homologaria de transação e conciliação, bem como o laudo arbitral, como títulos executivos judiciais e, posteriormente, o art. 585, II, passou a prever o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores como título executivo extrajudicial.

Embora prevista em algumas passagens do CPC/73, muitas não constantes da versão original do CPC/73 mas frutos das inúmeras reformas legislativas realizadas com o intuito de dotar o processo de maior celeridade e efetividade, não havia, como se pode perceber, um estímulo maior à solução consensual dos conflitos.

O advento da Lei 9.099/95, do Juizados Especiais Cíveis, em seu art. 2º, tratou de indicar a preferência pela solução consensual, por meio da conciliação ou transação. Tanto que trouxe, no seu rito, a designação de uma audiência de conciliação ao qual o réu era *citado* para comparecer e, em caso de não haver acordo, haveria a continuação da audiência para apresentação de defesa e colheita de eventual prova que as partes desejassem produzir, com a prolação de sentença.

Posteriormente, diante da necessidade de readequar a solução de conflitos, observando, também, a necessidade de estimular a resolução das controvérsias por meio do consenso, foi editada a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, especialmente por meio da solução consensual de conflitos, estimulando, por conseguinte, a conciliação e a mediação como mecanismos importantes para que as partes possam dar fim as suas contendas.

Após, com o advento do CPC/2015, consolidou-se a política pública de estímulo à solução consensual dos conflitos, pois o referido diploma normativo possui vários dispositivos prevendo a conciliação ou mediação, a começar pelo art. 3º, §§ 2º e 3º, o qual estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos, seja por conciliação seja por mediação. Essa normativa também foi complementada pela Lei 13.140/2015, que regulou a mediação judicial e extrajudicial formando, assim, juntamente com a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), o microsistema da Justiça Multiportas, pois são oferecidas às partes outras opções para a solução do conflito que vão além da solução adjudicada outorgada pelo Poder Judiciário⁹⁷.

⁹⁷ Esse sistema foi denominado de Multi Door courthouse pelo Professor de Harvard Frank Sander, como explica a passagem a seguir: "Professor. Frank E.A. Sander of Harvard Law School first articulated the multi-door courthouse concept in April 1976 at a conference convened by Chief Justice Warren Burger to address the problems faced by judges in the administration of justice." Professor Sander envisioned the courthouse of the

Retornando ao CPC/2015, além da norma mencionada, ao definir o procedimento comum do processo de conhecimento trouxe, no art. 334, do CPC, a audiência de conciliação e mediação. É o primeiro ato processual do qual o réu participa no procedimento comum e a audiência, ao menos na dicção legal, somente não se realizará quando i) os direitos envolvidos na demanda não comportarem transação ou ii) quando o autor, na petição inicial, expressamente indicar que não deseja a designação de audiência e o réu também peticionar nesse sentido, antes da ocorrência da audiência previamente designada. A ausência injustificada de qualquer das partes implica na aplicação de uma multa, pelo magistrado, de 2% por cento do valor da causa por ato atentatório à dignidade da justiça, revertendo tal valor para o Estado ou União, a depender do ente federativo ao qual pertencer o juízo que aplicou a sanção.

O CPC também colocou os conciliadores e mediadores como auxiliares da Justiça, estabelecendo princípios para o exercício da referida atividade, bem como direitos e deveres de tais agentes (arts. 165 a 175, do CPC).

Embora as hipóteses expressas de dispensa da audiência de conciliação e mediação, não é isso que tem sido observado pelos Tribunais, que acabam referendando a dispensa da audiência por outras justificativas que não aquelas previstas na lei⁹⁸. Há, porém, quem sustente que aos procedimentos especiais, regulados no CPC ou mesmo em legislação extravagante, com exceção das ações de família (art. 695, do CPC), não tem previsão de designação de audiência de conciliação ou mediação como ato inaugural do processo, seja estendida a regra do art. 334, do CPC⁹⁹.

future as a dispute resolution center offering an array of options for the resolution of legal disputes. Litigation would be one option among many including conciliation, mediation, arbitration, and ombudspeople. “ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The evolution of a multi-door courthouse. *Catholic University Law Review*. vol. 37, 1988, p. 577.

⁹⁸ Ação de despejo não cumulado com cobrança. Locação não residencial. Preliminar de ausência de legitimidade ativa e falta de interesse processual. Rejeição. Documentos carreados aos autos que demonstram que a Autora é a locadora do imóvel, sendo parte legítima para figurar no polo ativo da presente demanda. Interesse processual que decorre do alegado e confesso inadimplemento. Ausência de obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou mediação, de que trata o art. 334, do CPC. Havendo manifestação expressa da Locadora quanto ao seu desinteresse na conciliação, a designação de audiência somente ocasionaria a protelação do julgamento do feito. Possibilidade de as partes celebrarem transação extrajudicial, submetendo o acordo à homologação judicial. Irrelevância da alegação de cobrança de valores indevidos. Réu que é inadimplente confesso, não se pretendendo através da presente demanda a cobrança dos aluguéis, mas tão somente o despejo do imóvel. Desprovimento do recurso. AC 0029147-68.2016.8.19.0208 - Rel. Des. Mario Guimarães Neto - 12ª CC do TJRJ - j. em 16/07/2019

⁹⁹ [...] 1. A ação de reintegração/manutenção de posse foi ajuizada já na vigência do Código Processual Civil de 2015. Diferentemente da sistemática do Código Processual Civil de 1973, em que o juiz podia dispensar a audiência preliminar quando se mostrasse improvável a conciliação, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, como regra, a obrigatoriedade da audiência de conciliação, disciplinada no seu art. 334, norma cogente aplicável às demandas possessórias por força do art. 566 do mesmo diploma legal. Consoante o §4º do art. 334 do CPC a

Inclusive, a omissão da indicação expressa da parte autora, na petição inicial, nos termos do art. 319, VII, do CPC, acerca do interesse na designação da audiência de conciliação e mediação deve ser considerada como anuência com a realização da audiência, já que o sistema processual se orienta pela busca da solução consensual dos conflitos. Assim, não se afigura correta a determinação de emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento, no caso em que a parte autora omite a manifestação no sentido de querer (ou não) a designação de audiência de conciliação ou mediação. A propósito, a não designação da audiência de conciliação e mediação já levou a anulação do processo, por ser norma impositiva¹⁰⁰.

Consta do art. 359, do CPC, que o juiz, ao abrir a audiência de instrução e julgamento, buscará conciliar as partes, mesmo que já tenham sido empregados anteriormente outras técnicas de solução consensual dos conflitos. Já o art. 139, V, do CPC que o juiz deve promover a autocomposição entre as partes a qualquer tempo, o que estende essa possibilidade a qualquer processo e fase processual (recursal, executiva, etc.).

Contudo, ao regular os procedimentos executivos, seja no caso de cumprimento de sentença, seja em se tratado de processo de execução autônomo, não há qualquer previsão

audiência em questão somente "*não será realizada* se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual" ou "quando não se admitir a autocomposição". 2. *In casu*, a ré, em petição nos autos principais, informou que o depósito judicial foi feito, e que a CEF deveria solicitar o levantamento por meio de alvará. Por sua vez, a CEF esclareceu que o valor depositado pela ré seria insuficiente para a quitação da dívida, sem, contudo, demonstrar, por meio de memorial descritivo pormenorizado, como chegou a tal montante. 3. A própria CEF, nos autos principais, se manifestou favoravelmente à composição consensual: "A CAIXA informa também a sua opção pela realização de audiência de conciliação, nos termos do art. 319, inciso VII, do CPC, esclarecendo ainda que a *renegociação do débito poderá ser pleiteada pelo devedor diretamente na agência que lhe concedeu o crédito, desde que atendidos os requisitos normativos vigentes para a operação*." 4. Observa-se que a ré, ora agravante, mais de uma vez requer seja designada a audiência de conciliação, já que objetiva um acordo com a CEF para pagar a dívida, sendo certo que a própria autora demonstrou querer a composição amigável. 5. O inciso I do §4º do art. 334 do CPC estabelece a não realização da audiência de conciliação quando "ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na *composição consensual*", o que não ocorreu no caso concreto, sendo certo que a ré, ora agravante, insiste na referida audiência. 6. Nos termos do Enunciado nº 61 da ENFAN (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), "somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º". [...] AI 4575-29.2018.4.02.0000 - Rel. Des. José Antonio Neiva - 7ª Turma Especializada do TRF 2ª Região - j. em 29 de agosto de 2018.

¹⁰⁰ [...] 1. Cinge-se a discussão trazida com o recurso interposto na obrigatoriedade da audiência de conciliação prevista no artigo 334, caput, do Código de Processo Civil e, em consequência, na nulidade da sentença por não ter sido designada em primeiro grau a referida audiência. 2. O artigo citado ao dispor que o "juiz designará audiência de conciliação ou de mediação", estabelece a obrigatoriedade da realização do ato. 3. Veja-se que o §4º do referido dispositivo indica as duas hipóteses em que a "audiência não será designada", quais sejam, quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e quando não se admitir a autocomposição, hipóteses essas que não se enquadram no caso concreto. 4. Assim, tratando-se de norma procedimental, de caráter impositivo, a não observância impõe a nulidade do processo, para que o ato seja designado. Precedentes do TJRJ. 5. Recurso provido. AC 0015228-30.2016.8.19.0202 - Rel. Des. José Carlos Paes - 14ª CC do TJRJ - j. em 28/06/2017

acerca da audiência de conciliação e mediação a não ser a regra genérica disposta no art. 139, V, do CPC. Poderia ter o legislador se inspirado nas disposições da Lei 9.099/95, que ao prever a execução de título extrajudicial estabeleceu, como primeiro ato a ser praticado pelo réu, após a penhora de bens, o comparecimento à audiência de conciliação (art. 53, § 1º, da Lei 9.099/95). Não foi o que ocorreu nos procedimentos-tipo. Poderia ter estabelecido a designação de audiência como ato inaugural do processo de execução, não obstante a possibilidade de penhora de bens ou a apresentação, pelo réu, de rol de bens penhoráveis, - para se evitar o risco de dissipação de bens do executado, poupando, assim, as intermináveis buscas de bens pelo juízo, o que contribui para a intempestividade e ineficácia do processo executivo¹⁰¹.

A conciliação e a mediação possuem uma grande importância na esfera executiva, pois permitem a construção da solução de forma mais eficaz pelas partes, especialmente ouvindo a posição do executado e permitindo que as condições pessoais sejam levadas em consideração na elaboração da solução consensual do conflito¹⁰².

É possível, contudo, a qualquer tempo ser determinada a suspensão do processo com o objetivo de buscar uma solução mediada/conciliada, sendo certo, também, que as partes podem convencionar que o ajuizamento de uma demanda deve estar condicionada à um procedimento prévio de mediação, conforme o disposto no art. 23, da Lei 13.140/2015, o denominado “pacto de mediação”, ou cláusula de paz, o que não afasta a atuação do Poder Judiciário para decidir sobre questões urgentes (eventual pedido de arresto ou sequestro de bens, por exemplo)¹⁰³.

¹⁰¹ “Esta realización efectiva del derecho contenido en un título, ha venido siendo regulada por nuestro ordenamiento jurídico con una perspectiva intervencionista o coercitiva, de tal modo que han ido sustrayendo de la voluntad de las partes implicadas en el proceso de ejecución, incentivos en aras a obtener un cumplimiento voluntario, o al menos consensuado. Antes al contrario, la evolución de nuestro derecho en materia ejecutiva ha caminado por la senda de dotar al beneficiario de un título ejecutivo, de herramientas e instrumentos para forzar, asegurar o compeler a la realización de un acto o la abstención de su realización, frente al sujeto pasivo de dicho título.” PÉREZ, Manuel Merelles. *La mediación como herramienta en el proceso de ejecución civil*. Málaga: Editorial Lei 57. 2016. p. 58-59.

¹⁰² A respeito: “Neste mote, exercem os meios integrados de resolução de conflito papel fundamental na *execução democrática*, pois permitem que se conheçam todas as possibilidades de fundamentação do caso, com possibilidade de um *cumprimento estruturado* a partir da manifestação da autonomia das partes, e não de coerção ou de impossibilidade de satisfação rápida da pretensão (o que poderia conduzir o economicamente débito a renunciar grande parte de seus direitos em virtude da insuficiência sistêmica, e não de sua autonomia).” DURO, Cristiano. *Execução e democracia: a tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 205-206.

¹⁰³ A respeito dessa cláusula, esclarece Loic Cadiet: “Mais la clause de règlement peut également prévoir l'intervention d'un tiers pour aider les parties à trouver les voies d'un accord sur leur désaccord. Le règlement est alors médiat, l'intervention du tiers pouvant, elle aussi, avoir une intensité variable. Tantôt, en effet, le rôle du tiers demeure passif; il ne lui est pas demandé de proposer une solution au litige. Telle est, notamment, la fonction des clauses d'expertise, dites encore clauses d'expert ou clauses d'expert neutre, particulièrement

Existe, portanto, um estímulo para que os meios de autocomposição sejam buscados para a solução dos conflitos, para além da forma adjudicada conferida pelo Poder Judiciário.

Indicado, de forma breve, o panorama da execução cível no direito brasileiro, é importante passar para o objeto da presente tese, que é a análise das convenções processuais na execução.

CAPÍTULO 2 - CONVENÇÕES PROCESSUAIS: ALGUMAS NOÇÕES ESSENCIAIS

2.1 Nomenclatura e conceito.

Uma questão presente na análise dos pactos que se referem ao processo diz respeito à nomenclatura e ao conceito de convenção.

Variados termos são utilizados para se referir ao tema: convenções processuais¹⁰⁴, negócios jurídicos processuais¹⁰⁵, pactos, convênios ou avenças processuais¹⁰⁶, atos de disposição processual¹⁰⁷ e contratos processuais¹⁰⁸.

adaptées aux relations d'affaires comportant des aspects techniques ou économiques complexes. Cette clause ne soulève pas de difficultés particulières dès lors qu'elle intervient, en principe, en amont du litige qu'elle a justement pour objet d'éviter. Tantôt, au contraire, le rôle du tiers est actif; il a pour mission de chercher à rapprocher le point de vue de chaque partie et à susciter une solution du différend en proposant un projet d'accord: telle est la fonction des clauses de conciliation ou de médiation qui, à la différence des clauses d'arbitrage, ne donnent pas au médiateur le pouvoir d'imposer la solution envisagée. En principe, le recours au conciliateur (ou au médiateur) est le préalable obligatoire à toute saisine du juge (ou d'un arbitre). Il est d'ailleurs remarquable que la justice étatique prête main forte à l'autorité de ces clauses en jugeant irrecevable l'action en justice qui serait exercée par l'une des parties en violation d'une clause de conciliation ou de médiation. Cette solution est parfaitement logique car ce type de clause crée une interdiction provisoire d'agir en justice et, pour assurer le respect de cette interdiction, une fin de non-recevoir conventionnelle. Ainsi en a jugé, très clairement, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe rendu en chambre mixte le 14 février 2003, qui illustre aussi, exemplairement, le mouvement contemporain de contractualisation du procès et la favor accordandum du droit français." CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, 2008, vol. 160, versão on line.

¹⁰⁴ CABRAL, Convenções..., cit.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de Direito Processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984; GRECO, Leonardo. Os atos..., cit; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr. 2015, VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma. 2017; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e o poder público*. Salvador: Juspodivm. 2016; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm. 2018.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (Doutorado). UFBA. Salvador. 2011; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil*. Salvador: Juspodivm. Salvador: Juspodivm. 2016; GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT. 2015; FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016; CÂMARA, Helder Moroni.

Os negócios jurídicos estão inseridos na teoria geral dos fatos jurídicos e são considerados espécie de um gênero maior de *atos jurídicos* (lato sensu)¹⁰⁹ - ¹¹⁰. São caracterizados pela manifestação de vontade dirigida a produzir determinados efeitos jurídicos. Os interesses das partes podem ser convergentes ou não, mas o que caracteriza o negócio jurídico é a manifestação de vontade voltada a produção de efeitos jurídicos. No contexto dos acordos processuais, não estaria tecnicamente incorreta a utilização do referido

Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018; BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.* Dissertação (Mestrado). PUC/SP. São Paulo. 2016; DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadro. *Da aplicabilidade do negócio jurídico processual na recuperação judicial de empresas.* Dissertação de Mestrado apresentada junto à PUC/SP. São Paulo. 2018; BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico.* Dissertação (Mestrado). UFSC. Florianópolis. 2017; CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências de seu descumprimento.* Curitiba: Juruá. 2017; MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica.* São Paulo: RT. 2017; REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos.* Tese (Doutorado). PUC/SP. São Paulo. 2019; REBELO, Maria Paulo. *A admissibilidade de negócios processuais no processo do trabalho.* Tese (Doutorado). UFBA. Salvador. 2019.

¹⁰⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 422; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. Art. 190 [comentários]. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 283.

¹⁰⁷ XAVIER, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual.* Indaiatuba: Foco. 2019. p. 50-52.

¹⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* vol. 1. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 296, que trata de atos contratuais: "consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade. Tais, entre outros atos, de eleição de foro (Cód. Proc. Civil, art. 111), a conciliação (Cód. Proc. Civil, arts. 448 e 449), a transação. Os atos dispositivos das partes são geralmente chamados *negócios processuais*, pois que conforme eles as partes regulam o próprio comportamento em relação à tutela jurisdicional."; DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *William & Mary Law Review*, v. 63, n. 2, 2001, p. 517; LLOPIS-LLOMBARD, Marco de Benito. I contratti processuali. 2013. Disponível em https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali, acesso em 10 de dezembro de 2018.

¹⁰⁹ "Principamos por consignar que el negocio jurídico procesal es una variante del acto jurídico procesal y que como tal es también un acto de parte, humano, voluntario y lícito, directamente enderezado a crear, modifica o extinguir relaciones procesales. Los hechos procesales, en cambio, son acontecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso (v. gr., muerte del apoderado de una de las partes, destrucción involuntaria de u escrito del expediente)." PEYRANO, Jorge W. Estado de situación del instituto de los negocios jurídicos procesales. *Revista de Derecho Procesal: los contratos y el negocio jurídico procesal.* Santa-fé: Rubinzal-Culzoni, 2017. p. 53.

¹¹⁰ Não se pretende, na presente tese, expor a teoria dos fatos jurídicos processuais, por entender que tal exposição iria além do âmbito desta. Sobre o tema, há vasta doutrina, especialmente no âmbito do direito civil. Dentre outros, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência.* 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2003; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* t. 3, 4 e 5. São Paulo: RT. 1974; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico: anotações segundo o novo Código Civil.* vols. 1, 2 e 3. Campinas: LZN. 2003. Especificamente acerca de fatos jurídicos processuais veja, dentre outros, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais.* Tese (Doutorado) Salvador. UFBA. 2011. p. 27-108; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, vol. 248, 2007, versão eletrônica; CABRAL, Antonio do Passo, *Convenções...*, cit., p. 45 e segs.; REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios...*, cit., p. 71-80.

termo, embora ela seja mais utilizada em relação a negócios que tenham natureza patrimonial¹¹¹.

Convenção é um termo que caracteriza uma união de vontades quanto ao escopo do ato praticado¹¹² mas que, diversamente ao contrato, não pressupõe a existência de interesses contrapostos. Nada impede que as vontades se encontrem para escopos comuns ou convergentes. Acordo também é um termo que remete à noção de convenção. Assim, por abarcar tanto situações relativas ao direito material quanto ao direito processual, o mais adequado é utilizar os termos “convenção” e “acordo” em matéria processual¹¹³.

Já avença não é um termo técnico específico, ao passo que pactos são acordos internacionais, de modo que, por não haver uma especificação técnica relevante, tais termos serão utilizados como sinônimos no curso da tese. Protocolo, termo que também é utilizado no direito internacional e no direito administrativo, se refere ao acordo processual realizado entre os tribunais e associações de advogados ou auxiliares da justiça¹¹⁴, de modo que possui um escopo específico de atuação¹¹⁵.

O termo “contrato processual” não se apresenta tecnicamente correto pois pressupõe que os interesses das partes sejam contrapostos. Além disso, haveria uma diferença estrutural entre os instrumentos: no acordo, há um paralelismo de declarações, pois as partes se dirigem ao juiz para manifestar a sua vontade, enquanto no contrato haveria um cruzamento de vontades¹¹⁶. Os critérios indicados não são suficientes para justificar a distinção, pois os contratos podem conter interesses convergentes, especialmente quando se pensa em contratos

¹¹¹ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4. ed. New York: Aspen. 2004. p. 5-7.

¹¹² CABRAL, Convenções..., cit., p. 60.

¹¹³ Nesse sentido: “Primeiro porque “convenções” é a terminologia utilizada pelo Código de Processo Civil atual e também pelo projetado. Segundo para diferenciar o instituto dos “negócios jurídicos” do Código Civil, já que este também usa a expressão quando há uma só manifestação de vontade. Terceiro porque o termo “contrato” traduz apenas a ideia de forma de materialização do ajuste, sendo que eventual divergência sobre a sua extensão conceitual poderia comprometer o sentido aqui empregado. E quarto porque “acordo” nem sempre indica somente o objeto ou o conteúdo das convenções, podendo ainda se referir a um fim específico de fazer cessar uma pendência ou demanda, o que não corresponde exatamente ao que se pretende aduzir.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. *Revista de Processo*, vol. 241, março, 2015, versão eletrônica, item 2. No mesmo sentido: CABRAL, Convenções..., cit., p. 61; BARBOSA MOREIRA, Convenções..., p. 89; CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, aug.-dec., 2012, item 1; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. El proceso como situación jurídica. vol. III. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 473.

¹¹⁴ CABRAL, Convenções..., cit., p. 62.

¹¹⁵ “No âmbito dos acordos coletivos, existem aqueles destinados a disciplinar o procedimento civil e os voltados à administração judicial, no primeiro caso funcionando tais acordos como um instrumento de gestão coletiva dos processos e, no segundo, como um instrumento de política pública da justiça. BARREIROS, cit., p. 149.

¹¹⁶ PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. t. I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 229.

plurilaterais, como os de sociedade. Além disso, em relação ao critério estrutural, algumas declarações são levadas ao juiz, como a suspensão convencional do processo, mas outras não se enquadram nesse critério, como a cláusula arbitral ou relativa ao foro de eleição¹¹⁷.

Em verdade, o contrato ainda é um conceito que carrega ainda uma perspectiva obrigacional e patrimonial, não se coadunando com a concepção dos acordos processuais¹¹⁸. Todavia, esse termo é utilizado na literatura americana¹¹⁹ sobre o tema e na França¹²⁰.

Para os fins dessa tese utilizaram-se os termos como sinônimos, com exceção de “protocolo”, embora cientes de que há nuances entre os mesmos.

A definição de pacto processual é controversa na doutrina. Alguns dos critérios utilizados para definir o conceito de convenção processual são: i) a sede em que esta é celebrada; ii) quem convencionou (ou seja, os sujeitos); iii) a norma aplicável; iv) os efeitos ou objeto do acordo, além de outros¹²¹.

2. 1.1 Critério do local em que a convenção foi pactuada

¹¹⁷ PENASA, cit., p. 230.

¹¹⁸ Em sentido contrário, sustentando inclusive a adequação do termo “contrato” para se referir às convenções processuais diante da própria evolução da teoria processual, PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A adequação do procedimento às necessidades do caso concreto e os desafios da jurisdição contemporânea: os reflexos da expansão da autonomia privada no processo civil. Tese (Doutorado). UERJ. Rio de Janeiro. 2019. p. 249-250: “O contrato passou a ser o instrumento mais frequente na vida contemporânea. Interesses existenciais/extrapatrimoniais integram diretamente o objeto dos contratos, assim como a prestação da atividade jurisdicional transborda para o campo contratual por meio das cláusulas compromissórias arbitrais. O que se pretende é demonstrar a existência dos contratos extrapatrimoniais, apontando suas características para, ao final, confirmar a possibilidade de uma nova categoria, processual, já que não se justificará a sua impossibilidade pelas razões apresentadas pela doutrina. Inicialmente, é importante salientar que quando o Direito deixou o seu objetivo original individualista voltado à proteção do patrimônio e da liberdade e recebeu a missão de proteger além dos interesses individuais, os coletivos e difusos, os institutos do direito privado, como o contrato, passaram a ter dupla função: promover o interesse do contratante, mas também o desenvolvimento social. O direito privado deixa de ser eminentemente patrimonialista passando a ser personalista, funcionando em prol da pessoa humana. Nos contratos existenciais, onde os interesses predominantes são de ordem extrapatrimonial, relacionados à dignidade e à personalidade de ao menos uma das partes contratantes, ou ambas, a função promocional do direito é voltada à efetivação dos direitos fundamentais e se mostra um importante instrumento para a preservação destes interesses. Defende-se nestes contratos, existenciais, um novo paradigma, onde a essencialidade encontra seu ápice, a autonomia privada sofre sua maior mitigação por legitimar maior ingerência estatal sempre com o objetivo de resguardar a parte mais vulnerável.”

¹¹⁹ DAVIS; HERSHKOFF. Contracting..., cit.; KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the litigation game: na ex ante perspective on contractualized procedures, *Texas Law Review*, maio, 2013, p. 5-6; THORNBURG, Elizabeth. Designer Trials, *Journal of Dispute Resolution*. 2006. p. 201-202. Disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/14>, acesso em 10 de março de 2015.

¹²⁰ CADIET, Loïc; JEULAND, Emanuel. *Droit judiciaire privé*. 9. ed. Paris: LexisNexis. 2016. p. 747; CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2. ed. Paris: PUF. 2013. p. 555 e sgs.

¹²¹ CABRAL, Convenções..., cit., p. 63.

Um critério considerado para a definição de convenção processual é o local em que este foi convencionado. Somente seria uma convenção processual se praticado no processo¹²². Todos os acordos que fossem pré-processuais, como a cláusula arbitral e a convenção de foro, diriam respeito ao direito material, mesmo que se refiram a situações jurídicas processuais. Essa perspectiva relaciona a convenção a ato processual, o que se revela ultrapassado.

Esse critério há tempos tem sido rechaçado pela doutrina, pois, exemplificativamente, é natural que o compromisso arbitral diz respeito ao exercício da jurisdição (estatal), com reflexos processuais, mesmo que tenha sido celebrado fora do processo. O mesmo ocorrendo em relação à cláusula de eleição de foro, que pode ser celebrada extrajudicialmente.

Assim, esse critério não é válido para definir as convenções processuais, pois mesmo que celebradas extrajudicialmente poderão ter efeitos sobre a relação processual¹²³.

2.1.2 Critério dos sujeitos que participam do processo

Outro critério indicado para definir o acordo processual é o de ser praticado pelos *sujeitos do processo*¹²⁴. Assim como o critério indicado anteriormente, este não é suficiente para definir os acordos processuais, pois como são aceitos acordos fora do processo, mesmo antes de existir um processo, então o critério subjetivo falha na premissa. Isso porque não é possível afirmar que os pactuantes venham a ser parte do processo já que a relação jurídica processual pode nunca vir a ser instaurada.

Independentemente de quem pactuar a convenção, este não acaba sendo um critério válido para a definição das convenções, pois elas podem ter natureza pública ou privada a depender do seu conteúdo ou interesses veiculados, mas não tendo em vista os sujeitos que as celebram¹²⁵.

2.1.3 Critério da norma aplicada

Por esse critério, o objeto da convenção é que definiria se o acordo é processual ou se é de direito material. Seria uma convenção processual aquela que tivesse por objeto a aplicação de regras processuais ou dissessem respeito a uma situação jurídica processual.

¹²² Nesse sentido, por exemplo, CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 53 e segs.

¹²³ CABRAL, Convenções..., cit., p. 64-65.

¹²⁴ DINAMARCO, Instituições..., vol. II, p. 484-485.

¹²⁵ CABRAL, Convenções..., cit., p. 66.

Embora mais adequado do que o critério subjetivo, a sua utilização acaba reduzindo a questão a uma aplicação de normas e não propriamente das convenções¹²⁶.

2.1.4 Critério dos efeitos das convenções

Um outro critério diz respeito aos efeitos que a convenção pretende produzir. É o critério mais adequado, visto que o acordo que tiver aptidão para produzir efeitos jurídicos no processo configura-se como uma convenção processual. É preciso que haja a reflexibilidade a um processo, seja ele atual ou potencial¹²⁷.

Entende-se, nesse ponto, que é irrelevante se a estipulação contratual afeta a relação processual de forma direta ou indireta. Uma cláusula dispensando a avaliação do bem em caso de penhora diz respeito a uma convenção que surtirá efeitos no processo. Da mesma forma, porém indiretamente, uma cláusula contratual que define o lugar do cumprimento da obrigação também irradiará efeitos processuais ao definir uma norma de competência territorial.

É importante perceber que a convenção processual surte efeitos a despeito da manifestação de vontade de outros sujeitos. Não há, a não ser que a lei expressamente determine, a necessidade de homologação pelo juiz do acordo entre as partes, estando apto a produzir efeitos desde logo, conforme dispõe, expressamente, o art. 200, do CPC.

2. 1.5 Conceito de acordos processuais

Considerando os critérios mencionados e o objeto das convenções processuais que, como se verá adiante, pode se referir a aspectos do procedimento quanto à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais, conforme definido pelo art. 190,

¹²⁶ CABRAL, Convenções..., cit., p. 67.

¹²⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 67-68; REDONDO, Negócios..., cit., p.81-82; AFFONSO, Filipe José Medon. Diálogos entre direito civil e processual civil em matéria de negócios jurídicos: em busca da construção de um ordenamento unitário. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 96-97; MAUNSBACH, Lotta. Litigation agreements in swedish law. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 198 segs.; MOSMANN, Maria Victoria. Convenciones procesales en Argentina: introducción a la teoría de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 238; VIDAL, Convenções..., cit., p. 117; KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 193-194; YARSHELL, Flavio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 78.

do CPC, é possível definir as convenções processuais como declaração unilateral ou plurilateral de vontade, pela qual as partes, antes ou no curso do processo, sem haver necessidade da intermediação do juiz ou qualquer outro sujeito, regulam aspectos do procedimento ou criam, modificam e extinguem situações jurídicas processuais¹²⁸.

Esse conceito de convenção processual é relevante especialmente quando se refere às convenções que podem ser travadas acerca e no âmbito do processo de execução. A interrelação entre a execução e o direito (material) obrigacional é simbiótica, de forma que muitos acordos que possam dizer respeito ao direito material podem, eventualmente, afetar a relação processual e vice-versa. Os acordos celebrados no processo relativos ao parcelamento do débito dizem respeito, mais propriamente, ao próprio direito de crédito e a forma como ele será adimplido mas, ao se considerar que este acordo acaba gerando aspectos, mesmo que reflexos, na relação jurídica processual, como, por exemplo, a suspensão do processo até o cumprimento da obrigação (art. 921, I, do CPC), haverá, aqui, uma convenção processual. O mesmo ocorre com a moratória legal, estabelecida no art. 916, do CPC/2015, que embora se refira ao pagamento parcelado da dívida, suscita uma série de efeitos no processo, como a suspensão do feito, a incidência de multa no caso de inadimplemento e vencimento antecipado do saldo, além da impossibilidade de apresentação de embargos do executado.

2.2 Classificação das convenções processuais

As convenções processuais são classificadas considerando diversos critérios, sendo importante à menção daqueles com maior relevância prática.

2.2.1 Convenções processuais típicas ou atípicas

O primeiro critério leva em consideração a existência de previsão legal da convenção. São típicas aquelas que estão expressamente previstas pelo legislador, indicando os sujeitos, objeto, formalidades, limites, efeitos, etc. Já as atípicas são as que não tem a sua regulamentação expressamente prevista pelo legislador, sendo praticadas em razão da autonomia da vontade das partes¹²⁹.

¹²⁸ CABRAL, Convenções..., cit. p. 74; REDONDO, Negócios..., cit., p. 81-82; DIDIER JR., Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. p. 439; BARREIROS, Convenções..., cit., p. 140; VIDAL, Convenções..., cit. p. 124.

¹²⁹ CABRAL, Convenções..., cit., p. 94.

O CPC/2015, nesse aspecto, inovou nessa seara¹³⁰ e, além de prever acordos processuais típicos, expressamente previu uma regra aberta (do art. 190) estabelecendo uma cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais. Trata-se dessa espécie normativa pois a vagueza e fluidez dos termos empregados pelo legislador, necessitando de concreção judicial quando da sua aplicação, se alia à ausência das consequências jurídicas, as quais não estão previstas na lei¹³¹.

O referido dispositivo legal, ao permitir que as partes possam estipular acerca de “[...] mudanças no procedimento [...] e sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais [...]” sem estabelecer, contudo, quais as situações processuais que poderiam ser convencionadas, nem quais os requisitos, os efeitos e os limites dessa estipulação¹³², consagra a cláusula geral de negociação processual, permitindo que as partes estabeleçam convenções que não tenham algum balizamento legal.

2.2.2 Acordos obrigacionais ou dispositivos

Uma outra classificação leva em consideração o objeto do pacto, dividindo-se em dois grupos: as convenções obrigacionais e os pactos dispositivos. No primeiro grupo encontram-se os pactos que dizem respeito às situações jurídicas processuais, ou seja, às prerrogativas processuais dos litigantes (*Verpflichtungsverträge*), tais como a renúncia ao direito de recorrer, o *pactum de non exsequendo*, dentre outros. Já no segundo, estariam os acordos relativos ao rito processual, modificando regras processuais ou procedimentais

¹³⁰ Sobre a atipicidade das convenções processuais no CPC/73, veja-se o seguinte excerto de Antonio do Passo Cabral: “O CPC de 1973 contém uma disposição bem ampla, aquela do art. 158, providente de negócios jurídicos unilaterais e plurilaterais. Mas nunca se lhe deu uma interpretação que emprestasse aos negócios processuais atípicos a base normativa de que precisavam. Tradicionalmente, em decorrência da concepção publicista do processo, muitos autores compreendiam que a validade e eficácia dos acordos processuais dependiam de interposição legislativa. Somente a lei poderia estabelecer norma processual, e portanto as convenções processuais só seriam admissíveis quando a lei fosse expressamente providente: só existiriam acordos processuais típicos, como o compromisso arbitral, o foro de eleição, as convenções sobre os prazos, etc.” Idem, p. 98. No mesmo sentido, ALMEIDA, Diogo. A contratualização..., cit., p. 110-111.

¹³¹ No conceito de Judith Martins Costa: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.” MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 303.

¹³² REDONDO, Bruno. Negócios..., cit., p. 125.

(*Verfügungsverträge*), como as convenções acerca da competência do juízo, a forma de produção de provas, etc¹³³.

Essa classificação foi encampada pelo CPC/2015, já que o art. 190 expressamente menciona como objeto das convenções processuais “mudanças no procedimento” ou acerca de seus “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Porém, como ressaltado por Antonio Cabral, nem sempre é possível fazer uma distinção entre as convenções obrigacionais ou dispositivas, pois certos acordos processuais podem ter caráter de acordo dispositivo mas com reflexos em situações jurídicas processuais¹³⁴.

2.2.3 Convenções processuais prévias e incidentais

Uma outra classificação diz respeito ao momento em que a convenção é celebrada. As convenções prévias (ou pré-processuais, antecedentes) são estabelecidas antes do processo, ao passo que as convenções incidentais (concomitantes, interlocutórias) se realizam quando já há litispendência.

As convenções processuais prévias normalmente são aquelas que se utilizam de uma técnica de antecipação procedimental¹³⁵, pois além de estarem em pleno exercício da liberdade contratual, o que permite que estabelecem regras acerca do direito material e, também, do direito processual, caso seja instaurado um conflito decorrente do descumprimento do pacto. É possível, também, que esse arranjo possa dizer respeito à economia contratual como um todo, de modo que algumas cláusulas relativas ao direito material podem ter alguma compensação em cláusulas que digam respeito a eventual conflito a ser instaurado no futuro, e vice-versa.

A doutrina¹³⁶ indica algumas vantagens, na celebração de convenções processuais *ex ante*. Primeiro, as regras modificadas podem reduzir o comportamento estratégico e oportunístico das partes, bem como os custos do processo. É possível que durante o julgamento, uma das partes se utilize de condutas protelatórias, requerendo provas que não

¹³³ CABRAL, Convenções..., cit., p. 79-80.

¹³⁴ CABRAL, Convenções..., cit., p. 82.

¹³⁵ CABRAL, Convenções..., cit., p. 83.

¹³⁶ Esse resumo é feito por KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the litigation game: an ex ante perspective on contractualized procedures, *Texas Law Review*, maio, 2013, p. 5-6. Da mesma forma, CABRAL, cit., p. 83-84; VIDAL, cit., p. 142-144; CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 10-11.

sejam assim tão necessárias ou que se utilize de recursos ou mecanismos de protelação do processo, de forma que na contratualização do procedimento as partes já estabelecem certos aspectos do futuro litígio. Além disso, antes do processo, as partes possuem uma informação incompleta acerca da posição de cada uma no litígio, como, por exemplo, não sabendo ao certo as provas que cada parte possui, nem mesmo quem estará na posição de autor e de réu.

Segundo, a modificação das regras procedimentais pode moldar o comportamento das partes, seja em relação ao próprio direito material (por exemplo, o cumprimento da obrigação é muito mais interessante do que o ajuizamento de uma demanda, diante das normas procedimentais estipuladas entre as partes), seja em relação ao próprio direito processual (exemplificativamente, pode ser decisivo para que se decida ajuizar (ou não) uma demanda).

Terceiro, antes do ajuizamento da demanda, as partes estão em consenso, o que facilita o estabelecimento de regras consensuais sem os desgastes que um litígio pode representar entre os contratantes.

Para, contudo, que as convenções prévias sejam válidas, é preciso que elas observem o princípio da determinação e previsibilidade. Esse aspecto está relacionado ao objeto da convenção, que deve ser específico.

Como se verá a seguir, os negócios jurídicos processuais se valem, também, do regramento mais geral de tal categoria jurídica, elencada no art. 104, do Código Civil. Especificamente em relação ao objeto, este deve ser “lícito, possível, determinado ou determinável”.

Em relação à precisão, é necessário que a convenção verse sobre uma situação jurídica concreta e individualizada¹³⁷. É necessário que as convenções sejam precisas e claras para que as partes possam ter conhecimento do teor e de suas consequências. Da mesma forma, o objeto da convenção deve ser “determinado ou determinável”, como explicita o art. 104, II, do CC. Cláusulas amplas e genéricas podem ser invalidadas por não preencherem os requisitos legais.

As convenções processuais incidentais são aquelas realizadas no curso da demanda e funcionam como um mecanismo de gestão do processo¹³⁸, estando subordinado às normas processuais cogentes e aos escopos processuais.

¹³⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 87

¹³⁸ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés; situación actual de la contratualización del proceso y de la justicia en Francia. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true>, acesso em 10 de janeiro de 2020.

2.2.4 Negócios processuais unilaterais e plurilaterais

Sobre essa classificação, é preciso ponderar que ela pode dizer respeito a dois critérios distintos: i) o primeiro, diz respeito ao número de partes componentes; e ii) o segundo se refere, já em relação aos contratos, às obrigações assumidas pelos contratantes.

Em relação ao primeiro critério, negócios unilaterais são aqueles em que a manifestação de vontade de uma das partes é suficiente para formar o negócio¹³⁹. Assim, são exemplos de negócios processuais unilaterais a confissão, a desistência de alguma medida executiva ou da própria demanda executiva, que normalmente independe de anuência do executado, a renúncia ao recurso, a escolha do procedimento realizado pelo exequente¹⁴⁰, a moratória legal¹⁴¹.

Já os negócios plurilaterais são formados mediante a confluência da vontade de duas ou mais partes acerca de um objeto coincidente. Aqui, não basta a manifestação de vontade das partes pura e simplesmente; é necessário que “as emissões volitivas se *ajustam* ou *coincidem*, porque nesse momento se diz que já há o *consentimento* (de *cum* + *sentire*).¹⁴²”

Os negócios jurídicos unilaterais são usualmente típicos, por dispensarem a manifestação de vontade da outra parte. Por conseguinte, as consequências da manifestação de vontade (ou seja, os seus efeitos) costumam estar dispostas na lei¹⁴³. No exemplo da

¹³⁹ Na visão de Caio Mário da Silva Pereira: “No negócio jurídico unilateral, uma *parte* como tal, e mediante a formulação de uma declaração de vontade, realiza o fato jurídico gerador de efeitos.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 1. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 416; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 178; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 428.

¹⁴⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no Projeto de Código de Processo Civil. In: ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (org.). *Projeto de Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm. 2012. p. 579.

¹⁴¹ Sobre o tema, veja-se FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019, especialmente p. 441 e segs.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, vol. 1., cit., p. 417; RODRIGUES, Sílvio. cit., p. 178; AMARAL, cit., p. 428-429.

¹⁴³ Esse contexto, porém, não afasta a natureza do ato como sendo negócio jurídico, diante do aspecto (mais) publicístico do direito processual, como esclarece Paula Costa e Silva: “[...] a expressão *negócio processual* pode induzir em erro se através dela se pretende, uma vez mais, afirmar que todos os efeitos induzidos por um acto devem ser abrangidos pela vontade do respectivo autor. Há efeitos do acto processual negocial que continuam a estar tabelados. Os efeitos que os actos, independentemente do respectivo conteúdo e zona de ataque, têm no processo estão estabelecidos por lei. Saber qual o *Tatbestand* ao qual a lei imputa esses efeitos (se a um acto unilateral da parte, por exemplo, à petição ou à contestação, se a um acto que visa regular directamente a solução do litígio, v.g., uma transacção) é irrelevante.” COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 253.

moratória legal, prevista no art. 916, do CPC, a escolha do executado para exercer o referido direito é um negócio jurídico processual, mas cujos efeitos estão previstos na lei: suspensão do processo executivo e impossibilidade de apresentação de defesa (embargos do executado).

Os negócios plurilaterais são denominados de contratos quando há uma vontade coincidente acerca de interesses contrapostos, ao passo que acordos ou convenções é o termo utilizado quando as vontades se unem para um interesse comum¹⁴⁴. Seriam, nessa perspectiva, negócios processuais bilaterais a convenção sobre o saneamento, o pacto a respeito da penhora de bens do executado, etc.

Considerando, dessa vez, os efeitos que produzem para as partes, os negócios podem ser considerados unilaterais ou plurilaterais. São unilaterais aqueles que produzem obrigações a somente um dos contratantes (v.g., o pacto que autoriza a penhora de bem impenhorável cria obrigação somente para o executado - obrigação de não alegar a impenhorabilidade do bem); os plurilaterais alcançam todas as partes celebrantes¹⁴⁵ (por exemplo, a renúncia ao recurso de apelação realizada de antemão por todos os pactuantes).

Importante ressaltar que essa classificação não se confunde com a anterior, pois pressupõe-se que, nesse último caso, haja duas partes e duas declarações de vontade, gerando obrigação para somente uma das partes (no caso de pacto unilateral) ou a todas (contrato plurilateral)¹⁴⁶.

2.2.5 Acordos gratuitos e onerosos

Uma outra classificação, que leva em consideração as vantagens trazidas pelo acordo às partes, estabelece os acordos em gratuitos ou onerosos. Os gratuitos são aqueles em que há benefício para somente uma das partes, havendo sacrifício para a outra. Nos onerosos, há vantagens recíprocas, que são estabelecidas para ambas as partes contratantes¹⁴⁷.

A importância dessa classificação está na proteção que é conferida aos contratantes. Nos pactos gratuitos, a interpretação das cláusulas é feita de forma restritiva, nos termos do art. 114, do CC. A regra de responsabilidade civil também é atenuada em se tratando de pactos gratuitos, pois somente haverá responsabilidade caso ele tenha agido com dolo. Já no

¹⁴⁴ REDONDO, Negócios..., cit., p. 125.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. III. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 61.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 30.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 31; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições...*, vol. III, cit., p. 58.

caso de fraude contra credores, as transações gratuitas são presumidamente fraudulentárias aos direitos dos credores quirografários, ao passo que em relação aos contratos onerosos, há necessidade de comprovar o *consilium fraudis*.

2.2.6 Pactos comutativos e aleatórios

Em relação à equivalência entre as prestações, os negócios onerosos se subdividem em comutativos e aleatórios.

Nos primeiros, existe uma equivalência entre as vantagens e os sacrifícios que são experimentados pelos sujeitos. As prestações se encontram em uma relação de reciprocidade e equivalência no momento da celebração do pacto. Não se exige uma equivalência rigorosa entre elas, já que os bens objeto do pacto não possuem uma equivalência precisa, mas configuram uma análise realizada pelos pactuantes quando da realização da convenção¹⁴⁸. Seriam exemplos desse tipo de convenção a definição de prazo dobrado para manifestação das partes¹⁴⁹, a avaliação de bens consensual, etc.

Já nos contratos aleatórios, existe uma esfera de risco que é ínsita a esse tipo de convenção. A esfera de risco pode dizer respeito à realização de um fato (*incertus an*) ou ao momento da realização do fato (*incertus quando*). Assim, a estrutura e função do negócio aleatório levam à absoluta incerteza quanto ao resultado final da contratação e as prestações não são equivalentes¹⁵⁰. São exemplos de pactos nesse sentido o seguro e o financiamento processuais¹⁵¹.

2.2.7 Pactos comissivos e omissivos

Esse critério leva em consideração a existência ou não de uma conduta, podendo ser classificados em comissivos e omissivos.

¹⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições..., vol. III, cit., p. 61.

¹⁴⁹ REDONDO, Negócios..., cit., p. 128.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. São Paulo: Renovar. 2006. p. 89

¹⁵¹ Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de processo*, vol. 276, fev., 2018, versão eletrônica. Ainda sobre o tema de financiamento da litigância e third party funding, veja, dentre outros, CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de processo*, vol. 277, mar., 2018, versão eletrônica; HENRIQUES, Duarte G. Third-Party funding: a protected investment? *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 57, abril-junho, 2018, versão eletrônica; SORABJI, John. *The crisis of legal aid and alternative solutions*. IAPL Seoul Conference. 2014; YEAZELL, Stephen C. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Wolters Kluwer, 2009. p. 177 e segs.

Nos negócios comissivos há uma conduta positiva do agente, ou seja, uma ação, tal como ocorre com o compromisso arbitral ou a desistência de uma medida executiva¹⁵².

Já nos pactos omissivos, há uma inação (ou seja, ausência de conduta) a que o ordenamento jurídico atribui consequências jurídicas, já que somente o silêncio circunstanciado é que gera efeitos jurídicos relevantes (art. 111, do CC). Como exemplo, pode-se indicar a ausência de defesa do executado acerca da penhora de um bem, que gera implica na renúncia a eventual alegação de impenhorabilidade do bem, como se indicará adiante.

2.3 Análise da cláusula geral de negociação processual

Identificados o conceito e a classificação dos acordos processuais, passa-se à análise da cláusula geral prevista no art. 190, do CPC. O referido dispositivo legal lança as bases para que uma convenção processual possa ser considerada válida à luz do ordenamento jurídico processual.

Não se deve olvidar, contudo, que a análise do negócio jurídico (seja de direito material, seja de direito processual) deve passar pelos planos do negócio jurídico, a saber: existência, validade e eficácia¹⁵³, o que se passa a verificar de forma breve no item a seguir.

2.3.1 Existência, validade e eficácia do negócio jurídico (processual)

A análise do negócio jurídico passa pela verificação do preenchimento de elementos e requisitos que confirmem existência, validade e eficácia a esse negócio jurídico¹⁵⁴.

¹⁵² REDONDO, Negócios..., cit., p. 126.

¹⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 3, 4 e 5. São Paulo: RT. 1974.

¹⁵⁴ Nesse sentido: "Desde o início, a mim ficou muito claro que, para a melhor solução das dificuldades que o tema das nulidades oferece, indispensável era a consideração com a "tríade ineliminável" de que fala Pontes de Miranda em sua vasta obra (a expressão encontra-se, p. ex., no t. XXXIV, § 3.849, 2, p. 123, do valiosíssimo *Tratado de Direito Privado*): existência, validade, eficácia. O ato processual é, antes de mais nada, ato jurídico processual. Desse modo, no seu exame, ou na análise do processo enquanto conjunto de atos processuais, melhor

Nesse ponto, é necessário identificar a existência de um regime misto, em que as normas de direito material se correlacionam com normas de direito processual, pois os negócios processuais são uma espécie de um gênero maior do negócio jurídico¹⁵⁵.

Nessa perspectiva, o Direito Civil estabelece normas gerais acerca do negócio jurídico que funcionam como premissas para analisar os negócios jurídicos processuais. Da mesma forma, o Código de Processo Civil possui regras específicas para a validade dos negócios jurídicos processuais.

Portanto, em relação ao estudo dos elementos essenciais e dos requisitos de validade do negócio processual, haverá uma interrelação entre as normas de direito material e de direito processual, havendo um regime jurídico híbrido na análise da existência e validade do negócio jurídico processual¹⁵⁶.

No plano da existência se encontram os elementos essenciais do negócio, de modo que é necessário identificar se foi preenchido o suporte fático para que o ato tenha relevância jurídica. Não havendo a presença dos elementos essenciais, o ato será considerado inexistente, ou seja, sem relevância para o Direito. Por não ter preenchidos os elementos do suporte fático, não se fala em ratificação ou retificação do ato¹⁵⁷.

Na perspectiva da validade, é necessário que o negócio jurídico preencha os requisitos de validade, que, basicamente, permitem que o ato produza efeitos jurídicos pois se encontra em conformidade com os balizamentos determinados pelo ordenamento jurídico. A não observância dos requisitos legais gera a invalidade do ato, classificando-se em nulidade em nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade¹⁵⁸. No resumo apresentado por Antonio

se haverá o intérprete que realizá-lo tendo presente os "planos de projeção". DALL'AGNOL Jr. Antonio Janyr. Nulidades processuais - algumas questões. *Revista de Processo*, n. 67, jul-set. 1992, versão eletrônica, item 2.

¹⁵⁵ CABRAL, Convenções..., cit., p. 285.

¹⁵⁶ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, Convenções..., cit., p. 93: "Aceito o alvitre, pode-se concluir que as convenções processuais, como ato processuais apenas *lato sensu*, ao menos em grande maioria, se submetem a um regime jurídico misto, em que se entrelaçam normas de direito processual e de direito material." Da mesma forma, ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*: como se motiva uma decisão judicial? 4. ed. São Paulo: RT. 2018. p. 124-125. Em sentido parcialmente diverso, variando o regime aplicável de acordo com os efeitos do pacto, GRECO, Leonardo, Os atos..., cit., item 5, versão eletrônica: "A meu ver, todo ato do processo, ou seja, todo ato que seja praticado na relação processual, como seu elemento integrante, deve observar a capacidade do sujeito, o conteúdo e a forma prescritos pela própria lei processual. O direito processual tem as suas próprias regras. Ainda que esses atos produzam efeitos de direito material, sua subordinação ao regime processual é inerente à sua natureza processual. Entretanto, cabe considerar que há atos do processo que possuem conteúdo de direito material, como uma transação. Se celebrada através de ato processual, deve observar em todos os seus elementos o direito processual, mas também deverá observar, quanto ao conteúdo ou objeto, o direito material de regência da respectiva relação jurídica."

¹⁵⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: B de F. 2014. p. 307.

¹⁵⁸ Há, também, que diferencie as nulidades em absolutas e relativas, somente. Nesse sentido: "É perfeitamente possível distinguirem-se as nulidades processuais relativas das absolutas. De rigor, não só é possível, como absolutamente imprescindível, tendo em vista que o regime jurídico a que esses vícios se submetem varia em

Dall'Agnol Jr., com base na célebre obra de Galeno Lacerda, *Despacho saneador*, o conceito de cada espécie de invalidade seria, respectivamente:

a) infração a regra de natureza cogente, onde tutelado, em caráter primordial, interesse público, importará, sem mais, em nulidade absoluta; b) se, nada obstante a cogência, a tutela, preferencialmente, é de interesse da parte, a consequência será a nulidade relativa; c) finalmente, em se cuidando de "vício resultante da violação de norma dispositiva", a figura que se apresenta é a da anulabilidade.¹⁵⁹

Por fim, a eficácia diz respeito à possibilidade de produção de efeitos jurídicos a qual, no âmbito dos negócios jurídicos é afetada pela presença dos elementos acidentais, a saber: i) a condição; ii) o termo e iii) o encargo. No plano processual, a eficácia do ato pode depender de elementos que são inseridos pela própria norma ou definidos pela autonomia de vontade das partes. Assim, por exemplo, a desistência da ação depende de homologação judicial, sem a qual não será eficaz (art. 200, parágrafo único, do CPC). Outro exemplo pode ser referido ao reexame necessário nas sentenças contrárias aos interesses do Poder Público, cujo trânsito em julgado fica condicionado ao reexame necessário (art. 496, do CPC).

A inserção de elementos acidentais pela autonomia das partes é questão que se revela controversa no processo. Barbosa Moreira explica que não seriam, a princípio, admissíveis atos condicionais ou a termo pois afetaria a exigência de certeza e segurança do desenvolvimento processual. Admite, porém, que tal afirmação poderia ser relativizada, pois os elementos acidentais incompatíveis com o processo seriam as que decorressem de acontecimentos externos ao próprio processo¹⁶⁰. Por exemplo, o recurso adesivo condicionado, que é aquele interposto *ad cautelam* para ser analisado caso haja a interposição do recurso principal, configura ato condicional¹⁶¹.

Já Leonardo Greco também entende que o processo, por ser uma sequência de atos processuais que não deve sofrer solução de continuidade, não admite a prática de atos

função de se tratar de nulidade absoluta ou de nulidade relativa. Assim, e por isso, é necessário que se identifique o vício e que este vício seja classificado, para que se possa saber qual o seu regime jurídico. Pela expressão regime jurídico, pretendemos significar regras que dizem respeito à possibilidade de decretação de ofício e à "preclusão". ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. versão eletrônica. Para uma revisão sistemática dos critérios de nulidade veja, por todos, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 65 e segs.

¹⁵⁹ DALL'AGNOL JR., Nulidades..., cit., item 4. No mesmo sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, n. 600, out.-dez., 1990, versão eletrônica, item 2.

¹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, Convenções..., cit., p. 95.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 179; RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 22 e 23, embora se refira a recursos subordinados; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12.ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 252-253.

subordinados a condições ou termos. Porém, reconhece que essa concepção comporta exceções, como, por exemplo, a suspensão convencional do processo aguardando o cumprimento integral do parcelamento do débito¹⁶².

Em se tratando do princípio do autorregramento da vontade, não pode, a priori, ser excluída a possibilidade de que aos negócios processuais sejam inseridos elementos acidentais, interferindo na produção de efeitos. Em algumas situações é possível, portanto, que as partes estabeleçam convenções submetidas a convenção ou termo. Tais situações, porém, não se revelam tão comuns diante da concepção de que os atos processuais não poderiam, a priori, serem subordinados a termos ou condições pois o processo é uma marcha para frente, não se coadunando com a inserção de elementos que possam afetar o seu andamento¹⁶³.

Nesse aspecto, um exemplo de negócio processual sujeito a termo é a suspensão convencional do processo. Em relação à condição, é possível identificar a transação com reserva de revogação, em que fica cláusulado que durante um período, qualquer das partes pode revogar o acordo, o que se configura como uma condição suspensiva. O mesmo ocorre em relação ao recurso adesivo condicionado, já mencionado anteriormente¹⁶⁴.

Antes de se verificar quais seriam os elementos essenciais e os requisitos de validade do processo, é importante salientar que a análise dos três planos - existência, validade e eficácia - do negócio jurídico, à exceção do plano da existência, que pressupõe a análise dos demais¹⁶⁵, não depende um do outro. Ou seja, é possível que o ato válido seja ineficaz ou que um ato inválido seja eficaz. Não há, portanto, uma ordem de precedência lógica nessa análise.

¹⁶² "A eficácia dos atos de disposição das partes não poderia ficar subordinada a condições ou a termos, na medida em que a seqüência dos atos do processo não deve sofrer quebra de continuidade. Nas palavras de BARBOSA MOREIRA, poderiam ser postos em risco a certeza e a segurança no desenvolvimento do processo¹⁶. Penso, entretanto, ser impossível generalizar essa regra. É certo que o processo deve seguir um procedimento pré-determinado, que siga as prescrições da lei. Mas nada impede que as partes ajustem a dispensa da prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato. O processo terá seguimento com ou sem a produção da prova testemunhal, conforme o resultado da perícia." GRECO, Os atos..., cit., item 4.

¹⁶³ Nesse sentido, a doutrina de Pedro Henrique Nogueira: "Naturalmente que, no processo, a abrangência das condições voluntárias não tem o mesmo espectro do que no direito civil. No plano processual, a regra é os atos processuais não se subordinarem a condições ou termos porque o processo, enquanto procedimento, é um caminhar para frente, sendo, a princípio, incompatível com o seu desenvolvimento a incidência de fatos temporais voluntariamente estipulados que viessem interferir no seu desenrolar. Trata-se de lição clássica. Todavia, onde há o autorregramento da vontade, pode haver a autolimitação da vontade. As regras processuais, expressa ou implicitamente, em algumas situações, admitem que o negócio jurídico praticado no processo venha acompanhado de uma condição ou termo." NOGUEIRA, Negócio..., cit., p. 167-168.

¹⁶⁴ NOGUEIRA, Negócio..., cit., p. 168.

¹⁶⁵ DALL'AGNOL JR., Invalidades..., cit.

2.3.2 Panorama doutrinário: os elementos essenciais e requisitos de validade do negócio jurídico processual

Uma vez assentadas as premissas relativas à análise dos planos do negócio jurídico, analisam-se os elementos e requisitos que têm sido apontados pela doutrina para que o negócio jurídico processual exista e seja válido. Não há, como é curial, uma uniformidade na doutrina, embora haja pontos em comum entre a maioria dos doutrinadores que tratam do tema.

Robson Renault Godinho sustenta que compõem o plano da existência: i) manifestação de vontade; ii) o autorregramento dessa vontade e iii) referibilidade ao procedimento. Já quanto à validade, deve haver: i) capacidade processual; ii) competência; iii) imparcialidade; iv) respeito ao formalismo e v) caso haja vício, que cause prejuízo¹⁶⁶.

Pedro Nogueira, por sua vez, elenca como componentes do plano da existência: i) vontade; ii) o autorregramento dessa vontade e iii) referibilidade ao procedimento. Como requisitos de validade, citam-se: i) capacidade processual; ii) capacidade postulatória para as postulações; iii) imparcialidade; iv) competência e v) formalismo processual¹⁶⁷.

Antonio do Passo Cabral indica como elementos essenciais do acordo processual i) manifestação de vontade de duas ou mais pessoas em diversos centros de interesse; e ii) o consentimento dos convenientes¹⁶⁸. Já em relação aos requisitos de validade, remete ao disposto nos arts. 104 e 166, do CC, quais sejam: i) agente capaz (mencionando, também, a legitimidade *ad actum*); ii) objeto lícito; iii) forma prescrita ou não defesa em lei e iv) boa-fé¹⁶⁹.

Por fim, Bruno Redondo sistematiza da seguinte forma os pressupostos de existência do negócio jurídico processual atípico: i) agente (capacidade de ser parte); ii) vontade autorregrada; iii) objeto; e iv) forma. Já os requisitos da validade são: i) capacidade (processual, e postulatória, quando incidental e endoprocessual); ii) liberdade (da vontade), informação (consentimento) e equilíbrio (entre os celebrantes); iii) juridicidade do objeto: iii.a) limites subjetivos (*legitimidade ad actum*) e iii.b) objetivos: b.1) precisão, determinabilidade e possibilidade do objeto; b.2) previsibilidade; b.3) licitude do objeto, que

¹⁶⁶ GODINHO, cit., versão eletrônica. Da mesma forma, VIDAL, *Convenções...*, cit., p. 216 e NOGUEIRA, *Negócios...*, cit., p. 162-163.

¹⁶⁷ NOGUEIRA, *Negócios...*, cit., p. 162-165.

¹⁶⁸ CABRAL, *Convenções...*, cit., p. 290.

¹⁶⁹ CABRAL, *Convenções...*, cit., p. 304-305.

se subdivide em: b.3.1) causa sobre direito que, preferencialmente, admita autocomposição (preferencial “disponibilidade” sobre a *res in iudicium deducta*); b.3.2) proporcionalidade ou razoabilidade; b.3.3) preferencial preservação do núcleo estritamente essencial de garantia fundamental processual; b.3.4) preferencial observância de atos ultrapassados e situações processuais consolidadas ou adquiridas (prospectividade); b.3.5) igual ou maior efetividade (da tutela jurisdicional ou de garantia constitucional) ou de eficiência (da prestação jurisdicional); iv) adequação (da forma)¹⁷⁰.

A chave para a compreensão dos elementos essenciais e requisitos de validade dos negócios processuais é a interrelação entre o art.104, do CC¹⁷¹ e o art. 190, do CPC¹⁷².

É possível, assim, analisar os elementos essenciais e requisitos de validade indicados, sendo considerando o critério adotado para a identificação dos elementos essenciais (manifestação de vontade autorregrada) e os requisitos de validade (analisados posteriormente).

2.3.3 Elemento essencial de existência: a vontade autorregrada

O elemento essencial necessário para configurar um negócio jurídico processual é a vontade autorregrada. O negócio jurídico depende da manifestação de vontade convergente para a prática da conduta e a manifestação de seus efeitos. A autonomia dos pactuantes não se

¹⁷⁰ REDONDO, Negócios..., cit., p. 138-139.

¹⁷¹ Como se percebe, o regime jurídico de validade dos negócios jurídicos é estabelecido pelo Código Civil (arts. 104, 166, 167, 171 e 177), que se constitui na teoria geral dos negócios jurídicos, iluminando diversos outros ramos do direito brasileiro. Não é ocioso destacar que: (i) o art. 104 do CC/2002 prevê os requisitos gerais de validade do negócio jurídico; (ii) os arts. 166 e 167 especificam, casuisticamente, hipóteses de nulidade do negócio jurídico, todas derivadas da inobservância de algum dos requisitos gerais de validade e, (iii) o art. 171 especifica hipóteses de anulabilidade – incapacidade relativa; vícios de vontade (relacionados à perfeição da manifestação consciente de vontade, elemento nuclear do negócio jurídico) e fraude contra credores (relacionada à ilicitude do objeto). ATHAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, vol. 244, junho, 2015, versão eletrônica. No mesmo sentido: LUCCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 33

¹⁷² Já o campo-dependente dos negócios jurídicos processuais “atípicos”, ou melhor, os padrões de referência que são variáveis, adicionais – próprios dos negócios jurídicos processuais e, assim, estabelecidos pelo ordenamento processual, são aqueles dois novos requisitos de validade inseridos na cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC), quais sejam: (i) versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição (afigura-se de grande relevância a distinção entre direitos indisponíveis e direitos que admitem autocomposição, razão pela qual se torna imperiosa a leitura da última nota de rodapé) e, (ii) não ter a convenção processual sido firmada mediante a inserção abusiva de cláusula em “contrato de adesão”; assim como não ter a convenção sido firmada diante de manifesta situação de “vulnerabilidade” de uma das partes. Note-se que esses dois novos requisitos de validade (ao fim e ao caso, ambos resumem-se à vulnerabilidade de uma das partes) relacionam-se à perfeição da manifestação de vontade, estando, pois, ao lado dos vícios clássicos de vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão). ATHAIDE JR., cit.

encerra somente na escolha entre a prática da conduta ou não, mas também gera reflexos em relação aos efeitos que pretender conferir aquele negócio processual.

Já se superou a visão oitocentista de que a vontade das partes, na relação processual, estava adstrita à possibilidade de praticar o ato ou não, pois os efeitos não poderiam derivar da autonomia das partes, estando previstos no sistema jurídico, de modo que o ato processual configuraria um ato jurídico em sentido estrito mas não um negócio jurídico¹⁷³.

Embora de certa forma em crise no âmbito do direito privado, como decorrência da massificação dos contratos, dos contatos sociais relevantes¹⁷⁴ e do comércio eletrônico¹⁷⁵, a ponto de se falar, até mesmo, em “morte do contrato”¹⁷⁶, o encontro de vontades segue sendo o pressuposto para que, tanto os negócios jurídicos quanto as convenções processuais existam. Portanto, para que se esteja diante de um acordo processual é necessário que haja a *liberdade de sua celebração*, vista como a possibilidade de formar ou não o acordo e a *liberdade de regulação ou conformação*, de modo a definir a forma, estabelecer o conteúdo e regular os efeitos do acordo¹⁷⁷.

A vontade, contudo, deve ser declarada¹⁷⁸, o que pode ocorrer de forma expressa ou tácita. A manifestação expressa não precisa, necessariamente, ser escrita, mas deve dar a percepção inequívoca de que a vontade foi manifestada, como, por exemplo, com um aceno de mão ou com a cabeça. Pode haver, porém, manifestação de vontade tácita, que decorre não de uma declaração especial de vontade mas resulta de circunstâncias que induzem a manifestação de vontade¹⁷⁹ ou de um comportamento concludente¹⁸⁰. Um exemplo de

¹⁷³ VIDAL, cit., p. 217; SILVA, Paula Costa e. *Acto...*, cit., p. 223.

¹⁷⁴ A respeito consulte, dentre outros, SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nos contratos e nas relações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

¹⁷⁵ Sobre o tema veja, dentre outros, MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT. 2004. p. 62 e segs.

¹⁷⁶ GRANT, Gilmore. *The death of contract*. 2ª ed. Columbus: Ohio State University Press. 1995. p. 1. V., também, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. t. 1. 3. ed. Torino: UTET. 2004. p. 42 e segs.; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2004. p. 47 e segs.

¹⁷⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 293. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 1982. p. 29 e segs.; ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina. 1988. p. 298 e segs.; IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LII, n. 2, p. 347-365, junho, 1998; VILLEY, Michel. *Essor et decadence du volontarisme juridique*. *Archives du Philosophie du Droit*, v. 3, Paris, 1957, p. 94 e segs.; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 8 e segs.

¹⁷⁸ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA. 1978. p. 450: “En realidad, la declaración de voluntad jurídico-negocial es no solo una *comunicación*, sino una manifestación de validez, y, como tal, es en los casos usuales una *realización* de la voluntad que se dirige a producir efectos jurídicos, la cual se hace valer en ella. La voluntad meramente interna nada puede producir.”

¹⁷⁹ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. 5. ed. Paris: Defrénois. 2011. p. 240.

manifestação de vontade tácita ocorre quando intimado da sentença que condenou o réu a alguma prestação, este o faz espontaneamente.

A declaração tácita não é, necessariamente, uma omissão, já que o silêncio, via de regra, não induz manifestação de vontade. Conforme indica o art. 111, do CC, somente o *silêncio circunstanciado*¹⁸¹, ou seja, que independa de manifestação expressa. e as circunstâncias ou o uso assim autorizarem.

Em verdade não há uma maior sistematização doutrinária acerca de atos omissivos no processo civil. Em algumas circunstâncias, é possível extrair da omissão algum conteúdo declarativo negocial, como na hipótese em que a parte ré é intimada para se manifestar sobre o pedido do autor acerca da desistência da ação e o seu silêncio importará anuência com a extinção do processo. Porém, muitas vezes a omissão não é tida sob a perspectiva de um viés negocial mas decorrente do descumprimento de deveres impositivos (omissão no cumprimento de uma obrigação) ou um ato ilícito por omissão (de uma obrigação de não fazer, por exemplo). Porém, não é somente em relação às condutas devidas e nos atos ilícitos por omissão é que a inação da parte possui relevância para o processo, mas também os atos processuais facultativos¹⁸². Nesse ponto, a omissão pode ser revelar uma estratégia processual, que assume o risco de sofrer as consequências que estão previstas em lei. Por conseguinte, a ausência de alegação a respeito da incompetência relativa ou da cláusula compromissória implicam, respectivamente, na prorrogação da competência e renúncia à arbitragem. Da mesma forma, a não interposição de um recurso importa em aquiescência com a decisão. A não alegação de que o bem é impenhorável no prazo definido em lei implica em renúncia à garantia legal. São, porém, opções colocadas às partes, que podem entender por praticá-las ou não, aquiescendo com a consequência legal da inatividade que, na maior parte das vezes, leva à preclusão para a parte que poderia ter praticado o ato e não o fez. Nesse contexto, representariam uma manifestação de vontade por omissão, formando o denominado negócio omissivo¹⁸³.

Assim, em relação aos negócios processuais, é possível sustentar que a omissão, observados os requisitos definidos pela lei civil, possa implicar a formação de um negócio

¹⁸⁰ Il comportamento concludente, definito anche dichiarazione tacita, non esprime immediatamente la volontà del soggetto, ma fornisce solo un indizio da cui desumerla. CHINE, Giuseppe; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di Diritto Civile*. Roma: Neldiritto Editore. 2009. p. 30

¹⁸¹ AMARAL, Direito civil..., cit., p. 401. Karl Larenz utiliza a expressão “silêncio normado”, em LARENZ, Derecho..., cit., p. 492.

¹⁸² CABRAL, Convenções..., cit., p. 295 e Nulidades..., cit., p. 152.

¹⁸³ CARNELUTTI, Sistema del Diritto Processuale Civile, vol. II. Padova: CEDAM. 1938. p. 163.

processual, pois se admite que a declaração de vontade das partes seja de forma expressa ou tácita, comissivas ou omissivas¹⁸⁴. Dessa forma, não é qualquer omissão que terá reflexos negociais, mas aquela que, pelas circunstâncias envolvidas, permita levar à conclusão de que a parte pretendeu se vincular negociavelmente com a parte adversa. É o que Antonio do Passo Cabral denomina por *omissões conclusivas*¹⁸⁵, e que somente poderá ser identificada caso a caso.

Identificada a vontade autorregrada como elemento essencial do acordo processual, passa-se à análise dos requisitos de validade, salientando, porém, que não se entende a referibilidade a uma relação jurídica processual como um elemento essencial de existência da convenção por se entender que esse aspecto está relacionado à produção de efeitos e não à existência de um processo. Além do mais, as convenções podem ser pré-processuais, como visto anteriormente, de modo que elas podem nem surtir efeito caso não haja conflito a ser solucionado¹⁸⁶.

2.3.4 Requisitos de validade

Os requisitos de validade das convenções processuais devem observar aspectos subjetivos e objetivos. Os primeiros estão relacionados aos sujeitos que celebram as convenções processuais e os seguintes dizem respeito à forma e ao objeto do acordo. A análise de tais requisitos adquire relevância ao se perquirir acerca da nulidade da convenção processual, pois a sua inobservância acaba levando à invalidade da convenção. Algumas premissas, contudo, devem ser mencionadas.

Inicialmente, importa assinalar que a convenção processual adquire independência em relação ao instrumento em que ela se encontra inserida, tal como ocorre em relação à cláusula compromissória (v.g. art. 8º, da Lei 9.307/96), devendo, nesse caso, ser utilizada a analogia para essa conclusão¹⁸⁷. Assim, caso haja a invalidação do contrato, tal consequência não implica, necessariamente, na invalidação da convenção processual. O mesmo ocorre caso o

¹⁸⁴ CARNELUTTI, Sistema..., vol. II, cit., p. 163.

¹⁸⁵ CABRAL, Convenções..., cit., p. 297.

¹⁸⁶ Assim, LLOPIS-LOMBART, Marco de Benito. I contratti processuali. p. 8. Disponível em <https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali>, acesso em 02 de fevereiro de 2020.

¹⁸⁷ VIDAL, Convenções..., cit., p. 219.

acordo processual seja invalidado: tal situação não afetará, necessariamente, o restante do contrato.

Além disso, por se tratar de um ato processual, a convenção processual se submete também aos princípios das nulidades processuais, sendo relevante sinalizar a incidência do princípio da instrumentalidade¹⁸⁸, a orientar o aproveitamento dos atos realizados no processo e a sua manutenção caso não haja prejuízo às partes (art. 282, § 2º e 283, do CPC)¹⁸⁹, acrescidos de outros princípios que devem orientar o magistrado nessa tarefa, como o *in dubio pro libertate*, o contraditório prévio e a fundamentação das decisões judiciais¹⁹⁰.

2.3.4.1 Requisitos subjetivos de validade: quem pode celebrar convenções processuais?

Para estar apto a celebrar convenções processuais, é preciso que a parte seja dotada de capacidade. É um requisito regulado tanto pelo direito material quanto pelo direito processual. De acordo com a lei civil, haverá capacidade civil ou capacidade de direito todo aquele que tiver a aptidão de adquirir direitos. Já a capacidade de fato se refere à possibilidade de exercer tais direitos sem a intermediação de outra pessoa. A questão é tratada nos arts. 1º ao 5º do Código Civil.

No direito processual tais noções também são encontradas embora se utilize nomenclatura diversa. Por surtir efeitos na relação processual, mesmo que se trate de uma convenção pré-processual, devem ser observadas também as regras do direito processual, preferencialmente, não se restringindo a análise às normas de direito material¹⁹¹. Em verdade, estas são complementadas, em se tratando de convenções processuais, pelas normas de direito processual, salvo em uma situação ou outra. Uma hipótese em que isso não ocorrerá é, em relação às convenções processuais prévias, no que toca à observância da capacidade postulatória, embora a ausência da presença de causídico possa indicar a vulnerabilidade dos contratantes¹⁹².

¹⁸⁸ AFFONSO, Filipe José Medon. Diálogos entre direito civil e processual civil em matéria de negócios jurídicos: em busca da construção de um ordenamento unitário. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 102.

¹⁸⁹ Enunciado n. 16 do FPPC: O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

¹⁹⁰ CABRAL, Convenções..., cit., p. 420 e segs.

¹⁹¹ Em sentido contrário, ALMEIDA, A contratualização..., cit., p. 130.

¹⁹² Como já mencionado no Enunciado de n. 18 do FPPC: Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

A análise dos requisitos subjetivos de validade se referem à capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. É importante, também, tecer algumas palavras acerca da legitimidade *ad actum*.

2.3.4.1.1 A capacidade de ser parte

Pode ser parte no processo todos que possuem aptidão para ser sujeito de direitos processuais ou assumir uma situação jurídica processual (seja como autor, réu, terceiro interveniente, auxiliar do juízo, etc), , de modo que o conceito de capacidade de ser parte é semelhante com a concepção de capacidade jurídica do direito civil.

Assim, as pessoas naturais e jurídicas podem ser parte no processo e, portanto, podem celebrar convenções processuais, sendo que, em relação às pessoas jurídicas devem estar representadas pelos seus administradores ou por quem a lei indicar (em sendo pessoas jurídicas de direito público: art. 75, I a IV, do CPC) ou seus atos constitutivos (no caso de pessoa jurídica de direito privado: art. 75, VIII e X, do CPC).

Também se admite que entes despersonalizados, ou seja, que não possuam personalidade jurídica regular, também possam ser parte na relação processual (v.g. Súmula 525 do STJ), pois dotados de personalidade “judiciária”. Assim, por exemplo, o espólio, a massa falida, o condomínio, a herança jacente, dentre outros, por permitir a lei que estes entes possam participar do processo, também deve se admitir que possam celebrar acordos processuais, por meio de seus representantes (art. 75, V, VI, VII e XI, do CPC)¹⁹³.

Assim, todos que possam ser parte no processo, pessoas naturais, pessoas jurídicas, entes despersonalizados¹⁹⁴, órgãos públicos, grupos tribais, nascituro, *nodus conceptus*, comunidades indígenas, etc. podem celebrar negócios jurídicos. Não o podem, porém, coisas, animais e mortos, por lhe faltarem a capacidade de ser parte.

Para que os acordos processuais possam, validamente, produzir efeitos processuais, é preciso que se analise, também, a capacidade de estar em juízo.

¹⁹³ Nas palavras de Yarshell: Não haveria sentido em se permitir que tais entes pudessem estar sujeitos a regras processuais ditadas pela lei, mas que, paradoxalmente, não pudessem participar de negócio tendente a estabelecer regras de igual natureza, apenas porque resultantes da autonomia da vontade. YARSHELL, Flávio Luis. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 93.

¹⁹⁴ Enunciado 114 da II JDPC do CJF: Os entes despersonalizados podem celebrar negócios jurídicos processuais.

2.3.4.1.2 A capacidade de estar em juízo

Figura correlata à capacidade de fato, a capacidade de estar em juízo (ou legitimidade *ad processum*) é a possibilidade de exercer situações jurídicas processuais por si só, independentemente de representação, assistência ou autorização (art. 70, do CPC)¹⁹⁵.

De acordo com a lei civil, crianças e adolescentes até dezoito anos de idade não possuem capacidade de estar em juízo. São considerados absolutamente incapazes os menores até dezesseis anos de idade e, relativamente incapazes, aqueles entre dezesseis e dezoito anos de idade. Além do requisito cronológico, também são relativamente incapazes os ébrios habituais e viciados em tóxico, bem como aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir a sua vontade. A lei presume que tais pessoas teriam discernimento reduzido e a manifestação de vontade não se refere uma escolha consciente e refletida¹⁹⁶.

A Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, acabou alterando significativamente o regime de incapacidades no âmbito civil, considerando pessoas com deficiência ou enfermidade são tidas como plenamente capazes (art. 6º e 84, do Estatuto), com exceção do período em que não puderem exprimir a sua vontade, caso em que poderão se valer de duas alternativas: i) o procedimento de tomada de decisão apoiada (art. 84, § 2º, da Lei 13.146/2015) ou ii) submissão à curatela temporária (art. 84, §§ 1º, 3º, 4º, e 85, da Lei 13.146/2015).

No primeiro caso, não há restrição à capacidade da pessoa, escolhendo-se duas pessoas de sua confiança para que possam auxiliá-la na prática de atos da vida civil. Tais pessoas podem, também, assinar acordos e contratos em conjunto com a pessoa portadora de

¹⁹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 331.

¹⁹⁶ O STJ já anulou transação extrajudicial realizada pelo pai dos menores sem que houvesse autorização judicial e intervenção do Ministério Público, como se constata do seguinte excerto: "A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos. O Ministério Público atua para proteger interesses indisponíveis. No rol destes estão os relacionados à patria potestas. É de interesse do Estado assegurar a proteção da relação que envolve pais e filhos. Neste diapasão, quaisquer questões relativas aos direitos de ordem patrimonial dos filhos, assim como, aqueles que concernem ao usufruto e administração pelos pais sobre seus bens, transcendem a órbita do direito privado e justificam a atuação do Ministério Público na causa concernente, com arrimo art. 82, inciso II, do CPC. Com vistas a impedir atos fraudulentos ou o propiciar de perdas desvantajosas para o menor, competirá ao Ministério Público, nestes casos, coadjuvar seu representante na defesa dos interesses que estão afetos ao incapaz, bem como, fiscalizar os negócios por ele praticados que impliquem vedada disposição de bens. Tal participação é obrigatória, sob pena de nulidade." REsp 292974/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma do STJ, j. em 29/05/2001. Da mesma forma EREsp 292974 / SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, j. em 12/02/2003.

deficiência (art. 1.783-A, do CC), assegurando a higidez da manifestação de vontade da pessoa apoiada. Não é, portanto, um caso de representação ou assistência, mas uma forma de garantir que os negócios jurídicos celebrados nestes termos não venham a ter a sua validade impugnada posteriormente por alguma questão de consentimento da parte¹⁹⁷. A tomada de decisão apoiada é um procedimento que ocorre mediante a intervenção do Ministério Público e a análise do magistrado (art. 1.783-A, § 3º, do CC).

Na segunda hipótese, buscar-se-á, por meio judicial, definir os limites da curatela. Nessa perspectiva, nomear-se-á um curador que ficará responsável pela prática de atos civil, representando o curatelado. Os atos que o curatelado não pode praticar pessoalmente serão definidos mediante perícia médica.

O art. 190, caput, do CPC estabelece que para a validade dos negócios processuais as partes sejam “plenamente capazes” o que leva ao questionamento: pessoas incapazes podem celebrar negócios processuais?

Embora uma leitura apressada do referido dispositivo legal possa levar à conclusão de que somente pessoas que possam realizar os atos sem a intermediação de outrem possam celebrar acordos processuais, tal conclusão não se revela a mais correta. Isso porque a capacidade para estar em juízo pode ser suprida pelas figuras da representação ou da assistência. A lei estabelece que os incapazes podem exercer situações jurídicas no processo quando se encontrarem representadas (no caso, por exemplo, dos menores até 16 anos de idade, em que devem ser representados por seus pais ou tutores), assim como os relativamente incapazes serão assistidos por seus pais ou curadores. A mesma regra também se aplica à realização de convenções processuais, conforme estabelece o art. 75, do CPC.

Não é razoável no sistema processual vedar aos incapazes a possibilidade de celebrar negócios processuais, desde que devidamente representados ou assistidos, pois estes também podem se revelar benéficos para a parte, ampliando as hipóteses de impenhorabilidade, aumentando prazos, etc¹⁹⁸. Portanto, não são inválidos os negócios processuais celebrados por

¹⁹⁷ Sobre o tema, especificamente, v. entre outros, BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; EHRHARDT JR., Marcos. Da (im)possibilidade de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência através da tomada de decisão apoiada. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 67 e segs.

¹⁹⁸ CABRAL, Convenções..., cit., p. 315. No mesmo sentido, REDONDO, Negócios..., cit., p. 141; VIDAL, Convenções..., cit., p. 228; BARREIROS, Convenções..., cit., p. 226-227; FARIA, Guilherme. Negócios..., cit., p. 86; RAATZ, Autonomia..., cit., p. 254-255; DIDIER JR., Curso..., vol. 1, p. 453; DIDIER JR., Ensaios..., cit., p. 34-35; YARSHELL, Convenção..., cit., p. 93; COSTA, Marília, Convenções..., cit., p. 86; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. versão eletrônica, item 14.5. Entendem, porém, que somente pessoas capazes podem celebrar convenções processuais:

incapazes quando assistidos ou representados, pois suprido o requisito da capacidade para estar em juízo.

Um último aspecto a respeito desse tema diz respeito à atuação do cônjuge em demandas reais imobiliárias. O art. 73, do CPC, determina a autorização do outro cônjuge, salvo quando casados pelo regime de separação total de bens. Tal regra também vai informar os negócios processuais que o cônjuge possa celebrar em se tratando de ações relativas a bens imóveis, os quais dependerão da anuência do cônjuge¹⁹⁹ (outorga uxória ou marital), sob pena de invalidade, devendo antes, porém, o magistrado permitir que o vício, em prazo razoável, seja devidamente sanado.

2.3.4.1.3 Da capacidade postulatória. Distinção entre acordos pré-processuais e processuais

A capacidade postulatória se refere à aptidão para dirigir petições e requerimentos ao órgão jurisdicional. De acordo com o art. 103, do CPC, a capacidade postulatória é exercida pelo advogado regularmente inscrito na OAB. Assim, a parte desacompanhada de advogado, via de regra, não possui capacidade postulatória, salvo algumas exceções que estão previstas em lei: nas demandas de até vinte salários mínimos que tramitam perante o juizado especial cível em primeira instância, na Justiça do Trabalho, no *habeas corpus*, na execução penal e nos casos em que o advogado litiga em causa própria.

Além do advogado regularmente inscrito na OAB, também possuem capacidade postulatória a Defensoria Pública e o Ministério Público prescindem de inscrição junto à OAB. Há discussão em relação aos advogados públicos, que ainda deve ser decidida pelo STF²⁰⁰.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 120: “Fica claro, pela leitura do dispositivo, que apenas partes *capazes* podem celebrar negócios processuais, não sendo válida sua celebração por incapazes, ainda que representados ou assistidos”; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 544; ALMEIDA, A contratualização..., p. 130; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Comentários ao CPC de 2015: teoria geral do processo*. São Paulo: Método, 2015. p. 616 e 619; AURELLI, Arlete Inês. Análise e limites da celebração de negócios jurídicos processuais na execução por título extrajudicial e/ou cumprimento de sentença. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÔES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 49; Enunciado ENFAM 38/2015: “Somente as partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica”.

¹⁹⁹ VIDAL, Convenções..., cit., p 225; CABRAL, Convenções..., cit., p. 316.

²⁰⁰ ADI 5334, Rel. Min. Celso de Mello.

A capacidade postulatória somente será exigida quando a convenção processual for celebrada no curso do processo (incidental) e em sede processual (endoprocessual)²⁰¹. Portanto, convenções processuais que são prévias a instauração de um processo judicial não dependem, para a sua validade, da participação do advogado, tal como ocorre com o compromisso arbitral e cláusula de eleição de foro, que são estipuladas previamente.

Além da hipótese acima mencionada, também haverá necessidade quando a lei expressamente exigir para a validade do negócio jurídico de direito material²⁰² ou para o procedimento extrajudicial. Tal ocorre, por exemplo, em relação à escritura pública de inventário, divórcio dissolução da união estável (art. 610, § 2º, do CPC) ou então a hipótese de usucapião extrajudicial (art. 216-A, da Lei 6.015/73).

Outra questão que se coloca diz respeito à necessidade de outorga de poderes especiais na procuração do advogado para celebrar convenções processuais. A priori, os poderes gerais para o foro, que decorrem da cláusula *ad judicium*, prevista no art. 105, do CPC, não englobam o de celebrar convenções processuais, de modo que há necessidade de outorga de poderes especiais pela parte, a não ser que a mesma também participe do ato²⁰³. Tal necessidade ocorre, especialmente, em duas situações: i) quando a convenção implique na disposição de direito processual ou na existência de um novo ônus ou dever processual (v.g., renúncia ao direito de recorrer, acordo de rateio de despesas processuais, ônus de exibição de documentos ou coisas, etc); ou ii) quando impacte, mesmo que reflexamente, em direito material discutido em juízo, por se aproximar, nesse ponto, da transação, que exige poderes especiais para sua celebração²⁰⁴.

A convenção celebrada sem que haja procuração ou outorga de poderes especiais, como nas hipóteses mencionadas, será ineficaz em relação à parte em cujo nome foi firmadas (art. 104, do CPC), podendo o advogado reponder por perdas e danos, caso haja prejuízo.

Assim, não há necessidade, a priori, de participação de advogado na celebração da convenção processual, embora, muitas vezes, seja *recomendável* a sua intervenção pois a sua

²⁰¹ CABRAL, Convenções..., cit., p. 317-318; REDONDO, Negócios..., cit., p. 143; BARREIROS, Convenções..., cit., p. 227; YARSHELL, Convenção..., cit., p. 93; MÜLLER, Negócios..., cit., p. 165; RAATZ, Autonomia..., cit., p. 257-258; COSTA, Convenções..., cit., p. 86-87. Contra, exigindo o *ius postulandi*, AURELLI, Análise..., cit., p. 52.

²⁰² YARSHELL, Convenção..., cit., p. 93-94.

²⁰³ CRAMER, Ronaldo. Art. 105 [comentários]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. p. 327; MULLER, cit., p. 166; VIDAL, Convenções..., cit., p. 27; BARREIROS, Convenções, cit., p. 282. Em sentido contrário, dispensando a outorga de poderes especiais: DIDIER JR., Curso..., vol. 1, p. 455; DIDIER JR., Ensaio..., cit., p. 33; REDONDO, Negócios..., cit., p. 145.

²⁰⁴ BARREIROS, Convenções..., cit., p. 281.

participação permite que sejam esclarecidos os efeitos do acordo, permitir maior segurança, confiança e estabilidade às relações estipuladas. É uma forma de reduzir o déficit informacional e vulnerabilidade técnica do pactuante²⁰⁵.

Por fim, é importante salientar que essa análise, acerca das capacidades dos pactuantes - de ser parte, de estar em juízo e postulatória, quando exigida - deve ser analisada no momento da celebração da convenção. Fatos posteriores, especialmente em se tratando de incapacidade superveniente, não tem o condão de alterar a validade do pacto. Se a incapacidade ocorreu no momento da celebração da convenção, a superveniente capacidade nem sempre será suficiente para suprir o defeito. Assim, o advento da maioridade depende de ratificação do ato pelo então capaz; ou aquele pacto celebrado por incapaz pode ser ratificado posteriormente pelo curador²⁰⁶.

2.3.4.1.4 A legitimidade *ad actum*

Outro aspecto a ser mencionado ao se avaliar a validade da convenção sobre a perspectiva subjetiva é a legitimidade para a prática do ato. É um critério importante para avaliar a eficácia da convenção processual. Somente é possível às partes dispor a respeito de situações jurídicas processuais próprias e não de terceiros²⁰⁷.

Para ser eficaz, é preciso que o ato de disposição diga respeito a uma relação processual da qual a parte seja titular, ou ao menos a parte se lhe afirma titular. Não é possível deliberar sobre situações jurídicas que não sejam titulares²⁰⁸.

Não é possível, portanto, que as partes deliberem acerca de posições jurídicas das quais não são titulares pois, nesse caso, não será possível dispor sobre direitos de terceiros. Por outro lado, as convenções processuais podem vir a gerar reflexos na esfera jurídica de terceiros o que, a priori, não implica em invalidade ou ineficácia do ato²⁰⁹.

²⁰⁵ Assim, o Enunciado 114 do FPPC.

²⁰⁶ CABRAL, Convenções, cit., p. 318; REDONDO, Negócios..., cit., p. 145-146.

²⁰⁷ "A liberdade das partes de dispor sobre os seus próprios ônus, deveres, faculdades e poderes processuais pressupõe a ausência de prejuízo a terceiros. As partes estão proibidas de vincular a convenção por elas celebrada a quem dela não participou. Em outras palavras, autor e réu não podem celebrar convenção que impeça o terceiro prejudicado de recorrer de uma decisão (art. 996 do NCPC) ou que proíba a oposição (art. 682 e ss. do NCPC), por exemplo. O princípio dispositivo confere às partes o poder de *autorregramento* da vontade no processo, mas não o regramento da vontade de terceiros" LUGA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 359-360.

²⁰⁸ CABRAL, Convenções, cit., p. 305.

²⁰⁹ BARREIROS, Convenções..., cit., p. 259.

Assim, não poderiam as partes dispor acerca da desnecessidade de intervenção do Ministério Público em causas que a própria lei determina a participação do MP como fiscal da ordem jurídica, a não ser que o próprio membro do MP participe da convenção processual²¹⁰. Da mesma forma, aspectos do procedimento que envolvam algum interesse de terceiros, ou da coletividade, também não poderiam ser objeto de convenção²¹¹. Nesse aspecto, regular acerca da publicidade processual, determinando o segredo de justiça para além das hipóteses legais, afeta o interesse público que rege a prática dos atos processuais. O mesmo se diga acerca da convenção que afasta o padrão decisório de um julgamento e sua aplicação em processos futuros, por haver um interesse público na formação de precedentes, relacionados com a segurança e uniformidade de decisões judiciais, o que afasta a possibilidade de convencionar a respeito²¹².

Diversa é a situação em que as partes convencionam acerca de situações jurídicas processuais próprias mas a convenção acaba gerando efeitos em terceiros, que não participam do acordo. Por exemplo, no caso do saneamento consensual, o juiz está adstrito ao que foi convencionado pelas partes, não podendo alterar os pontos controvertidos para além do pactuado. Como se verifica, embora se trate direto da própria parte, a convenção surtirá reflexos na atuação do juiz, que fica vinculado ao que foi estipulado por elas.

Por outro lado, a disposição convencional acerca de poderes do juiz na condução do processo ou, até mesmo, a respeito dos poderes de controle da própria convenção processual lano surtem efeitos em relação a este porque não se pode dispor acerca de situações jurídicas de terceiros²¹³. Essa perspectiva assume relevo em se tratando dos meios executivos, já que há uma esfera de liberdade na escolha de tais meios e que devem, a priori, serem respeitadas pelo magistrado especialmente quando a lei processual civil indica que a sua aplicação depende de requerimento da parte. Em princípio, nos casos em que a lei determina a aplicação de medidas *ex officio*, tratar-se-ia de um poder exclusivo do juiz, acerca dos quais às partes não seria

²¹⁰ Nesse sentido, o enunciado n. 254 do FPPC: "É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica."

²¹¹ LIPIANI, Julia. *Os negócios jurídicos processuais como ferramenta de garantia do exercício da liberdade pelo processo*. Dissertação (Mestrado). UERJ. Rio de Janeiro: 2019. p. 88

²¹² CABRAL, Convenções..., cit., p. 306-307. Fala-se em manutenção de uma integridade institucional em termos de padrões decisórios: "Managerial litigants' requests for non-traditional judicial intervention present the possibility of significant threats to the courts' institutional integrity. Imagine, for instance, that the parties have agreed that a court will have the power to review an arbitral award, but that the review must be accomplished by flipping a coin, or by casting lots. While the parties could certainly agree to resolve their disputes privately by such means, co-opting a judge to employ such procedures presents implications for the courts' institutional integrity." COLE, Sarah Rudolph. Managerial litigants? The overlooked problem of party autonomy in dispute resolution. *Hastings Law Journal*, vol. 51, 2000, p. 1203.

²¹³ CABRAL, Convenções, cit., p. 307.

autorizado transigir. Por outro lado, quando a aplicação da medida depende de requerimento do exequente, a esfera de autonomia das partes admite que se convençione a respeito de sua aplicação ou exclusão, conforme se voltará a tratar posteriormente.

Ainda em relação a esse aspecto de convenções processuais que atinjam a esfera jurídica de terceiro, cabe uma reflexão: até que ponto não é possível que o terceiro, no exercício de sua autonomia, acabe aderindo a convenção que tangencie direitos dos quais é titular mas que, no momento em que a convenção foi estipulada, este não participou da mesma? Se as partes decidem regular os honorários advocatícios sem que haja a participação do advogado, é viável que este possa concordar posteriormente com o valor estabelecido e aderir à convenção²¹⁴. A questão tangencia, portanto, a eficácia do ato em relação ao direito de terceiros.

Há, por fim, outro questionamento, a respeito de direitos coletivos *lato sensu*. Em uma ação de falência ou recuperação judicial, há necessidade, para o estabelecimento de convenções processuais, de se alcançar a unanimidade entre os credores? Esse feito (unanimidade) seria algo praticamente impossível, de forma que essa exigência inviabilizaria qualquer tipo de convenção processual em procedimentos concursais. A resposta deve ser encontrada na própria Lei de Falências.

A assembleia-geral de credores é órgão deliberativo e decisório que busca respeitar a vontade da maioria dos credores (art. 35, da Lei 11.101/2005). Nesse órgão garante-se a presença das classes de credores, que podem decidir acerca de inúmeras questões, como a melhor forma de realização do ativo, aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial, etc., sendo que as suas deliberações são tomadas por maioria de votos.

A regra geral para a aprovação de deliberações pela assembleia-geral de credores é a que obtiver "votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral" (art. 42, da Lei de Falências), com exceção: i) da aprovação do plano de recuperação judicial, que depende da aprovação de todas as classes de credores, considerando os critérios de maioria estabelecidos na própria lei²¹⁵; e ii) na

²¹⁴ YARSHELL, Convenções..., cit., p. 94.

²¹⁵ Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do caput deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor. § 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do caput deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do caput deste artigo pelo restante do valor de seu crédito. [...] Art. 45. Nas

aprovação da forma alternativa de realização do ativo, em que dependerá do "voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembléia" (art. 46, da Lei 11.105/2005)

Já no que se refere aos direitos coletivos (meio ambiente, consumidor, criança e adolescente, etc.) caberá ao legitimado extraordinário estabelecer convenções processuais pois ele representa o interesse da coletividade na tutela desses direitos.

2.3.4.2 O consentimento livre e sem vícios

Às convenções processuais são aplicadas as normas relativas à validade do negócio jurídico material, com as peculiaridades estabelecidas pela lei processual civil. Assim, os vícios que invalidam os negócios jurídicos também invalidam as convenções processuais. O Código Civil trata dos casos de invalidação dos negócios jurídicos nos arts. 138 a 165 e 167. São vícios de consentimento o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo. São vícios "sociais" a simulação e a fraude contra credores.

Sem pretender analisar exaustivamente os defeitos do negócio jurídico, pois transcenderia o objetivo da presente tese, é importante salientar que os defeitos relativos à declaração de vontade livre e sem vícios, bem como a fraude contra credores, são hipóteses de anulação do negócio jurídico (art. 171, II, do CC), e por tal motivo dependem de demanda própria para tanto, a ser ajuizada no prazo decadencial de 4 anos (art. 178, I e II, do CC).

Já no caso de simulação, há nulidade absoluta do negócio simulado, podendo ser reconhecida a invalidação a qualquer momento, por meio de petição simples.

As hipóteses serão retomadas mais adiante, ao se tratar das formas de extinção das convenções processuais.

2.3.4.3 A vulnerabilidade do pactuante como critério para validação da convenção

deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 3º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

O art. 190, parágrafo único do CPC, expressamente dispõe que a validade das convenções processuais será controlada quando alguma parte se encontre em situação de “manifesta vulnerabilidade.” Importa saber, portanto, o que se entende por vulnerabilidade do contratante, que é um dos critérios para a aferição da validade do pacto.

A vulnerabilidade se insere em um contexto mais amplo que resguarda a autonomia dos sujeitos e a igualdade (material) entre eles. Revela-se importante, assim, definir o que se entende por contratante vulnerável a fim de delimitar a esfera de validade do pacto.

2.3.4.3.1 Vulnerabilidade *versus* hipossuficiência?

Ambos os termos são utilizados para indicar, de alguma forma, ausência de igualdade entre os participantes da relação jurídica processual. Há, porém, quem diferencie os referidos termos, aplicando-os para distintas situações. Um primeiro entendimento sustenta que o termo vulnerabilidade se refere a um fenômeno de direito material, ao passo que a hipossuficiência estaria restrita à seara processual²¹⁶. O fundamento desse entendimento se baseia no fato de que o conceito de vulnerabilidade se encontra expresso no art. 4º, I, do CDC, ao considerar o consumidor como vulnerável, ao passo que a hipossuficiência está prevista no art. 6º, VIII, do CDC, ao tratar da facilitação dos direitos do consumidor em juízo, por meio da inversão do ônus da prova no caso de hipossuficiência. Dessa diferenciação também decorre o

²¹⁶ Nesse sentido: “[...] a hipossuficiência consiste em uma impossibilidade probatória trazida aos consumidores pela violação de uma norma que lhes dá proteção (Marinoni; Arenhart, 2009, p. 195). Impossibilidade ou mesmo uma exacerbada dificuldade de exercício do onus probandi. É o que ocorre quando se verifica uma manifesta posição de superioridade processual da parte fornecedora (Grinover et al, 2007, p. 814). A hipossuficiência a que se refere o art. 6º, VIII, do CDC, não se confunde com vulnerabilidade (Garcia, 2006, p. 33). A vulnerabilidade é um fenômeno de direito material. Uma presunção absoluta (*iuris et de iure*) assegurada pelo já mencionado art. 4º, I, do CDC. Uma característica ínsita a todos aqueles considerados consumidores. Já a hipossuficiência, é um fenômeno de índole processual, aferível casuisticamente. Mesmo considerada vulnerável, é possível que a parte, no caso concreto, não seja hipossuficiente para que se desincumba do ônus da prova a ela inerente.” BORGES, Ronaldo Souza. A inversão do ônus da prova nas ações consumeristas à luz da garantia do devido processo legal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 101, ano 24, 2015, versão eletrônica, p. 5. Igualmente, NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 870; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no Projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 91, 2014, versão eletrônica, p.4. O STJ também já decidiu nesse sentido: “[...] II - A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor.” REsp 1293006/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 21.06.2012, DJe 29.06.2012.

entendimento de que a vulnerabilidade do consumidor é sempre presumida, ao passo que a hipossuficiência é casuística, devendo ser analisada de acordo com o caso concreto²¹⁷.

Há também quem entenda que a vulnerabilidade é um conceito mais amplo, a englobar também o de hipossuficiência, havendo, entre eles, uma relação de gênero-espécie²¹⁸.

É possível também encontrar quem defenda ser a hipossuficiência do consumidor aferível de acordo com uma perspectiva econômica. Nesse aspecto, a hipossuficiência se caracteriza como uma vulnerabilidade econômica, inspirando-se na concepção trazida pela Lei 1.060/50, que trata da hipossuficiência da parte no processo, permitindo a isenção de custas e despesas processuais caso a parte que não pudesse arcar com as despesas processuais sem que houvesse risco à sua manutenção ou de sua família²¹⁹.

Por outro lado, há quem sustente que a hipossuficiência tem um caráter técnico, no sentido de ter condições (técnicas) de produzir a prova das alegações. A dificuldade técnica dificulta, ou até impossibilita, a produção da prova, o que justifica a inversão do ônus da prova em desfavor de quem tem melhores condições de produzi-la²²⁰.

²¹⁷ "Para o CDC, a vulnerabilidade é a regra para todos os consumidores, mas nem todos são considerados hipossuficientes. Por exemplo, o art. 6.º, VIII, do CDC, estabelece, dentre os direitos básicos do consumidor: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". A hipossuficiência deve ser analisada pelo magistrado, no caso concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira." NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, vol. 19, n. 76, out-dez, 2010, versão eletrônica, p. 4; PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 43, n. 285, nov., 2018, versão eletrônica, item 3; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 57.

²¹⁸ NISHIYAMA; DENSA, cit., p. 4.

²¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Art. 6º [comentários]. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 164-165; MARTINS-COSTA, Judith. A "guerra" do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, n. 6, abr-jun., 1993, versão eletrônica, item 1b. Critica esse entendimento, dentre outros, Rizzato Nunes: "Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custas processuais para a produção de provas, tais como as periciais. Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz a prova e o fornecedor a paga, e aí sim estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente fraco. Não se pode olvidar que para os "pobres" na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito." NUNES, cit., p. 870.

²²⁰ Nesse sentido: GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13, jan.-mar., 1995, versão eletrônica, item 8; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 807, jan., 2003, versão eletrônica, item 6; NUNES, cit., p. 870.

Não se olvida o entendimento que atribui a hipossuficiência ora a dificuldades econômicas ora a dificuldades técnicas²²¹, relacionando-se à idéia de “facilitação da defesa do consumidor em juízo” (art. 6º, VIII, do CDC).

Há, também, quem trate os conceitos como sinônimos e sob uma perspectiva ampla, não restringindo a hipossuficiência a um aspecto econômico ou técnico. Nessa perspectiva, a hipossuficiência é vista à luz da relação jurídica concreta, havendo uma redução da capacidade do consumidor não somente sob o prisma econômico ou técnico, mas também sob a questão organizacional, educacional, de acesso à informação, de posição social, etc²²².

Fernanda Tartuce entende que a hipossuficiência é um sinônimo de vulnerabilidade econômica, embora entenda que o legislador andou mal ao se reportar à hipossuficiência como critério para a inversão do ônus da prova, devendo ter se referido às dificuldades técnicas para a produção da prova²²³.

A incorporação, no art. 190, do CPC, de forma expressa do termo *vulnerabilidade* parece fazer cair por terra uma maior diferenciação entre os termos, ao menos no que diz respeito à limitação em que eles são aplicados (processual para a hipossuficiência e direito material para a vulnerabilidade). Não há mais sentido em manter essa diferença temática entre

²²¹ Assim, o STJ: “2.- A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.” REsp 1.325.487-MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 14.09.2012. Em doutrina, NERY JR., Nelson. Aspectos do processo civil no Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 1, mar., 1992, versão eletrônica, item 22.

²²² “Sobre este aspecto, torna-se necessário compreender o conceito de hipossuficiência como diminuição da capacidade do consumidor, não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social.” MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 11, jul.-set., 1994, versão eletrônica, p. 4. “O conceito seria, na verdade, relacional: hipossuficiente seria o consumidor (rico ou pobre, culto ou inculto) que, em relação a um dado fornecedor, estivesse em posição de desvantagem no que se refere à demonstração de determinado direito.” ANDRADE, Andre Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões.. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 48, out-dez, 2003, versão eletrônica, p. 3. De alguma forma, o STJ ampliou o conceito de hipossuficiente especialmente em se tratando de ações coletivas, como se constata do seguinte excerto: “Equivocado, nos litígios coletivos ou difusos, reduzir a hipossuficiência exclusivamente ao “necessitado” de recursos financeiros, pressuposto para a assistência judiciária, mas não para a inversão do ônus da prova. Na litigiosidade supraindividual, hipossuficiente é tanto o pobre (= carente material) como aquele que, “segundo as regras ordinárias de experiência” e as circunstâncias do caso concreto, não dispõe de mecanismos aptos a fazer valer seu direito (= carente processual). Um e outro encontram-se, com base em transcendente valor de isonomia real, abrigados e protegidos pelo regime solidarista dos arts. 6º, VIII, e 117 do Código de Defesa do Consumidor. 7. Na relação jurídica em que há substituição processual, a hipossuficiência deve ser analisada na perspectiva do substituto processual ou dos sujeitos-titulares do bem jurídico primário, qualquer uma das duas hipóteses bastando para legitimar a inversão do ônus da prova.” REsp 1235467 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma do STJ, j. em 20/08/2013.

²²³ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 183.

os termos, podendo-se, em realidade, englobar a ideia de desigualdade de armas das partes, seja na relação de direito material, seja na relação processual.

Parte-se, assim, para a análise do conceito de vulnerabilidade.

2.3.4.3.2 Conceito de vulnerabilidade

A vulnerabilidade é um conceito que decorre do princípio da igualdade, na sua perspectiva material, de redução de desigualdades, por meio do qual “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”²²⁴.

A vulnerabilidade decorre da concepção de igualdade mas aprofunda a análise subjetiva, pois nem sempre há necessidade de comparar situações e sujeitos para definir se a pessoa é vulnerável ou não. Na explicação de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade é mais “um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.”²²⁵

A autora também identifica quatro tipos de vulnerabilidade: i) a técnica, caracterizada desconhecimento de conhecimentos ou técnicas específicas de determinada área²²⁶, ii) a jurídica ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos acerca dos direitos e deveres que incidem sobre o sujeito, bem como a ausência de conhecimentos técnicos de economia ou contabilidade²²⁷, o que é presumido em relação às pessoas naturais, mas não quanto aos profissionais e pessoas jurídicas, em que vigora a presunção em sentido contrário, iii) a fática ou socioeconômica, em que uma das partes se encontra em posição de superioridade, seja por fatores sociais (posição na sociedade, econômicas, etc.)²²⁸ e iv) a informacional, consistente no acesso às informações, o que também deve ser presumida em relação às pessoas naturais²²⁹.

²²⁴ ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 460.

²²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 325-326.

²²⁶ No caso, nas relações de consumo, englobando as características do bem e a sua utilidade, o mesmo correndo em relação a prestação de serviços. MARQUES, Contratos..., cit., p. 326-327.

²²⁷ MARQUES, Contratos..., cit., p. 329

²²⁸ MARQUES, Contratos, cit., p. 333-334.

²²⁹ MARQUES, Contratos, cit., p. 338 e segs.

Para determinadas pessoas fala-se, mais recentemente, em vulnerabilidade agravada²³⁰ ou hipervulnerabilidade²³¹, por demandar especial viés protetivo do ordenamento jurídico, englobando: crianças, idosos, portadores de deficiência e analfabetos. A hipervulnerabilidade pode decorrer de uma série de fatores, de natureza biológica (o fator idade, por exemplo), integridade física ou psíquica; de natureza social, cultural, educacional (pessoa de pouca instrução), técnico ou econômico (pessoa em situação de necessidade financeira) ou por fatores de natureza geográfica.²³²

²³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. versão eletrônica, itens 4.1.1 a 4.1.4.

²³¹ “A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor. Nesta classificação se enquadrariam, por exemplo, os consumidores enfermos, os idosos, as crianças, os deficientes físicos e os analfabetos. O *modus* de vida atual não deixa margem de dúvidas acerca das dificuldades desses sujeitos de direitos, ante a potencialização de lesões aos seus interesses, advindas do crescimento do comércio eletrônico e do incremento do ambiente virtual na vida de relação, onde a velocidade das mudanças impõe barreira quase intransponível àqueles dotados de uma natural fragilidade física, psicológica ou até mental.” SCHWARTZ, Fábio. O protagonismo da Defensoria Pública na proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, ano 29, n. 27, 2017, p. 59. Importante destacar, nesse ponto, a visão de Carlos Nelson Konder que menciona a vulnerabilidade existencial, que implica na “maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana” e que, diversamente da vulnerabilidade patrimonial, em que a inferioridade ocorre no âmbito contratual, levando a uma violação ao patrimônio do contraente, depende de maior sistematização e mecanismos eficientes de controle. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, maio-jun., 2015, versão eletrônica, item 5.

²³² “A hipervulnerabilidade representa a vulnerabilidade agravada e essa intensificação da suscetibilidade ao dano pode provir de distintas fontes, decorrentes de fatores de duração permanente ou temporária, a considerar condições individuais ou coletivas, com potencialidade de gerar a hipervulnerabilidade, tais como: Fatores biológicos: a) idade (a hipervulnerabilidade pode estar presente tanto na criança e no adolescente, que são seres em formação física e intelectual, quanto no idoso, que pode ter déficit quanto a novas tecnologias ou mesmo pode ser mais suscetível de ser influenciado quanto a promessas de resultados que não podem ser alcançados ou cuja eficácia seja distorcida ou exacerbada); b) integridade física (pode ocorrer situação de hipervulnerabilidade quando presentes determinadas limitações físicas que diminuam ou impeçam a possibilidade de uma escolha juridicamente justificável por parte do consumidor); c) integridade psíquica (é possível que a hipervulnerabilidade se consolide na ausência total ou parcial de condições psíquicas da pessoa do consumidor, que tornem a sua decisão viciada); Fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos: d) condição financeira (uma pessoa em condição financeira instável pode estar mais sujeita a tomada de decisões equivocadas, que podem gerar, por exemplo, um endividamento maior do que aquele possível em condições normais de mercado); e) formação educacional (muitas vezes, a pessoa que não teve a oportunidade de ter uma formação de conhecimento regular, e que não tenha sido corretamente informada, não consegue prever as consequências de suas escolhas, havendo a possibilidade de se consolidar uma situação de hipervulnerabilidade, tal como ocorre com os analfabetos); Fatores vinculados ao próprio consumo: f) circunstâncias da formação do vínculo de consumo (é possível que a hipervulnerabilidade se estabeleça em razão do próprio uso do produto, v.g., na hipótese de dependência ou de efeitos colaterais por uso de fármacos); g) época da formação do vínculo de consumo (se ocorreu, por exemplo, pela aquisição de produtos em época de escassez gerada por situação de calamidade ou de desastre, como, aproximando-se da ideia de lesão, caracterizada como defeito do negócio jurídico); Fator geográfico: h) distância geográfica (esse aspecto é inusitado, pois a hipervulnerabilidade pode decorrer tanto da distância excessiva entre fornecedor e consumidor, que impede ou dificulta o seu adequado atendimento, quanto de uma proximidade pífida, a praticamente forçar uma contratação).” PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, set.-out., 2017, versão eletrônica, item 2.

2.3.4.3.3 A vulnerabilidade no direito material: grupos de pessoas tidas como vulneráveis²³³

É possível identificar um enquadramento de pessoas que são consideradas vulneráveis pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, em lista não exaustiva²³⁴, pode-se mencionar: o consumidor, cuja vulnerabilidade é colocada como pilar do Estatuto Consumerista²³⁵, por ser presumivelmente mais fraco na relação jurídica com o fornecedor.

A pessoa idosa - aquela que tem mais de 60 anos de idade - também recebe especial atenção do ordenamento jurídico, especialmente por meio do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). A vulnerabilidade dos idosos é decorrência da sua condição (de saúde, na maioria das vezes debilitada) e da sua ignorância técnica e fática, além da dependência física diante da doença ou morte iminente. Há, ainda, o agravamento da vulnerabilidade quando se utiliza as modernas tecnologias, por meio de computadores, celulares, aplicativos, pois os idosos tem mais dificuldade em sua utilização.

Da mesma forma, as crianças e adolescentes também recebem especial proteção, constitucional e infraconstitucional, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/91). Adotou-se a teoria da proteção integral em relação à tutela das crianças e adolescentes, garantindo a prioridade na tutela de direitos desses sujeitos e a sua condição de sujeitos em formação. A vulnerabilidade desse grupo se associa à fragilidade física e psíquica de seres em formação; à ingenuidade que lhes é ínsia diante da incompleta formação psíquica, intelectual e educacional completa, além de desconhecer aspectos ínsitos à

²³³ Não se tratará acerca da relação de trabalho, por não ter relação com o escopo do presente trabalho. Sobre o tema, veja, por todos, REBELO, Maria Paulo. A admissibilidade, cit., p. 367 e segs., onde a autora faz uma revisão sistemática da vulnerabilidade na relação trabalhista, sob o aspecto de direito material e processual.

²³⁴ Podem-se incluir, também, as gerações futuras, cuja vulnerabilidade decorre do fato de que esta não têm condições de reclamar atualmente a proteção de seus interesses e, por tal motivo, a geração presente é responsável em manter as condições ambientais e humanas para que as gerações futuras possam gozar de um ambiente sadio, sem que se coloque em risco a própria condição humana (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT. 2012. p. 166); os membros da comunidade afro-descendente; vítimas e familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos; estrangeiros e expatriados, etc. Sobre esse tema, há vasta bibliografia, que excede o objeto da presente. Para um breve resumo, veja GUZMAN-ANDREU, Federico; COURTIS, Christian. *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

²³⁵ SANTOS, Adriana de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antonio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 116, mar-abr, 2018, versão eletrônica, item 3.

contratação, como responsabilidades decorrentes da pactuação, vantagens e deveres, o que também é agravado pela utilização de das novas tecnologias²³⁶.

As pessoas portadoras de deficiência são tidas, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, como sendo, a priori, capazes, devendo a incapacidade ser reconhecida excepcionalmente e limitada aos atos que a mesma efetivamente não consiga compreender o seu alcance ou consequências. A capacidade de fato, porém, é questão pessoal e que pode afetar a validade da prática de determinados negócios jurídicos. Já a vulnerabilidade é um estado de risco geral a exigir uma maior proteção do ordenamento jurídico. Porém, nos termos do Estatuto, somente haveria vulnerabilidade quando a pessoa se encontrasse em "situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública" (art. 10, parágrafo único, do EPD). Essa questão, inclusive, causa uma perplexidade hermenêutica, pois se no CDC, a pessoa que é portadora de deficiência pelo simples fato de estar no mercado de consumo é vulnerável (art. 4º, I, do CDC), pelo EPD somente em situações fortuitas ou excepcionais que será esta considerada vulnerável, o que dependeria de prova de sua parte²³⁷. Nesse contexto, não parece correta a leitura de desprezo (quase) absoluto pela vulnerabilidade do portador de deficiência, devendo ser feita uma interpretação sistemática para resguardar as peculiaridades em concreto da pactuação.

O direito civil também reconhece a condição de vulnerabilidade em determinadas relações contratuais, por meio do estabelecimento de regimes jurídicos diferenciados, por meio de leis especiais, como é o caso da Lei da Usura (Dec. 22.626/1933), da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951), o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), da Lei do Inquilinato (Lei 4.494/64 e Lei 8.245/91), etc²³⁸. Da mesma forma, a proteção ao aderente no contrato de adesão (CC/2002) e a previsão dos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico (permitindo figuras como a lesão e a resolução por onerosidade excessiva) do pacto são representativos da proteção (patrimonial) dispensada a esse tipo de relação jurídica.

Em relação às mulheres também há uma preocupação em garantir que a mesma não seja vítima de violência física/psicológica, especialmente em âmbito familiar, o que ficou

²³⁶ NISHIYAMA; DENSA. A proteção..., cit., item 6.

²³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 27, vol. 116, mar-abr, 2018, versão eletrônica, item 5.1

²³⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIBD*, n. 10, p. 6.184-6.185, Lisboa, 2012. Disponível em: <http://migre.me/ll3c0>, acesso em 10 de novembro de 2018.

evidenciado com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), regulando a proteção constitucional da mulher vítima de violência doméstica. A lei trouxe uma série de inovações, erodindo a diferenciação entre o direito público e o direito privado, permitindo a aplicação de medidas protetivas de urgência, como afastamento do agressor do lar, aproximação com a vítima, dever de prestar alimentos em tais situações, dentre outros. Além disso, em termos de acesso à justiça, garantiu a assistência judiciária gratuita e o *jus postulandi* da mulher para requerer a concessão de medidas de urgência²³⁹.

Há, ainda, a proteção do alimentando, já que seu estado é de dependência econômica para com o alimentante. Como é curial, a obrigação de alimentos decorre do princípio da dignidade humana e da solidariedade social, entre as partes que compõem a relação jurídica formada, na maior parte das vezes, por vínculo de parentesco. Os alimentos compreendem tudo quanto for imprescindível ao sustento, vestuário, habitação, educação, despesas de saúde e criação²⁴⁰. Assim, que não tem condições de provar o seu próprio sustento se encontra em situação de vulnerabilidade. Por esse motivo, a lei civil traz, nos arts. 1695, 1696 e 1697, do CC, regras sobre quem está obrigado a prestar alimentos a quem, traduzido uma rede ampliada de proteção ao vulnerável (como, por exemplo, a possibilidade de obrigação alimentar avoenga). Em termos processuais, há uma série de regras que buscam garantir a intimidade e a efetividade desse direito, como a garantia do segredo de justiça, a tramitação durante as férias forenses, o cumprimento provisório da sentença com o levantamento dos valores independe de caução, além de um rito executivo especial, que prevê: i) a tramitação no domicílio do alimentado; ii) a possibilidade de desconto em folha nos rendimentos do executado de forma parcelada até o limite de 50% dos seus ganhos líquidos; iii) a inscrição do nome do executado nos serviços públicos de inadimplentes, como o SPC e SERASA; e iv) a prisão civil do executado a partir da terceira prestação alimentar inadimplida.

Esses agentes também terão proteção em se tratando de negócios processuais, pois a vulnerabilidade nas relações materiais também pode se fazer presente na celebração dos acordos processuais, especialmente nas convenções pré-processuais.

2.3.4.3.4 A vulnerabilidade processual

²³⁹ A respeito da igualdade da mulher nas relações processuais, v. HILL, Flavia Pereira. Uns mais iguais que os outros: em busca da igualdade (material) de gênero no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 13, vol. 20, n. 2, maio-ago, 2019.

²⁴⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 34; CAHALI, Youssef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT. 1999. p. 33.

A vulnerabilidade também pode ocorrer na relação jurídica processual e, já dispõe o art. 139, I, do CPC, que é dever do magistrado assegurar que as partes tenham igualdade de tratamento. Trata-se de exigência que decorre do princípio da igualdade nas relações jurídicas processuais, direito que se encontra também previsto no art. 7º, do CPC.

Como já anotado por Barbosa Moreira, um dos grandes desafios do processo é justamente o desequilíbrio de forças entre as partes litigantes, o qual pode ser decorrência de inúmeros aspectos: econômicos, culturais, informacionais²⁴¹, etc. Com o fim de reduzir a desigualdade, é possível estabelecer um tratamento desigual também na relação jurídica processual, o que já foi feito, em algumas situações, pelo próprio legislador. Mas ao juiz também é dado identificar as situações de vulnerabilidade e atuar para a sua redução.

2.3.4.3.5 Critérios para a aferição da vulnerabilidade processual²⁴²

i) Vulnerabilidade processual por questões econômicas

Um dos primeiros aspectos que se identifica a vulnerabilidade diz respeito às questões econômicas, especialmente em relação ao regime de custas e despesas processuais, contratação de um bom advogado, requerer a produção de determinados tipos de prova, suportar o tempo do processo, etc.

A Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei 1.060/50), parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil, regulou o benefício para assegurar o acesso à justiça para aqueles cuja situação econômica "não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, *sem prejuízo do sustento próprio ou da família*" (art. 2º, parágrafo único, Lei

²⁴¹ "Um dos grandes desafios do processo socialmente orientado é o desequilíbrio de forças que logo de início se exibe entre as partes litigantes, a comprometer em regra a igualdade de oportunidades de êxito no pleito. Como bem se compreende, ressalta particularmente o aspecto econômico, que todavia está longe de ser o único. Antes mesmo dele, põe-se um problema de ordem cultural. O baixo nível de cultura constitui, aqui como em tudo, fator de marginalização. Para um analfabeto ou semi-analfabeto, são notórias as desvantagens nesta espécie de competição, a começar pelo déficit informativo, que tantas vezes lhe dificulta ou até veda a noção de seus direitos e da possibilidade de reclamar satisfação por via civilizada." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, vol. 105, jan.-mar., 2002, versão eletrônica, item 3.

²⁴² Esse item leva em consideração o desenvolvido por TARTUCE, Fernanda. *Igualdade...*, cit., p. 189-218. Sobre o tema, veja, dentre outros, BARBOSA, Rafael Dinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. *Revista de processo*, vol. 230, abr., 2014; ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015; especificamente em relação aos negócios processuais ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019; REBELO, Maria Paulo, A admissibilidade..., cit., p. 411 e segs.

1.060/50). Sempre que o acesso ao Judiciário fosse dificultado ou impossibilitado pelos custos processuais, a ponto de comprometer o próprio sustento do postulante ou de sua família, faria ele jus à gratuidade de justiça. A referida lei, promulgada muito antes da criação da Defensoria Pública, limitou-se a resguardar a assistência *judiciária* gratuita, conceito que se restringe à gratuidade para a prática de atos processuais, por ter sido concebida em uma matriz liberal-individualista²⁴³. No CPC/2015, o sistema foi aperfeiçoado, implicando na isenção do pagamento de despesas e custas processuais previstas no art. 98, § 1º, do CPC e permitindo a gratuidade de justiça parcial e o pagamento de custas e despesas ao final do processo (art. 98, § 5º, do CPC).

No âmbito estatal, há a prestação de serviço de *assistência jurídica gratuita*, que é mais ampla que a mera assistência judiciária gratuita, que se restringe às custas decorrentes do processo, ao passo que a primeira é mais ampla e abrange a assistência jurídica em si (independentemente da existência de um processo judicial). Esse serviço é prestado pela Defensoria Pública, que no sistema de justiça ainda carece de maior atenção do Poder Público²⁴⁴. Embora estruturada em todos os Estados da federação, o atendimento em muitos deles, por contingências orçamentárias e estruturais, está bem aquém das necessidades da população. Nessa perspectiva, a função da Defensoria Pública engloba não só os direitos individuais dos vulneráveis, mas também dos direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico, transporte público, entre outros) e ecológicos das pessoas necessitadas²⁴⁵ (art. 4º, X, da LC 80/94).

Crianças e adolescentes, mulheres vítimas de violência doméstica, presos, pessoas que tenham sido vítimas de grave violação de direitos humanos, consumidores, portadores de deficiência e/ou necessidades especiais, idosos, afrodescendentes, dentre outros, por serem considerados vulneráveis não somente no aspecto econômico, mas na perspectiva técnica e organizacional, são alvo preferencial das atuações - individuais e coletivas - da Defensoria Pública.

ii) Vulnerabilidade processual por questões geográficas

²⁴³ FENSTERSEIFER, Tiago. *O direito a ter direitos efetivos: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira*. Tese (Doutorado) PUC/RS. Porto Alegre. 2016. p. 55.

²⁴⁴ Sobre o tema, v., por todos, ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

²⁴⁵ FENSTERSEIFER, O direito..., cit., p. 107-108.

Outro ponto em que pode haver debilidade de uma das partes se refere ao próprio deslocamento para o local em que se praticam os atos processuais. Especialmente na execução, muitos atos são realizados fora da sede do juízo, e a sua efetivação pode ser dificultada por questões geográficas.

Até mesmo o acesso ao Poder Judiciário pode sofrer dificuldades, a depender do local onde o executado possui bens penhoráveis, atrasando a realização de diligências e, por consequência, levando ao risco de dissipação de bens em detrimento dos direitos do exequente. A informatização da estrutura judicial pode reduzir esse déficit, mas ela ainda está longe de se tornar uma realidade em todas as Comarcas do País.

iii) Vulnerabilidade processual por questões pessoais

Nesse aspecto, podem ser incluídos alguns fatores como idade, saúde e desinformação pessoal. Já se viu anteriormente como crianças, adolescente e idosos, são considerados vulneráveis e por isso, possuem prioridade de tramitação de suas demandas. No primeiro caso, a prioridade é absoluta por dizer respeito à pessoas em formação, já no segundo, a prioridade se justifica para que o tempo do processo não acabe impossibilitando a fruição do direito por ter sido tarde demais.

Além do mais, as crianças e adolescentes possuem uma série de prerrogativas para a tutela de seus interesses como a nomeação de curador especial quando este não tive representante legal ou seus interesses forem conflitantes (art. 72, I, do CPC), assim como garante, no âmbito do ECA, a gratuidade de justiça (art. 141, § 1º, do ECA) e vara especializada de justiça e juventude (art. 145, do ECA), dentre outras prerrogativas²⁴⁶.

Em relação ao estado de saúde também existe algumas prerrogativas como i) não realização da citação (art. 244, IV, do CPC); ii) a redesignação da audiência caso não seja possível às partes ou testemunhas comparecerem para depor (art. 449, parágrafo único, do CPC) e iii) prioridade de tramitação da lide (art. 1048, I, do CPC).

As questões informacionais são um aspecto relevante na aferição da vulnerabilidade processual, especialmente na sociedade brasileira, diante das altas taxas de analfabetismo e baixa escolaridade. Isso afeta a sociedade de forma sistemática, pois as pessoas normalmente não têm consciência de seus direitos, assim como da sua extensão e limites. Essas

²⁴⁶ BARBOSA, Rafael; MAIA, Maurílio. Isonomia..., cit., item 5.

circunstâncias são agravadas quando se pensa na técnica jurídica, normalmente complexa, abstrata e, não raras vezes, prolixa, o que dificulta a sua compreensão por pessoas que não são da área jurídica. A realidade é que muitas pessoas não tem conhecimento dos direitos mais básicos e que dizem respeito a relações quotidianas do dia-a-dia.

Esse quadro ainda é agravado quando se transporta essa relação jurídica para o plano processual, especialmente porque o processo é dotado de conceitos abstratos e formais bastante distantes da realidade das pessoas, com uma ritualística própria, com prazos, atos e ritos que devem ser observados mas que podem não fazer muito sentido para quem . Além disso, as consequências dos atos que são praticados (ou deixam de ser) são frequentemente negligenciados pela maioria das pessoas, que não tem conhecimento dessas circunstâncias.

Tais dificuldades acabam dificultando a utilização de negócios processuais pelas partes, que não tem condições de identificar os efeitos e as consequências dos atos que praticaram, podendo ser um elemento relevante na identificação da vulnerabilidade do pactuante. É claro que outros elementos permitem afastar a vulnerabilidade da parte como, por exemplo, a assistência por advogado ou defensor público.

iv) Vulnerabilidade processual por questões organizacionais

Outro aspecto da vulnerabilidade processual é a que diz respeito às dificuldades da parte litigante em mobilizar recursos e estrutura, assim como quem encontra restrições logísticas para a sua atuação²⁴⁷. Esse critério não se confunde com a vulnerabilidade económica, pois esta se refere à indisponibilidade de recursos financeiros, ao passo que a vulnerabilidade organizacional é uma concepção mais ampla. Aquele que foi despejado do imóvel pode ter condições financeiras para se mudar, mas certamente terá dificuldades para se organizar rapidamente no referido local.

Como esclarece Fernanda Tartuce, a vulnerabilidade organizacional compreende três ordens de fragilidade: i) disparidade de poder e organização entre litigantes habituais e eventuais; ii) comprometimento de atuação dos indivíduos que não tem casa ou qualquer estrutura física mínima; e iii) limitações tecnológicas, tais como os vulneráveis cibernéticos e excluídos digitais²⁴⁸.

²⁴⁷ TARTUCE, Fernanda. Igualdade..., cit., p. 208.

²⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. Igualdade..., cit., p. 208.

O primeiro aspecto se refere à disparidade organizacional entre os *repeated players* ou litigantes habituais daqueles que esporadicamente litigam em juízo (*one shotters*)²⁴⁹. É natural que os litigantes habituais tenham uma estrutura mais adequada para atuar no processo, eis que já adquiriram *expertise* que os coloca em certa posição de vantagem em detrimento daquele que de vez em quando precisa enfrentar um processo judicial, além de serem mais ricos e influentes. Da mesma forma, o litigante habitual pode diluir o risco dos resultados não favoráveis das ações judiciais, amargando menor prejuízo em relação àquele que, eventualmente, corre o risco do processamento da demanda²⁵⁰.

Maior dificuldade de organização terá quem foi desalojado da residência ou não a possui. Que capacidade de organização possui, por exemplo, a população de rua²⁵¹, para buscar o acesso ao Poder Judiciário? Esse nicho populacional terá extrema dificuldade em termos organizacionais para garantir uma performance adequada na atuação processual.

Por fim, os vulneráveis cibernéticos são aqueles que não tem acesso aos meios técnicos necessários para ingressar no processo eletrônico, como computadores e sistema de internet, ou então, mesmo que o possuam, não sabem fazer uso de tais tecnologias. Mesmo que a informatização do processo seja uma promessa para aumentar a celeridade do processo, não são poucas as exigências para o funcionamento do sistema. Algumas exigências devem ser observadas para que possa se acessar o processo eletrônico: i) registro prévio do usuário junto aos Tribunais; ii) assinatura eletrônica emitida por entidade certificadora; iii) digitalização de documentos; iv) a instalação de diferentes softwares que permitem a

²⁴⁹ Sobre o tema v., por todos, GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, Denver, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT. 2011. p. 116 e segs.

²⁵⁰ Nesse sentido, a doutrina de Barbosa Moreira: “En este orden de ideas, cabe aludir a la diferencia entre las personas que suelen demandar o ser demandadas con frecuencia (v.g., empresas industriales y comerciales, sociedades aseguradoras, bancos, la Administración Pública) y aquéllas que solo casualmente, en ocasiones fortuitas, por no decir excepcionales, asumen la posición de parte en un proceso. Los “litigantes habituales” gozan, sobre los “litigantes eventuales”, de todas las ventajas inherentes a la organización: disponen de personal especializado, recogen la experiencia de procesos anteriores, mantienen en sus registros datos actualizados de doctrina y de jurisprudencia, y así en adelante.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de processo*, v. 11, n. 44, out.-dez., 1986, versão eletrônica, item 5.

²⁵¹ “Grupo populacional heterogêneo, composto por pessoas com diferentes realidades, mas que têm em comum a condição de pobreza absoluta e a falta de pertencimento à sociedade formal. São homens, mulheres, jovens, famílias inteiras, grupos, que têm em sua trajetória a referência de ter realizado alguma atividade laboral, que foi importante na constituição de suas identidades sociais. Com o tempo, algum infortúnio atingiu suas vidas, seja a perda do emprego, seja o rompimento de algum laço afetivo, fazendo com que aos poucos fossem perdendo a perspectiva de projeto de vida, passando a utilizar o espaço da rua como sobrevivência e moradia.” COSTA, Ana Paula Motta. População em situação de rua: contextualização e caracterização. *Revista Virtual Textos & Contextos*, n. 4, ano IV, 2005.

operacionalização do sistema eletrônico. Até mesmo para advogados que não possuem um escritório com grande estrutura pode ser dificultoso o acesso ao processo eletrônico²⁵².

Nos casos em que é possível às pessoas exercerem o *ius postulandi* independentemente do advogado ou Defensor Público, as dificuldades corroboram a perspectiva de uma vulnerabilidade digital. Nesse ponto, deve-se referir que a exclusão digital²⁵³ é um reflexo da desigualdade social que ainda é uma marca da sociedade brasileira e, com a crescente digitalização dos processos físicos e (quase) exclusiva utilização do processo eletrônico, é possível que haja ainda mais dificuldades em utilizar o sistema eletrônico pelas pessoas que não estão familiarizadas com esse sistema.

2.3.4.4 Interpretação do conceito jurídico indeterminado constante do art. 190, parágrafo único, do CPC.

A ausência de vulnerabilidade da parte como requisito de validade da convenção processual objetiva resguardar o equilíbrio entre os pactuantes. É uma medida de isonomia entre os pactuantes, devendo o juiz corrigir eventual abuso no exercício das posições jurídicas destes. Esse controle concretiza o que consta dos arts. 7º e 139, I do CPC²⁵⁴, velando pela igualdade concreta entre os acordantes²⁵⁵.

Nesse aspecto, questiona-se: qual “vulnerabilidade” é relevante na caracterização da desigualdade que pode levar à invalidação do pacto? Como visto acima, é possível identificar duas ordens de vulnerabilidade, as de natureza material, relativas a certos grupos de sujeitos (idosos, crianças e adolescentes, consumidores, mulheres, alimentando, etc.) e as processuais,

²⁵² Nesse sentido, as alegações constantes da ADI 3880, de relatoria do Min. Luiz Edson Fachin.

²⁵³ "Pessoas que devido ao analfabetismo ou baixa renda não utilizam ferramentas tecnológicas podem ser consideradas excluídas digitalmente. Já aquelas pessoas que, apesar de terem uma condição financeira favorável e alguma formação escolar, são resistentes às mudanças e não se envolvem com as novas tecnologias, ficam desatualizadas e tornam-se membros da sociedade da exclusão digital e conseqüentemente da exclusão social, visto que passam a ter maiores dificuldades em conseguir empregos, desenvolver suas carreiras, realizar pesquisas escolares, etc." ALMEIDA, Lilia Bilati de et al. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005>, acesso em 05 de janeiro de 2020.

²⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 36.

²⁵⁵ Como manifesta Rafael Sierangelo Abreu: “a igualdade pode servir como parâmetro para de limitação e controle de viabilidade de certos negócios processuais, mediante contraditório prévio e decisão fundamentada. Nessa medida, a lente da igualdade pode funcionar como limite para a aplicabilidade de certas avenças, seja nos chamados negócios pré-processuais - efetivados antes mesmo do surgimento de determinado conflito interindividual -, seja nos negócios lavrados durante o *iter* procedimental, [...] já após instaurado o conflito e no que diz respeito ao ato específico.” ABREU, A igualdade e os negócios..., cit., p. 337-338.

relacionadas com diferentes aspectos e que dificultam o acesso à justiça e a participação da parte no processo, por meio de um contraditório efetivo, produção de provas, etc.

A noção de “vulnerabilidade” pode ser interpretada de forma restrita, ampla ou amplíssima. Em relação à primeira concepção, somente a vulnerabilidade processual técnico-jurídica²⁵⁶ seria idônea a indicar a vulnerabilidade da parte contratante. Outro entendimento sustenta que qualquer tipo de vulnerabilidade processual, de acordo com os aspectos vistos anteriormente, é idôneo para indicar a ocorrência de vulnerabilidade do pactuante²⁵⁷. Um terceiro entendimento possui uma perspectiva bastante ampla, a englobar tanto as vulnerabilidades materiais e aquelas processuais, de modo que qualquer elemento ou circunstância que possa colocar em risco a igualdade/paridade de armas no processo é suficiente para caracterizar a vulnerabilidade da parte²⁵⁸.

É importante, nesse manancial teórico, identificar o que realmente pode afetar a vulnerabilidade do pactuante. Inicialmente é importante ressaltar que o art. 190, parágrafo único, dispõe de uma *incapacidade processual negocial*²⁵⁹, *que decorre da situação de manifesta vulnerabilidade*.

A vulnerabilidade material pode levar a um desequilíbrio na relação jurídica, mas isso não significa que a existência dessa circunstância automaticamente leva à invalidação da convenção pela existência do desequilíbrio na relação das partes. A identificação de uma situação de vulnerabilidade material deve levar a uma análise mais pormenorizada do negócio processual, pois é possível que essa circunstância não tenha gerado um desequilíbrio no

²⁵⁶ Nesse sentido, SOARES, Lara Rafelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana et al. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 290-291. Para Trícia Xavier Cabral, a vulnerabilidade processual somente seria relevante em se tratando de negócio incidental: “[...] ainda que o objeto da convenção verse acerca de algum direito processual ou sobre o procedimento, ela pode ser firmada por pessoas que não possuem o devido conhecimento técnico para tanto, só se exigindo a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede judicial.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 350.

²⁵⁷ A respeito, exemplificativamente, BARREIROS, Lorena. Convenções processuais..., cit., p. 235 e segs.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 398; REBELO, Maria Paulo. A admissibilidade..., cit., p. 445.

²⁵⁸ Essa é a perspectiva de ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade..., cit., p. 332-334; MENEZES, Valéria Maria Novaes. Do negócio jurídico processual e o consumidor. In: MARCATO, Ana et al. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 290-291p. 601-602; REDONDO, Negócios..., cit., p. 148-149; SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual - parte III. *Revista de Processo*. vol. 249, nov., 2015, versão eletrônica, item 7: “Para fins de aplicação do art. 190, parágrafo único, do CPC/2015 devem ser consideradas todas as vertentes da vulnerabilidade construídas pela doutrina e encampadas pela jurisprudência, a abranger a vulnerabilidade fática, a vulnerabilidade econômica, a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade científica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade do paciente, a vulnerabilidade de gênero, a vulnerabilidade da gestante, a vulnerabilidade do dependente químico. Isso sem contar, obviamente, com as manifestações da hipervulnerabilidade, o que já se analisou anteriormente.”

²⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 35.

momento da formação do contrato. A vulnerabilidade material deve servir como um mero indício de que *pode* ter havido uma desigualdade na contratação, mas não implica, *prima facie*, na impossibilidade de celebrar negócios processuais. Entender a vulnerabilidade material como indício (e não como presunção) de vulnerabilidade permite que se entenda que vulneráveis também podem pactuar e tais pactos não necessariamente induzem prejuízo para o contratante. Uma vez identificada a vulnerabilidade material, deve-se perquirir de que forma essa circunstância afetou a formação do negócio processual. Adquire relevo, aqui, os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, especialmente o dever de informar, de transparência e de esclarecimento, pois se ao vulnerável foram dadas *reais condições de negociação*²⁶⁰, se foi possível identificar a existência da convenção processual, assim como seu alcance e seus efeitos (ou seja, do seu conteúdo), essa circunstância do pactuante não afetou a formação da vontade na pactuação e, a priori, não há que se falar em invalidade da convenção processual.

Considerando, também, que a vulnerabilidade processual técnica gera importantes consequências na formação do consentimento livre e informado do pactuante, um aspecto que deve ser levado em consideração pelo magistrado a fim de controlar a validade do pacto é a existência de assistência técnico-jurídica, independentemente de se tratar de negócio prévio ou incidental. Com efeito, os negócios processuais não são atos postulatórios e, a rigor, prescindem da capacidade postulatória, porém, a assistência jurídica prestada por advogado ou Defensor Público acaba tendo um papel relevante na redução de desigualdades técnicas no momento da estipulação da convenção processual, devendo ser considerada, a sua falta, como um indício de vulnerabilidade.

No que se refere às vulnerabilidades processuais, elas também devem ser levadas em consideração como um parâmetro seguro para a aplicação do regime das invalidades por essa circunstância na relação processual. Porém, é forçoso reconhecer que nem todas acabam interferindo, de maneira direta, na negociação processual em pé de igualdade, como ocorre, por exemplo, com a vulnerabilidade geográfica²⁶¹. Assim, por exemplo, deve-se imaginar em que a distância geográfica das partes à sede do juízo impacta na sua capacidade negocial? A princípio, em nada. Poder-se-ia, talvez, restrições em relação ao foro de eleição²⁶² ou à prática

²⁶⁰ CABRAL, Convenções..., cit., p. 320.

²⁶¹ REBELO, Maria Paulo. Admissibilidade..., cit., p. 443.

²⁶² Nesse sentido: “Não se afasta a preferência do foro de eleição mesmo para a execução, mas deve se permitir a aplicação, subsidiária do foro da situação dos bens a ela sujeitos, caso demonstrado no caso concreto que isto poderá viabilizar (e não meramente facilitar) o processamento efetivo da execução. Em última ratio, faz-se prevalecer o princípio da realização da execução no interesse do exequente (na dicção do art. 797, do CPC), o que vem a traduzir eficiência jurisdicional.” HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA,

de alguns atos processuais. Nessa perspectiva, seria relevante, a fim de indicar a ocorrência de vulnerabilidade, as perspectivas técnica e organizacional, que podem indicar a ocorrência de vulnerabilidade na prática do ato.

Por fim, ainda como um critério relevante no preenchimento do conceito jurídico indeterminado está a necessidade de prejuízo do vulnerável. Não se invalidará o ato processual se não houver prejuízo para o vulnerável, diante do princípio da conservação dos atos processuais. É possível que o negócio processual tenha trazido benefícios para a parte vulnerável ou não tenha lhe trazido qualquer prejuízo²⁶³. Trata-se de uma abordagem baseada no resultado (*outcome-based*) e não somente na estrutura da negociação (*process-based*), de modo que é tarefa do intérprete identificar a justiça (*fairness*) e o equilíbrio do que foi convencionado. Assim, se mesmo tendo havido uma situação de vulnerabilidade, em que houve renúncia ou abdicação de direito daquele que é considerado vulnerável, o negócio será mantido por não ter causado prejuízo ao vulnerável. Caso contrário, deverá o mesmo ser invalidado²⁶⁴.

Assim, são critérios relevantes para aferição da vulnerabilidade da parte nos negócios processuais: i) a existência ou não de vulnerabilidade material e, caso haja essa circunstância, se foram cumpridos o dever de informação e transparência; ii) se houve assistência técnico-jurídica; iii) a presença ou não de vulnerabilidade processual; e iv) a existência de prejuízo para a parte vulnerável²⁶⁵. A análise do magistrado é sempre casuística, à luz das peculiaridades do caso concreto, e devem levar em conta o conjunto de critérios acima mencionados. Não basta, assim, a ocorrência de vulnerabilidade, mas de que maneira a

Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 306. Da mesma forma: ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade..., cit., p. 340.

²⁶³ REBELO, Maria. A admissibilidade..., cit., p. 453.

²⁶⁴ CABRAL, Convenções..., cit., p. 374-375; BONE, Robert G. Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness, *Boston University Law Review*, vol. 83, jun., 2003, p. 509-511.

²⁶⁵ COSTA, Marília., Convenções..., cit. p. 90-91. Uma visão ainda mais restrita é indicada por PERRONE, Cláudia. A vulnerabilidade do consumidor para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. In: MARQUES, Claudia Lima; REICHEL, Luis Alberto (org.), *Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC*. São Paulo: RT. 2017: "o que se espera é que, em última análise, o magistrado verifique se a disposição negocial (i) não resultou na impossibilidade de exercício, direto ou indireto, de um direito (disponível ou indisponível), sob pena de invalidação do negócio. Ainda, para confirmação da validade do negócio jurídico, já que celebrado por vulnerável, deverá ser constatado que a disposição negocial (ii) acarretou maior tutela ao direito, do que aquela já prevista no ordenamento jurídico, ante a vedação de retrocesso. Estes elementos são indispensáveis à análise do negócio jurídico processual atípico celebrado por consumidor, exigência de uma leitura conforme a Constituição Federal, os direitos fundamentais, e todas as demais conquistas da doutrina consumeristas das últimas décadas."

vulnerabilidade afetou a negociação, trazendo um prejuízo para a parte que não estava em igualdade de armas²⁶⁶.

A aferição dessa vulnerabilidade deve ser realizada considerando o momento em que a convenção foi estabelecida, ainda que este ocorra em momento prévio ao processo. Embora a sua análise possa ocorrer quando a convenção for internalizada ao processo, é o momento em que foi estipulada que orienta a análise da capacidade negocial. Se, porém, posteriormente ocorrem situações que tornem oneroso o cumprimento, mesmo que valida a convenção, seus efeitos poderão ser cessados²⁶⁷.

Diante desse quadro, impende definir se, na relação processual executiva, haveria uma situação de vulnerabilidade *a priori*. Poder-se-ia questionar acerca de uma vulnerabilidade do executado? Como se sabe, no processo de execução existe uma prevalência dos interesses do credor-exequente, colocando o devedor-executado em uma posição de desigualdade.

Tal situação decorre da presunção relativa de que o exequente, por ser titular de um título executivo que consagra uma obrigação certa, líquida e exigível, o coloca em certa posição de vantagem frente ao ordenamento jurídico, inclusive estabelecendo o ônus ao executado de apresentar a sua defesa com o fim de afastar a eficácia do título executivo. Essa inversão na lógica do procedimento, se comparado com o processo de conhecimento, responde à presunção do legislador de que o direito, a princípio, socorre ao exequente.

Por outro lado, contudo, o que se verifica é um viés protetivo ao executado, pois o ordenamento jurídico estabelece uma série de limites, seja em relação aos bens que podem ser objeto de constrição, seja em relação à utilização de medidas coercitivas atípicas com o intuito de alcançar a satisfação da obrigação exequenda. Nessa toada, aplicam-se as diretrizes da efetividade do processo (em favor do exequente) com o freio da menor onerosidade (em beneplácito do executado).

O equilíbrio entre situações antagônicas é difícil de ser encontrado, havendo quem advogue que deva pender em favor do exequente²⁶⁸, ou em favor do executado²⁶⁹. Não há, por

²⁶⁶ REBELO, Maria. A admissibilidade..., cit., p. 448; FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana et al. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 361.

²⁶⁷ VIDAL, Ludmilla. Convenções..., cit., p. 236.

²⁶⁸ GUERRA, Marcelo. Direitos..., cit.

²⁶⁹ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, vol. 27, jul.-set., 1982, versão eletrônica, item V: "A cada dia que passa, mais se solicita do juiz no sentido de se exigir a sua participação para com pensar as relações sociais em jogo. Originariamente, esse tipo de fenômeno passou a ter importância em decorrência da miséria e das crises econômicas pós-guerra, mas essa tendência subsiste mesmo quando se atravessam épocas economicamente estáveis. Esse princípio, que reequilibra situações, de uma certa forma, aplica-se hoje, por exemplo, para proteger o locatário, em relação ao direito de locar e de arrendar; para proteger os trabalhadores contra a despedida; para os litígios entre partes de uma convenção coletiva; para a proteção do devedor na

consequente, uma situação de vulnerabilidade do exequente ou do executado simplesmente por ocuparem essa posição na relação processual. Eles não são considerados vulneráveis *a priori* e de forma *abstracta*. Conforme as peculiaridades do concreto, é possível que se estabeleça e se identifique uma desigualdade entre os sujeitos, derivada de suas condições pessoais que eventualmente possam dificultar a atuação em juízo e possam indicar essa vulnerabilidade na celebração das convenções processuais²⁷⁰.

Exceção a esse entendimento é o caso do credor de alimentos, o qual pode ser considerado um vulnerável material e em prol de quem o legislador já buscou redimensionar a desigualdade, estabelecendo alguns privilégios processuais, tais como i) competência do alimentando para promover a execução; ii) rito célere no caso de prestações recentes (o prazo para justificar o não cumprimento da obrigação é de 72 horas após a citação); e iii) possibilidade de prisão civil do executado.

2.3.4.5 A tutela do vulnerável e a "inserção abusiva em contrato de adesão"

O art. 190, parágrafo único, do CPC, também menciona os contratos de adesão, ou seja, aqueles que possuem cláusulas imutáveis e pré-dispostas unilateralmente por uma das partes (art. 54, do CDC). É uma realidade bastante comum por conta da contratação em massa, que exige celeridade dos contratantes. Nesse tipo de contrato é bastante frequente que uma das partes esteja em posição de vantagem e, por esse motivo, previamente dispõe as cláusulas contratuais, às quais o outro contratante adere sem que seja possível discutir o seu conteúdo.

É possível que nos contratos de adesão haja a inserção das denominadas cláusulas abusivas, cuja identificação deve considerar a incidência do princípio da boa-fé objetiva. Dessa forma, será abusiva aquela cláusula não negociada que, ao não observar a boa-fé objetiva, gera um desequilíbrio significativo entre os direitos e deveres das partes²⁷¹. É nesse sentido a Diretiva 93/13, da Comunidade Econômica Europeia, que categoriza as cláusulas

execução forçada; para o respeito do interesse público nos direitos de cartel, para a formação de relações comuns na propriedade de apartamentos; e para problemas ligados ao direito agrícola."

²⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. Igualdade..., cit., p. 278.

²⁷¹ BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 33-36. Na visão de Nelson Nery Jr.: "A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga de todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são acareados todos os ônus derivados do contrato." GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001. p. 501.

abusivas como aquelas em que i) não há negociação prévia sobre o seu conteúdo pelos contratantes e ii) gera um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor²⁷².

Deve ser ressaltado que mesmo quando inseridos em contratos “de adesão”, os negócios processuais são válidos *prima facie*²⁷³. Somente serão inválidos caso estabeleçam um desequilíbrio na relação processual e desde que haja relação entre a inserção da cláusula abusiva e a desigualdade de forças entre as partes. Aqui também é preciso que se tenha em mente os prejuízos causados pela inserção da cláusula ao aderente, pois se houver benefícios ou se não se alterar a situação processual da parte, o pacto deve ser reputado válido²⁷⁴.

Um outro critério que deve ser utilizado em se tratando de contrato de adesão é o critério interpretativo constante do art. 423, do Código Civil, pelo qual em havendo dúvidas interpretativas em cláusulas presentes em contratos de adesão, a interpretação deve ser mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*), já prevista também no art. 47, do CDC²⁷⁵, além de considerar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424, do CC)²⁷⁶.

2.3.4.6 A forma da convenção processual: tempo, lugar e forma em sentido estrito

²⁷² ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado*. vol. 4, out.-dez., 2000, versão eletrônica, item 2.

²⁷³ CABRAL, Convenções..., cit., p. 368-374; REDONDO, Negócios..., cit., p. 151; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 75.; DIDIER JR., Curso..., vol. 1, cit, p. 451 e 458. No direito alemão, contudo, esse tipo de cláusula possui um controle bem mais rígido pelo magistrado do que a convenção que decorre da negociação das partes, em contratos que não de adesão: "While, as a general rule, an ordinary contract is not to be considered void unless it violates a statutory prohibition (section 134 – “gesetzliches Verbot”) or is contrary to public policy (section 138 BGB – “Sittenwidrigkeit”), a much stricter test applies regarding standard business terms (“Allgemeine Geschäftsbedingungen”; sections 305–310 BGB), i.e. contract terms that have not been negotiated in detail between the parties but were pre-formulated for more than two contracts and presented by one party to the other party upon the entering into of the contract. Provisions in such standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party, in particular when they are either not sufficiently clear and comprehensible or incompatible with essential principles of the statutory provision from which they deviate.” HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 489-490

²⁷⁴ MOSMANN, María Victória. Convenciones procesales en Argentina: introducción a la teoría de los acurados procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 244.

²⁷⁵ "Entretanto, diferente da proteção que dispõe o Código Civil com relação à interpretação favorável ao aderente (artigo 423), a interpretação favorável ao consumidor não alcança apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas sim todo o conteúdo do contrato.” MIRAGEM, Bruno. *Curso do Direito do Consumidor*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. versão eletrônica, item 2.3.5

²⁷⁶ Veja, sobre o tema, dentre outros, NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, vol. 42, abr.-jun, 2002, versão eletrônica, item 2; NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 20, out.-dez,1996, versão eletrônica.

As convenções processuais podem celebradas antes da existência de um conflito judicial, o qual, em tese, pode nem vir a existir. São os denominados negócios processuais prévios (ou preliminares). É possível e até comum que o negócio processual seja uma cláusula em um contrato de direito material, como é comum na cláusula de eleição de foro, relativo a conflito futuro e eventual²⁷⁷.

Também é possível convencionar acerca do processo quando este já está em curso (os chamados negócios incidentais), em qualquer fase processual, podendo ser estabelecido dentro ou fora dele. As partes convencionar extrajudicialmente quando já em curso o processo, o que será mais comum no rito executivo, haja vista não haver a previsão de audiência no procedimento-tipo. Não obstante, as partes independem da intermediação do juiz, do mediador ou conciliador para negociar acerca do processo.

Em relação à forma das convenções processuais, em conformidade com os arts. 104, III, 107, 166, IV e V, do Código Civil, vigora o princípio da liberdade das formas. Ou seja, a forma das convenções processuais é livre²⁷⁸, não havendo, a princípio, nenhuma formalidade a ser observada pelas partes para que a convenção seja considerada válida. Essa norma é corroborada pelo disposto nos arts. 188 e 277, do CPC, que tratam da forma dos atos processuais, estabelecendo a liberdade das formas e o aproveitamento dos atos processuais que atinjam a sua finalidade.

Admite-se, dessa forma, negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito²⁷⁹. É natural que o negócio processual oral pode ser mais difícil para a sua prova, devendo as partes se utilizarem dos meios de prova necessários para a comprovação do negócio²⁸⁰. Mas tal circunstância não invalida o negócio, pois a forma é diversa da prova do negócio, que seria a problemática maior no caso. Porém, se eles forem firmados no curso da relação processual tal dificuldade não ocorrerá pois os atos realizados, por exemplo, em audiência, são documentados²⁸¹.

²⁷⁷ LIPIANI, Julia. Os negócios..., cit., p. 89.

²⁷⁸ Advogando, porém, com fulcro na segurança jurídica e previsibilidade, a necessidade de ser por forma escrita: GAJARDONI, Fernando. Artigo 190 [comentários]. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca.; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense. 2015. p. 617; GRECO, Atos..., cit., p. 8.

²⁷⁹ A não alegação de impenhorabilidade de bem no prazo legal, por exemplo.

²⁸⁰ Exigindo, porém, que a prova ocorra através de documento: REDONDO, Negócios..., cit., p. 203

²⁸¹ Nesse sentido, ALMEIDA, Diogo. A contratualização..., cit., p. 132: "Os contratos processuais travados de maneira verbal, embora lícitos, contém as limitações atinentes à dificuldade de prova dos negócios jurídicos estabelecidos desse modo. [...] A ausência de documentação do contrato implicará a necessidade prévia de

A lei, porém, em algumas circunstâncias, exige que a convenção processual seja realizada por documento escrito, como no caso de cláusula arbitral e foro de eleição²⁸². Nessa hipótese, há um nítido caráter protetivo da parte, pois a lei estabelece uma formalidade para que haja uma maior reflexão na realização do contrato²⁸³.

2.3.4.7 Objeto dos acordos processuais: quais os limites das convenções processuais?

O último requisito de validade dos negócios processuais diz respeito ao seu objeto. Nos termos do art. 104, II, do CC, o objeto dos negócios processuais deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Além da norma de direito material, o objeto das convenções deve respeitar a regra específica do art. 190, do CPC, que distingue o objeto da convenção: i) nos acordos dispositivos são as regras procedimentais; e ii) nos acordos obrigacionais, relacionam-se a situações jurídicas processuais²⁸⁴. A questão do objeto da convenção é das

comprovação de sua celebração, seja por audiência de justificação ou através de outros meios de prova.” Também CABRAL, *Convenções*, cit., p. 331.

²⁸² DIDIER JR., *Ensaio...*, cit., p. 40.

²⁸³ Assim, CABRAL, *Convenções...*, cit., p. 330.

²⁸⁴ O conceito de situação jurídica processual não é unânime na seara doutrinária. “Situação jurídica é de sentido genérico, exprimindo sempre, respeitante às pessoas, a posição ou a condição em que se encontram em relação ao direito que lhes é assegurado, quando dele se querem prevalecer” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 780). Trata-se de um conceito que pode englobar situações de vantagem, de desvantagem e neutras. Nas relações jurídicas processuais, os integrantes da relação jurídica acabam tendo diferentes posições jurídicas, consistindo em faculdades, ônus, poderes, deveres e estado de sujeição (ABDO, Helena. *As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo*. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2010. p. 340). O *direito subjetivo processual*, em uma relação jurídica processual, se demonstra na possibilidade de exigir do sujeito passivo um *dever*, ao qual este está adstrito. O direito subjetivo seria uma situação de vantagem, ao passo que o dever configuraria uma situação de desvantagem. Já os poderes estão na esfera dos direitos potestativos, por meio do qual se pode atingir a esfera jurídica alheia, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas, assim o fazendo por estar em uma situação de vantagem. (DIDIER JR., Fredie. *O direito de ação como complexo de relações jurídicas*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaoocomocomplexodesituacoesjuridicas1.pdf>>, acesso em 17 de fevereiro de 2020; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Situações jurídicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2010. p. 763.). As faculdades, por sua vez, se referem à possibilidade das partes agirem de acordo com a sua esfera de autonomia, não sendo obrigatório ou devido. Os deveres consistem em obrigações, que são estabelecidas por normas proibitivas ou impositivas, como o dever de lealdade, de boa-fé, etc. Por fim, o ônus processual é um imperativo da vontade individual em portanto, exclusivos das partes. A não descumprimento do ônus acarreta i) a não obtenção de um provável benefício; ou ii) alguma consequência prevista em lei, que afete a posição da parte no processo (tal como ocorre com o ônus de alegar a impenhorabilidade do bem de família). Nessa seara, poderão ser objeto de convenção todas as circunstâncias que digam respeito às partes, tais como direitos, faculdades, poderes e ônus processuais (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil*. In: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. vol. III. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 352-355; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 356.). Já acerca de deveres e sujeição, há mais restrições para convencionar a respeito. Assim, entende Antonio Cabral que no tocante à sujeição, por ser uma situação passiva ligada ao poder jurídico que implica em uma necessidade de obedecer “parece-nos não serem admissíveis negócios processuais que tenham sujeições como objeto” (CABRAL, *Convenções...*, cit., p. 333). Em relação

mais tormentosas acerca da teoria dos negócios processuais, sendo necessário o esforço dogmático de buscar critérios seguros para a avaliação pelo intérprete.

2.3.4.7.1 Objeto possível e determinado: sobre a precisão e a previsibilidade do vínculo

Como mencionado anteriormente, o objeto da convenção processual deve ser possível e determinado (ou ao menos determinável). É preciso que diga respeito a um aspecto do procedimento ou de alguma situação jurídica concreta e individualizada. Será determinado quando definido em relação a todas as suas características desde o nascimento do negócio jurídico. Antonio Cabral refere à aplicação (inspirada na doutrina alemã) do princípio da determinação, composto por dois aspectos. Por meio desse princípio, deve o acordo 1) fazer referência a uma relação jurídica ou conflitos específicos (delimitando o conteúdo da situação processual disposta) e, quando viável, estabelecer um limite temporal; e 2) deve ser possível a previsibilidade acerca do desenvolvimento e das consequências da convenção para a relação processual²⁸⁵.

A observância ao princípio da determinação garante às partes segurança jurídica, por saberem previamente aspectos do procedimento ou eventuais limitações ao exercício de situações jurídicas subjetivas. Por esse motivo, cláusulas que sejam vagas, genéricas, ou que não se referiam a um conflito processual específico, deverão ser consideradas nulas por não resguardarem a segurança e previsibilidade das transações

Por outro lado, caso haja, no momento de aplicação do negócio processual, a alteração das circunstâncias que existiam no momento em que foi estabelecida a convenção e essa modificação traga um desequilíbrio ao pacto, é possível que seja aplicada a teoria da imprevisão, cuja raiz se encontra na cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, a obrigatoriedade do pacto está condicionada à manutenção das circunstâncias existentes no momento da pactuação e que se encontrem dentro da esfera de previsibilidade dos contratantes. Caso ocorra fato ou circunstância superveniente que altere aquela previsibilidade inicial, será possível buscar a

aos deveres, embora haja quem entenda não ser possível convencionar a respeito (MACHADO, A privatização..., cit., p. 353), tal visão se demonstra restritiva. Isso porque, embora não possam ser afastados deveres estabelecidos em lei, não haveria óbice em vincular novos deveres ou convencionar outras sanções para resguardar a eficácia dos deveres processuais (CABRAL, Convenções..., cit., p. 334).

²⁸⁵ CABRAL, Convenções..., cit., p. 87; PAUMGARTTEN, A adequação..., cit., p. 254.

revisão do ajuste, buscando readequar os termos do contrato, ou, então, afastando a sua aplicação, caso não seja possível a renegociação do pacto²⁸⁶.

2.3.4.7.2 Sobre a licitude do objeto: elementos que auxiliam a defini-lo

A análise do art. 190, do CPC, estabelece como critério para a realização de convenções processuais que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. Impende, portanto, definir quais os direitos que admitem autocomposição, pois esse é o cerne da discussão que envolve a licitude do objeto na convenção processual.

2.3.4.7.2.1 Direitos disponíveis e indisponíveis: aproximação conceitual

Definir o que seriam direitos indisponíveis é tarefa bastante complexa, eis que não existe um único sentido para tal expressão²⁸⁷. Não se formou, ainda, um consenso acerca do que se possa entender como direitos indisponíveis e disponíveis.

A disponibilidade frequentemente é tratada como sinônimo para direito patrimonial²⁸⁸, ou considerada como um atributo de direitos que admitam renúncia, podendo ser livremente

²⁸⁶ Sobre o tema v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva. 2018; RENNERT, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2007.

²⁸⁷ Nesse sentido: MCCONELL Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*. New York: Oxford University Press. 2000, p. ix: “The expression ‘inalienable rights’ is used in multiple ways, with adds to the confusion. In a loose and popular sense, inalienable rights are ones that may never be taken from a person. But in a more focused and somewhat technical sense, inalienable rights are ones that may not be waived or transferred to their possessors.” Veja, também, MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese (Doutorado). UERJ, Rio de Janeiro, 2010. p. 16 e segs.

²⁸⁸ LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, n. 8, abr.-jun., 2000, versão eletrônica, item 2.2: “De fato, são inarbitráveis os litígios que têm como objeto matérias extrapatrimoniais.” Porém, não está correta a associação, como explica Letícia Martel: “Porém, apesar de a divisão entre direitos patrimoniais e não-patrimoniais facilitar a questão da disponibilidade, não se pode simplesmente definir que os direitos patrimoniais são disponíveis, ao passo que os demais não são. Muitos direitos fundamentais traduzem-se justamente em valores financeiros, e seria um imperdoável sofisma sustentar que os valores pecuniários são disponíveis e o direito, em si, não é (e.g., direitos dos trabalhadores, direitos relacionados à previdência social, dentre outros). Além do mais, muitos direitos não-patrimoniais são sujeitos à disposição, como ocorreu com a inafastabilidade do controle jurisdicional no julgado em comento,” MARTEL, Letícia. *Direitos...*, cit., p. 28.

alienados ou negociados²⁸⁹, ou como característica dos direitos que permitem transação²⁹⁰, ou como direitos em que o titular pode espontaneamente reconhecer que não tem razão e se submeter ao direito alheio, independentemente de recurso ao judiciário²⁹¹. Esse manancial teórico confere aos direitos indisponíveis duas características relevantes: i) impossibilidade de renúncia, transação, disposição e transmissão desses direitos; e ii) compulsoriedade na solução adjudicada do conflito, por meio do Poder Judiciário, a afastar a possibilidade de soluções consensuais ou negociais²⁹².

A jurisprudência pátria também não é consentânea em definir parâmetros para o que se entende como direito indisponível. Assim, a possibilidade de abdicação por parte do titular poderia ser um critério para a disponibilidade do direito, o que não ocorre, por exemplo, nos seguintes casos: inadmissibilidade de confissão por criança ou adolescente²⁹³; impossibilidade de renúncia à proteção do bem de família²⁹⁴, inviabilidade de transação acerca da paternidade de filho²⁹⁵, etc.

Outro aspecto se refere à tutela dos interesses das pessoas de direito público, há o entendimento de que, especialmente em relação aos efeitos da revelia, os mesmos não incidiram por se tratar de interesse público²⁹⁶. Em outras situações diferencia-se o interesse público primário do secundário, permitindo-se um certo espaço de disponibilidade para o segundo, por dizer respeito ao patrimônio da Administração, mas não do primeiro, por ser interesse da coletividade.

A indisponibilidade do direito também pode remeter às questões relativas ao direito do trabalho, com fundamento na presumida diferença de capacidade e autonomia negocial entre empregadores e empregados, instituindo uma norma de proteção em relação a estes, que não poderiam dispor de seus direitos trabalhistas²⁹⁷. A discussão também envolve a possibilidade

²⁸⁹ Veja, exemplificativamente, BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 12.

²⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, versão eletrônica.

²⁹¹ TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos, Especificidades técnicas do direito litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, abr.-jun., 2005, versão eletrônica, item 13.

²⁹² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, vol. 251, jan., 2016, versão eletrônica.

²⁹³ HC 335796, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma do STJ, j. em 09/08/2016.

²⁹⁴ Sobre o tema veja, *infra*.

²⁹⁵ REsp 138.366, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma do STJ, j. em 24.05.2000.

²⁹⁶ EDcl no AgRg no REsp 1196915, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma do STJ, j. em 26/08/2019.

²⁹⁷ Sobre o tema, que não é objeto da presente tese, veja, por todos, REBELO, Maria Paulo. A admissibilidade..., cit., p. 277 e segs.

de transação em relação aos direitos coletivos os quais, por dizerem respeito a direitos que afetam a coletividade, também não poderiam, a priori, ser objeto de negociação²⁹⁸.

Veja-se como esse cenário acaba por dificultar e impedir que se busque a tutela dos direitos de forma mais célere e efetiva, pois a visão extremamente publicista do processo e do entendimento do que seriam os direitos indisponíveis impede a busca por outras formas adequadas para a solução dos conflitos, limitando a sua tutela jurídica.

A indisponibilidade do direito também comporta um duplo aspecto: i) relativo ao direito material; e ii) relativo ao direito processual. Ambos possuem as mesmas características apontadas pela doutrina, no que concerne a sua irrenunciabilidade e indisponibilidade. Essa diferenciação se refere ao objeto do direito (indisponível), sendo que em relação à pretensão de tutela jurisdicional.

Nessa última perspectiva, considerando que o processo está a “serviço” do direito material, não pode a tramitação do processo gerar distorções com efeitos em relação à tutela do direito material. Por conseguinte, a lei cria uma série de mecanismos de indisponibilidades processuais, com o intuito de manter a isonomia entre as partes e não afetar, ao menos diretamente, o direito material. A determinação de nomeação de curador especial - que pode apresentar defesa por negativa geral - na tutela dos interesses do réu citado por hora certa ou edital é um exemplo de indisponibilidade processual. Mesmo que o direito material discutido naquela demanda seja disponível, por um regime protetivo aos réus que foram citados fictivamente, a lei determina que haja sua defesa, o que acaba impondo um ônus ao autor: demonstrar que os fatos alegados na petição inicial aconteceram.

Em relação à Fazenda Pública também há inúmeras prerrogativas processuais para que não haja reflexos na tutela do direito material. Assim, por exemplo, a não incidência dos efeitos da revelia no processo, por se tratar de direito indisponível (art. 354, do CPC); a não aplicação da pena de confissão (art. 392, do CPC) ; o reexame necessário (art. 496, I e II), etc.

²⁹⁸ A respeito, ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil*: admissibilidade, finalidade e estrutura. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro. UERJ. 2014. O autor parte da diferenciação entre os direitos individuais homogêneos e os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Tendo por base o direito material, a questão da (in)disponibilidade deve dizer respeito à relevância jurídica do bem em discussão. Nessa seara, os direitos individuais homogêneos poderão, ou não, serem objeto de atos de disposição: “não se quer dizer com isso, obviamente, que todo direito individual homogêneo possa ser objeto de atos de disposição. Assim como existem direitos individuais que podem ser abdicados mediante consentimento de seu titular e outros que não admitem tal disposição, o mesmo ocorre quanto esses direitos são reunidos em uma ação coletiva porque possuem o atributo da homogeneidade. O direito material, portanto, é que irá dizer se se trata de direito disponível ou não, de acordo com múltiplas possibilidades [...]” (p. 107). Da mesma forma, em relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, sustenta o autor que a disponibilidade desse direito varia em conformidade com a relevância dos interesses em questão, o que confere uma maior amplitude e (porque não) proteção ao direito.

Da mesma forma, há outros benefícios que são usufruídos pela Fazenda Pública: i) prerrogativa do prazo em dobro e intimação pessoal para a prática dos atos processuais (art. 188, do CPC); ii) o pagamento por regime de precatórios (arts. 100, CF e 534, 535 e 910, do CPC); iii) dispensa de adiantamento de custas processuais (art. 91, do CPC); iv) possibilidade de formação do título executivo de maneira unilateral (certidão de dívida ativa), etc.

Não obstante eventuais críticas que possam ser endereçadas ao regime de prerrogativas processuais (especialmente no caso da Fazenda Pública)²⁹⁹, o fato é que a lei processual também cria um regime de indisponibilidade de algumas situações jurídicas das partes no processo³⁰⁰. O STF, inclusive, analisou a questão relativa a indisponibilidade de direitos processuais, ao decidir acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem. O Tribunal não chegou a um consenso acerca do que se entende por direitos disponíveis, ora entendendo serem aquele que pode ser objeto de renúncia³⁰¹, ora de transação³⁰².

Como se constata, a imprecisão conceitual do que seriam direitos disponíveis e indisponíveis dificulta qualquer conclusão assertiva sobre a possibilidade de se negociar a respeito de tais direitos (ou não).

Portanto, como uma primeira aproximação conceitual, não se pode generalizar a impossibilidade absoluta de autocomposição em relação a qualquer tipo de direito. Ou seja, a autocomposição pode ocorrer tanto em relação a direitos disponíveis, quanto em relação a direitos indisponíveis, variando de acordo com a intensidade do interesse público presente no processo³⁰³.

Ademais, o art. 190, do CPC, se refere a direitos que admitem autocomposição, não devendo esse conceito estar adstrito à concepção de direito disponível, pois a possibilidade de autocomposição de um direito é um aspecto muito mais amplo do que a sua indisponibilidade³⁰⁴. Assim, podem ser objeto de autocomposição, permitindo a realização de

²⁹⁹ Sobre o tema, veja-se, dentre outros, CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 118-120; RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 5 e segs.

³⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) - versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, fev. 2017, versão eletrônica, item 6.

³⁰¹ STF, AgR na SE n. 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.12.2001, em conformidade com o voto do Min. Nelson Jobim.

³⁰² Entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento indicado na nota supra.

³⁰³ REDONDO, Negócios..., cit., p. 162.

³⁰⁴ A Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), no seu art. 3º, menciona a existência de direitos indisponíveis mas que admitam transação.

negócios jurídicos processuais, direitos que são considerados indisponíveis³⁰⁵. O direito a alimentos é um exemplo de direito indisponível mas que comporta autocomposição, seja em relação à forma do seu cumprimento, o valor e, até mesmo, ao seu não exercício³⁰⁶. Da mesma forma, em uma ação envolvendo interesse de incapaz, o aumento do prazo para a prática do ato em seu favor também denota uma negociação sobre direito indisponível. Até mesmo em se tratando de direito disponível não há, necessariamente, a disponibilidade sobre o processo ou sobre a tutela desses direitos³⁰⁷. Assim, por exemplo, em um contrato em que se convencie a dispensa de citação do réu ou a impossibilidade de produzir provas, haverá nulidade da referida convenção, não obstante o direito material discutido seja disponível.

É natural que existem barreiras nessa interrelação, de modo que a negociação sobre o processo não pode, ainda que indiretamente, afetar um direito material indisponível. Não é possível, por meio de atos de disposição processual se atingir efeitos que são vedados pelo direito material³⁰⁸, de modo que não seria válida a disposição de direitos processuais que pudessem ocasionar, mesmo que indiretamente, na renúncia de direitos materiais indisponíveis³⁰⁹.

2.3.4.7.2.2 A insuficiência dos critérios frequentemente utilizados para a definição de objeto lícito.

Frequentemente a disponibilidade de direitos fundamentais é tida como sinônimo de outras expressões, igualmente fluídas e de conteúdo incerto. Dentre as expressões utilizadas

³⁰⁵ GAJARDONI, Fernando. Art. 190 [comentários], cit., p. 687. Essa concepção abrange direitos da Fazenda Pública, a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, etc. Da mesma forma, o enunciado 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”

³⁰⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*: como se motiva uma decisão judicial? 4. ed. São Paulo: RT. 2018. p. 123. Janaina Soares Noleto Castelo Branco também indica o equívoco do legislador: “Cabe destacar que os direitos que não admitem autocomposição não se confundem com os direitos indisponíveis. Há de pontuar-se, todavia, que foi mal o legislador ao restringir tais negócios aos processos que versem sobre litígios que admitem autocomposição. Afinal, não se trata de negociar o direito material, mas meramente aspectos (prazos, por exemplo) e situações (ônus, poderes, deveres e faculdades) processuais. Os negócios processuais não terão por objeto o direito material debatido em juízo. Portanto, trata-se de equivocada restrição à autonomia da vontade das partes.” CASTELO BRANCO, Advocacia..., cit., p. 164.

³⁰⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 341.

³⁰⁸ CABRAL, Convenções..., cit., p. 341.

³⁰⁹ Veja, sobre o tema: “In practice, the procedural terms that seem to raise concerns about unfairness include forum selection clauses that require plaintiffs to travel broad distances to litigate their claims; clauses that waive rights to participate in class actions in situations in which no other mode of proceeding is viable given the small stakes of each claim; and, more generally, any procedural term that effectively deprives one party of the ability to vindicate nonwaivable statutory rights. These kinds of terms are particularly troubling when they are poorly understood.” DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting*..., cit., p. 530.

tem-se “interesse público”, “bons costumes”, “norma cogente e norma dispositiva” e “ordem pública”.

Interesse público é um conceito genérico e bastante impreciso³¹⁰, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, como visto, inclusive, no item anterior. Frequentemente relacionada com os interesses da Administração Pública, o conceito de interesse público impedia que fossem os conflitos envolvendo os entes administrativos levados à arbitragem ou pudessem ser solucionadas por outro mecanismo que não mediante uma decisão do Poder Judiciário. Lentamente, a evolução da jurisprudência e da legislação foi permitindo que determinados litígios envolvendo a Administração, por meio de autorização legislativa específica³¹¹ ou restritas às empresas públicas ou sociedades de economia mista, que são regidas pelo direito privado³¹². Até que em 2015, uma alteração na lei de arbitragem passou a permitir expressamente que a Administração Pública pudesse submeter à arbitragem questões que envolvessem direitos patrimoniais disponíveis. Assim, nem sempre os casos que envolvam interesse público são, necessariamente, indisponíveis.

Da mesma forma, os direitos coletivos *lato sensu* possuem o aspecto de indisponibilidade tendo em vista o direito material subjacente. Porém, há algum tempo se admite a possibilidade de transação envolvendo direitos coletivos, como na hipótese do Termo de Ajustamento de Conduta, podendo, também, ser celebradas convenções processuais que envolvam tais direitos (v.g. Resolução 118/CNMP).

Assim, o critério do interesse público, além de impreciso, não parece ser idôneo para definir os contornos da (in)disponibilidade do direito para fins de invalidação do negócio processual³¹³.

³¹⁰ Assim, por exemplo, acerca da possibilidade do reconhecimento do pedido autoral pela Fazenda Pública: “[...] 4. Não há falar em reconhecimento da procedência do pedido por parte da ANTT. Ressalta-se que a atuação da Fazenda Pública em juízo é balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, motivo pelo qual não pode o Poder Público reconhecer a procedência do pedido.” AgRg no REsp 1388323, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 19/05/2015, 2ª Turma do STJ. Da mesma forma: “[...] 4. Esta circunstância é de extrema relevância em demandas como a sub examine, em que se discute a prática de ato de improbidade administrativa. Isso porque, embora tenha um caráter eminentemente cível, é inegável o caráter sancionatório da demanda, tendo em vista as sanções aplicáveis - que implicam, inclusive, na suspensão transitória de direitos políticos -, e, ainda, a eventual irradiação dos seus efeitos para outras esferas, tais como, na administrativa e no penal. Assim, não só por se tratar de direitos indisponíveis, mas - e ainda o que é mais relevante - tendo em vista a natureza dos interesses envolvidos, sobreleva ainda mais a importância de se garantir exercício do direito de defesa ao requerido a fim de que o sistema de justiça possa prolatar uma resposta à sociedade que efetivamente proteja os interesses públicos envolvidos.” REsp 1330058, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 20.06.2013, 2ª Turma do STJ. Para um inventário acerca das várias concepções doutrinárias de interesse público, v., dentre outros, MADUREIRA, Cláudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 45 e segs.

³¹¹ V. art. 93, XV, da Lei 9.472/97; art. 23-A, da Lei 8.987/95, dentre outros.

³¹² Exemplificativamente, MS 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008.

³¹³ CABRAL, Convenções..., cit., p. 344.

“Bons costumes” é o critério estabelecido na Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º, ao dispor acerca da escolha do direito aplicável à arbitragem como um critério limitador da autonomia da vontade. No direito civil, é um conceito utilizado como critério para vedar a limitação à integridade física da pessoa natural (art. 13, do CC); critério de validação de condições apostas a negócios jurídicos (art. 122, do CC); parâmetro para aferição de exercício abusivo de direitos (art. 187, do CC); critério para o correto exercício da co-propriedade (art. 1.336, do CC); e para definir uma das hipóteses de perda do poder familiar (art. 1.638, III, do CC).

A expressão remonta à uma concepção moral do Direito que vigora em um determinado contexto sócio-cultural. Por esse motivo, não pode ser utilizado como parâmetro para definir a validade de uma convenção processual. É um conceito que remete a padrões de moralidade que não se coadunam mais com uma sociedade plural como a prevista na Constituição pátria. Inclusive, a sua inserção no Código Civil acaba sendo alvo de várias críticas pela doutrina³¹⁴. Soma-se a isso o fato de serem as convenções processuais relativas a aspectos do procedimento e situações processuais, notoriamente de ordem técnica, de modo que pouca utilidade esse conceito poderia ter na análise da idoneidade dos pactos.

Outro critério que se pretende utilizar para definir os confins de validade da convenção processual remonta à distinção entre normas cogentes e normas dispositivas. As primeiras seriam imperativas e não admitiriam derrogação por vontade das partes. Já as normas dispositivas são supletivas e aplicadas caso as partes não tenham regulado de modo diverso, sendo, por conseguinte, o *locus* ideal para a negociação processual³¹⁵. Por conseguinte, não seria possível dispor a respeito de organização judiciária, afastamento de

³¹⁴ “Quanto a este limite de caráter geral que é o critério da afronta aos bons costumes, impõe-se uma interpretação constitucionalizada. Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não-discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinham terceiro, sob o fundamento de violação dos “bons costumes”. Um dispositivo proibitivo dessa jaez poderia violar os preceitos constitucionais que garantem a livre expressão da identidade e a inviolabilidade. O termo “bons costumes”, portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.” TEPELINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 36. Da mesma forma, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 231 e segs.; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas. 2011. p. 35 e segs. Para uma leitura civil-constitucional da cláusula geral dos “bons costumes”, v. CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina. 2017.

³¹⁵ CAMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2018. p. 146.

normas relativas ao devido processo legal, mitigação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, etc³¹⁶.

Porém, como se verá posteriormente, não se afasta a possibilidade de negociação acerca de tais aspectos, ainda que se trate de norma com *status* constitucional. Pense-se nos casos de convenção sobre jurisdição e competência (que tangenciam os princípios do juiz natural e o respeito à organização judiciária), sobre a duração do processo (como na convenção para redução de prazos ou de suspensão do processo), a respeito da ampla defesa e contraditório (como nas hipóteses de limitação a tal exercício, *pactum de non exsequendo*, etc.), acerca do devido processo legal (com a redução de formalidades processuais), etc³¹⁷.

Esse critério - da natureza da norma que pode ser objeto de convenção ou do seu *status* normativo - não se reveste de segurança necessária para que sejam utilizados como parâmetro para definir a validade dos negócios processuais.

Um último critério indicado como parâmetro para definir o “intransigível” por meio de convenções processuais é o da “ordem pública” processual³¹⁸. Para começarem as dificuldades de sua definição, poucos são os trabalhos científicos acerca desse tema³¹⁹. Além disso, não há uma uniformidade de pensamento acerca do conteúdo da expressão “ordem pública”³²⁰ processual.

³¹⁶ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *Revista de Direito Privado*, vol. 63, jul-set., 2015, versão eletrônica, item 3. Também GAJARDONI, Fernando da Fonseca, Teoria geral do processo..., cit., p. 617.

³¹⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 348-349.

³¹⁸ Defendem esse critério como relevante para definir a licitude do objeto das convenções processuais, dentre outros: CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, aug.-dec., 2012, p. 25; CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n.2, jul.-set., 2010, p. 49; ATHAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios..., cit., item 5; DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. A aplicabilidade do negócio processual na recuperação judicial de empresas. Dissertação (Mestrado). PUC/SP. São Paulo. 2017. p. 25; CORDEIRO, Adriano C. Negócios..., cit., p. 163-164; BERIZONCE, Ricardo Omar. Las estructuras cooperativas y consensuales de normatividad: hacia la superación de la “cultura del litigio”? *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2017. p. 77; GRECO, Leonardo. Os atos..., cit., p. 25: “o juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a ordem pública processual, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irredutível.”

³¹⁹ Dentre os mais importantes, identifica-se: GÓES, Gisele Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese (Doutorado). PUC/SP. São Paulo, 2007; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015; ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a ordem pública processual, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm. 2019.

³²⁰ “L’ordre public apparait comme une notion inhérente à toute vie sociale et le terme, d’autre part, parcourt tout le champ du vocabulaire juridique sans être vraiment défini.: GAUDEMET, Yves. L’ordre public: propos introductifs. *Archives de philosophie du droit*. tome 58. Paris: Dalloz. 2015. p. 3; “Au sens le plus large, l’ordre public recouvre des valeurs essentielles du consensus social et du système juridique. L’excision, la polygamie, la répudiation sont contraires à l’ordre public français. La prohibition de l’inceste fait partie des “règles d’ordre

Assim, por exemplo, Ricardo Aprigliano concebe a ordem pública processual de forma semelhante ao conceito de interesse público e generaliza essa compreensão dificultando a delimitação de seus elementos relevantes³²¹. Gisele Góes, após indicar que a ordem pública se relacionaria com os valores da comunidade jurídica e a razão pública³²², estabelecendo gradações (ordem pública absoluta e relativa)³²³. Trícia Navarro Xavier também relaciona a ordem pública processual com a concepção de valores³²⁴ relacionados com o interesse público e segurança jurídica³²⁵. Aborda, também, a autora, em seu conceito, a de uma gradação de níveis de interesse público, o que mais uma vez não contribui com parâmetros seguros para a definição de ordem pública processual, pois qualquer norma que diga respeito ao contraditório, ampla defesa, efetividade do processo pode ser enquadrada como relativas à “ordem pública processual” e, por serem indisponíveis³²⁶, insuscetíveis de negociação³²⁷.

Márcio Oliveira Rocha, por fim, sustenta que a ordem pública processual não mais subsiste mas foi substituída por outro conceito, o de *ordem constitucional e democrática processual*³²⁸, após identificar três tipos de normas processuais civis: i) normas rígidas³²⁹; ii)

public régissant le droit des personnes” STIRN, Bernard. *Ordre public et libertés publiques. Archives de philosophie du droit*. tome 58. Paris: Dalloz. 2015. p. 5.

³²¹ “[...] a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatoria observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente deve conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.” APRIGLIANO, Ordem..., cit., p. 106.

³²² GÓES, Proposta..., cit., p. 48-55.

³²³ “Assim, a ordem pública absoluta promove severa limitação da autonomia da vontade, e os direitos, uma vez adquiridos, tornam-se irrenunciáveis. As situações paradigmáticas para essa ordem pública absoluta são as de conteúdo extrapatrimonial, como os direitos da personalidade, pátrio poder, ou seja, tudo que envolve o exercício de potestades. Por outro lado, a ordem pública relativa limita a autonomia da vontade, sem a força absoluta, visto que os direitos adquiridos são passíveis de renúncia. A ilustração típica à ordem pública relativa é a de legítima de herdeiros, que é preceito de ordem pública plenamente renunciável pela parte interessada.” GÓES, Proposta..., cit., p. 65.

³²⁴ A ordem pública processual é considerado “[...] como o estado de coisas que representa a observância e o controle de garantias constitucionais e processuais, por meio de técnicas processuais formadas por diferentes níveis de interesses públicos e que são responsáveis pela regularidade processual, no alcance da tutela jurisdicional adequada justa e efetiva, e que equacionam, por conseguinte, os valores da segurança jurídica e da efetividade no desenvolvimento do processo.” CABRAL, Ordem..., cit., p. 118

³²⁵ “[...] a cláusula constitucional do *devido processo legal* constitui, de forma mais abrangente, os direitos e garantias individuais e coletivas, sendo esses instrumentos adequados para se atingir o necessário estado de ordem pública dentro do processo, conferindo, por conseguinte, a segurança jurídico-processual e o processo justo.” CABRAL, Ordem..., cit., p. 99-100.

³²⁶ CABRAL, Ordem..., cit., p. 299.

³²⁷ ROCHA, Márcio Oliveira. Sobre..., cit., p. 166.

³²⁸ ROCHA, Sobre..., cit., p. 270.

³²⁹ “[...] normas que podem gerar, caso incidam, *atos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau elevado de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com uma menor possibilidade de *flexibilização para sanção, renúncia, negócio jurídico, preclusão ou convalidação*”, como ocorre com relação à incompetência absoluta, o impedimento do juiz, a ilegitimidade, a ausência de interesse processual. ROCHA, Sobre..., cit., p. 266.

normas flexíveis³³⁰ e iii) normas híbridas³³¹. Na visão do autor, o conceito de “ordem pública processual” não é inútil pois, não obstante de difícil delimitação técnica, essa circunstância não pode afastar a atuação do intérprete, até mesmo na busca desse esforço interpretativo-integrativo³³².

Embora o autor trace importantes elementos na definição de ordem constitucional e democrática processual, com base na natureza das normas processuais, aparenta-se, aqui, a manutenção da mesma problemática trazida pelos outros doutrinadores que se ocuparam do tema, adicionando um rótulo distinto à concepção anterior.

Nesse contexto, pode-se concluir que, assim como os conceitos anteriormente mencionados, o de “ordem pública” ou “ordem pública processual” não é de fácil definição, não havendo, igualmente, precisão teórica para a sua aplicação como função de limitação ao objeto das convenções processuais. É preciso, por conseguinte, buscar outros parâmetros que possam guiar o intérprete de forma mais segura no exame da validade dos acordos processuais³³³.

2.3.4.7.2.3 Limites para o controle do objeto das convenções processuais: proposta de Antonio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr.

³³⁰ “[...] normas que podem gerar, caso incidam, *fastos jurídicos que implicam situações jurídicas com grau baixo de tensão e desequilíbrio à higidez (= normalidade) posta pelo ordenamento jurídico*, com a possibilidade de maior flexibilização para correção, negócio, preclusão, renúncia ou regularização.”, tais como os requisitos da petição inicial, capacidade postulatória, capacidade processual, incompetência relativa, incorreção do valor da causa, perempção. ROCHA, Sobre..., cit., p. 267.

³³¹ “[...] podem apresentar tanto as *características das normas processuais rígidas* como das *normas processuais flexíveis* - dependendo-se do momento e das circunstâncias em que efetivamente incidam.” O autor exemplifica com a citação do réu (que pode ser suprida com o comparecimento espontâneo do réu ou gerar nulidade absoluta do processo, caso inexistente ou eivada de nulidade), bem como a existência de um órgão investido de jurisdição, a falsidade do documento, a convenção de arbitragem. ROCHA, Sobre..., cit. p. 268.

³³² Assim: “[...] os institutos devem ser aprimorados, remodelados e não totalmente descartados. Assim, estudar este fenômeno e estabelecer uma estrutura dogmática contemporânea mais clara de seus conteúdos, talvez minimize este discurso de total abandono da compreensão de ordem pública no processo civil, ainda que se quebre o paradigma ordem pública e se estabeleça outra terminologia e compreensão deste fenômeno.” ROCHA, Sobre..., cit., p. 174.

³³³ Assim: “[...] não há uma clara compreensão a respeito da definição de “ordem pública” ou “ordem pública processual”, que encontra diversas acepções tanto no direito internacional quanto no direito interno e tem aplicação com pouco grau de certeza. Assim, na impossibilidade de identificar um conteúdo minimamente preciso para a “ordem pública processual”, a vagueza normativa do conceito torna-o inviável para servir como um bom limitador aos acordos processuais. Por fim, cabe dizer a utilização da “ordem pública” por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava inclusive que os interesses estatais seriam “superiores” aos interesses privados, e que pudessem suplantam e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais. Trata-se, a toda evidência, de uma concepção que parte da premissa superada do antagonismo entre o público e o privado no processo, pregando uma disputa exclusivista entre estes interesses, ao invés do equilíbrio no paradigma da cooperação.” CABRAL, Convenções..., cit., p. 359-360.

Considerando que os critérios tradicionalmente indicados para a análise dos limites da convenção processual não se apresentam como caminhos seguros para estabelecer os parâmetros para a análise da validade das convenções processuais, Antonio do Passo Cabral³³⁴ e Fredie Didier Jr.³³⁵ buscam critérios mais seguros para tal função.

São muitos os interesses que são veiculados por meio de convenções processuais, como segurança das transações jurídicas, proteção de garantias processuais, valorização da autonomia privada das partes, confiança em expectativas geradas entre os pactuantes, isonomia, etc.

Por ser uma proposição inovadora, deve ser mencionada para, posteriormente, ser aplicada, no que compatível, com as convenções processuais no processo de execução, objeto da presente tese.

Antonio do Passo Cabral classifica os limites em *gerais*, por serem aplicáveis a qualquer convenção processual, e *específicos*, que dizem respeito somente a uma ou outra convenção³³⁶.

Entre os limites gerais, são elencados: i) reserva de lei; ii) boa-fé e cooperação; iii) igualdade e equilíbrio de poder nas convenções; iv) custos e vedação de transferência de externalidades. Já em relação aos limites específicos, menciona o autor a necessidade de, na colisão de direitos fundamentais, resguardar as garantias processuais mínimas dos convenientes.

A reserva de lei para a norma processual seria o primeiro limite geral para o estabelecimento de convenções processuais. Nesses casos, não é possível, por acordo entre as partes, derrogar a norma legal, como ocorre, por exemplo, com a criação de recursos para além das hipóteses legais, ou alteração das hipóteses de cabimento de recurso³³⁷.

A boa-fé e a cooperação são aplicáveis tanto às relações contratuais quanto à relação que se desenvolve no curso do processo. Da aplicação dessas diretrizes decorrem consequências como o dever de informação e transparência, necessário à formação adequada do consentimento dos acordantes. Além disso, a confiança e expectativas legítimas formadas no processo, seja em relação às partes, seja em relação a terceiros, devem ser respeitadas. Por

³³⁴ CABRAL, Convenções..., cit., p. 360 e segs.

³³⁵ DIDIER JR., Ensaio..., cit., p. 36 e segs.

³³⁶ CABRAL, Convenções..., cit., p. 361.

³³⁷ CABRAL, Convenções..., cit., p. 361.

consequente, acordos que objetivam prejudicar terceiros ou que tenham finalidade protelatória, devem ser invalidados³³⁸.

A isonomia entre os contratantes também é um critério apontado pelo autor, especialmente em se tratando de contratante vulnerável ou, então, em cláusulas inseridas em contrato de adesão. A tutela da igualdade permite o exercício da liberdade, pois caso contrário, o acordo foi obtido em um ambiente que viciado, comprometendo a formação da vontade do contratante³³⁹. Mas isso não significa que mesmo em condição de vulnerabilidade, ou em se tratando de contrato de adesão, a convenção não possa ser válida. Para isso, a análise do juiz deve levar em consideração o resultado da negociação. Assim, se houve benefício (ou ausência de prejuízo) ao vulnerável, não há motivo para invalidar a convenção. É uma abordagem baseada no resultado (*outcome-based approach*)³⁴⁰.

Outro critério apontado é o do custo-benefício entre a eficiência e garantias processuais. A litigância sempre pressupõe custos, não sendo possível que, por meio de convenção, haja a transferência de despesas para outrem, seja o Poder Judiciário ou terceiro. Essa situação pode ocorrer, especialmente, em relação aos acordos sobre o procedimento. Se isso acontecer, a convenção pode ser considerada inválida por onerar o Poder Judiciário. Assim, por exemplo, acordo que determina a prática de atos processuais em outro local que não a sede do juízo, fazendo com que juiz e servidores se desloquem para o local designado, com custos de transporte; a convenção que impusesse a realização de atos por videoconferência ou em horários nos quais não há funcionamento da serventia, etc., seriam acordos inválidos por transferirem externalidades à Administração Judicial. Por outro lado, caso os meios fossem fornecidos pelas partes ou se a convenção reduzisse gastos do Poder Judiciário, poderia ser validado referido acordo processual³⁴¹.

Em relação aos limites específicos, Antonio Cabral estabelece etapas para o preenchimento adequado do conteúdo normativo da cláusula geral que permite a negociação processual (atípica), como uma forma de buscar a adequada margem de *negociabilidade* na tensão entre o privatismo e o publicismo processual.

A primeira etapa consiste em identificar quais as garantias processuais afetadas pela convenção. A cláusula de eleição de foro toca com a garantia do juiz natural; os acordos de suspensão do processo ou redução de prazo para manifestação no processo se referem ao

³³⁸ CABRAL, Convenções..., cit., p. 364.

³³⁹ CABRAL, Convenções..., cit., p. 366.

³⁴⁰ CABRAL, Convenções..., cit., p. 374.

³⁴¹ CABRAL, Convenções..., cit., p. 375-377.

princípio da tempestividade; o *pactum de non exsequendo* diz respeito ao acesso à justiça; acordos para simplificação do procedimento se referem ao devido processo legal e assim por diante. Uma vez identificada a garantia processual fundamental afetada pela convenção, passa-se para a segunda etapa.

Num segundo momento, é preciso identificar se, no ordenamento jurídico há algum negócio processual típico que seja semelhante àquele que foi objeto de convenção, permitindo um diálogo entre o típico e o atípico, pois os acordos típicos acabam prevendo algum balizamento em relação ao que o legislador entende como válido dentro do sistema. Trata-se de um parâmetro seguro para se validar (ou não) uma convenção atípica. A identificação de índices de tipo permite que se estabeleçam características semelhantes aos grupos de negócios jurídicos, podendo ser aplicadas aos acordos atípicos³⁴².

A terceira etapa consiste na análise da garantia processual afetada e em que medida ela afeta o seu núcleo essencial (ou seja, a sua esfera de intangibilidade). Como menciona Cabral, uma disposição ou renúncia absoluta e incondicional às garantias fundamentais do processo não se reputa válida³⁴³. Para definir essa questão, é necessário ter em mente o equilíbrio do contrato, de modo que qualquer disposição ou renúncia deve ser relacionada a uma contraprestação a ela proporcional. Nessa perspectiva, a convenção processual não pode levar à anulação da garantia fundamental correlata, sob pena de invalidade. Como exemplos, cita o autor a cláusula que impõe um custo excessivo para o ajuizamento de uma demanda, ou inviabilizem o exercício do direito de ação (como o *pactum de non petendo* perpétuo ou a imposição de inúmeras sessões de mediação ou conciliação antes do acesso ao Poder Judiciário), ou prevejam a inversão do ônus da prova de modo a configurar uma prova diabólica, ou impossibilitem a alegação da cláusula *solve et repete*, ou outro argumento de defesa em absoluto, de modo que fulmina o direito à ampla defesa e contraditório, etc. Nesses casos, não é possível validar convenções que impossibilitem alegações em qualquer procedimento e sem tempo limitado³⁴⁴.

Essas seriam as etapas para o controle específico da validade de convenções processuais atípicas indicadas por Antonio do Passo Cabral.

Já o segundo autor elenca algumas diretrizes gerais, as quais não esgotam a dogmática acerca do assunto: i) vigora a regra do *in dubio pro libertate*; ii) a negociação atípica somente é admitida em causas que permitam autocomposição; iii) os casos de ilicitude do negócio

³⁴² CABRAL, Convenções..., cit., p. 380-384.

³⁴³ CABRAL, Convenções..., cit., p. 385.

³⁴⁴ CABRAL, Convenções..., cit., p. 384-390.

jurídico material também são aplicáveis ao negócio processual; iv) em sendo a convenção típica, a lei deve delimitar os contornos de seu objeto; v) reserva de lei; vi) proteção de direito indisponível; vii) abusividade de inserção da cláusula no contrato de adesão; e viii) possibilidade de definir outros deveres e sanções para além dos previstos em lei para o caso de descumprimento do acordo³⁴⁵.

São critérios que buscam concretizar o controle de convenções processuais de forma mais objetiva. Quais os critérios que devem ser utilizados para a análise de validade de acordos processuais na execução? É o que se passa a dissertar

2.3.4.7.3 Convenções processuais na execução: quais os critérios de limitação da autonomia privada na negociação processual?

Uma vez identificados os critérios que permitem controlar a validade do objeto das convenções, é preciso estabelecer quais poderiam ser aplicados no processo executivo. Isso ocorre porque na execução há duas peculiaridades que impactam o controle de validade das convenções processuais atípicas.

O primeiro aspecto é que a execução cível ainda é bastante impactada pelo seu viés patrimonialista. Embora nas últimas décadas tenha havido um incremento bastante significativo das tutelas específicas - relacionadas com as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa - a execução, mesmo nesses casos, acaba se resolvendo em uma obrigação pecuniária. Seja porque foram aplicadas medidas executivas que são aferíveis monetariamente, como é o caso da aplicação da multa periódica, seja porque a obrigação acaba não sendo satisfeita, sendo convertida em perdas e danos. A abertura para a aplicação de outros mecanismos executivos que não se traduza, de forma direta, em reflexos patrimoniais, ganhou maior espaço com a possibilidade de aplicação de medidas atípicas pelo juiz, as quais podem ser traduzidas apenas indiretamente em um aspecto financeiro. Essa característica permite que a execução seja o ambiente mais propício para a realização de convenções processuais atípicas, buscando aumentar a efetividade do processo, não obstante a anacrônica visão de um elevado dirigismo processual na prática dos atos executivos, que deveriam passar pelo controle judicial. Não por outra razão ainda permanece a exigência de intervenção do Poder Judiciário em se tratado de execução de sentença arbitral.

³⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. Ensaio..., cit., p. 37-39.

A segunda perspectiva está no jogo de poderes característico do processo de execução. De um lado, o credor possui, a seu favor, a presunção de existência e validade da obrigação porque lastreada em um título executivo. Essa circunstância se traduz em um ônus ao executado: cabe a ele provocar a jurisdição para que a presunção seja afastada, utilizando-se dos meios de defesa previstos pelo legislador (ou jurisprudência, como no caso da exceção de pré-executividade)³⁴⁶. Por outro lado, para compensar esse aparente desequilíbrio de forças, a lei acaba instituindo um sistema protetivo em favor do executado, visto, como já mencionado, por princípio como o da menor onerosidade da execução e as regras que dizem respeito à impenhorabilidade do executado. De qualquer forma, a execução gera a invasão do patrimônio do executado ou a aplicação de medidas restritivas à sua liberdade como mecanismos necessários para se buscar a satisfação de uma obrigação que foi inadimplida por este.

Considerando essas perspectivas, impende definir quais critérios poderiam ser utilizados no controle das convenções processuais executivas, no que toca ao seu objeto. Os critérios subjetivos foram tratadas anteriormente.

2.3.4.7.3 .1 Diretriz do *in dubio pro libertate*

Considerando a esfera de autonomia privada dos participantes da relação jurídica executiva, o primeiro que deve ser analisado é a preservação dessa autonomia³⁴⁷. Trata-se de um enunciado que pressupõe a liberdade das partes para definir aspectos da execução, seja em relação ao seu procedimento, seja no que toca às situações jurídicas processuais.

Por conseguinte, se o juiz pretender afastar a aplicação da convenção processual, terá um maior ônus argumentativo para afastar a norma convencional, diante da presunção de respeito à liberdade das partes e das convenções³⁴⁸.

³⁴⁶ A respeito: "El título ejecutivo ha colocado, por lo que se refiere al deber de prestación que el mismo establece, a la parte ejecutante en una posición de supremacía y a la parte ejecutada en una posición de subordinación. El estatuto de la parte ejecutante contiene situaciones jurídicas activas, con cuyo ejercicio consigue que el tribunal ejerza sus potestades ejecutivas sobre el patrimonio y, en general, sobre la esfera jurídica del ejecutado, cuyo estatuto de parte contiene, principalmente, situaciones pasivas y de sujeción. Incluso las posibilidades defensivas del ejecutado están afectadas por la desigualdad. Su ejercicio no es previo, sino posterior a que el tribunal haya realizado la actuación ejecutiva, y, por lo general, no suspende los efectos de ésta." RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 17 ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2018. p. 533-534.

³⁴⁷ Esse é o entendimento de Peter Schlosser, citado por CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil procedure review*, v. 1, n. 2, 2010, p. 45.

³⁴⁸ CABRAL, Convenções..., cit., p. 288.

2.3.4.7.3.2 Diretriz do aproveitamento dos atos processuais e convalidação dos negócios processuais

Como já visto anteriormente, os negócios jurídicos processuais fazem parte de um gênero maior, que compreendem os atos processuais. Dessa forma, incidem, em relação a esse, não somente as diretrizes de direito material, mas também a normativa processual civil.

Nesse contexto, incide o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais³⁴⁹, de forma que, sempre que possível, os atos processuais devem ser convalidados ou aproveitados, não sendo possível reconhecer a nulidade do ato quando não houver prejuízo (arts. 282, § 2º e 283, parágrafo único, ambos do CPC)³⁵⁰.

Esse critério também é relevante quando houver assimetrias contratuais, de modo que mesmo que uma das partes se encontre em uma situação de vulnerabilidade ou a cláusula tenha sido inserida em um contrato de adesão, a cláusula não será invalidada caso não tenha havido prejuízo à parte vulnerável³⁵¹.

2.3.4.7.3.3 Diretriz dos custos e transferência de externalidades

³⁴⁹ Sobre esse princípio, explica Antonio do Passo Cabral: “As invalidades processuais devem ser em princípio concebidas como sanáveis, e a nulificado deve ter caráter eminentemente excepcional, aplicável apenas se não houver outra solução menos onerosa para o trâmite processual, Essa também é a tendência no processo penal e no processo administrativo. Tudo isso nos faz concluir que existe uma *preferência normativa pela validade dos atos processuais*; uma diretiva alertando que, em caso de dúvida, se deve manter o ato e sua validade. Os atos processuais são válidos *prima facie*.” CABRAL, Nulidades..., cit., p. 187-188.

³⁵⁰ CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço..., cit., p. 131.

³⁵¹ “Mas isso não significa que não possa jamais estabelecer-se um negocio processual no bojo de um contrato de adesão. Ele será válido e eficaz, desde que não configure uma situação abusiva, de enfraquecimento processual da parte que adere ao contrato. Por exemplo, uma instituição financeira pode inserir em contrato de adesão que celebra com os seus clientes a previsão de que as citações dela deverão fazer-se por via eletrônica - uma vez que o banco já que o sistema estará necessariamente cadastrado no sistema eletrônico (CPC/2015, art. 246, § 1º). Tal avenca confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos.” TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu*: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em <<https://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini>> , acesso em 15 de abril de 2019. p. 7

As convenções processuais não podem transferir para terceiros - incluindo, aí, o Poder Judiciário - os custos decorrentes das convenções processuais³⁵². A criação de despesas por meio de convenção processual que incumbam a terceiros esbarra em dois aspectos principais: o primeiro diz respeito à própria relatividade da convenção. O pacto somente vincula aqueles que, por sua vontade, espontaneamente decidiram pelo acordo³⁵³.

Por conseguinte, não é possível transferir externalidades a terceiros que não participaram da avença. Por outro lado, caso sejam minimizados os custos, ou sejam fornecidos, pelas partes, meios materiais para efetivar a convenção processual, a mesma deve ser considerada válida. A questão tangencia, portanto, a produção de efeitos em relação a terceiros.

Não se olvida, da mesma forma, que seja estabelecida uma convenção que envolva direito de terceiro e este, tendo conhecimento do pacto, demonstre concordância com o convencionando, aderindo a ele. Nesse caso, a convenção foi aceita por terceiro e surtirá efeitos em relação a este.

2.3.4.7.3.4 Diretriz das garantias - materiais e processuais - mínimas

A quarta diretriz toca nas garantias, de natureza material e processual, que são mínimas no ordenamento jurídico pátrio, em relação às quais não seria possível qualquer esfera de negociação. É a diretriz de maior complexidade em termos de definição concreta. A análise deve ser sempre casuística, considerando os direitos em conflito.

Em relação à execução, é preciso ter em mente que a tensão provavelmente ocorrerá em relação ao direito ao crédito (garantia de natureza material) e a efetividade do processo (garantia de natureza processual), na perspectiva do credor-exequente, e a mais variada gama de garantias em relação ao executado (liberdade, vida digna, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc.) .

³⁵² De acordo com o magistério de Michael Moffitt: "I suggest every effort at customization must be consistent with at least three principles. First, and most obvious, private litigants cannot reshape the courts' roles in ways that contravene the constitutional or statutory authorities that created the court. Second, efforts at customization cannot circumvent the legitimate public interests in having litigation proceed in a particular fashion. Third, litigants cannot customize their litigation experiences in ways that prejudice the rights of nonlitigants." MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. 75 *George Washington Law Review*, vol. 461, 2007, p. 503.

³⁵³ É a regra clássica de que o contrato é *rés inter alios acta*. Sobre o tema, v. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. vol. II. 9ª ed. Madrid: Tecnos. 2003. p. 86 e segs.; GOMES, Orlando. Contratos..., cit., p. 46 e segs.;

O equilíbrio da convenção deve ser observado de modo que a análise a ser realizada pelo magistrado deve envolver contraprestações do outro conveniente, sendo que a redução de uma garantia processual deve ser compensada por algum outro benefício no conjunto do contrato. À necessidade de manutenção de um equilíbrio no contexto do pacto se inter-relaciona o princípio da proporcionalidade³⁵⁴.

O sopesamento entre os princípios envolvidos pela convenção contratual deve considerar se, de alguma forma, se alcançou a prestação jurisdicional sem exterminar garantias mínimas. A análise, por conseguinte, é sempre à luz das peculiaridades do caso concreto.

Verifica-se, porém, como ocorre a funcionalidade das garantias processuais mínimas, sendo necessário ressaltar que algumas garantias frequentemente mencionadas, como o devido processo legal³⁵⁵ e dignidade da pessoa humana³⁵⁶, carecem de definição precisa, o que não auxilia na formação de critérios para a definição dos limites dos acordos processuais.

³⁵⁴ A proporcionalidade do contrato é mais amplo do que o conceito de equilíbrio contratual: “Rinnovato si propone il principio di proporzionalità. Si va verso un controllo di meritevolezza del contenuto dell’atto di autonomia negoziale, che si aspira sempre più a quel principio. Certo, proporzionalità non può significare che il contratto è meritevole se vi è una equivalenza di prestazioni. Una tale illazione lederebbe il principio di autonomia e non terrebbe conto delle peculiarità di casi come, ad esempio, quello di chi vuole acquistare la casa confinante per ampliare il proprio appartamento ed è, quindi, disposto a pagare un *surplus* rispetto al valore di mercato. Nessuno può dire che l’acquirente, in quel caso concreto, pagando in più, conclude un contratto non meritevole per la mancata corrispondenza del prezzo con il valore di mercato. Proporzionalità non significa equivalenza tra le prestazioni, né stretta corrispettività; significa un regolamento equilibrato, un regolamento proporzionato.” PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi di diritto civile*. Napoli: ESI. 2003.. p. 401.

³⁵⁵ Previsto no art. 5º, LIV, da CRFB, consagra o *devido processo legal* como uma garantia para que o processo se desenvolva de forma justa, equilibrada, sopesando os interesses das partes. O principal objetivo do devido processo legal é assegurar que as partes terão um procedimento que, pré-determinado pelas normas, garanta segurança acerca dos passos a serem tomados durante o processo evitando, assim, abusos por parte do Poder Judiciário. Nas palavras de Dinamarco: “O perfil de processo que resulta dessa garantia é o do *processo justo e equo*, que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por *garantias mínimas de meios e de resultado*, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente com uma tutela adequada e efetiva. [...] O contexto de garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula *due process of law* oferece aos litigantes um *direito ao processo justo*, com oportunidades reais e equilibradas.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 379. Nessa perspectiva, podem ser inseridos no cerne do devido processo legal: a) o direito de tomar ciência da existência da demanda e ter a oportunidade de apresentar sua defesa; b) o direito a um julgamento público e em prazo razoável; c) o direito a um procedimento em contraditório, evitando decisões surpresas; d) o direito a igual oportunidade de manifestação no curso do processo; e) a proibição de provas ilícitas e da inviolabilidade do domicílio; f) a viabilização do acesso à justiça por quem não tem condições de custear a assistência técnica e os custos do processos necessários para o regular andamento da demanda, etc., conforme mencionam ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*: parte geral. vol. I. São Paulo: RT. 2015. p. 407 e segs.; DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, vol. I, cit., p. 87 e segs.; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 289 e segs.; ANDRADE, Cassio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, vol. 948, out., 2014, versão eletrônica. No resumo de Nelson Nery Jr.: “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despidiendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias,

Compreenderiam um núcleo de garantias processuais mínimas i) o acesso à justiça; ii) o contraditório; iii) tempestividade da tutela judicial; iv) boa-fé e cooperação.

2.3.4.7.3.4.1 Acesso à justiça

O acesso à justiça implica, em resumo, na possibilidade de buscar o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88; art. 3º, *caput*, do CPC)³⁵⁷. Trata-se de postulado dirigido, prioritariamente, ao legislador, a quem não é dado criar obstáculos ao exercício do direito à tutela estatal³⁵⁸. Assim, a imposição de elevadas taxas judiciárias, que tornem oneroso o exercício do direito de ação, bem como a ausência de assistência jurídica, configuram situações de violação a essa garantia³⁵⁹.

Há, contudo, situações em que certas circunstâncias são impostas por lei ou jurisprudência que acabam restringindo (mas não aniquilando) tal acesso, como o esgotamento da instância desportiva (art. 217, § 1º, da CF) ou da instância administrativa, como decidido pelo STF no caso do pedido de concessão de aposentadoria em face do

norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.” NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 114. A definição também atrai os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, que se também estão relacionados com a concepção de equilíbrio e justiça dos julgamentos. Nesse contexto, verifica-se que o conceito de tão amplo, acaba tendo pouca referência prática: “[...] o devido processo legal possa servir de fundamento para todos os demais princípios e garantias constitucionais de ordem processual, é de “inescondível redundância”, porque a Constituição brasileira prevê, em detalhes, tantas outras garantias processuais, que soa mesmo supérflua a menção explícita ao devido processo legal.” BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 69. V., também, PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 44 e segs.

³⁵⁶ Fredie Didier Jr., por exemplo, vincula a dignidade da pessoa humana no processo ao devido processo legal (DIDIER JR., Curso..., vol. I, cit., p. 101), reconhecendo que a “dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais, previstos ou não no texto constitucional” (Idem, p. 100). Sobre o conteúdo axiológico da dignidade da pessoa humana veja, ainda, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. p. 71-120.

³⁵⁷ Sobre o tema, v. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988; PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 33-51; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT. 2011.

³⁵⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 208.

³⁵⁹ O STF já entendeu que a garantia de acesso à justiça impõe ao legislador uma conduta, no sentido de não impedir o exercício do referido direito, não se estendendo, por exemplo, às partes: “Art. 19, *caput*, da Lei federal 8.870/1994. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no art. 5º, XXXV e LV, da CF. O art. 19 da Lei 8.870/1994 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” ADI 1.074, rel. Min. Eros Grau, j. em 28.03.2007.

INSS³⁶⁰ embora, em outra ocasião, tenha considerado inconstitucional a exigência legal de submeter o conflito trabalhista previamente à Comissão de Conciliação Prévia³⁶¹.

Dessa forma, não é possível aniquilar a garantia do acesso à justiça por meio de convenção processual³⁶², mas não haveria óbice em determinar outras condições que

³⁶⁰ "A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no STF, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (3-9-2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de juizado itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em trinta dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até noventa dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais." RE 631.240, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.09.2014.

³⁶¹ ADI 2160 / DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 01/08/2018: "[...] 1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em obediência ao inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário. 2. Contraria a Constituição interpretação do previsto no art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho que reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de ulterior reclamação trabalhista. Interpretação conforme a Constituição da norma. 3. Art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis Trabalhistas: a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser apoiada, estimulada e atualizada, não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas. 4. A isonomia constitucional não impõe tratamento linear e rígido a todos os que demandam a atuação do Poder Judiciário, ainda que o façam por procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, pelo que se reconhece válida a exclusão da citação por edital daquele rito processual, em obediência aos princípios da primazia da realidade e da razoabilidade. Validade do art. 852-B, inc. II da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D, §§ 1º a 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente."

³⁶² No compromisso arbitral se mantém um mecanismo de solução de conflitos: "Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo Plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula

inaugurassem uma fase pré-processual por meio de acordo processual³⁶³, inclusive determinando, por exemplo, uma fase mediação pré-processual obrigatória³⁶⁴.

Além desse aspecto, o acesso à justiça também pressupõe que, no curso do processo, seja observada - e garantida - a paridade de armas entre as partes, de modo que se alcance a maior efetividade do processo, assegurando-se uma prestação jurisdicional justa³⁶⁵.

2.3.4.7.3.4.2 Contraditório

Com fulcro no art. 5º, LV, da CF/88 e art. 9º, do CPC, consagra-se o contraditório como uma garantia fundamental das partes no processo. Em uma visão clássica, o contraditório é tido como o direito das partes de se manifestar no processo antes que seja proferida uma decisão; tem por objetivo a possibilidade de reagir ou evitar uma posição processual desfavorável³⁶⁶. Nessa perspectiva, compõem o contraditório: i) o direito à informação ou à comunicação dos atos processuais e ii) a possibilidade de impugnação, de reação ou de manifestação, conferindo ao contraditório um aspecto meramente formal, restringindo a sua aplicação às partes, não se aplicando ao órgão jurisdicional³⁶⁷. Essa visão, contudo, ganha novos contornos em uma perspectiva de debate democrático, ilustrado pela cooperação entre as partes e o juiz, em que o contraditório adquire um aspecto substancial,

compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF. SE 5.206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.12.2001.

³⁶³ Sobre o tema, v. ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2008. p. 29 e segs.; PANTOJA, Fernanda Medina. Protocolos pré-processuais. Fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo civil brasileiro. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro. UERJ. 2016; MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, UERJ. 2011.

³⁶⁴ V. COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra editora. 2009. p. 68 e segs.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017. p. 110 e segs.

³⁶⁵ RODRIGUES, Marco. A modificação..., cit., p. 130.

³⁶⁶ "Comunemente definito come il diritto di svolgere un ruolo attivo nel processo, il contraddittorio include non soltanto la conoscenza degli atti processuali compiuti o in corso di realizzazione, ma anche la possibilità di pronunciarsi al riguardo. Comprende il diritto di presenza e di ricevere comunicazione sui fatti processuali; include le facoltà di controargomentare, esaminare i documenti del processo, dirigere petizioni al giudice, formulare domande ai testimoni e quesiti ai periti, esprimersi oralmente nell'udienza, fra altre. La ratio del contraddittorio è permettere la possibilità di reagire o prevenire posizioni processuali sfavorevoli. Viene identificato, quindi, il binomio essenziale intorno al quale gravita il principio: informazione-reação - il contraddittorio significa udienza bilaterale." CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2, 2005. p. 451.

³⁶⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação à decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 57.

sendo entendido como direito de influência ou contraditório participativo³⁶⁸. Ou seja, as partes podem interferir eficazmente no desenvolvimento do processo, influenciar as decisões judiciais e evitar serem surpreendidas com decisões surpresa³⁶⁹.

Assim, o juiz também está vinculado ao princípio do contraditório, pois o processo passa a ser visto como uma comunidade de trabalho, estando os sujeitos processuais interligados na busca da solução adequada do conflito. Não é possível, a priori, que o juiz profira decisões sem que tenha permitido às partes apresentar os seus argumentos e nem tenham sido dela informados. Há, aqui, um viés participativo das partes, que, convocadas pelo juiz que passa a ter um dever de consulta às partes, permite um debate prévio e a apreciação dos fundamentos possíveis para a solução da controvérsia, o que também contribui como um fator de legitimação democrática do Judiciário³⁷⁰.

O próprio legislador, porém, em algumas situações, previu a possibilidade de decisões sem a oitiva da outra parte, seja por urgência na tomada de decisão, seja por questão de eficácia da decisão, mas sempre permitindo o contraditório diferido ou postecipado³⁷¹ (art. 9º, parágrafo único, do CPC), como nos casos relativos i) à tutela de urgência; ii) à tutela de evidência, quando fundada em alegações de fato que puderem ser comprovadas com provas documentais e que haja precedente judicial e em pedido reipersecutório de bem objeto de contrato de depósito, documentalmente comprovado; iii) à decisão que determinar a expedição de mandado de pagamento no procedimento monitório e iv) à penhora de valores depositados em instituição financeira (art. 854, do CPC). Nessas hipóteses, o contraditório poderá ser realizado após a decisão.

Na execução, contudo, se garante o contraditório mas ele se afigura eventual, pois o seu objetivo principal é a prática de atos executivos com o intuito de satisfazer o direito do exequente³⁷². Assim, depende o contraditório no processo de execução ou de cumprimento de

³⁶⁸ RODRIGUES, Marco. A modificação..., cit. p. 162; ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, vol. 279, maio, 2018, versão eletrônica. REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, vol. 162, ago, 2008, versão eletrônica, item 3: “[a] garantia do contraditório tem por conteúdo quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional; e d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional.”

³⁶⁹ CABRAL, Nulidades..., cit., p. 112 e segs; SANTOS, Welder., cit., p. 79 e segs.

³⁷⁰ RODRIGUES, Marco. A modificação..., cit., p. 162-163.

³⁷¹ SANTOS, Welder, cit., p. 140 e segs.

³⁷² A respeito, TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*. n. 28, São Paulo, 1982, versão eletrônica, item 14: “Mas, longe de se adaptar ao molde do processo de cognição, o contraditório executivo tem feições bastante peculiares - segundo a hipótese de trabalho que formulamos - é

sentença da atuação do executado, havendo uma inversão do ônus de provocar o contraditório³⁷³. Nessa perspectiva, ele é garantido, mas abre-se como uma *opção ao executado*³⁷⁴. Esse dado é importante pois permite uma maior maleabilidade na análise de eventual convenção processual que eventualmente tangencie a garantia do contraditório, pois há um nítido caráter de disponibilidade no seu exercício.

2.3.4.7.3.4.3 Tempestividade da decisão judicial

Outra garantia processual inserida no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 e prevista nos arts. 4º e 139, II, do CPC é o da tempestividade da tutela jurisdicional. Há uma preocupação de que a tutela jurisdicional não chegue à destempe, de modo a não ser eficiente na tutela do direito violado ou ameaçado de violação³⁷⁵.

A demora do processo pode ocasionar danos às partes, embora possa haver o interesse de uma delas no prolongamento indevido do processo, como normalmente ocorre em relação ao vencido, que quanto mais protela o andamento do feito, mais tempo possui para se esquivar de cumprir com a decisão judicial.

contraditório parcial e atenuado: parcial enquanto limitado quoad objectum a alguns temas (e basta lembrar-se como estão completamente fora aqueles que dariam origem à oposição); atenuado porque se manifesta através de modos rápidos e informais num processo que tende a uma maior serenidade na atuação da sanção executiva e que conforma, conseqüentemente, como acontece em alguns procedimentos especiais, poderes assertivos e probatórios das partes, e providências que devem ser tomadas pelo juiz. Não há dúvida de que a realização da garantia constitucional (que mesmo assim deveria encontrar ulterior atuação no âmbito do processo executivo, nas peculiares situações que assinalamos) não seria plena se não subsistisse uma ampla gama de possibilidades de que houvesse verdadeiros juízos de cognição ordinária, quer sobre a subsistência dos créditos deduzidos e das condições da ação executiva, quer sobre a existência de pressupostos processuais e sobre a legitimidade, e até a oportunidade dos atos executivos (lembremos agora os arts. 512, 615, 617, 619 do CPC).”

³⁷³ DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., vol. 5, cit., p. 80.

³⁷⁴ RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 17 ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2018. p. 533.

³⁷⁵ São variadas as causas para a demora na tramitação do processo, como destacado por André Roque: “a) estrutural (falta de verbas, recursos humanos e de autonomia financeira do Judiciário gestão ineficiente dos escassos recursos pelos tribunais, visto que realizada por magistrados, com formação exclusivamente jurídica e que não receberam qualquer treinamento para as tarefas administrativas; comodismo dos juízes, formados através de um sistema generalista e pragmático, que tem por objetivo a aprovação dos disputados concursos públicos, mas não à formação de magistrados participativos e diligentes); b) técnica (desprestígio das decisões de primeira instância pela ampla recorribilidade e pelo sistema rígido de preclusões do Código de Processo Civil; formalismo exagerado de algumas normas processuais e de determinados entendimentos jurisprudências; regulamentação ineficiente para as lides de natureza coletiva, podendo gerar milhares ou mesmo milhões de demandas individuais repetitivas); c) sócio-política (explosão da litigiosidade após a Constituição de 1988, como resultado não apenas da intensificação dos fluxos de pessoas, bens e informações e do processo de redemocratização no Brasil, mas também pela progressiva universalização do acesso à justiça e pelo fortalecimento gradual – mas insuficiente – da assistência judiciária gratuita; existência de um Estado demandista, que não atende de forma voluntária as pretensões dos jurisdicionados, ainda que sobre temas já pacificados na jurisprudência, interessando-se mais em protelar suas obrigações, o que ocasiona congestionamentos sobretudo na Justiça Federal.” ROQUE, André Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VII, 2011, item 2.

Com a tempestividade do processo não se quer, também, que o processo seja tão rápido ponto de desconsiderar as formalidades e garantias das partes, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, exige que certas formalidades sejam observados e um rito seja seguido. O atropelamento dessas garantias pode levar a uma incorreta prestação jurisdicional com o aumento de erros judiciais, pois a formação do convencimento do juiz, por meio de alegações e provas fáticas e análise do direito aplicável pode ser comprometido por um processo célere³⁷⁶.

O processo é feito para demorar um tempo razoável, de modo que os sujeitos que intervêm no processo devem atuar cooperativamente com o intuito de buscar uma prestação jurisdicional em tempo razoável, não atuando de forma protelatória, tumultuando o processo com requerimentos indevidos e que, ao invés de permitirem a marcha processual, mais atrasam o seu andamento³⁷⁷.

É um critério que se revela importante para definir a validade da convenção: ou seja, se o convencionado acelera o procedimento ou o atrasa demasiadamente, devendo ser invalidado nesse último caso.

2.3.4.7.3.4.4 Boa-fé e cooperação

A última garantia processual diz respeito à atuação em conformidade com a boa-fé processual e a cooperação entre os sujeitos processuais. Prevista expressamente no âmbito do CPC/2015, nos arts. 5º e 6º, a cooperação é a tônica do processo contemporâneo, que busca um modelo distinto dos adversarial e inquisitivo, por meio do qual as partes e o juiz participem na construção da decisão, por meio do redimensionamento do princípio do contraditório, como visto acima, reduzindo a assimetria dos papéis do juiz e das partes na “divisão de trabalho” no curso do processo³⁷⁸.

³⁷⁶ HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 30ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 188-189.

³⁷⁷ Assim CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 83: “Em todo este cenário, queremos destacar que a demora é algo natural ao processo, cujo procedimento é pleno de garantias processuais inafastáveis, previstas na Constituição da República em benefício de todos. E a rapidez exacerbada em terminar os processos de qualquer maneira pode gerar um déficit não apenas de garantias, mas também na qualidade da prestação jurisdicional. Portanto, não se pode acelerar a qualquer preço o processo sob pena de forçar sua conclusão inadequadamente. Por isso, já afirmamos que a tramitação do processo não pode e não deve ser supersônica.”

³⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 56-57; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, cit., p. 42-50; AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 36 e segs.; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*:

Já se mencionou, também, que a boa-fé objetiva é um princípio que atua como uma diretriz de conduta ética entre as partes, o que acaba resultando em quatro grupos de situações de condução processual desleal, a saber: i) proibição de criada maliciosa de situações processuais; ii) proibição de comportamento processual contraditório, diante da tutela da confiança nas relações jurídicas; iii) perda de faculdades processuais, decorrente do não exercício de direitos por um longo período de tempo; e iv) abuso das faculdades processuais³⁷⁹.

Por conseguinte, convenções que não observem o princípio da boa-fé e da cooperação deverão ser invalidadas pelo juiz.

A funcionalidade desses critérios poderá ser verificada ao se analisar as convenções processuais atípicas em relação a diferentes aspectos da execução, tarefa a ser feita nos próximos capítulos.

Além disso, a aplicação jurisprudencial permitirá a formação de critérios mais seguros em relação à proporcionalidade de convenções processuais e garantias mínimas, à luz dos valores constitucionais.

2. 4 Papel do juiz dos negócios processuais

Outro aspecto que merece destaque é o papel do juiz na conformação dos negócios jurídicos processuais. É possível que o juiz, por exemplo, celebre acordos processuais? Teria ele capacidade negocial?

É parte na convenção aquele que, na esfera de sua autonomia e capacidade negocial, se vinculam voluntariamente ao pacto. As partes do acordo nem sempre coincidem com as partes do processo, como ocorre, por exemplo, com a ocorrência de um litisconsórcio: é possível que no processo haja pluralidade de litigantes mas nem todos tenham firmado o acordo processual. Assim como é possível que, embora existente uma convenção processual, a mesma não seja eficaz por não haver a judicialização da questão³⁸⁰.

pressupostos sociais, lógicos e éticos. 4. ed. São Paulo: RT. 2019; REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol. 281, jul., 2018, versão eletrônica, item 2.

³⁷⁹ RODRIGUES, Marco A. A modificação..., cit. p. 181-182.

³⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 137.

Assim, coloca-se o primeiro questionamento: o juiz teria capacidade negocial para celebrar negócios jurídicos? A questão não é isenta de diferentes posicionamentos. Há quem defenda que o juiz pode ser parte na convenção processual e essa circunstância não traria prejuízo ao papel de fiscalização das convenções, que lhe compete precipuamente, além do que negociar sem a interferência do juiz significaria exercer um poder maior do que negociar com a participação do juiz³⁸¹. Na visão desses autores, o calendário processual (art. 191, do CPC) e o saneamento compartilhado (art. 357, § 3º, do CPC). Já outros entendem que ao juiz falece capacidade negocial, pois ela não se coaduna com a função jurisdicional, pois os acordos são celebrados por quem tem algum interesse em produzirem normas jurídicas individuais, ao passo que o magistrado exerce suas atividades com imparcialidade³⁸².

De fato, mais correto é entender que o juiz não faz parte da convenção processual pois a ele não é dado exprimir sua vontade em prol de um interesse que não lhe é próprio. A sua atuação ocorre em prol dos interesses públicos que são exercidos por meio do processo. Além disso, o juiz exerce a função de controle de validade das convenções processuais, função que seria incompatível com a tomada de decisão em prol de algum interesse, seja da parte, seja do próprio Estado³⁸³.

Nessa perspectiva, deve-se diferenciar os negócios jurídicos dos atos concertados da parte, sendo que estes são apresentados ao juiz para deferimento ou indeferimento. Estão incluídos nessa modalidade o calendário processual³⁸⁴ e o saneamento compartilhado, acima referidos. Nesse caso, o juiz não participa do negócio processual, mas somente valida (ou não) o ato consensual (que não será negocial pois os efeitos já são determinados pela lei)³⁸⁵.

Uma vez estabelecida a premissa de que o juiz não é parte na convenção, deve-se ressaltar que este passa a estar vinculado à convenção processual, caso não a repute inválida. Isso porque as partes, no exercício de sua autonomia, estabelecem normas jurídicas, devendo o juiz aplicar a norma convencional àquela relação processual. Assim, o fundamento da vinculação do magistrado é o poder normativo da negociação processual³⁸⁶.

³⁸¹ DIDIER JR., Ensaios..., cit., p. 33; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190 [comentários]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 324; EXPÓSITO, Gabriela. Natureza negocial dos provimentos judiciais. In: MARCATO, Ana et al. (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 198-199

³⁸² CABRAL, O papel..., cit., p. 139.

³⁸³ CABRAL, O papel..., cit., p. 139-140; YARSHELL, Convenção..., cit., p. 97.

³⁸⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 529.

³⁸⁵ CABRAL, O papel..., cit., p. 141.

³⁸⁶ CABRAL, O papel..., cit., p. 142.

Nessa seara, o principal papel do juiz é o de controle da convenção. Nos termos do art. 190, do CPC, este poderá agir de ofício ou mediante provocação para declarar a nulidade da convenção processual, cabendo ao juiz atuar na salvaguarda dos interesses públicos do processo. Como é curial, o exame do juiz se limite ao aspecto da validade da convenção, não sendo possível perquirir a conveniência do pacto.

Em relação à produção de efeitos, a regra geral no ordenamento processual pátrio é que para que a convenção surta efeitos não há necessidade de homologação ou deferimento prévio pelo juiz. Essa conclusão decorre de algumas premissas. A primeira é o próprio exercício da autonomia privada das partes, que possui efeito vinculante e normativo entre as partes, que a exercem com fundamento no autorregramento da vontade. Como explica Cabral, “as partes ordem produzir efeitos pretendidos pelo negócio jurídico independentemente de intermediação de outro sujeito, decidido no espaço que a autonomia lhes permite”³⁸⁷. Além disso, pensando-se nos acordos pré-processuais, celebrados antes do processo, não seria razoável levar à homologação judicial todo e qualquer convenção. O art. 200, do CPC, expressamente dispõe que os “atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”, não condicionando a produção desses efeitos à homologação judicial. Essa, portanto, é a regra geral em se tratando de convenções processuais no processo civil pátrio.

Em alguns casos, porém, a lei estabelece que a *eficácia* de um ato processual fica condicionada à homologação ou deferimento pelo juiz. Nesse caso, é importante que se saliente, que a atuação do juiz não é como parte do negócio, mas serve para conferir ao negócio jurídico os efeitos pretendidos pelas partes. Em certos negócios jurídicos, a lei entendeu por bem que o juiz supervisionasse a prática desses atos, diante dos interesses públicos existentes no processo. Alguns exemplos desse tipo de exigência são o saneamento consensual do processo (art. 357, § 2º, do CPC), a escolha do administrador no caso de penhora de empresa (art. 862, § 2º, do CPC) e a desistência do processo (art. 200, parágrafo único, do CPC).

É possível, também, que as partes estipulem, numa convenção processual, a necessidade de homologação pelo magistrado. Não impede que sejam estabelecidos nos negócios jurídicos processuais elementos acidentais, como já mencionado anteriormente. Assim, estabelecer que o negócio jurídico processual depende de homologação judicial é uma

³⁸⁷ CABRAL, O papel..., cit., p. 145.

condição que pode ser estabelecida no pacto. Embora muitas vezes não seja adequado, porque eventualmente o juiz pode estabelecer exigências que não haviam sido estabelecidas pelas partes, não há óbice para a inserção de tal cláusula.

Por fim, as partes podem requerer a homologação da autocomposição extrajudicial independentemente de haver previsão expressa nesse sentido na convenção (não se trata, portanto, de condição aposta ao acordo processual). Nesse ponto, deve ser salientado que a homologação judicial não é requisito de validade nem condição para sua eficácia, mas um requerimento conjunto das partes³⁸⁸, que pretendem atribuir ao acordo a eficácia de título executivo judicial (art. 515, III, do CPC). Nesse sentido, inclusive, o disposto nos arts. 725, VIII, do CPC (ao tratar da homologação de autocomposição extrajudicial), ao dispor que se trata de atividade de jurisdição voluntária.

O STJ, porém, já decidiu que a autocomposição extrajudicial, para ser homologada em juízo, deveria se referir a uma lide já ajuizada, de modo que a vontade das partes deve ser suficiente para que os negócios produzam os seus efeitos, independentemente da homologação judicial. Nas palavras da Min. Nancy Andrighi: "o Poder Judiciário não pode ser utilizado como um mero cartório que incluirá, em documentos submetidos à sua sumária avaliação, um mero selo, que sequer pode ser chamado selo de qualidade, porque não é submetido, do ponto de vista substancial, a seu controle efetivo."³⁸⁹

Esse entendimento, embora no afã de desafogar o Poder Judiciário, parece não se coadunar com o sistema do CPC/2015, já que as partes, no exercício de sua autonomia, podem buscar a homologação da composição em juízo, devendo o juiz efetivar um controle meramente formal acerca do acordo³⁹⁰.

2.5 Da extinção dos negócios jurídicos processuais

³⁸⁸ CABRAL, O papel..., cit., p. 149.

³⁸⁹ REsp 1184151, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.12.2011, 3ª Turma do STJ.

³⁹⁰ CABRAL, O papel..., cit., p. 150.

A extinção dos negócios jurídicos pode ocorrer por duas formas: ou pelo cumprimento do negócio jurídico - adimplemento - ou pela ocorrência de uma crise no negócio jurídico, a qual pode se manifestar de algumas formas distintas.

A extinção pelo cumprimento da avença é a forma adequada e esperada para que os negócios jurídicos atinjam a sua finalidade. Assim, se a convenção processual referia-se ao juízo competente, basta que a demanda seja ajuizada no juízo convencionado, para que o negócio jurídico estabelecido surta os efeitos desejados pelas partes, extinguindo-se os efeitos do negócio jurídico. Da mesma forma, se houver uma cláusula convencionando a renúncia antecipada do recurso, transitando em julgado a sentença sem a ocorrência de recurso, o negócio jurídico surtiu os efeitos queridos pelas partes.

Para saber se o juiz pode conhecer de ofício ou não das convenções processuais, é preciso considerar a distinção entre acordos dispositivos e obrigacionais. No primeiro caso, por se tratar de alteração do procedimento, o juiz pode conhecer de ofício da convenção, pois ele está vinculado ao convencionado como consequência da força normativa do pacto. O juiz poderá conhecer de ofício dessas questões, por ser um caso de “objeção”. Tais matérias independem da alegação das partes para serem conhecidas pelo juiz (embora, naturalmente, as partes possam provocar o juiz para conhecer dessa questão)³⁹¹. Nos acordos obrigacionais, que dizem respeito à modificação da situação jurídica das partes, o juiz somente pode conhecer da questão se provocado pela parte interessada. Trata-se de uma situação de “exceção processual”, que são defesas que dependem da alegação da parte para serem conhecidas pelo juiz³⁹².

Assim, por exemplo, a convenção acerca da forma de citação deve ser aplicada imediatamente, independentemente de manifestação da parte requerente. Ao passo que o descumprimento à convenção que determina a renúncia ao recurso depende de alegação da

³⁹¹ Há duas ressalvas a essa regra: i) quando a convenção for condicionada à homologação judicial, caso em que será ineficaz até o implemento da condição; e ii) quando a lei expressamente condiciona o conhecimento da questão à alegação da parte, sob pena de preclusão. Nesse sentido, v. CABRAL, O papel..., cit., p. 155.

³⁹² CABRAL, O papel..., cit., p. 152; “L’obbligazione rimaneva in vita, perchè (e finché) nessun mezzo estintivo riconosciuto dal *ius civile* veniva posto in essere: rimaneva pure in vita l’azione nascente dall’accordo obbligatorio; ma un’eccezione, la *exceptio pacti conventi*, veniva a paralizzarla e ad impedire la condanna del debitore convenuto.” SARGENTI, SARGENTI, Mario. “Pactum de non petendo” e remissione del debito. *Foro Padano*, vol. 40, 1959, Milano, p. 300.

parte recorrida, em contrarrazões de apelação³⁹³.

A crise dos negócios jurídicos decorre da extinção anormal dos pactos. Tal situação pode ocorrer por três fatores: a) pela vontade da(s) parte(s); b) por algum vício na formação do negócio; ou c) por causa superveniente à formação do negócio.

A doutrina civilista, embora não haja uniformidade no tratamento da questão, costuma nominar a extinção anormal dos negócios jurídicos, a depender da sua causa, como: a) resilição; b) rescisão e c) resolução³⁹⁴.

Veja-se cada uma das espécies e sua (eventual) aplicabilidade aos negócios jurídicos processuais.

2.5.1 A resilição

O exercício da vontade é idôneo para formar o negócio jurídico e, também, para extingui-lo. Tal circunstância decorre especificamente do exercício da autonomia privada das partes que podem convencionar pela extinção do negócio processual anteriormente celebrado. A resilição pode ser bilateral ou unilateral. A resilição bilateral também é chamada de distrato e não oferece maiores dificuldades teóricas, já que para a sua ocorrência é necessário que ambas as partes decidam por fim ao que anteriormente haviam convencionado, surtindo efeitos *ex nunc*.

A resilição unilateral ocorre pela manifestação de vontade de uma parte sendo, normalmente, admitida expressamente pela lei, por ser da natureza de certos contratos. Pode receber denominações específicas, a depender do tipo de contrato, como, por

³⁹³ VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 166-167.

³⁹⁴ Sobre o tema, a lição de Arnaldo Rizzardo: “a) Por rescisão, assim denominada quando o contrato tem formação nula, iníqua ou anulável. Desconstitui-se o negócio porque inexistiu um de seus elementos básicos ou porque um vício contamina a origem. Há a falta de um dos elementos ou um vício antecedente ou coevo ao consenso. Na rescisão, incluem-se a inexistência, a nulidade e a anulação, causas que o vigente Código engloba sob a denominação de “invalidade do negócio jurídico” [...] Por resolução, apropriada para o caso de falta de cumprimento, de inadimplemento, sempre superveniente ou ocorrendo após a formação do contrato. Há a resolução voluntária, decorrente da deliberada vontade de não cumprir; a resolução involuntária, a qual está baseada na impossibilidade absoluta, sem culpa do devedor, como na abrupta mudança das circunstâncias objetivas existentes quando da efetivação do contrato, ou da quebra da base objetiva objetiva do negócio, na ocorrência de onerosidade excessiva, na verificação do caso fortuito ou de força maior. [...] Por resilição, que se apresenta no desfazimento da relação contratual por ajuste das partes, isto é, pela comum vontade dos contratantes, e por declaração unilateral de um dos sujeitos da relação. Na primeira espécie, a modalidade mais pura é o distrato, quando há um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, ou um contrato que rompe outro contrato.” RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 202.

exemplo, revogação (no caso da doação ou do contrato de mandato, quando esta faculdade é conferida ao mandante), renúncia (no contrato de mandato, o que é oportunizado ao mandatário) ou resgate (como a enfiteuse, direito conferido ao enfiteuta de resgatar o foro, após dez anos, mediante o pagamento ao senhorio direto de um laudêmio fixo de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena e dez pensões anuais). Porém, a forma mais comum de resilição unilateral é a denúncia.

A denúncia é a denominação que recebe o exercício do direito formativo-extintivo do desfazimento de obrigações duradouras, contra a sua continuação, independentemente do inadimplemento das obrigações da outra parte, nos casos previstos em lei ou no contrato³⁹⁵. Como se constata do conceito, a denúncia depende de previsão legal ou de expressamente constar nos termos da negociação processual. Dessa forma, pode-se concluir que não é possível a denúncia da convenção processual, a não ser que expressamente tenha havido essa previsão no pacto.

Não se confunde a denúncia com o direito de arrependimento. Este consiste na forma específica através do qual uma das partes pode se retirar da relação contratual, extinguindo-o, podendo haver, ou não, a percepção de valores pela parte contrária, desde que tenha sido estipuladas as arras penitenciais (art. 420, do CC). Uma hipótese bastante comum de direito de arrependimento ocorre nas relações de consumo, quando a compra ocorre fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, o consumidor tem o prazo de 07 (sete) dias, para desistir do contrato celebrado (art. 49, do CDC).

Assim, a resilição somente pode ocorrer, em se tratando de negócios processuais, quando bilateral - distrato - ou, no caso de resilição unilateral, quando houve expressa previsão no pacto. Não há que se falar em direito de arrependimento em relação à convenção processual, salvo quando inserida a convenção em um contrato de consumo, caso em que tal direito será exercido em relação ao contrato como um todo, respeitando a normativa aplicável.

2.5.2 A rescisão

³⁹⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* - resolução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora. 2004. p. 72.

Não há uniformidade em relação à utilização do termo “rescisão” para os casos em que há uma causa contemporânea à formação do negócio contratual. A doutrina italiana costuma reduzir os casos de rescisão do contrato à sua conclusão sob a influência do estado de perigo ou do estado de necessidade, tratando os casos de nulidade ou anulabilidade do contrato com esses termos³⁹⁶.

Ocorre que os casos de nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos são hipóteses que ocorrem no momento em que o negócio é formado, sendo certo que a lesão ou o estado de perigo não são os únicos casos de anulação do contrato. Assim, revela-se correta a utilização do termo “rescisão” para qualquer hipótese de extinção do contrato que se refira a uma causa que tenha ocorrido no momento da formação do pacto. Dessa forma, pode-se concluir, com Ruy Rosado de Aguiar Jr., que “a rescisão, portanto, tem origem em defeito contemporâneo à formação do contrato. É causa de anulação, no sistema de Código Civil (art. 157), e de nulidade, na relação de consumo (art. 51, IV, do CDC), no contrato bancário [...] e nas estipulações em geral [...]”³⁹⁷.

Por conseguinte, os casos de rescisão dos negócios processuais são os casos de invalidade - nulidades absolutas ou relativas - que devem ser reconhecidas em juízo, seja de
 ofício ou por provocação da parte interessada.

³⁹⁶ Nesse sentido, CHINÈ, Giuseppe; ZOPPINI, Andrea: “Lo squilibrio economico tra le prestazioni non è di regola rilevante nel momento della formazione del contratto vigendo, in questa fase, il principio generale dell’autonomia contrattuale (art. 1322 c.c) per cui le parti sono libere di concordare le condizioni economiche del contratto senza che lo scambio risponda a requisiti oggettivi di equivalenza di prestazioni. Pertanto, l’ordinamento non prevede, almeno di regola, un rimedio che consenta al giudice di valutare la congruità originaria dello scambio contrattuale. Al generale principio di intangibilità dell’autonomia negoziale fanno eccezione le due ipotesi di rescissione del contratto previste dal codice civile.” CHINÈ, Giuseppe; ZOPPINI, Andrea. *Manuale do Diritto Civile*. Roma: Neldiritto Editore. 2009. p. 1757. V. também, ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 6. ed. Milano: CEDAM. 2011. p. 601 e segs.

³⁹⁷ AGUIAR JR., op. cit., p. 70.

Nessa perspectiva, importante salientar que a regra geral em relação às invalidades das convenções processuais é a regra processual, inserta no art. 190, do CPC. Subsidiariamente, pode-se sustentar a aplicação das causas de invalidação previstas no Código Civil, para aqueles casos em que a regra processual não soluciona a questão.

2.5.2.1 Da invalidação³⁹⁸ das convenções processuais

O juiz não possui o papel de um mero espectador na presente relação jurídica processual, mas, sim, possui a função de fiscalizar os termos e as condições do negócio jurídico processual, a fim de garantir o equilíbrio entre o que foi estipulado pelas partes, de modo que a relação jurídica processual não se torne injusta.

Importa, no presente momento, a análise mais pormenorizada do papel fiscalizatório a ser exercido pelo juiz quando se deparar com uma convenção processual.

O parágrafo único do art. 190 estabelece o atuar do juiz nessa situação. O magistrado poderá agir de ofício ou a requerimento da parte interessada, com o fim de reconhecer a invalidade da convenção processual.

Nesse momento, deve-se lembrar a diferença entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa, também denominada por alguns de anulabilidade. Na primeira situação, a nulidade pode ser reconhecida de ofício pelo próprio juiz ou a requerimento do interessado, o que pode ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição, através de simples petição no curso do processo. O juiz declara uma situação que já lhe é preexistente, de modo que a referida convenção não pode produzir efeitos.

Já a anulabilidade segue regime distinto pois, nessa situação, não pode o juiz agir de ofício, mas depende de manifestação da parte interessada. O ato anulável, até o seu reconhecimento, produz efeitos, deixando de produzi-los daquele momento em diante (art. 177, do CC) tendo, portanto, efeitos *ex nunc*. Ademais, a nulidade relativa admite convalidação e o seu reconhecimento depende do ajuizamento de demanda específica, que está subordinado a prazo de natureza decadencial (art. 179, do CC).

A anulabilidade deve seguir a regra geral constante no Código Civil, sendo certo

³⁹⁸ Para uma visão contemporânea do regime das invalidades v., por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negocio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina. 2017.

que se deve reconhecer a anulação do negócio jurídico convencional quando celebrado com a presença de algum de vício de consentimento ou social, sendo ajuizada demanda para tanto. Caso já tenha sido ajuizada a demanda em que a referida convenção deva ser utilizada, a ação de anulação da convenção lhe será conexa, diante da relação de prejudicialidade entre as demandas. Se, contudo, a ação ainda não tiver sido ajuizada, o juízo competente para processá-la e julgá-la será o mesmo que deverá conhecer da ação principal.

No que tange à nulidade absoluta, as suas regras permitem um manejo mais simplificado no curso do processo. Assim, além das situações previstas no art. 166, do CC/33, nas quais se destacam o objeto ilícito e o objetivo de fraudar lei imperativa, há situações específicas de nulidade absoluta.

Com efeito, nos termos do disposto no art. 190, CPC/2015, o juiz deverá controlar a validade da convenção, especialmente quando houver nulidade ou “inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”, como já mencionado anteriormente.

Assim, o juiz deverá controlar a convenção quando houver cláusula abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes estiver em situação de vulnerabilidade. Tais circunstâncias devem ser analisadas casuisticamente, como já se apontou alhures.

É interessante observar que muitos dos casos de anulabilidade, como o erro e o dolo, que ao considerados vícios de consentimento, podem ser reduzidos à hipótese de vulnerabilidade, que tem um aspecto mais objetivo e que pode ser aferido mais facilmente o que a configuração dos vícios de consentimento.

De qualquer forma, não se pode descartar a ocorrência dos demais vícios previstos no Código Civil, incluindo a coação e a lesão, embora nesse último caso, a identificação da “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157, do CC), deve observar o denominado “equilíbrio normativo” do contrato, ou seja, considerando o contrato em seu conjunto, pois a convenção processual pode ser resultado de alguma compensação no que se refere ao conteúdo do contrato³⁹⁹.

³⁹⁹ Dessa forma, “é possível afirmar que a aferição do equilíbrio contratual deve considerar a troca no seu conjunto, compatibilizando, de forma harmônica, o equilíbrio do correspectivo e a análise dos demais poderes e garantias que foram estipulados ao longo da engenharia negocial. Assim, a identificação de cláusulas abusivas pode caracterizar uma relação contratual desequilibrada, ao mesmo tempo em que a análise objetiva da relação

A invalidação da convenção, contudo, deve respeitar os parâmetros indicados para a análise da licitude do objeto. Submete-se, assim, ao i) postulado do *in dubio pro libertate*, ii) a necessidade de contraditório prévio, não sendo possível que o juiz reconheça a nulidade sem antes permitir às partes que se manifestem a respeito e possam influenciar a decisão, e iii) a manutenção do negócio caso não haja prejuízo às partes⁴⁰⁰.

2.5.3 Da resolução das convenções processuais

Como já mencionado anteriormente, a resolução ocorre, em relação aos contratos bilaterais, quando há uma causa superveniente à sua formação que leva ao seu desfazimento. Nas palavras de Araken de Assis, “o direito à resolução consiste no desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta do *status quo*.”⁴⁰¹

As hipóteses de resolução do contrato, normalmente tratados pela doutrina, ocorrem pelo a) inadimplemento, que pode ser voluntário ou involuntário; e b) onerosidade excessiva. Aplicável aos contratos bilaterais, em que há prestações correspectivas entre os contratantes, a resolução do contrato pelo inadimplemento da prestação de uma das partes leva à resolução do contrato, eis que a parte não estará obrigada a cumprir com a sua prestação se a outra não adimpliu com a sua parte na avença.

Se o inadimplemento é voluntário, além da extinção do contrato, é possível à parte prejudicada requerer indenização por perdas e danos, ao passo que se o descumprimento é involuntário, decorrente de caso fortuito ou força maior, não há, a priori, direito a indenização por perdas e danos, havendo, tão somente, a extinção do contrato.

Além disso, a resolução, por dissolver o vínculo jurídico, gera efeitos *ex tunc*, restituindo as partes ao *status quo ante*. Porém, em se tratando de situações jurídicas que se desenvolvem no curso do processo, incide o sistema de preclusão a impedir que posições

entre a prestação e a contraprestação pode indicar um desequilíbrio no contrato.” RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007. p. 68.

⁴⁰⁰ CABRAL, Convenções..., cit., p. 420 e segs; NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. Nulidade dos negócios jurídicos e conhecimento de ofício pelo juiz: entre o Código Civil e o novo Código de Processo Civil. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p. 95 e segs.

⁴⁰¹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: RT. 2013. p. 77.

jurídicas já consolidadas no tempo sejam afetadas pela resolução da convenção⁴⁰². É o mesmo entendimento da resolução no caso de contratos com prestações continuadas ou de trato sucessivo, que também gera efeitos *ex nunc*, não retroagindo para afetar situações jurídicas consolidadas no tempo⁴⁰³.

Tal lógica nem sempre poderá ser aplicada às convenções processuais, pois estas são estabelecidas para surtirem efeitos em uma relação processual. Então a consequência pelo não cumprimento da convenção não necessariamente implicará a possibilidade de exigir indenização por perdas e danos.

Por exemplo, supondo-se que as partes tenham estabelecido uma cláusula de *non petendo*, em que fica convencionado que os contratantes não ajuizarão qualquer demanda judicial para discutir a questão de direito material e uma das partes decide ajuizar a referida ação, violando a convenção processual. Haveria, a respeito, uma defesa de natureza processual, em que a parte ré poderia alegar a falta de interesse de agir, diante da cláusula de não demandar presente na convenção processual. É certo também, que a parte autora deve ter ajuizado a demanda requerendo o reconhecimento da nulidade da referida cláusula, o que permitira, por conseguinte, o ajuizamento e processamento da demanda.

Como se pode constatar, o inadimplemento da convenção, no caso concreto, poderia levar à rejeição da demanda, com eventual compensação pelos danos causados com o ajuizamento da demanda, verbas essas que poderiam ser requeridas em sede de reconvenção na própria defesa a ser apresentada pelo réu. O magistrado, também, poderia reconhecer a nulidade da referida cláusula, e o prosseguir seguir seu curso, hipótese em que não haveria inadimplemento, diante da invalidade reconhecida.

Da mesma forma, uma convenção processual em que fosse clausulada uma determinada forma de efetivar intimações e que a mesma não tenha sido observada. O não cumprimento da convenção poderia gerar a invalidade do ato, a ser alegada pela parte prejudicada no primeiro momento em que falasse nos autos, e a demanda seguiria observando-se as determinações estabelecidas na convenção.

⁴⁰² Como explica RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 18: “A partir, então, desses elementos centrais que configuram a razão de ser do processo estatal - seu procedimento em contraditório, onde se desenvolvem as relações múltiplas entre o Estado-juiz e as partes litigantes, pautados pela mecânica dos prazos (com seus termos preestabelecidos em lei) -, é que aparece a respeitável imagem da *preclusão processual*, em todas as etapas, como instituto limitador da atividade processual dos sujeitos envolvidos trazendo ordem e celeridade ao seu desfecho.”

⁴⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale...*, cit., p. 649.

Por conseguinte, o inadimplemento da convenção processual pode gerar diferentes consequências, não podendo ser aplicadas as consequências relativas ao direito material, já que o não cumprimento das convenções processuais afeta a relação jurídica processual. Assim, o descumprimento da convenção pode levar à extinção do processo sem resolução, ao não conhecimento do recurso, a invalidade do ato, etc., a depender do teor da convenção processual descumprida.

PARTE II - CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO EM ESPÉCIE

CAPÍTULO 3 - CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE A POSTULAÇÃO EXECUTIVA

Um primeiro negócio processual atípico relacionado com a execução forçada por ser encontrada na figura denominada *pactum de non petendo*, figura mais genérica, da qual se pode mencionar, especificamente em relação à execução, o *pactum de non exsequendo*, que seria, em verdade, uma espécie do gênero anterior.

A literatura pátria, salvo raras exceções⁴⁰⁴, não fazia menção a esse tipo de pacto, provavelmente diante da interface que ele guarda com o direito material, especialmente a figura da renúncia do crédito.

Mas o advento do CPC/2015 e a previsão de uma cláusula geral de negociação processual provoca o intérprete no redimensionamento de figuras que estavam relegadas a sua importância histórica, buscando novas formas de aplicação de tais modelos ao sistema processual contemporâneo.

Não por menos que readquire importância prática o *pactum de non petendo* - assim como o *pactum de non exsequendo* - eis que já vinha sendo praticado em algumas searas sem que se soubesse propriamente que se tratavam das referidas figuras processuais.

⁴⁰⁴ Tratando do tema, veja-se especialmente GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. *Revista eletrônica de direito processual*, vol. 1, n. 1. outubro-dezembro, 2007, p. 14-17.

Momentos de crise econômica também são propícios para o ressurgimento e aplicação dos referidos institutos processuais, seja com relação às atividades empresariais, seja com relação às relações obrigacionais em geral - a incluir toda a sorte de atividade, tais como as relações de consumo, decorrentes de obrigação alimentar, etc.

Para que se possa compreender corretamente a função a ser desempenhado por esse tipo de negócio jurídico processual, mister proceder a uma breve reconstrução histórica do instituto que, embora não seja o objeto da presente tese, permite situá-lo em conformidade com as fontes históricas, de modo a reconstruir a sua função e utilidade na contemporaneidade.

3.1 Breve perfil histórico do *pactum de non petendo*

O direito romano clássico não conhecia propriamente a figura da remissão do crédito tal como hoje se pode concebê-la. A liberação do devedor por ato do credor era o resultado que podia ser alcançado por meio de distintas figuras. Apontam-se, a respeito, três institutos semelhantes, mas com distintos perfis estruturais, quais sejam: i) a *solutio per aes et libram*; ii) a *acceptilatio* e iii) o *pactum de non petendo*.

A figura mais antiga é a da *solutio per aes et libram*, através do qual o o sujeito obrigado, na presença do credor e de cinco testemunhas, que declara a sua liberação do vínculo através de sucessivas pesagens de *aes rude*. A declaração do devedor é acompanhada de um efetivo pagamento, embora a ênfase esteja colocada na liberação do sujeito *obligatus* de um estado atual ou potencial de sujeição. A *solutio per aes et libram* é vista como uma formalidade com duas funções: o desfazimento do vínculo pessoal incidente sob o devedor e ato extintivo satisfatório⁴⁰⁵. Tal forma de liberação do vínculo obrigacional podia ser utilizado em figuras que são distintas entre si, como: i) *gesta per aes et libram*; ii) o *iudicatum* e iii) o legado *per damnationem*.

⁴⁰⁵ BIANCHINI, Mariagrazia. Remissione del debito (storia). *Enciclopedia del Diritto*. vol. XXXIX. Varese: Giuffré. 1988. p. 758-759.

A evolução romana da figura da *solutio per aes et libram* fez com que se passasse a considerar - tão somente - o aspecto liberatório da relação obrigacional, independentemente de ter havido - ou não - a satisfação do crédito, razão pela qual a *solutio* vem referenciada como uma reminiscência bastante antiga da remissão do débito⁴⁰⁶.

A *acceptilatio* é uma figura com fundamento análogo à anterior, não obstante neste caso o credor era levado, a requerimento do devedor, para confirmar, de forma solene, a satisfação do crédito. Conforme indicado em Gaio 3, 169, a fórmula da *acceptilatio* levava à questionar o devedor “*Quod ego tibi promisi, habenes acceptum?*” que recebia a resposta - afirmativa - “*Habeo*” do credor⁴⁰⁷. A diferença entre a *solutio per aes et libram* e a *acceptilatio* decorria da perspectiva em análise: na primeira, dava-se importância à ótica do devedor, ao passo que na segunda, a perspectiva do credor era a mais relevante.

Como forma de liberação do devedor, a *acceptilatio* incide sobre a própria existência do vínculo obrigacional, de modo a extingui-lo, da mesma forma como o adimplemento. Gerava, por conseguinte, efeitos idênticos ao cumprimento da obrigação, seja em reação às garantias pessoais, seja no que tange às obrigações solidárias⁴⁰⁸.

A última figura a aparecer nas fontes romanas é o *pactum de non petendo*. Sinalize-se que se tratava de uma espécie do gênero *pacta*, como sentido de renúncia a um direito. Era um pacto informal por meio do qual o credor se comprometia a não exigir (no todo ou em parte) a prestação do devedor⁴⁰⁹, seja de forma perpétua (*ad perpetuum*) ou por um determinado período de tempo (*ad tempus*). Tratava-se de uma figura processual, conferindo ao devedor, acaso demandado, a possibilidade de invocar a *exceptio pacti conventi*, que paralisava a ação do credor e impedia a condenação do devedor demandado⁴¹⁰. Acerca da eficácia da *exceptio*, em termos processuais, poderia ser *exceptio dilatoria* ou *peremptoria*. No primeiro caso, quando o pacto fosse *ad tempus*, podendo o credor desistir da ação para propô-la novamente após terminar o lapso temporal concedido ao devedor para a satisfação da obrigação. Na segunda hipótese, em se tratando de pacto *ad perpetuum*, haveria sempre esse

⁴⁰⁶ BIANCHINI, cit., p. 760.

⁴⁰⁷ BIANCHINI, cit., p. 760.

⁴⁰⁸ BIANCHINI, cit., p. 761.

⁴⁰⁹ “Il patto *de non petendo* e quello per cui il creditore promette al debitore di non richiederlo al debitore la prestazione; è una mera convenzione, la quale, però, non essendo conclusa nella forma solenne della *acceptilatio*, non estingue *ipso iure* l’obbligazione (come quelle nascenti da furto o da *iniuria*), ma solo per via dell’*exceptio pacti conventi* concessa dal pretore.” MOSCHELLA, Ignazio. *Pactum de non petendo*. *Dizionario Pratico di Diritto Privato*. v. 5. Milano: F. Vallardi. 1939. p. 19; DE VILLA, Vittorio. “Pactum de non petendo”. *Nuovo Digesto Italiano*. vol. 10. Torino: UTET. 1939. p. 408; BURDESE, Alberto. *Patto*. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 12. Torino: UTET. 1965. p. 709.

⁴¹⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Napoli: Jovene. 1934. p. 386.

obstáculo processual que impediria o credor de exigir o cumprimento da prestação estabelecida, diante da incidência do princípio do *ne bis in idem*⁴¹¹. Ressalte-se que era assegurada ao devedor a repetição do pagamento feito por erro, ao credor quando estabelecido um pacto de não exigir a obrigação perpétuo, através de uma *conditio indebiti*⁴¹².

Por esse motivo, principalmente, o *pactum* não se confundia com a figura da *acceptilatio*, o qual, como visto, além de ser um negócio jurídico solene, tinha por objetivo a dissolução do vínculo obrigacional com efeitos satisfativos para o credor, sendo, por conseguinte, uma forma de extinção da obrigação independentemente de pagamento por parte do *solvens*⁴¹³.

No direito clássico, o pacto somente vinculava as partes que os celebravam, de modo que não se transmitia aos herdeiros, garantidores ou devedores solidários. Somente se concebia o *pactum de non petendo in personae*, excepcionalmente se estendendo ao herdeiro se tivesse a menção expressa a esse (*mentio heredis*)⁴¹⁴.

Já no direito justiniano, embora deva-se ressaltar que as fontes não são muito precisas para afirmações categóricas a respeito⁴¹⁵, adquiriu importância a diferença entre o *pactum in rem* e o *pactum in personae*. Este, como já visto, aproveita somente as partes do *pactum*, eis que relacionado à pessoa do devedor (*ne a persona petam*) ao passo que o outro aproveita também o herdeiro, o garantidor e o devedor solidário, já que não era estipulado levando em consideração a pessoa do devedor (*ne petam*). A vontade das partes estabelecia a natureza do

⁴¹¹ BIANCHINI, op. cit. p. 763.

⁴¹² BIANCHINI, op. cit., p. 763. Da mesma forma GALLO, Filippo. Sulla assertita sopravvivenza del “pactum de non petendo” nel diritto civile italiano. *Il foro italiano*. vol. 83, n. 5, 1960, p. 136: “Già nell’epoca classica tuttavia il pagamento eseguito per errore, dopo la stipulazione di un patto di non chiedere in perpetuo, era ritenuto indebito.

⁴¹³ SARGENTI, Mario. “Pactum de non petendo” e remissione del debito. *Foro Padano*, vol. 40, 1959, Milano, p. 299. O mesmo autor ressalta, também, que um erro vincular a figura da *acceptilatio* com a remissão da dívida: “Sarebbe, peraltro, un errore storico e costruttivo dire che, in questa funzione liberatoria e no più necessariamente satisfattiva, l’*acceptilatio* viene ad identificarsi con la remissione del debito. Per i giuristi romani essa rimane pur sempre una *imaginaria solutio*, catterizzata cioè, dalla solenne dichiarazione del creditore di essere stato soddisfatto (non di rinunciare ad essere soddisfatto) e, come in tutti gli atti formali, questa dichiarazione ha una funzione tipica, dietro alla quale non è dato (e non è necessario) ricercare il movente pratico da cui le parti sono state o sono ispirate.” SARGENTI, op. cit., p. 300.

⁴¹⁴ GALLO, Filippo. Sulla assertita sopravvivenza del “pactum de non petendo” nel diritto civile italiano. *Il foro italiano*. vol. 83, n. 5, 1960, p. 133.

⁴¹⁵ “L’antitesi che sta al posto d’onore, nel titolo *de pactis*, tra *pacta in rem* e *in personam*, non è totalmente ignota al diritto classico [...], ma nel diritto giustiniano la distinzione ha una portata assai più vasta ed un senso ed un valore alquanto diverso; dalla menzione della persona del pascente o, rispettivamente, dal difetto di tale menzione non si trae che una semplice presunzione, si noti, fondata ad un tempo su criteri che si escludono a vicenda (“*non minus ex verbis, quam ex mente convenientium*”).” SÉGRE, Gino. Sull’efficacia del *pactum de non petendo*. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, vol. 1, Milano, p. 1064. Contra: ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè. 1940. p. 410-411.

pacto⁴¹⁶ - se *in rem* ou *in personae* - porém a presunção é que ela seria *in rem*, cabendo ao credor demonstrar o contrário⁴¹⁷.

Nessa perspectiva, o *pactum in rem* seria oponível, além do devedor, ao herdeiro, ao garantidor, ao coobrigado passivo (quando há uma relação de sociedade⁴¹⁸ ou quando existe a possibilidade do exercício do direito de regresso)⁴¹⁹ e a qualquer terceiro que pudesse ter algum interesse na relação jurídica. Nas obrigações solidárias ativas, contudo, o pacto celebrado entre o devedor e um dos credores solidários somente a ele se referia, pois não teria como estender a estipulação em relação aos demais co-credores, prejudicando o direito de terceiros que não manifestaram a sua vontade na estipulação do *pactum*⁴²⁰.

Pode-se verificar, portanto, o desenvolvimento que o *pactum de non petendo* teve no período do direito justiniano observando-se um declínio na importância da distinção entre as figuras, pois com o desaparecimento do processo formulário, não havia mais a exigência de se alegar a *exceptio* antes da defesa do demandado. Assim, a diferença entre o *pactum* e o *acceptilatio* acabou se fundindo em um único negócio remissório, derivando da *acceptilatio* o efeito extintivo da obrigação e do *pactum* derivaria a estrutura e as suas características, como a sua elasticidade e informalidade⁴²¹, perdendo importância a distinção entre as figuras, a ponto de desaparecerem como figuras autônomas, o que se manteve nos ordenamentos contemporâneos⁴²².

⁴¹⁶ DE VILLA, cit., p. 409.

⁴¹⁷ ALBERTARIO, op. cit., p. 420.

⁴¹⁸ “In merito all’efficacia del patto *de non petendo* in tema di obbligazioni solidale passive, a noi sembra più probabile la tesi del BONFANTE che la diversità tra il regime classico e quello giustiniano consiste nel rendere in quest’ultimo l’efficacia obiettiva del *pactum in rem* indipendentemente all’esistenza di un rapporto sociale fra i correi richiesta invece dai classici Le II. 25, D, 2, 14 e 14, D, 46, 8, sono interpolate nel senso che si riconosce che il patto possa estendersi al correo anche se non esiste una società. Se nonostante ciò non è spezzata la correlazione col diritto di regresso, che anzi interviene come valido motivo a favore dell’efficacia obiettiva del patto, ciò dipende dalla diversa concezione del regresso presso i giustiniane per i quali è indifferente l’esistenza di un rapporto interno fra i correi, soprattutto di natura sociale.” DE VILLA, cit., p. 409-410.

⁴¹⁹ “Nelle obbligazioni solidali passive il patto in rem è causa generale di estinzione della obbligazione solidale come tale.” ALBERTARIO, cit., p. 421.

⁴²⁰ DE VILLA, cit., p. 410.

⁴²¹ CRISTOFARO, Giovanni de. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XLII, 1996, parte 1, p. 373

⁴²² “L’antitesi che presso i classici rispecchia il dualismo tra il diritto civile e pretorio ha perduto il suo valore nella compilazione. Con la caduta del processo formulare viene meno l’esigenza che l’*exceptio* sia invocata prima della contestazione della lite dal convenuto, e se a differenza fra i due modi estintivi si mantiene ancora formalmente è privata però del suo contenuto. Il contrapposto tra *acceptilatio* e *pactum de non petendo* è già scomparso nel diritto comune ed è ignoto ai codici moderni.” DE VILLA, op. cit., p. 410. Também Bianchini: “Il maggior interesse dei giuristi è però suscitato dalla problematica relativa al *pactum* e ai suoi effetti, con particolare riguardo alla distinzione, fissata nei testi della compilazione giustiniana fra *pactum in rem* e *in personam*. A ben vedere, tuttavia, su questo punto, come del resto sui precedenti, glossatori, commentatori e culti come pure la dottrina ottocentesca, no si discostano molto dalla disciplina giustiniana, anche se l’accentuazione del rapporto remissione-*pactum* ha finito per sottolineare la natura convenzionale dell’atto,

3.2 Redescobrimo o *pactum de non petendo*

Como mencionado anteriormente, as codificações modernas não adotaram a distinção romana entre o *pactum de non petendo* e a *acceptilatio*, de modo a reunir as diversas situações sob o signo da *remissão*, considerada uma forma de extinção da relação obrigacional. A referência ao *pactum* foi, de fato, banida dos estudos acerca da extinção das obrigações⁴²³.

O estudo do instituto também na seara processual não revelou maiores importâncias, provavelmente diante de um modelo relacionado ao processo de interesse público, admitindo de forma bastante limitada a possibilidade de acordos processuais⁴²⁴. Porém, com o advento do CPC/2015 e a previsão geral do art. 190, passa a ter nova importância o estudo da referida convenção e, mais especificamente para esta tese, o *pactum de non exsequendo*, daquele derivado.

A bem da verdade tais estipulações já vinham sendo utilizadas sem que se remontasse a essa figura, que de certa forma não tinha previsão específica no ordenamento jurídico pátrio. A possibilidade de se convencionar o não ajuizamento de uma demanda ou de uma ação de execução já faz parte dos arranjos negociais em inúmeras relações jurídicas, das quais podem ser destacadas as relações de família, relações empresariais - especialmente propriedade industrial⁴²⁵ - e, também, em relações civis⁴²⁶.

inducendo a parlare di contratto di remissione, da alcuni studiosi desiderato, perciò, come originale creazione del diritto comune.” BIANCHINI, op. cit., p. 765-766.

⁴²³ Na visão de Giovanni de Cristofaro: “Nei codici moderni, di un negozio siffatto non si fa parola, né è in essi rinvenibile un istituto che si presti ad essere al medesimo assimilato, o che in qualche modo lo ricomprenda, non potendo considerarsi tale l’odierna remissione, che nel *pactum de non petendo* del diritto romano classico trova soltanto un lontano precedente storico, dal quale però si differenzia profondamente, come vedremo, per struttura ed effetti.” CRISTOFARO, cit., p. 367.

⁴²⁴ Sobre o tema, o magistério de Chiovenda: “La presenza dunque di un organo dello Stato nel processo fa sì, che soltanto in pochi casi siano validi gli accordi delle parti per regolare a modo loro il rapporto processuale, in guisa che la parte possa pretendere di fronte alla parte il rispetto dell’accordo. Poiché l’accordo processuale per sua natura ha sempre di mira più o meno direttamente l’attività del giudice, che in virtù dell’accordo stesso viene limitata di fronte all’altra parte.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Jovene: Napoli, 1928. p. 105. Reconhece, contudo, o *pactum non exsequendo*: “Ma conosciamo e ammettiamo come valido il patto di *non esigere* un titolo esecutivo, come è valido il patto più generale di non far valere in giudizio un determinato diritto (*pactum di non petendo*): qui non v’ha che una rinuncia ad un diritto individuale. Ma non è valido il patto di procedere contro il debitore *solo nelle vie ordinarie*, rinunciando a chiedere la dichiarazione di fallimento, perché la facoltà di scegliere il procedimento concorsuale è data al creditore nello interesse generale.” CHIOVENDA, Principii, cit., p. 107.

⁴²⁵ Sobre o tema, EIRITZ, Misa K. Should intellectual propriety owners just do it? An examination into the effects of Nike’s covenant not to sue. *Berkley Technology Law Journal*, vol. 29, 2014, disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2037&context=btlj>, acesso em 10 de janeiro de 2019: “The cases addressed by several lower courts prior to the decision in *Nike* followed the same general pattern: an intellectual propriety holder (usually a patent or trademark owner) sued another party alleging infringement, and the defendant counterclaimed for declaratory judgement asking the court to invalidate the patent or trademark. Recognizing that an unfavourable judicial ruling of invalidity was likely, the industrial property owner then backed away from its original claim, offered a covenant not to sue, and moved to dismiss

É importante, por conseguinte, verificar o perfil dogmático da referida cláusula, distinguindo-a de outras figuras, bem como analisando a sua validade no ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Objeto do *pactum de non petendo* e de *non exsequendo*

Um aspecto que deve ser verificado é o objeto do *pactum de non petendo*, se a estipulação afeta o direito subjetivo material, a pretensão (de direito material e/ou de direito processual), o direito de ação ou o remédio jurídico-processual. É uma questão intrincada e que remete à interrelação do direito material e do direito processual, de toda enriquecida com a negociação sobre o processo.

A diferença estabelecida entre o *pactum de non petendo* e a remissão de dívidas não foi absorvida pelas codificações ocidentais modernas. A questão ficou adstrita à remissão de dívidas, que é uma forma de extinção das relações obrigacionais, tocando, por conseguinte, ao

the case and the invalidity counterclaim for lack of subject matter jurisdiction. The covenant not to sue served as a release of liability, discharging the alleged infringer from any legal responsibility."

⁴²⁶ Um interessante exemplo para a aplicação da cláusula, inclusive em relação ao Poder Público, vem relatada na decisão da Suprema Corte de Washington, de 2002, no julgamento de 1515-1519 Lakeview Boulevard Condo. Ass'n v. Apartment Sales Corp.: "Apartment Sales Corporation sought and received a permit from the city of Seattle to build three townhouse condominiums on a site with a small flat area and a steep slope. Because the site was in a potential slide area, the developers were required to obtain several zoning variances. In addition to requiring the variances, the city imposed three conditions on the developers before granting the permits: the developers were required to (1) inform all the purchasers of the risk of soil movement; (2) maintain continuous insurance; and (3) grant and record a covenant releasing the city from liability for damages caused by soil movement, except for damages caused by the city's sole negligence. The developers executed and recorded the covenant that provided that they, as owners of the property on their own behalf and "on behalf of his/her heirs, successors and assigns hereby waives any right to assert any claim against the City for any loss, or damage to people or property either on or off the suit resulting from soil movement by reason of or arising out of the issuance of the permit(s) by the City for development on this propriety..." In January 1997, after the condominiums had been occupied for about four years, major soil movement occurred, causing the property to sink between four and six feet and making the homes uninhabitable. The homeowners sued the city, the developers, and others. The city successfully moved for summary judgement at trial based on the covenant and other grounds not relevant to this discussion. The Washington Court of Appeals reversed on the ground that the covenant did not run with the land. The Washington Supreme Court granted review and reversed, holding that the covenant was valid and did run with the land." FRENCH, Susan F. Can covenants not to sue, covenants against competition and spite covenants run with land? Comparing results under the touch or concern doctrine and the restatement third, property (servitudes). *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 38, n. 2, 2003, p. 276. Disponível em

<https://www.jstor.org/stable/pdf/20785731.pdf?refreqid=excelsior%3Af0c5edfcfdde2076d5ef567fdf7adc28>, acesso em 08 de janeiro de 2019. Da mesma forma, merece menção a doutrina de Marcelo Mazzola: "Apenas a título ilustrativo, podemos mencionar exemplos do que poderia ser convencionado pelo locador, pelo locatário e pelo fiador na fase contratual: cláusulas de paz (opção pelos métodos alternativos de solução de conflitos antes de eventual judicialização da matéria), de eleição de foro, de escolha do perito em eventual ação judicial, de ampliação de prazo para a denúncia da locação ou desocupação do imóvel em contrato por prazo indeterminado, de vistoria do imóvel, de impenhorabilidade de algum bem, de redistribuição do ônus da prova, de regras de sucumbência e divisão de despesas processuais, de renúncia bilateral de recurso, etc." MAZZOLA, Marcelo. As incursões do novo CPC na lei de locações. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/as-incursoes-do-novo-cpc-na-lei-de-locaoes/>, acesso em 10 de setembro de 2019.

direito de crédito. Essa é a principal diferença entre as figuras, pois a remissão de dívidas extingue o próprio direito subjetivo⁴²⁷, ao passo que o *pactum de non petendo* estaria restrito ao exercício da pretensão que decorre do inadimplemento da obrigação, tocando, tão somente, à exigibilidade do crédito. Dessa forma, o *pactum* não afeta a relação obrigacional em si⁴²⁸, ou seja, o direito de crédito, mas somente a possibilidade de ser exigida judicialmente.

A consequência do estabelecimento de um *pactum de non petendo*, especialmente quando estabelecido *ad perpetuum*⁴²⁹, é que a obrigação acaba perdendo a sua exigibilidade, podendo - numa análise perfunctória - ser enquadrada na categoria de “obrigação natural”⁴³⁰, que se caracteriza por ser uma obrigação sem exigibilidade, mas ainda existente, de forma que o pagamento espontâneo do crédito não autoriza ao devedor requerer a repetição do indébito - pois o pagamento não é indevido.

Tal visão, contudo, não encontra unanimidade na doutrina⁴³¹. Sustenta-se, de outro modo, que esta perspectiva - de reduzir o esquema do *pactum de non petendo* a uma obrigação meramente natural - não se revela correta diante de um perfil contemporâneo e funcional acerca do *pactum de non petendo*.

Três são os principais argumentos para afastar a obrigação decorrente da estipulação de um *pactum de non petendo* da categoria da “obrigação natural”: a) a execução espontânea de um crédito desprovido de coercibilidade se fundamenta em um título juridicamente relevante - ou uma causa de atribuição⁴³² - e não em um dever moral ou social; b) a *solutio retentio*, ou seja, a retenção do pagamento, não é efeito exclusivo de um vínculo natural; e c) a recondução do *pactum* às obrigações naturais não permitiria explicar o ônus do devedor de alegar a existência do *pactum*, o que não ocorreria, por exemplo, na hipótese de cobrança de dívida prescrita, haja vista a possibilidade do juiz reconhecer de ofício a ocorrência da prescrição⁴³³.

⁴²⁷ Nesse sentido, Perlingieri: “La funzione della remissione non si esaurisce nella perdita, da parte del creditore, della titolarità del diritto, ma consiste anche, necessariamente, nella liberazione del debitore dall’obbligo dell’adempimento, nell’estinzione, quindi, del rapporto obbligatorio.” PERLINGIERI, Pietro. *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*. Bologna: Zanichelli. 1975. p. 183.

⁴²⁸ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. vol. III. Milano: Giuffrè. 1948. p. 187.

⁴²⁹ Ou seja, sem prazo estabelecido. Sobre as classificações veja infra.

⁴³⁰ SARGENTI, Mario. *Pactum...*, cit., p. 303. Da mesma forma REICHEL, Hans. *Il “pactum de non petendo”*. Paccini Editore: Pisa. 2018. p. 29-30.

⁴³¹ No sentido de não se referir à obrigação natural: CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Disponível em <<https://www.academia.edu/s/c5f292f743?source=news>>, acesso em 31 de janeiro de 2020. p.8.

⁴³² COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 464.

⁴³³ FOLLIERI, Luigi. *Esecuzione forzata e autonomia privata*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2016. p. 49-50.

De qualquer forma, a consequência do estabelecimento de um *pactum de non petendo* - ou de *non exsequendo* - é relativo não ao próprio direito material, mas sim à exigibilidade desse direito, de modo que o âmbito de aplicação dessa convenção é distinta da remissão de dívidas⁴³⁴.

A pretensão, por sua vez, pode ser material ou processual. A pretensão material decorre da violação ao direito subjetivo e se dirige contra a pessoa a quem compete realizar aquele direito⁴³⁵. Já a pretensão processual é a “de se *reclamar do Estado*, e portanto de se pretender que o Estado venha prestar a sua jurisdição e, portanto, venha atender aquela “reclamação”, que lhe faz o autor”⁴³⁶.

Entendida a pretensão jurídico-material como a faculdade de se poder exigir o direito subjetivo violado, não se pode desconsiderar que o *pactum de non exsequendo* se refere à possibilidade de exigir a tutela estatal para o cumprimento da obrigação, não havendo relação com o direito material, de modo que a referida convenção processual incide diretamente sobre a pretensão executiva, comprometendo-se o credor, ou por um determinado tempo a não exigir o crédito⁴³⁷.

Porém, a vinculação do *pactum* com a figura da pretensão responde aos anseios de quem entende inviável a sua pactuação em relação ao direito de ação, visto como um direito fundamental de acesso aos Tribunais (art. 5º, XXXV, da CRFB), o qual não seria suscetível de disposição pela vontade das partes⁴³⁸. Não há, porém, razão para justificar essa

⁴³⁴ Na síntese de Cristóforo: “[...] si tratterebbe, insomma, di un negozio dispositivo, e precisamente di una rinuncia, non però di una rinuncia al diritto, bensì di una rinuncia all’azione, ed appunto in questa diversità di oggetto consisterebbe il trato differenziale tra le due figure del *pactum de non petendo*, modernamente inteso, e della remissione.” CRISTOFARO, op. cit., p. 396.

⁴³⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, vol. 47, 1987, p. 122.

⁴³⁶ Idem, ibidem. Ainda na lição de Pontes de Miranda: “O conteúdo e a finalidade da pretensão à tutela jurídica, que é de direito público, consistem na obtenção da tutela jurídica. Dirige-se contra o Estado, quer a exerça o autor, quer o réu. Se o réu atende ao pedido do autor, extingue-se a pretensão ou a ação de direito material, e apenas fica sem objeto a pretensão à tutela jurídica e, portanto, a pretensão processual, que nasceu do exercício dela. Não se dirige contra o demandado, se dela é titular o autor, nem contra o demandante, se dela é titular o réu; nem contra o demandante e o demandado, se dela é titular o terceiro. Só se satisfaz a pretensão à tutela jurídica se o Estado faz prestação jurisdicional prometida.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. p. 232.

⁴³⁷ ANGIONI, Enrica. *Negozi giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea*. Tese (Doutorado). Universidade de Cagliari. 2015. p. 103; CABRAL, Pactum..., cit., p. 7-8; COSTA E SILVA, Pactum..., cit., p. 424.

⁴³⁸ Assim: “A disposição realizada através de um *pactum de non petendo* não pode igualmente incidir sobre o direito de acesso à tutela jurisdicional (art. 20/4 da Constituição da República portuguesa). O direito de acesso aos tribunais consiste num direito fundamental, respeitante às relações de cidadania e invocável pelos particulares perante o Estado sempre que o recurso aos órgãos de administração da justiça se revele necessário para o exercício eficaz de um direito. O credor que celebra um *pactum de non petendo* não renuncia à titularidade de tal direito, nem tampouco se vincula a não exercê-lo. Antes fica obrigado a não exercer uma posição jurídica emergente de uma relação jurídico-privada: a *exigibilidade (judicial ou extrajudicial) do direito de crédito*.” Ibidem, p. 423.

interpretação, eis que o acesso ao Poder Judiciário, embora tido como um direito fundamental, pode sofrer limitações, como já mencionado anteriormente. Não seria possível, de outro lado, vedar o acesso ao Poder Judiciário para, por exemplo, impedir a própria invalidação do *pactum de non exsequendo*.

Especificamente, em se tratando do cumprimento de obrigações por meio da tutela executiva, em que vigora o princípio da disponibilidade, sendo certo que o credor pode a qualquer tempo desistir da execução ou de algumas medidas executivas independentemente, como regra, da concordância da parte executada, podendo, inclusive, remitir o próprio direito material, não há justificativa para que não se valide o *pactum de non exsequendo* em relação à pretensão processual⁴³⁹.

Também é possível o *pactum de non exsequendo* em relação aos remédios jurídicos processuais, que são os meios estabelecidos pelo direito para a adequada tutela do direito material afirmado. Considerando-se o remédio jurídico processual o procedimento estabelecido nas normas para se alcançar a tutela de um direito ao qual o credor afirma ter⁴⁴⁰, é possível que o *pactum de non exsequendo* se refira também a eles, de modo, inclusive, a regular o procedimento colocado à disposição das partes. É possível assim, que as partes disponham acerca dos remédios jurídicos processuais, afastando, por exemplo, a utilização do procedimento perante os juizados especiais cíveis⁴⁴¹ ou a incidência de um rito especial⁴⁴².

Assim, o *pactum de non exsequendo* pode dizer respeito ao não exercício da pretensão executiva ou dos remédios processuais adequados para a tutela executiva⁴⁴³, observando-se a tipologia acima mencionada em suas diversas variantes. *A priori*, o *pactum* não afeta a prática de condutas extrajudiciais para a tutela do direito do credor, o que, porém, dependerá da

⁴³⁹ Nesse sentido: “O que importa é que o princípio da autonomia privada, por seu lado, dá guarida constitucional ao contrato processual referido. Logo, observa-se que está na autonomia decisória do titular da situação jurídica propor ou não a ação para fazer valer a sua pretensão. Em outras palavras, se o titular de um direito opta por não o exigir, nenhuma consequência em termos de violação a direitos constitucionais haveria de ser cogitada. O *pactum de non petendo*, por um ponto de vista, antecipa esta avaliação, fazendo com que o titular do direito subjetivo comprometa-se (de forma livre, evidentemente) a não exigí-lo em juízo no futuro. Mas aqui, diferentemente do que ocorre em outros casos, há restrições mais contundentes.” MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o *pactum de non petendo*. *Revista de Processo*, vol. 272, p. 419-439, out., 2017, versão eletrônica. Da mesma forma TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. “*Pactum de non petendo*” parcial. *Revista de Processo*, vol. 280, jun 2018, p. 19-39, versão eletrônica.

⁴⁴⁰ “O remédio jurídico processual é meio instrumental, que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dele, possam suscitar a *decisão*, a prestação jurisdicional.” MIRANDA, *cit.*, p. 277.

⁴⁴¹ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. “*Pactum de non petendo*” parcial. *Revista de Processo*, vol. 280, jun 2018, p. 19-39, versão eletrônica.

⁴⁴² REZENDE, Diogo. A contratualização..., *cit.*, p. 195.

⁴⁴³ Dizendo respeito, por exemplo, às medidas executivas atípicas.

redação da cláusula contratual (que poderá, então, incluir qualquer tipo de medida tendente à cobrança do crédito, judicial ou extrajudicial)⁴⁴⁴.

É importante, ainda, tecer alguns comentários acerca dos motivos que levariam as partes a celebrar esse tipo de convenção processual. Pode ocorrer em relações de maior proximidade entre o credor e o devedor, como negócios familiares ou entre amigos, mas também, e nesse ponto ele tem uma importante função, nos casos em que o devedor se encontra em situação de dificuldades financeiras ou de pré-falência ou insolvência⁴⁴⁵. Não obstante a recuperação judicial seja decorrência de lei, é possível, anteriormente, estabelecer entre credor e devedor em dificuldades *pactum de non exsequendo*. A falta de coercibilidade da obrigação também pode, em relação ao devedor em dificuldades financeiras, estimulá-lo ao cumprimento espontâneo da obrigação, consequência que decorreria da própria existência, ainda, do direito material⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, jan, 2018, versão eletrônica, item 6; CABRAL, Pactum..., cit.; BUCHMANN, Adriana. Limites..., cit., p. 322: "Ocorre, contudo, que a renúncia à execução elimina apenas uma das alternativas do titular em valer-se do título que consubstancie direito material. Veja-se: além da execução do título, o jurisdicionado dispõe de meios tais qual o protesto do título de crédito, através do qual consegue, inclusive, atingir a esfera jurídica do devedor."

⁴⁴⁵ Existe, inclusive, quem sustente que o *pactum de non petendo* teria sido o precursor da então denominada "concordata", que no sistema jurídico pátrio atualmente foi remodelado pela "recuperação judicial". A diferença, contudo, foi sublinhada por Luigi Balestra: "La dottrina civilistica dal canto suo, sempre nel tentativo di avvalorare una ricostruzione incline al riconoscimento della maturazione degli interessi, ha proposto un elegante parallelismo con il *pactum de non petendo ad tempus*, sottolineando come tale fattispecie, nella ricostruzione che è apparsa preferibile, non incide sull'esigibilità (presupposto ineludibile per la maturazione degli interessi), in quanto implica unicamente una rinuncia ad azionare gli strumenti legislativamente concessi al creditore per l'ottenimento della soddisfazione in via coattiva del credito. Deve purtuttavia osservarsi come, a prescindere dall'impostazione che si intenda privilegiare nell'identificazione delle precipue caratteristiche della figura del *pactum de non petendo*, la ricostruzione in termini di rinuncia temporanea, come tale non escludente l'esigibilità, poco si attagli ad un fenomeno - qual è quello in discussione - in cui il sacrificio sopportato dai creditori estranei, consistente appunto nel differimento temporale della soddisfazione del proprio interesse al conseguimento dell'adempimento, non trova la propria fonte regolatrice nell'autonomia contrattuale, bensì in un'imposizione legislativa tesa a contemplare il predetto interesse alla realizzazione della pretesa creditoria con la finalità di fondo sottesa agli accordi di ristrutturazione." BALESTRA, Luigi. Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. *Iurisprudenza commerciale*, ano XLI, parte 1, 2014, Giuffrè, p. 291-292. Da mesma forma: "Si tratta di una figura genericamente riconducibile al tradizionale *pactum de non petendo*, da cui si distingue però per il carattere necessariamente temporaneo (a differenza dell'instituto di origine romanistica che poteva anche essere *in perpetuum*) e per la latitudine più ampia, in quanto non circoscritta solo alla provvisoria inesigibilità dei crediti dei partecipanti ma comprensiva anche della regolazione dell'accesso al finanziamento bancario." NOCERA, Ivan Libero. La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione. *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*. ano XCI, vol. 5, 2016, Wolters Kluwer, p. 1095.

⁴⁴⁶ "É, ainda, merecida uma referência aos motivos das partes em celebrar um *pactum de non petendo*. Parece indiscutível que o paradigma das relações sociais e econômicas assentes numa economia de mercado e no tráfego de massas torna a confiança no cumprimento das promessas especialmente valiosa, não possibilitando aos acordos de exclusão da exigibilidade do crédito a conquista de um espaço de primeira importância na tipicidade social.

Todavia, num sistema em que vigora a autonomia privada, tal está longe de constituir um obstáculo à sua validade. Na verdade, o credor pode mesmo confiar em que a exclusão do direito de exigir o cumprimento, e a

A convenção, nesse ponto, pode ter inúmeras facetas: pode-se postergar a sua exigibilidade a convenção ou termo; pode-se excluir a utilização de remédios jurídicos processuais - talvez até mesmo o pedido de falência -, pode-se estabelecer pacto que auxilie a recuperação do devedor, não impedindo o exercício de sua atividade⁴⁴⁷, etc.

3.4 Classificação do *pactum de non petendo*

Pode-se estabelecer uma classificação quanto ao tempo de duração da inexigibilidade do exercício do direito. Nessa esteira, pode-se ter: i) *pactum de non petendo ad perpetuum*; e ii) *pactum de non petendo ad tempus*.

Pelo primeiro, o credor se compromete a não mais exigir a obrigação do devedor. Em se tratando de uma obrigação simples, não se pode negar a semelhança de efeitos em relação à remissão de dívidas, o que é, inclusive, sublinhado pela jurisprudência⁴⁴⁸. Ocorre que, em se tratando de obrigação subjetivamente plúrima, especialmente no polo passivo, o pacto surte diferentes efeitos, eis que a sua eficácia não se estende aos demais coobrigados, nem na relação externa com o credor, nem na relação interna entre os coobrigados (os quais podem agir com direito de regresso e o pacto não será oponível em relação a estes, como regra).

A possibilidade de estabelecimento desse tipo de pacto, *ad perpetuum*, mantém as suas características funcionais, não se confundindo, portanto, com a remissão de dívidas, relacionando-se, da mesma forma, com a incidência do princípio da boa-fé objetiva na relação obrigacional, tornando-a muito mais complexa e recheada de obrigações e deveres que transcendem a simples relação crédito X débito, redimensionando o conceito de credor e devedor⁴⁴⁹. Dessa forma, o *pactum ad perpetuum* não tem o efeito de extinguir a relação

consequente diminuição da intensidade da coercibilidade do dever de prestar, contribuirá para a criação de condições psicológicas (p. ex., motivacionais) concretamente facilitadoras da realização da prestação pelo devedor. Mais: pode incorporar este incremento do risco de sua posição, cuja satisfação dependerá largamente do impulso do devedor, no contrato, repercutindo-o no seu regime.” COSTA E SILVA, Paula, cit., p. 422-423.

⁴⁴⁷ Porém, aqui, estaria-se pactuando a impenhorabilidade de algum bem ou atividade.

⁴⁴⁸ Corte di Cassazione, Sezione II, 12 luglio 1958, n. 2539, App. Napoli 31-7-1957.

⁴⁴⁹ “La disciplina del debito prescritto e i poteri conservativi attribuiti al creditore di una prestazione sottoposta a termine non scaduto o a condizione sospensiva non ancora evidenziano, però, che esistenza ed esigibilità della prestazione stessa non possono essere confusi tra loro e la funzione sempre più pervasiva attribuita al principio di buona fede nell’esecuzione del rapporto obbligatorio dimostra l’impossibilità di limitare l’analisi strutturale di quest’ultimo alla semplice contrapposizione tra debito e credito ed ha aperto da tempo la strada ad una riflessione più ampia ed articolata, che, attribuendo al rapporto stesso una natura organica, ne disarticola la struttura in una pluralità di situazioni attive e passive irriducibili ad una formale corrispondenza tra “esercizio del diritto” e “realizzazione del credito”. L’idea di “inesigibilità perpetua”, sottesa alla stipulazione del *pactum*, lungi dall’identificarsi con la sostanziale dismissione dell’intera situazione giuridica creditoria, comporta solo la perdita di una delle facoltà di questo stesso diritto e segnatamente di quella coincidente con il potere di prendere l’adempimento, senza tuttavia incidere né sulla possibilità di trattenere validamente l’eventuale prestazione

obrigacional, mas somente elide uma faculdade que decorre da relação jurídica - mas que dela não é componente -, que é a sua exigibilidade judicial⁴⁵⁰.

Esse tipo de pacto acaba sendo mais comum em se tratando de negócios entre amigos e parentes, como entre irmãos ou sogro e enteado, mas não deixa de ser desconhecido em outros tipos de operações, como devedor em dificuldades financeiras que estabelece um contrato de mútuo com um *pactum de non petendo ad perpetuum*⁴⁵¹.

Há uma discussão no que diz respeito ao estabelecimento dos pactos “perpétuos” relativos à possibilidade de serem estabelecidos vínculos jurídicos atemporais, na medida em que as relações obrigacionais teriam como característica a temporariedade ou transitoriedade das suas estipulações, com fundamento no direito à liberdade. Alerta-se que, em verdade, o *pactum ad perpetuum* estaria aniquilando o próprio direito material por meio de uma convenção que toca o direito processual. Para essa finalidade, seria mais correto a utilização de mecanismos afetos ao direito material, como renúncia à prescrição ou a remissão do débito. Nessa toada, não seria possível, também, a estipulação do pacto perpétuo ou por prazo superior ao período de prescrição ou decadência⁴⁵², sendo o posicionamento doutrinário majoritário no direito brasileiro.

Já o *pactum de non petendo ad tempus* se assemelha a uma “moratória” convencional, pois é estabelecido por um determinado período de tempo ou mesmo por prazo indeterminado. Por meio dessa cláusula, é ajustado um período de tempo em que a obrigação resta judicialmente inexigível. Nessa perspectiva, enquanto o *pactum ad perpetuum* teria uma eficácia liberatória em relação à exigibilidade da obrigação, este tem um efeito dilatório⁴⁵³.

Alerta a doutrina⁴⁵⁴ para o fato de que esse tipo de pacto, limitado no tempo, para não ser confundido com um negócio condicional, deve ser referir, tão somente, ao termo final e

spontaneamente offerta dal debitore, né sulla contestuale libertà di quest'ultimo di scegliere se e in che misura assicurare comunque l'attuazione del rapporto.” VENTURELLI, Alberto. La remissione “convenzionale”. *Obbligazione e contratti*, vol. 8, fasc. 10, 2021, p. 686.

⁴⁵⁰ FARINA, Angelo. *Pactum de non petendo: profili critici e ricostruttivi*. Disponível em https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/554181/971377/phd_unimi_R10863.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2018.

⁴⁵¹ REICHEL, Hans. *Il “pactum de non petendo”*. Paccini Editore: Pisa. 2018. p. 31.

⁴⁵² CABRAL, Pactum..., p. 10; LLOPIS-LLOMBARD, Marco de Benito. I contratti processuali. 2013. Disponível em https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali, acesso em 10 de dezembro de 2018. p.4; BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Dissertação (Mestrado). UFSC. Florianópolis. 2017. p. 322.

⁴⁵³ DE VILLA, *op. cit.*, p. 408.

⁴⁵⁴ REICHEL, *op. cit.*, p. 32.

não ao termo inicial, hipótese em que seria, em verdade, uma renúncia sob condição suspensiva⁴⁵⁵.

O *pactum ad tempus*, a bem da verdade, é bastante útil, especialmente ao se considerar a hipótese de recuperação judicial, permitindo-se uma dilação temporal para o cumprimento das obrigações, auxiliando o devedor na reestruturação da empresa. Um outro exemplo de *pactum de non petendo ad tempus* é o contrato de conta corrente, podendo haver a cobrança de valores quando da extinção do contrato⁴⁵⁶.

Uma outra tipologia do *pactum de non petendo* se refere à personalidade dos seus efeitos. Nessa perspectiva, fala-se em i) *pactum de non petendo “ad personam”* e ii) *pactum de non petendo “ad rem”*. Pelo primeiro, os efeitos do pacto estão limitados à pessoa do devedor, não se estendendo ao garantidor, nem aos herdeiros ou demais co-devedores solidários⁴⁵⁷. Já o segundo implicava no efeito liberatório não somente em relação ao devedor, mas também aos sucessores, garantidores ou co-devedores solidários ou terceiros que possam ter interesse na relação jurídica.

No direito pátrio, a regra é que as obrigações se transfiram aos seus sucessores, salvo em se tratando de obrigação personalíssima ou infungível, o que não é o caso da cláusula relativa à inexigibilidade da obrigação. Assim, para restar restrito ao devedor, é preciso que seja expressamente estabelecida cláusula expressa nesse sentido, o que também configura um *pactum ad tempus*⁴⁵⁸.

Em relação ao garantidor, diante da regra de que os contratos de garantia são contratos acessórios, e considerando a regra de que o contrato segue o principal, deve ser estendido à obrigação de caráter acessório⁴⁵⁹. Pensar-se diversamente implicaria em não permitir a

⁴⁵⁵ Não é outro o entendimento de Sargenti: “In una sola ipotesi il *pactum di non petendo* non concreta una rinuncia al diritto di credito e non può essere assimilato alla remissione: quando sia concepito come *pactum ne ad certum tempus petatur*, che, infatti, chi sostiene la distinzione dalla remissione finisce col considerare l’unica figura per la quale la distinzione abbia veramente una ragione d’essere. Ma anche in questo caso il patto non implica né una rinuncia all’azione né la creazione di una obbligazione di non esigere: può essere concepito, secondo i casi, come apposizione di una condizione o di una termine all’obbligazione; e gli effetti sono quelli normali dell’obbligazione condizionata o a termine. Ma è chiaro, altresì, che il patto di moratoria non ha sostanzialmente nulla in comune con il patto che implica remissione e quindi estinzione del rapporto obbligatorio.” SARGENTI, *op. cit.*, p. 305-306.

⁴⁵⁶ REICHEL, *idem*, p. 34.

⁴⁵⁷ “Il patto, per altro riscontrabile esclusivamente nelle obbligazioni cc.dd. soggettivamente complesse, limita la sua efficacia ad uno, o più, dei coobbligati. Contrariamente al *pactum de non petendo in rem*, ipotizzabile qualora *generalità paciscor ne petam*, col *pactum in personam* la promessa di non chiedere la prestazione è limitata ad alcuni dei coobbligati, rimanendo, tuttavia, salvi i diritti degli altri condebitori.” RUSCELLO, Francesco. “Pactum de non petendo” e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, 1976, n. 2, parte seconda, p. 201.

⁴⁵⁸ REICHEL, *op. cit.*, p. 33-34.

⁴⁵⁹ Nesse sentido: REICHEL, *op. cit.*, p. 61.

exigibilidade da obrigação em relação ao devedor principal e transferir a responsabilidade para o garantidor, que estabeleceu um contrato de garantia, de natureza acessória, à obrigação principal⁴⁶⁰. Nesse sentido, aplica-se o disposto no art. 837, do CC, que se refere fiança, ao expressamente dispor que o fiador pode opor as exceções pessoais, mas também aquelas relativas à extinção da obrigação que competem ao devedor. Embora, como já visto anteriormente, o *pactum de non petendo* não tem o condão de extinguir a relação obrigacional, afetando somente a sua exigibilidade, não há justificativa para não estender o mesmo tratamento ao *pactum*, seja porque existe um vínculo funcional entre a obrigação principal e a obrigação acessória - o que permitiria, portanto, que o garantidor alegasse a ocorrência de remissão, por exemplo -, seja porque sustentar-se o contrário levaria à imputação da responsabilidade integralmente ao garantidor, o que não está em conformidade com a lógica relacional entre o contrato principal e o acessório⁴⁶¹. Não se olvide, porém, que teoricamente é possível estabelecer um *pactum de non petendo "ad personae"*, mantendo-se o garantidor obrigado ao cumprimento da obrigação. Nesse caso, o garantidor que cumpre a obrigação se sub-roga nos direitos do credor e pode exigir o pagamento do devedor antes beneficiado pelo *pactum*, não podendo opor seus termos ao garantidor⁴⁶².

Outro problema, ainda em relação à extensão dos efeitos do pacto, se refere aos co-garantidores. Assim, em havendo mais de um garantidor da obrigação principal, a obrigação, salvo disposição expressa em sentido contrário, é solidária (art. 829, do CC). Por conseguinte, caso haja o cumprimento da obrigação por um dos co-garantidores solidários, na ação de regresso esta ocorrerá *pro quota*, na medida do título. Se o *pactum* foi estabelecido com o devedor principal, qualquer um dos co-garantidores pode arguir a referida cláusula, como decorrência do princípio da acessoriedade. Já se o *pactum* foi estipulado com um dos co-garantidores solidários, podendo o credor cobrar de qualquer um dos co-responsáveis a

⁴⁶⁰ Sobre o tema manifesta-se Mauro Orlandi: “Il *pactum* tra creditore e debitore principale lascerebbe il fideiussore esposto alla pretesa creditoria. Ipotesi che urta, da un lato, con la unanime costruzione di un “collegamento funzionale” tra rapporto principale e rapporto di garanzia, secondo un principio d’accessorietà, sicché le vicende del rapporto principale si trasferiscono integralmente ed unilateralmente al rapporto accessorio; dall’altro, con il regime dell’art. 1952 cod. civ., il quale implica la rilevabilità da parte del fideiussore di ogni eccezione connessa al debito principale.” ORLANDI, Mauro. “*Pactum de non petendo*” e *inesigibilità*. Giuffrè: Milano. 2000. p. 266-267.

⁴⁶¹ Assim, a conclusão de Orlandi: “Quale effetto produce il *pactum* sull’obbligazione accessoria di garanzia? La soluzione dessa estinzione totale potrà essere sostenuta da chi assimili il *pactum* alla remissione, sicché il venir meno del rapporto principale travolgerebbe anche quello del fideiussore. Ma, costruito il nesso tra i due rapporti come “collegamento funzionale unilaterale”, ad una vicenda riduttiva del primo rapporto (venir meno della pretesa dell’azione) dovrebbe a rigore corrispondere un’identica vicenda nel secondo rapporto; in altri termini, anche l’obbligazione di garanzia si ridurrebbe, ed, ancorché incoercibile, l’eventuale spontaneo adempimento del garante sarà sottratto alla *condictio*.” Idem, p. 268. Da mesma forma, FOLLIERI, cit., p. 64

⁴⁶² RUSCELLO, op. cit., p. 205.

obrigação, excetuando-se a quota parte do co-obrigado a quem foi estabelecido o pacto. Da mesma forma, se o pacto foi estabelecido somente com um dos co-responsáveis, no direito de cobrar do devedor principal, este deverá pagar integralmente a obrigação, por ser pessoa estranha ao pacto (o principal não segue o acessório)⁴⁶³.

Em relação ao *pactum ad rem*, é preciso tratar das obrigações solidárias. Em tendo sido estipulada uma obrigação solidária passiva e estabelecido o pacto em relação a todos os devedores solidários, não há qualquer questionamento a ser feito. O credor não possui exigibilidade da obrigação em relação a qualquer dos co-devedores solidários. Porém, em sendo estabelecido o pacto em relação a um ou alguns dos co-devedores solidários, mantendo-se a integralidade do débito em relação aos demais, como se estabelece a relação entre as partes? Nessa hipótese, o credor não pode exigir o crédito do devedor em relação a quem se estabeleceu o *pactum*, podendo exigir a integralidade do crédito em relação aos demais co-devedores solidários. Estes, por sua vez, no caso do pagamento do débito, possuem o direito de regresso resguardado em relação ao devedor que foi beneficiado com o *pactum*, pois tal regra não seria oponível aos demais co-devedores, diante da perspectiva relacional do contrato estabelecido entre ele e o credor. Tal solução encontra eco no entendimento de que a relação jurídica entre os co-devedores solidários não foi extinta⁴⁶⁴.

Seguindo na classificação, é possível também estabelecer um *pactum de non petendo* i) total; ou ii) parcial. O pacto total é aquele que abrange completamente o débito. Já em relação ao *pactum* parcial, este diz respeito a parcela do pedido ou de eventuais tutelas que podem ser obtidas pelo credor. O pacto parcial pode dizer respeito ao próprio quantitativo da obrigação convencionada entre as partes, se referir à parcela dos pedidos que podem ser formulados no processo ou, ainda, a requerimentos que possam ser formulados na

⁴⁶³ Idem, p.269-271.

⁴⁶⁴ “[...] la necessita di distinguere, a questo proposito, i rapporti interni tra coobbligati da quelli esterni con il creditore; se il debitore cui il creditore abbia rimesso il debito riservandosi l’intero credito nei confronti degli altri coobbligati rimane soggetto all’azione di regresso in questi ultimi, non è perché il suo vincolo nei confronti del creditore è rimasto in vita, ma è perché a rimanere in vita, inalterati, sono i suoi rapporti con gli altri coobbligati, rapporti sui quali il creditore non incide né potrebbe incidere;” CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 403. Da mesma forma, Alberto Venturelli: “Se a fronte di un *pactum* l’effetto dismissivo è parziale, incidendo solo sul potere di esigere l’adempimento da parte del creditore, il mantenimento della pretesa avanzata, in via di regresso, dagli altri condebitore in solido non contrasta con la *ratio* dell’art. 1301 c.c., rappresentando la coerente conseguenza dell’inidoneità del *pactum* di assicurare l’integrale estinzione del rapporto.” VENTURELLI, *op. cit.*, p. 687. Da mesma forma: COHN, E. J. Joint Tortfeasors. Accord and Satisfaction. Covenant not to sue. *The Modern Law Review*, vol. 11, n. 2, abril, 1948, p. 230-232. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/1090390.pdf?refreqid=excelsior%3Abe2440b0d5800b4778defcd5788249d1>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

demanda⁴⁶⁵. Nesse aspecto, por exemplo, as partes podem convencionar que não é possível o deferimento de tutelas provisórias⁴⁶⁶ naquela demanda. Da mesma forma, é possível se convencionar esse tipo de cláusula no que se referem aos meios executivos ou formas do cumprimento da obrigação, impedindo, por exemplo, a penhora de um bem específico⁴⁶⁷ ou a não incidência de algum meio coercitivo, o que se falará mais adiante. Nessa perspectiva, o *pactum de non exsequendo* tem alcance parcial, não sendo essa característica meramente quantitativa, mas também qualitativa.

O *pactum de non petendo* também pode ser i) incondicionado; ou ii) condicionado. No primeiro caso, não há qualquer peculiaridade digna de nota, pois o devedor a qualquer momento pode excepcionar a exigibilidade do crédito. Já na segunda, apõe-se ao pacto uma condição, de modo que a eficácia da convenção estará subordinada a um acontecimento futuro e incerto. A condição pode ser suspensiva ou resolutiva, não havendo incompatibilidade destas com o *pactum de non petendo*. Assim, pode-se convencionar, como exemplos de pactos subordinados à condição suspensiva, a) que o débito será exigível em data determinada - o que configura um termo inicial - mas se, naquele momento, o devedor estiver desempregado, o credor renuncia à exigibilidade do crédito (ou somente exigirá o crédito daqui a um determinado período de tempo); b) que o débito somente será exigível em um período de seis meses mas, se até lá, houver o pagamento de 70% do débito, o restante restará inexigível⁴⁶⁸. A condição resolutiva também pode ser aplicada, como no caso em que se estabelece a inexigibilidade de um débito até a melhora da situação econômica do devedor⁴⁶⁹.

Por fim, ainda pode-se classificar o *pactum de non petendo* em i) gratuito; ou ii) oneroso. O primeiro é aquele que não possui, como causa de atribuição patrimonial, qualquer

⁴⁶⁵ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non metendo reinterpretado*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2019. p. 86.

⁴⁶⁶ "Em primeiro lugar, imagine-se que convencionem as partes, no momento de celebração do negócio jurídico, o afastamento de concessão de tutelas antecipadas no curso do processo. Aqui, não se deixa de ter uma espécie de pactua de non petendo, incidente apenas sobre uma classe de pedidos, ou seja, sobre a tutela de urgência satisfativa. Prevalecendo a autonomia privada, não há razão para que não seja admitida tal classe de restrição. Aqui, impõe-se a conclusão de que, estando-se diante de relação essencialmente privada, e não havendo qualquer prejuízo significativo a direitos indisponíveis, não cabe ao juiz afastar a convenção processual de imediato. Nesse caso, recai o instrumento sobre remédios processuais oferecidos às partes." TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. "Pactum de non petendo" parcial. *Revista de Processo*, vol. 280, jun 2018, p. 19-39, versão eletrônica.

⁴⁶⁷ Exemplificativamente: "Ora, perfeitamente possível é, no momento de celebração de determinado contrato, a aposição de cláusula em que se vede a penhora de planta fabril essencial à atividade desenvolvida pelo executado. Pode-se dizer que a tal previsão tutela ainda de forma mais eficiente o direito do credor." TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. "Pactum de non petendo" parcial. *Revista de Processo*, vol. 280, jun 2018, p. 19-39, versão eletrônica.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, os exemplos de REICHEL, op. cit., p. 39-40.

⁴⁶⁹ Idem, p. 41.

vantagem de natureza econômica para o credor que estabelece o pacto. Quando estabelecido *ad perpetuum* - e somente nesse caso - a figura se assemelha a um contrato de doação⁴⁷⁰, o que acaba atraindo a sua normativa especialmente em relação aos seguintes aspectos: i) a necessidade de observância da forma *ad substantiam* (art. 541, do CC); b) a possibilidade de configuração de fraude contra credores ou fraude à execução; c) a eventual ocorrência de adiantamento de legítima, nos casos previstos no art. 544, do CC; e d) as hipóteses de revogação da doação, aplicáveis ao *pactum de non petendo* (art. 555, do CC), sendo esta uma causa específica para a extinção do *pactum*.

Não se pode, também, afastar a possibilidade de que a celebração do *pactum de non petendo* venha com a contraposição de um corresponsivo, o que confere onerosidade ao pacto, não sendo uma mera liberalidade como no caso do *pactum* gratuito. Dessa forma, é possível estabelecer, inclusive, um *pactum* sob condição, através do qual, mediante o pagamento de uma parte do débito, haverá a inexigibilidade do restante. Ou, então, é possível que seja estabelecida uma outra obrigação a cargo do devedor, como um corresponsivo pela inexigibilidade da pretensão⁴⁷¹.

Em verdade, o *pactum de non petendo* pode ser estabelecido como uma cláusula que comporte uma transação maior, em que as partes, extrajudicialmente, alcançaram a composição acerca do direito violado ou em vias de violação e, como consequência da referida autocomposição, estipulam a impossibilidade de buscar em juízo a tutela já alcançada. Para verificar a engenharia do pacto, deve-se analisar, como preconizam as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, a causa objetiva do pacto, entendida como a “síntese dos seus efeitos essenciais”⁴⁷².

3.5 Momento para a realização do pacto

⁴⁷⁰ FARINA, op. cit., p. 72; Reichel, cit., p. 45.

⁴⁷¹ RUSCELLO, op. cit., p. 209.

⁴⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa nos contratos. *civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013, p. 13-14: “A distinção entre tipo e causa abstrata permite inferir que não se pode, a priori, estabelecer que efeitos são essenciais, e quais não o são, em um particular negócio. Para a qualificação do negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser o elemento individualizador da função daquele contrato. Supera-se, desta forma, a técnica da subsunção, da forçada inserção do fato na norma e da premissa menor na premissa maior, obtendo-se, como resultado, uma qualificação-interpretação compatível com a manifestação de vontade das partes. E, em uma dinâmica atividade contratual, admite-se, a qualquer momento, a requalificação deste mesmo negócio, se sua causa concreta (os efeitos que concretamente produza) comece a se distanciar do original regulamento de vontades.”

Uma outra questão relevante é o momento em que a convenção processual pode ser realizada. Como é sabido, as convenções processuais podem ser prévias (antecedentes) ou incidentais. O ponto envolve a possibilidade de ser estabelecida uma renúncia antecipada à pretensão executiva, de forma que o credor, mesmo não possuindo ainda um título executivo - seja ele judicial ou extrajudicial - já estabeleça o *pactum de non exsequendo*.

Não há dúvidas sobre a possibilidade de ser estabelecida a convenção processual de não exequibilidade quando já é o credor titular de um título executivo, pois já estão estabelecidos os requisitos que permitem a tutela executiva.

A questão se coloca em relação ao credor que ainda não teve a obrigação certificada por meio de um título executivo. Nesse caso, especialmente em se tratando de título executivo judicial, o credor estaria renunciando antecipadamente a um direito que, em caso de procedência do pedido, seria reconhecido judicialmente. Ou seja, a sentença de procedência teria o condão de invalidar - ou tornar sem efeito - a convenção que exclui a pretensão executiva?

A resposta a esse questionamento encontra eco no entendimento de que não é possível, enquanto ainda for reconhecida a existência do direito, que se possa dispor de um direito que ainda não foi incorporado a sua esfera jurídica. Discussão semelhante também se coloca em relação à renúncia antecipada do direito de recorrer da sentença, convenção em que as partes determinam a aceitação com a sentença de primeira instância, renunciando à possibilidade de apresentar o recurso adequado para revisão do julgado. Mesmo neste caso, as partes não têm como saber, de antemão, qual será o resultado a ser alcançado pela demanda judicial, mas mesmo assim concordam com o desfecho trazido pelo magistrado.

A visão mais conservadora sustenta que, em se tratando de título executivo judicial, o *pactum de non exsequendo* celebrado na pendência de uma demanda judicial sem que tenha havido, ainda, a sua sentença é invalidado pela superveniência desta, pois a coisa julgada teria o efeito de afastar a incidência do *pactum*⁴⁷³. Entende-se, também, que não é possível dispor acerca de direito futuro ou quando não se tenha, ainda, a determinação acerca do objeto da convenção⁴⁷⁴.

⁴⁷³ “Nel caso in cui il *pactum de non exsequendo ad tempus* venga stipulato tra due parti in pendenza di una lite, e quindi allorché non si è ancora formata una sentenza di condanna sulla quale il *pactum* verrebbe ad incidere differendone l’attuazione *in executivis*, il contratto perderà ogni valore giuridico in virtù del giudicato che verrà a sovrapporsi al *pactum*.” DELL’AQUILA, Enrico. Brevi note in tema di *pactum de non exsequendo ad tempus*. *Il foro padano*, vol. 27, 1972, Milano, p. 820.

⁴⁷⁴ FOLLIERI, op. cit., p. 70.

Tais argumentos não podem subsistir a uma análise mais cuidadosa. Em relação à disponibilidade sobre direito futuro ou objeto ainda não determinado, não se pode olvidar que o próprio ordenamento jurídico permite o estabelecimento de contratos aleatórios, em que há elementos incertos, o que compõe a álea do negócio, podendo também dizer respeito a um objeto futuro⁴⁷⁵. Além disso, a possibilidade de renunciar ao direito de recorrer decorre do exercício do direito de liberdade das partes, as quais podem se autodeterminar acerca do exercício de uma situação jurídica, devendo o Estado respeitar as legítimas escolhas dos acordantes⁴⁷⁶.

O mesmo se aplica, portanto, em se tratando do *pactum de non exsequendo*, pois o ajuizamento de uma demanda executiva está subordinado ao princípio dispositivo, a depender da vontade daquele que teve o seu direito violado e, também, do princípio da inércia, por meio do qual a jurisdição somente será exercida quando provocada. A convenção processual não afeta a existência do próprio Poder Judiciário ou, até mesmo, do exercício do direito de ação, que pode ser provocado para questionar a validade do *pactum*⁴⁷⁷. Dessa forma, não há qualquer óbice, em se tratando de título executivo judicial, de estabelecer a convenção de

⁴⁷⁵ Nesse sentido: “L’alea nel caso di specie consisterebbe nel rinunciare al diritto all’impugnazione, quando ancora non si è certi che la controversia sarà decisa con sentenza e quando ancora le parti non hanno contezza del fatto che all’esito del processo si troveranno in posizione di soccombenza, ancorché soltanto parziale: in tal modo le parti assumono su di loro il rischio, assolutamente lecito in ragione del principio di libera disponibilità dei mezzi di tutela giurisdizionale, di accondiscendere (*rectius*: manifestare acquiescenza) ad una statuizione giudiziale loro sfavorevole, in tutto o in parte, rispetto al diritto sostanziale (disponibile) controverso.” LUDOVICI, Gianluca. L’acquiescenza anticipata alla sentenza: l’accettazione della sentenza anteriormente alla sua pronuncia (con conseguente rinuncia preventiva all’impugnazione della stessa) può configurare un negozio giuridico processuale plurilaterale a carattere aleatorio. Disponível em <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/277/Ludovici%20I.pdf>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

⁴⁷⁶ “La validità di una tale rinuncia, al contrario, come nota la Corte, sembrerebbe essere l’espressione e la naturale conseguenza della disponibilità dell’azione giudiziale, la quale si caratterizza per la non obbligatorietà ad essere intrapresa o proseguita una volta avviata; essa, infatti, è espressione di un diritto inviolabile ex art. 24 Cost., il cui esercizio, proprio perché si tratta di un diritto e non di un obbligo, è rimesso alla discrezionalità del solo titolare. L’interesse pubblico che presiede allo svolgimento della funzione giurisdizionale in materia di impugnazioni è soddisfatto solo che l’ordinamento assicuri inderogabilmente alla parte la disponibilità dei rimedi per rimuovere o riformare una sentenza reputata invalida o ingiusta, risultando del tutto irrelevante il fatto che a tali mezzi la parte ritenga di non ricorrere rinunciando alla garanzia del doppio grado di giudizio e/o al controllo di legittimità esercitato dalla Corte di Cassazione.” BELANTE, Marco. Il patto di rinuncia preventiva all’impugnazione di una sentenza futura. *I contratti*, vol. 19, 2012, p. 782. Na doutrina processual pátria, v., por todos, CABRAL, Convenções..., p. 194 e segs.

⁴⁷⁷ “Ocorre all’uopo considerare che l’azione - o, se si preferisce, il diritto di azione - è naturalmente ed intrinsecamente *disponibile*: il privato, pur avendo la insopprimibile possibilità, garantia a livello costituzionale (ex art. 24 Cost.), di avvalersi della tutela giurisdizionale offerta dall’ordinamento, è libero di invocarla in concreto, così come di non ricorrere ad essa; di esperire tutti i rimedi consentiti dalle norme processuali, così come di interrompere, non coltivare ed abbandonare le iniziative giudiziali eventualmente intraprese. Simili scelte, libere, insindacabili e rispondenti ad un interesse esclusivamente privato, non toccano in alcun modo l’operatività delle norme che regolano l’attività giurisdizionale: esse si collocano sul piano del diritto sostanziale e non del processo. [...] In questa linea interpretativa, dunque, i privati possono ben decidere di modificare la conformazione originaria del diritto soggettivo di cui sono titolari e, segnatamente, scegliere di rinunciare a rimedi processuali quali l’esecuzione forzata o l’impugnazione.” FOLLIERI, op. cit., p. 71-72.

exequibilidade mesmo que não tenha, ainda, sido formado o título executivo, não tendo a superveniência da sentença qualquer efeito em relação à validade e eficácia da convenção, que permanece íntegra, salvo se invalidada pelo magistrado.

Igualmente, subsistem dúvidas acerca da utilidade de um provimento judicial - por meio de uma tutela de conhecimento - sendo que foi pactuado uma cláusula de não exequibilidade da referida obrigação por meio de uma convenção pré-processual. Isso porque, se se pensar que há custo em acionar o Poder Judiciário⁴⁷⁸ - seja pelas partes, por meio do pagamento de custas e despesas processuais, seja pelo Estado - não haveria maior utilidade em provocá-lo para obter uma sentença que, posteriormente, não poderia ser satisfeito.

O argumento utilitarista, que leva em consideração a economia do processo e a utilidade do provimento, não pode, contudo, ser utilizado no presente caso, por falta de regra expressa em sentido contrário. Até mesmo porque a convenção de não executar pode vir a ser revogada pelas partes ou a parte autora pode tentar obter a tutela do seu crédito por meios extrajudiciais, seja pelo protesto da sentença ou inclusão do devedor em cadastros restritivos de crédito⁴⁷⁹.

3.6 Efeitos do *pactum de non exsequendo*

Como já amplamente mencionado, o pacto de não exequibilidade pode atingir a pretensão processual ou, eventualmente, o remédio jurídico processual, de modo que o credor

⁴⁷⁸ Esclarece Antonio do Passo Cabral: “As custas correspondem às verbas vertidas aos cofres públicos pela prática de atos processuais conforme tabela legal ou regulamentar. Custas são tributos (taxas), representativos de remuneração por serviço público, uma contrapartida pela atividade das serventias cartorárias judiciais, calculada a partir do custo fixo que o Estado tem pela estruturação e pela manutenção das instalações judiciárias, bem assim com os vencimentos de magistrados e serventuários. Claro que as taxas não são suficientes para fazer frente a todo o gasto com o Judiciário e, para esses fins, utiliza-se o Estado também de receitas oriundas de impostos. Mas se compreende que as partes que efetivamente utilizam o Judiciário devem ser chamadas a contribuir especificamente por meio de taxas.” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de Processo*, vol. 276, 2018, p. 63. Da mesma forma, Leonardo Greco: “O nosso sistema - reafirme-se - é um sistema *misto*. O Estado arca com a maior parte do custeio fixo, através, por exemplo, da manutenção das instalações da justiça, da remuneração dos magistrados e serventuários, cabendo a todos os cidadãos contribuir para esse fim por meio de impostos. Além disso, os particulares têm de arcar com o custeio variável das despesas processuais, na medida em que fazem uso da justiça e em que as suas causas necessitam gerar despesas próprias e distintas das demais, além de concorrerem parcialmente para o custeio de despesas fixas.” GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. vol. I. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2015. p. 417.

⁴⁷⁹ TRIGO, Promessa..., cit., p. 115.

tem a exigibilidade do seu crédito afastada, pela via executiva, diante da incidência da referida convenção processual⁴⁸⁰.

O *pactum* modifica ou reduz a relação jurídica obrigacional originária, na medida em que não extingue e nem constitui a relação jurídica, mas a modifica, regulando-a⁴⁸¹. Isso porque o *pactum de non exsequendo* mantém intacta a relação obrigacional mas afeta a exigibilidade, pela via executiva, da prestação convencionada. Por conseguinte, existe, de certa forma, uma obrigação de não fazer mas que não é autônoma em relação à obrigação anteriormente pactuada, a qual modifica ou reduz a relação jurídica estipulada na medida em que impede o direito originário do credor de requerer a tutela executiva para a satisfação de seu crédito, regulando-a de forma diversa⁴⁸².

Por ser um acordo obrigacional, o juiz não pode conhecer de ofício do pacto de inexecutibilidade, devendo, portanto, ser alegado pela parte interessada, através do meio de defesa adequado, seja a impugnação do cumprimento de sentença, embargos do executado ou, até mesmo, exceção de pré-executividade. A omissão do executado em arguir a existência da cláusula, seja pelas formas convencionais de defesa do executado, seja no primeiro momento em que é levado a se manifestar no processo, em se tratando da exceção de pré-executividade, leva à perda de eficácia da convenção processual, devendo o juiz tomar as medidas necessárias para que a obrigação seja satisfeita. Não se trata, portanto, de matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, mas questão *inter privados*, que deve ser demonstrado pelo executado, sob pena de preclusão acerca da possibilidade de arguir a existência da referida cláusula contratual - essa é a principal diferença da promessa de não executar com a obrigação natural e a prescrição.

Em resposta à defesa apresentada pode a parte exequente suscitar a validade da cláusula de não exequibilidade, nos termos do art. 190, do CPC, o que, após manifestação da parte contrária, deverá ser decidido pelo juiz, prolatando sentença que extinga o processo sem resolução do mérito, indeferindo a petição inicial⁴⁸³ ou, então, a partir de uma solução dialogada com as partes, por ser um *pactum de non exsequendo ad tempus*, poderia o

⁴⁸⁰ FOLLIERI, op. cit., p. 36.

⁴⁸¹ RUSCELLO, op. cit., p. 206.

⁴⁸² FOLLIERI, op. cit., p. 40. Nas palavras de Orlandi: “La incenda modificativa dell’obbligazione si resolve in una successione di fonti: all’accadere di un certo fatto (il *pactum*, la prescrizione) mutano gli effetti ricollegabili all’originario titolo; esso non produrrà più un rapporto “coercibile”, ma sopravviverà come *causa retinendi*, cioè quale causa giustificativa dell’attribuzione patrimoniale. Il fenomeno potrebbe esprimersi come “riqualificazione” del titolo, con la sostituzione parziale, cio è l’integrazione (attraverso il *pactum*) dell’originario statuto giuridico, ed il mutamento della concreta disciplina del rapporto.” ORLANDI, op. cit., p. 137-139.

⁴⁸³ CABRAL, *Pactum...*, cit., p. 11.

magistrado, por meio de analogia, aplicar o que dispõe o art. 16, da Lei 13.140/2015, de forma que o processo ficaria suspenso até o advento da condição.

Ainda em relação aos efeitos da convenção de não exequibilidade, importa saber se a convenção impede, tão somente, a exequibilidade *judicial* da obrigação, mantendo todos os seus efeitos extrajudiciais, de modo a permitir ao credor que persiga seu crédito por meios extrajudiciais como, por exemplo, mediante o protesto do título, inclusão do nome nos serviços de proteção de crédito, ou então, podendo ser compensado com eventual crédito a favor do devedor, etc.

Tal circunstância depende, em realidade, da concepção que se tem a respeito da referida convenção. Se for considerada um negócio *funcionalmente processual*, que não gera qualquer tipo de efeito em relação ao direito material mas, tão somente, a existência de um pressuposto processual, deve o magistrado acolher a exceção e extinguir o processo sem resolução do mérito. Por outro lado, ao credor remanesceriam as outras opções, de buscar a extinção da obrigação, extrajudicialmente⁴⁸⁴.

O alcance do *pactum de non exsequendo* vai depender, na realidade, da interpretação do próprio contrato o qual deve ser orientado pelos princípios reitores constantes do Código Civil, nos arts. 112 a 114, do Código Civil. Assim, se houver a menção, na convenção processual, especificamente acerca da exequibilidade *judicial* da obrigação, a melhor interpretação deve ser a de que haverá restrição, tão somente, ao ajuizamento da demanda executiva, não sendo vedada possibilidade de, extrajudicialmente, buscar a satisfação do crédito. A tendência, porém, revela um viés mais ampliado, de forma a estender a inexigibilidade da obrigação seja na esfera judicial seja na perspectiva extrajudicial⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Pactum...*, cit., p. 468.

⁴⁸⁵ Nesse sentido: “Contudo, cremos que o simples afastamento do direito de acção não será, pelo menos em regra, o efeito visado pelas partes quando acordam no afastamento da exigibilidade de um direito. A simples circunstância de se continuar a permitir ao credor a satisfação de seu direito através de medidas extrajudiciais parece contrária ao sentido que, em regra, as partes terão visado com as respectivas declarações negociais, não obstante ser este um problema a ser resolvido com recurso às normas gerais sobre a interpretação do negócio jurídico. Acresce que, a ser esse o sentido do contrato, estaríamos, neste caso, perante um afastamento do princípio da instrumentalidade, na medida em que as partes podem obter processualmente os mesmos efeitos que poderiam obter através de condutas extraprocessuais. Não sendo esta a regra no nosso Direito processual, seriam necessários indícios interpretativos acrescidos para confirmar esse significado.” COSTA E SILVA, Pacium..., cit., p. 468. Também Reichel: “Nella letteratura di diritto comune l’EV [*Der Einforderungsverzicht*] venne concepito come rinuncia all’azione [*Klageverzicht*], più precisamente come rinuncia all’azionabilità [*Klagbarkeitsverzicht*]. La pretesa sottoposta a EV venne dunque rappresentata come un credito senza azione. Questa opinione, che trova fondamento nella polisemia del vocabolo *petere* (=chiedere in giudizio [*klagen*]), è da rifiutare. Rinuncia all’azionabilità significa rinuncia all’invocazione del giudice, con la conseguenza che una domanda giudiziale ciononostante sollevata sarebbe da rigettare senza l’esame del merito con sentenza di rito, mentre la facoltà di far valere il credito estragiudizialmente (compensazione, liquidazione del pegno, ecc.) rimarrebbe comunque inalterata. L’EV al contrario afferisce al diritto di credito sostanziale. Quest’ultimo è

Por fim, ainda em relação aos efeitos, deve-se mencionar de que forma o regime de prescrição resta afetado com a estipulação de um *pactum de non exsequendo*. No que diz respeito ao *pactum de non exsequendo ad tempus*, a questão resta enquadrada nas hipóteses de suspensão da prescrição, constantes do art. 199, I e II, do Código Civil. Assim, em sendo a convenção subordinada a uma condição ou a um termo, a prescrição resta suspensa durante esse período, passando a correr com o implemento da condição ou o advento do termo.

Porém, no que tange ao *pactum ad perpetuum*, entender-se que não haveria prescrição seria criar uma hipótese de imprescritibilidade da obrigação que não encontra fundamento no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que o acordo das partes não pode alterar os prazos prescricionais e, também, não pode criar pretensões imprescritíveis (art. 192, do CC). Assim, uma vez vencida a obrigação, inicia-se o prazo para que prescrição da pretensão se opere, independentemente da existência do *pactum de non exsequendo ad perpetuum* que, de mais a mais, gera efeitos semelhantes ao crédito prescrito, na medida em que a obrigação ainda comporta cumprimento espontâneo pelo devedor.

3.7 Mecanismos de alegação da promessa de não executar

Por não ser uma questão de ordem pública, que pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado, há necessidade de alegação da cláusula de não executar, é importante mencionar de que forma a parte interessada na aplicação da cláusula deve agir. Já se mencionou que a convenção de não executar cria para o devedor uma exceção, ou seja, uma defesa, que deve ser alegada no momento em que o devedor tiver que se manifestar nos autos. Além disso, é possível o ajuizamento de demanda declaratória para reconhecer a impossibilidade de executar. Passa-se, agora, à análise de tais hipóteses.

3.7.1. Alegação como defesa

paralizzatile con eccezione, mentre la facoltà di farlo valere in via giudiziale rimane assolutamente ammissibile, tanto che non sarebbe configurabile un rigetto *ab instantia*; sulla pretesa azionata si deve anzi decidere con sentenza di merito.” REICHEL, op. cit., p. 27-28.

A defesa na execução pode ser feita de formas distintas, a depender da natureza do título executivo. Assim, se for caso de cumprimento de sentença, a defesa é permitida por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. Já na execução de título executivo extrajudicial, a defesa ocorre por embargos do devedor.

A cláusula de não executar é uma exceção em sentido estrito na medida em que não permite que o juiz conheça de ofício dessa alegação. Dessa forma, deverá ser alegada na primeira oportunidade em que o devedor for chamado a se manifestar nos autos, através dos mecanismos de defesa adequados.

Em ambos os casos, a alegação do pacto deve ser feita como uma questão preliminar, antes de se debater o mérito do processo eis que, como visto, o pacto atinge a pretensão processual. Assim, na esteira do art. 525, § 1º, III, do CPC, deve ser alegada a inexigibilidade da obrigação, seja ela permanente ou temporária.

Além da defesa “convencional”, poderia haver a alegação por meio de petição simples, exatamente como permite o comando do art. 518, do CPC, relativo ao cumprimento de sentença mas que também se aplica à execução de título extrajudicial.

O decurso do prazo de defesa com a sua apresentação sem que tenha sido alegada a ineligibilidade da obrigação indica renúncia à cláusula pois, como visto anteriormente, a questão não é de ordem pública.

Uma vez acolhida a alegação, podem ser adotadas pelo magistrado algumas medidas, como se destaca: i) suspensão do processo, se se tratar de uma convenção *ad tempus*, pelo período estabelecido na convenção (art. 922, do CPC); ou ii) extinção do processo, como já mencionado anteriormente.

3.7.2 Ações declaratórias ou *anti-suit injunctions*

Outro mecanismo que pode ser utilizado pela parte é o ajuizamento de uma ação com o objetivo de impedir o ajuizamento da demanda executiva - em demanda de caráter inibitório (art. 497, parágrafo único, do CPC) ou obstar o seu prosseguimento, o que pode ser feito, inclusive, por meio da concessão de uma tutela provisória, diante do não cumprimento da cláusula de não executar pelo credor. Muito utilizadas no âmbito da arbitragem, as *anti-suit injunctions* acabam por impedir a violação ao compromisso arbitral, mantendo a jurisdição arbitral.

Entende-se por *anti-suit injunction* "uma ordem, proferida por um árbitro ou por um juiz, impedindo uma parte de iniciar ou continuar um procedimento arbitral ou judicial."⁴⁸⁶ É uma medida que tem por objetivo controlar a conduta das partes e censurar jurisdições estrangeiras "generosas" com a análise da sua própria competência⁴⁸⁷.

No caso do pacto de não executar, a ordem se direciona ao credor que está na iminência de ajuizar uma ação de execução, tendo por objetivo obstar que este alcance o seu desiderato. Nesse caso, tratar-se-á de uma medida preventiva ou inibitória, consistente em evitar a ocorrência da demanda.

Na execução admitem-se as chamadas defesas heterotópicas⁴⁸⁸, realizadas por meio de ações autônomas que tem por objetivo a defesa do executado, que pode ocorrer antes, durante⁴⁸⁹ ou após finda a execução. As ações que objetivam efetivar o pacto de não executar se enquadram com defesa heterotópica, pois objetiva impedir o ajuizamento da demanda executiva.

CAPÍTULO 4 - CONVENÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA EXECUÇÃO

⁴⁸⁶ BOLFER, Sabrina Ribas. *Anti-suit injunctions e Arbitragem Comercial Internacional*. Dissertação de Mestrado. Curitiba. PUC-PR. 2005. p. 8. Ou ainda, no conceito mais completo de Emmanuel Gaillard, entende-se por *anti-suit injunction* "uma ordem dada a uma das partes pela jurisdição de um Estado de não intentar uma determinada ação perante a jurisdição de outro Estado ou de um tribunal arbitral e, se já o fez, de desistir da referida ação." GAILLARD, Emmanuel. *Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine*. *Journal du Droit International*, n. 4, 2003, p. 1.106

⁴⁸⁷ Idem, ibidem.

⁴⁸⁸ Sobre o tema: "Optou-se por denominar heterotópica essa defesa, pois as disposições relativas a essas diferentes ações manejáveis pelo executado e seus eventuais reflexos sobre a execução encontram-se em tópicos próprios, não inscritos no livro II do Código de Processo Civil que trata do processo de execução. De outro lado, o fato de aqui estarem sendo essas ações enquadradas como forma de defesa do executado, não significa que essas mesmas ações não possam ser manejadas pelo mesmo indivíduo, antes até de existir contra ele uma execução. Todavia, mesmo quando a ação é promovida antes da própria existência da execução, não perde ela a finalidade (mediata) de servir a evitar a sujeição do seu autor aos atos executivos. Na verdade, nessas hipóteses, não é correto atribuir natureza *preventiva* a essas ações, mas inegável, quando isso equivocadamente acontece, que tal atribuição decorre da observação prática de que, por intermédio de uma dessas ações, litígios futuros poderão ser evitados, ou, então, que por meio delas, a parte está visando proteger-se de dano iminente, como, por exemplo, nos casos de ações anti-rationais, em que o contribuinte quer se proteger da atividade tributária do fisco." MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. 2. ed. São Paulo: RT. 2005. p. 149-150.

⁴⁸⁹ Pode haver, no caso, relação de prejudicialidade entre a defesa oferecida nos autos da demanda executiva e a ação autônoma: "Não podendo o executado ficar sem a oportunidade de se defender perante a execução, cabe a ele optar como será essa defesa. Assim, fora a hipótese de defesa endoprocessual (via exceção de pré-executividade), se entender ser o caso, pode o executado: (I) converter a ação autonomia em embargos, cabendo as adaptações necessárias, inclusive com dedução de novas matérias, o que implicaria a existência de apenas uma defesa: embargos; ou (II) apenas requerer seja a ação autônoma recebida, na fase em que se encontra, como a própria defesa perante a execução; ou (III) oferecer embargos que, por ter objeto mais amplo (continência), seriam reunidos com a ação autônoma, para julgamento conjunto." Idem, p. 231.

A análise do presente exige que se faça uma breve incursão acerca de temas que, até pouco tempo atrás, geravam sérios debates na seara processual. De fato, a questão diz respeito, basicamente, à cognição - se é que há espaço para a atividade cognitiva - exercida pelo magistrado no âmbito do processo executivo. É preciso, também, a fim de corroborar as conclusões que serão alcançadas, identificar os pressupostos processuais e as "condições da ação", necessários para um juízo de admissibilidade da demanda executiva, bem como compreender qual o mérito da demanda executiva, o que está intimamente relacionado com o seu objeto litigioso.

4.1 Cognição na execução

Nem sempre foi entendido que, no curso do processo executivo, o juiz realizaria atividade cognitiva. A bem da verdade, dada a importância atribuída pelos processualistas ao título executivo e ao entendimento de que não haveria procedimento executivo sem a sua existência, aliado, também, à finalidade precípua da execução, que seria a prática de atos materiais com o objetivo de buscar a satisfação dos direitos do exequente, sustentou-se que não haveria qualquer atividade cognitiva exercida pelo magistrado no curso do processo de execução⁴⁹⁰.

Em verdade, somente haveria atividade cognitiva caso, eventualmente, o executado apresentasse defesa, momento em que poderia discutir questões relativas à relação jurídica processual, à relação jurídica material subjacente ou aos próprios atos executivos. A defesa do executado, nesse ponto, foi concebida como demanda autônoma ao processo executivo,

⁴⁹⁰ Nesse sentido, a clássica lição de Liebman: "A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (tanto assim que esta atividade é confiada em parte aos órgãos inferiores do aparelhamento judiciário)." LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 43-44. Mais adiante, pondera o mesmo doutrinador: "[...] o pedido está baseado no título executório, que determina inquestionavelmente - para os efeitos da execução - a regra sancionada que deve ser efetivada: não cabe mais ao juiz julgar e sim, simplesmente, realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título. O pedido do exequente visa provocar estas atividades. A tarefa do juiz consiste apenas em realizá-las." Idem, p. 59.

sinalizzando, de fato, que atividades cognitivas não deveriam se imiscuir na relação jurídica processual⁴⁹¹. A partir de então, o magistrado passaria a decidir, após o exercício do contraditório, acerca das questões que foram apontadas na defesa do executado.

Essa percepção acerca das atividades cognitivas que o juiz poderia realizar no curso da execução está bastante alinhada à autonomia que - assim se entendia - deveria ser atribuída ao processo de conhecimento e ao processo de execução, de modo que cada um deles teria uma função bastante identificada⁴⁹². Esse esquema purista foi lentamente sendo abandonado diante da premente necessidade de imprimir efetividade ao processo civil, de forma a permitir que fosse possível o desenvolvimento de medidas satisfativas ainda que em curso um procedimento de certificação do direito. O aperfeiçoamento do sistema processual pátrio acabou levando à unificação dos procedimentos, de modo que não há mais atividades cognitivas ou executivas restritas ao respectivo módulo processual, motivo pelo qual se passou a falar em processo “sincrético”, como já analisado anteriormente.

Dessa forma, não é correto afirmar que não haverá qualquer atividade cognitiva pelo juiz na execução. A concepção que sustenta que essa assertiva está baseada em três principais fundamentos, todos agrupados por Heitor Sica: 1º) a concepção de que a atividade executiva poderia ter natureza meramente administrativa e não jurisdicional, o que pode fazer algum sentido em relação a ordenamentos jurídicos em que as atividades executivas são confiadas a

⁴⁹¹ “Nel disegno del legislatore l’opposizione agli atti esecutivi aveva, da un lato, la funzione di “purificare” il processo esecutivo da ogni residuo di forma contenziosa, incompatibile con le finalità e le esigenze di agilità e celerità di esso, e, dall’altro lato, di garantire che l’attività esecutiva, pur così nettamente caratterizzata come meramente operativa e pratica, fosse tuttavia impronta al rigoroso rispetto della legge. Lo strumento tecnico idoneo a realizzare tale obiettivo fu individuato nell’attribuire la veste dell’azione alle eccezioni di rito e, conseguentemente, la struttura dell’ordinaria cognizione all’apposito giudizio sulla regolarità dell’esecuzione: uno strumento cioè, del tutto analogo a quello che consentiva la rigida separazione tra fatti costitutivi dell’azione esecutiva - cristallizzati nel titolo esecutivo - e contestazioni ed eccezioni, da proporsi in forma di azione introduttiva di apposito e separato giudizio.” VACARELLA, Romano. *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*. Torino: UTET, 1983. p. 67-68.

⁴⁹² “Va rilevato che - diversamente dal processo di cognizione, la cui funzione consiste nella formazione dell’accertamento giurisdizionale - lo scopo obiettivo del processo esecutivo si individua nella c.d. “attribuzione” o “restituzione forzata”, cioè nella produzione di determinate modificazione della realtà empirica, idonee a conseguire, di volta in volta, l’adeguamento del reale concreto all’ordine giuridico. La distanza che separa i due tipi di processo sotto il profilo funzionale, si concreta, sul piano strutturale, nella adozione di modelli organizzativi profondamente dissimili l’uno dall’altro, e quindi tali da escludere qualsiasi interferenza o fungibilità di ruoli. E come la peculiare struttura del processo di cognizione è perfettamente funzionale rispetto all’obiettivo dell’accertamento, a tal punto da risultare assolutamente incapace di attingere il diverso risultato cui è preteso il processo esecutivo, allo stesso modo quest’ultimo è organizzato in guisa da non potere accogliere, nel proprio ambito, un esame intorno all’effettiva esistenza della ragione di credito rappresentata nel titolo esecutivo. Nell’esecuzione forzata non vi è un dubbio da comporre, non v’è spazio per una cognizione: l’ordinamento presta senz’altro la propria forza al creditore contro il debitore (unilateralità dell’azione esecutiva). L’organo dell’esecuzione è istituzionalmente privo di poteri cognitivi che - al di là della regolarità formale del titolo esecutivo - investano altresì il fondamento materiale della pretesa fatta valere in *executivis* (autonomia dell’azione esecutiva).” ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Catania: Tipografia Università. 1979. p. 109-110.

órgãos externos ao Poder Judiciário, mas não quando, no caso do ordenamento pátrio, a execução é confiada ao Poder Judiciário; 2º) as construções teóricas relativas à natureza, função e eficácias dos títulos executivos, tanto judiciais quanto extrajudiciais, levadas ao ponto de serem os títulos suficientes para ensejarem a execução sendo desnecessário o exercício de cognição judicial acerca da relação jurídica de direito material⁴⁹³; e 3º) a estrutura do processo executivo em alguns países em que o juiz não profere decisão autorizando o início da execução, mas que é requerida diretamente a um órgão executivo⁴⁹⁴, posição totalmente incompatível com o procedimento executivo brasileiro.

É fato, também, que o modelo procedimental executivo parte de uma posição de superioridade gozada pelo exequente que, a fim de ver abertas as portas da via executiva, deve ser titular de um título executivo - judicial ou extrajudicial. Esse esquema procedimental - que também se encontra presente no procedimento monitório - implica que o magistrado, ao despachar acerca da petição inicial ou do requerimento de cumprimento de sentença, não estabeleça, ainda, uma cognição profunda acerca do título executivo e, eventualmente, da própria relação jurídica de direito material subjacente. Ocorre o que se denomina de inversão do contraditório, de modo que estas questões - relativas ao mérito da demanda e, até mesmo, no que toca à própria relação jurídica de direito processual - somente seriam analisadas através da provocação da parte executada, pelo meio de defesa adequado.

Ademais, considerando as influências da teoria geral do processo, à execução também devem ser aplicadas as questões relativas à admissibilidade da demanda. Embora normalmente vinculadas à própria relação jurídica de direito processual, o juiz precisa avaliar se estão preenchidos os pressupostos processuais e as “condições da ação”⁴⁹⁵.

⁴⁹³ “O instituto do título executório tem exatamente por escopo tornar simples e clara a determinação do poder de agir do órgão: tudo depende unicamente de reconhecer-se a existência do título, e basta. De modo que a cognição do órgão da execução não somente carece de qualquer eficácia de declaração, como ainda versa, não sobre o crédito, mas sobre a existência do requisito formal necessário o suficiente para produzir-se nele o poder de agir. Todo o ordenamento da execução, subordinando-a a condição tal, obedeceu à suposição de que assista razão ao credor; perante o órgão de execução as partes não se acham (como no processo de cognição) em posição de igualdade: permitir ao órgão executivo tomar em consideração as razões do devedor, significaria aquiescer com irremediável indulgência às suas manobras dilatórias.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 175-176.

⁴⁹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT. 2017. versão eletrônica, cap. 3.

⁴⁹⁵ Usa-se a expressão entre aspas porque há entendimento no sentido de que as então condições da ação, com o advento do CPC/2015, passaram a ser incorporados aos pressupostos processuais. Nesse sentido, explica Fredie Didier Jr.: “O texto proposto não se vale da expressão “condição da ação”. Apenas se prescreve que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria “condição da ação” do único texto normativo do Código de Processo Civil que a previa – e que, por isto, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito. Esse aspecto do projeto ainda não foi percebido: nem a Comissão que elaborou a proposta o apresenta como uma das inovações

A análise de tais categorias demanda debates e divergências que não serão objeto de análise na presente tese, pois não se coadunam com o objeto desta. Importa salientar que, ao se falar acerca de pressupostos processuais e “condições da ação”, o foco está na admissibilidade da demanda e da relação jurídica processual. O não preenchimento dos pressupostos processuais ou a ausência das “condições da ação” impede que o juiz, a priori, analise o mérito da causa, extinguindo o processo sem resolução do mérito (art. 485, I, IV, V, VI e VII, do CPC).

Essa perspectiva comporta um redimensionamento diante da incidência do princípio da primazia da decisão de mérito, sendo que, sempre que possível ao juiz decidir a demanda, eventual defeito nos pressupostos processuais devem ser ultrapassados - ou corrigidos - outorgando-se a tutela jurisdicional acerca da relação jurídica de direito material levada à apreciação do Poder Judiciário (arts. 4º e 6º, do CPC).

sugeridas, muito menos a doutrina que vem comentando o projeto o tem examinado. Ao prevalecer a proposta, não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais. Rigorosamente, não haveria necessidade de o art. 472 do PLC 8.046/2010 prever mais de um inciso para a extinção do processo pela falta de um pressuposto processual. Na proposta, os incs. I, IV, V, VI e VII repetem a organização do Código de Processo Civil atual e cuidam, substancialmente, do mesmo fenômeno: extinção do processo por inadmissibilidade. Em todos estes casos, o processo é extinto em razão do não preenchimento de um pressuposto processual. Mas esta enumeração, embora teoricamente desnecessária, não é inútil: como “pressuposto processual” é designação vaga, convém identificar, tanto quanto possível, situações típicas de inadmissibilidade do procedimento - como a existência de convenção de arbitragem (inc. VII) e a ausência de interesse processual (inc. VI) -, para facilitar a argumentação jurídica. Mantém-se a regra aberta do inc. IV (falta de pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido), para servir às situações atípicas de inadmissibilidade. A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.” DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 187, jul., 2011, p. 256-260, versão eletrônica. Defendendo a permanência da categoria CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesse processual: de Chiovenda ao CPC 2015. *Revista de Processo*, vol. 281, p. 47-70, jul., 2018, versão eletrônica. A despeito da manutenção ou não dessa categoria, é fato que houve uma diferença em relação ao CPC/73, pois neste diploma normativo compunham as condições da ação: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir e c) legitimidade *ad causam*. Com efeito, não se fala mais em possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, o que ficou reduzido ao próprio mérito da demanda. Mantém-se, tão somente, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. No que tange à legitimidade, esta divide em ordinária e extraordinária. Pela primeira, o próprio titular do direito material exerce essa posição no processo, seja figurando como autor ou como réu. Na segunda, a lei ou convenção processual permite que terceiro postule, em nome próprio, direito alheio em juízo. Nessa perspectiva, a legitimidade ordinária seria questão relacionada ao próprio mérito da demanda - pois diz respeito à relação de direito material - ao passo que a legitimidade extraordinária estaria afeta à relação jurídica de direito processual. Nesse sentido, DIDIER JR., Será..., op. cit. e FABRICIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*, vol. 58, p. 7-32, abril-junho, 1990, versão digital: “Pelo menos as decisões envolvendo possibilidade jurídica do pedido e *legitimatío ad causam* são sentenças de mérito. “Se (o magistrado) julgar inexistentes as condições da ação referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide. Aliás, mesmo os mais extremados defensores da trinomia liebmaniana acabam por admitir que “algumas vezes” a decisão sobre condições da ação, em especial a possibilidade jurídica, tocam o mérito.”

É importante, assim, definir quais seriam os pressupostos processuais e as “condições da ação” em relação à demanda executiva⁴⁹⁶.

No que tange às “condições da ação”, o CPC/2015 as restringiu a duas concepções: a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir. A legitimidade *ad causam* é entendida como o vínculo subjetivo entre os titulares do direito material e sua repercussão na relação jurídica processual, ou seja, quem postula em juízo e contra quem está postulando em juízo⁴⁹⁷.

Dessa forma, aquele postula em juízo deve ser o titular do direito material em discussão na demanda, assim como deve postular em face daquele que tem um dever ou obrigação que decorra da referida relação de direito material. Quando existe a coincidência entre essas figuras, haverá legitimidade ordinária. Considerando que o processo de execução é centrado na figura do título executivo, a legitimidade *ad causam* ordinária será daqueles em relação a quem foi produzido o título executivo, seja judicial, seja extrajudicial. No segundo caso, todos os que participaram do negócio jurídico serão legitimados para agir em juízo. É nesse sentido o disposto nos arts. 778 e 779, I, do CPC.

A lei, porém, reconhece legitimidade ativa para promover a execução ou nela prosseguir, a título de sucessor processual, e independentemente da concordância do executado: a) o Ministério Público, nos casos previstos em lei; b) sucessores em geral, seja por ato *inter vivos* ou por ato *causa mortis*, tais como o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos e o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional (art. 778, § 1º, do CPC).

Da mesma forma, haverá legitimidade passiva na execução quando esta for dirigida em face do: a) sucessor do devedor, assim considerado por ato *causa mortis* (espólio, herdeiros ou sucessores em geral) ou por ato *inter vivos* (nos caso de assunção de dívida); e b)

⁴⁹⁶ Sobre o tema, esclarece Dinamarco: “Apesar de ser geralmente reconhecido que o processo de execução forçada é instaurado e impulsionado mediante o exercício de uma *ação* e que a ação executiva também tem as suas condições, não é usual em doutrina o emprego, nesse campo, do mesmo esquema das condições da ação que se vê aplicado quando se trata da cognição. Não se preocupam os estudiosos em examinar a ação executiva do ponto-de-vista da possibilidade jurídica, do interesse de agir e da legitimidade, da coordenação entre esses requisitos e sua inserção sistemática, da consequência de sua falta, etc. -, o que afinal é uma necessidade, desde que se queira dar à execução forçada e à ação executiva o mesmo alento de elaboração científica recebido pelo processo e pela ação de conhecimento.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 379.

⁴⁹⁷ No conceito de Liebman: “*Legittimazione ad agire (legitimatío ad causam)* è la titolarità (attiva e passiva) dell’azione. Il problema della legittimazione consiste nell’individuare la persona cui spetta l’interesse ad agire (e quindi l’azione) e la persona in cui confronti esso spesa: in altri termini, esso sorge dalla distinzione tra il quesito sull’esistenza oggettiva dell’interesse ad agire ed il quesito sulla sua appartenenza soggettiva.” LIEBMAN, Enrico. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. vol. 1. Milão: Giuffrè. 1980. p. 139.

nos casos de responsabilidade prevista em lei (fiador do débito, responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito e ao responsável tributário, tal como definido em lei), nos termos do art. 779, II a VI, do CPC.

A natureza da legitimidade - se ordinária ou extraordinária; se primária ou superveniente- varia de acordo com a situação jurídica apresentada. Nos casos do credor e do devedor que assim figuram no título executivo, a legitimidade será ordinária e primária⁴⁹⁸. Nos casos de sucessão, ainda será hipótese de legitimidade ordinária porém superveniente⁴⁹⁹. O Ministério Público, por sua vez, na hipótese do art. 778, § 1º, I, do CPC, atuará como legitimado extraordinário, porque o fará nas hipóteses em que a lei autorizar, para a tutela de direito alheio, ressalvado, contudo, a hipótese de tutela de direito próprio.

O mesmo ocorre em relação às ações coletivas: embora haja certa polêmica acerca da natureza jurídica da legitimidade dos legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, há prevalência do entendimento de que a atuação ocorre como legitimado extraordinário⁵⁰⁰.

O interesse de agir, no resumo de Liebman, é “relação de utilidade atual entre a lesão de um direito, que foi afirmado, e o provimento de tutela jurisdicional que se demanda.”⁵⁰¹ O interesse de agir passa a ser analisado sob três perspectivas: o interesse de agir utilidade, o interesse de agir necessidade e o interesse de agir adequação.

⁴⁹⁸ Na lição de Dinamarco: “Diz-se ordinária a legitimidade do credor e devedor figurantes no título, porque são eles os sujeitos da relação jurídica substancial litigiosa e a eles diretamente interessa o resultado do processo de execução, a beneficiar ou não, em medida menor ou maior, o patrimônio de um deles em detrimento do patrimônio do outro. Trata-se, além disso, de legitimidade *primária*, a mesma que tiveram para participar da criação do título executivo. Se título judicial, essa é a mesma legitimidade que tiveram para o processo de conhecimento em que o título foi gerado; se extrajudicial, é a mesma que lhes permitiu realizar o ato de regulação dos próprios interesses, ao qual a lei acresce a eficácia executiva (cambiais, etc.). Em ambas as hipóteses, a legitimidade primária é quase sempre indicada facilmente, na prática, pelo próprio título executivo.” Idem, p. 427.

⁴⁹⁹ Como explica Zavascki: “Se, por ato entre vivos ou por morte do credor, o crédito for transferido, o novo titular habilita-se a promover a execução ou, caso já proposta, a dar-lhe seguimento. É a legitimação ativa *superveniente*, que se distingue da prevista no art. 566 do CPC [atual art. 778, do CPC], porque naquela, o legitimado ativo (ou, se for o caso, o substituído processual) figura como credor desde o momento da formação do título executivo (legitimação ativa *primária*) e nessa, a legitimação decorre de causa (ato ou fato) posterior a ela.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução. Parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT. 2004. p. 166

⁵⁰⁰ “Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não ha como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (=sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 6. ed. São Paulo: RT. 2014. p. 63-64.

⁵⁰¹ LIEBMAN, Enrico. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. vol. 1. Milão: Giuffrè. 1980. p. 138: “[...] il rapporto di utilità corrente tra lesione di un diritto, che è stata affermata, e il provvedimento di tutela giurisdizionale che viene demandato.”

O interesse utilidade serve para regular a atividade jurisdicional estatal, de forma que os tribunais não sejam assoberbados com demandas inúteis, que poderiam ser solucionadas com menor empenho e custo. É preciso, também, que, através da demanda judicial, haja uma melhora na situação jurídica do autor⁵⁰². É uma medida que, frequentemente, vem relacionada ao princípio da economia processual.

Pelo interesse necessidade, somente se justificaria a intervenção judicial como *ultima ratio*, naqueles casos que não seria possível obter a satisfação do seu direito que não pelo processo judicial. Exigia-se uma efetiva lesão ao direito material, o que legava o interesse de agir à noção de inadimplemento⁵⁰³ e ao esquema das tutelas ressarcitórias.

O interesse adequação, por sua vez, teria relação com o procedimento eleito pela parte para buscar a tutela do seu direito. Dessa forma, a incorreta escolha do procedimento pela parte autora poderia levar ao reconhecimento da falta de interesse de agir. Assim, o portador de um título executivo que optasse por uma ação de conhecimento poderia, teoricamente, ser considerado carecedor de ação⁵⁰⁴.

Os conceitos, embora aparentemente de simples definição, permitem concluir, em realidade, quão tormentoso pode ser o enquadramento de diferentes situações concretas, bem como acaba sendo inadequado para uma concepção cooperativa do processo. De fato, a inadequação dessas estruturas clássicas às hipóteses em que há demandas múltiplas e adoção de soluções cooperativas, como as convenções processuais, pois em que pese possa haver interesses contrapostos, a depender do ato ou situação jurídica, o interesse pode ser comum⁵⁰⁵. Da mesma forma, a intervenção de sujeitos desprovidos de interesse jurídico na demanda, como o caso do *amicus curiae*, também indica a inadequação das variáveis do interesse de agir.

Nessa perspectiva, tanto o interesse necessidade quanto adequação estão em descompasso com o moderno processo civil. O interesse necessidade ainda se relaciona às

⁵⁰² “C’est l’État qui, dans nos sociétés modernes, assume, par le moyen des tribunaux, la mission de protéger les droits des particuliers, mais encore le recours à la justice ne doit-il être ouvert que si le demandeur peut espérer en retirer une certaine utilité; s’il apparaît que l’exercice d’une action ne peut procurer au demandeur aucune avantage pratique, l’autorité judiciaire est fondée à déclarer l’action non recevable sans prendre la peine de statuer au fond. En un mot, le service de la justice ne peut être saisi de questions purement théoriques. La règle: “Pas d’intérêt pas d’action” est donc une règle d’ordre public, destinée à ménager le temps des juges, les deniers de l’État et à empêcher de naître des contestations inutiles ou vexatoires.” MOREL, René. *Traité élémentaire de procédure civile*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932. p. 40.

⁵⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zona di interesse”. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2, p. 29-56, jul-dez, 2015, versão eletrônica.

⁵⁰⁴ Hoje, a partir da regra expressa no art. 785, do CPC, reconhece-se o direito de escolha do credor que, mesmo tendo um título executivo extrajudicial, opte pelo ajuizamento de uma ação de conhecimento ou mesmo monitória, com o intuito de obter um título executivo judicial.

⁵⁰⁵ CABRAL, Interesse..., cit., versão eletrônica.

concepções de um processo relacionado à tutela do direito material e ao provimento condenatório, consequência da violação a um direito subjetivo. Não se enquadraria, por exemplo, em uma pretensão meramente declaratória ou preventiva de direito, bem como não foi pensado para outros tipos de provimentos, como o executivo e o cautelar⁵⁰⁶.

Já o interesse adequação não pode levar à “punição” do autor com a extinção do processo sem resolução do mérito por ter eleito um determinado procedimento em detrimento de outro⁵⁰⁷. Essa perspectiva acaba ignorando as válidas opções do credor, as quais devem ser consideradas legítimas⁵⁰⁸. Da mesma forma, diante do já mencionado princípio da primazia da decisão de mérito, não seria possível a extinção do processo sem oportunizar ao autor a correção do rito escolhido, viabilizando, assim, a tutela do direito.

Nesse ponto, portanto, somente o interesse utilidade é que merece ser levado em consideração na aferição do interesse de agir. E, além disso, deve-se alargar o critério de verificação do interesse para a noção de “zona de interesse”⁵⁰⁹. De acordo com esse entendimento, o interesse de agir deve ser visto levando em consideração o interesse processualmente relevante para, na ótica da parte ou terceiro, autorizar a sua atuação na relação jurídica processual, diante de um resultado que o litigante entende que lhe é favorável. Na visão de Antonio do Passo Cabral⁵¹⁰:

⁵⁰⁶ CABRAL, idem, ibidem.

⁵⁰⁷ É inclusive questionada a sua inclusão como sendo uma condição da ação: “Essas possibilidades a meu ver são suficientes para demonstrar que a inadequação do procedimento ou do provimento não implica na ausência do direito de exigir do Estado o provimento jurisdicional que equacione a situação fático-jurídica, mas em obstáculo mais ou menos rígido imposto em cada sistema processual, referente aos pressupostos de validade do próprio processo, como atividade-meio da jurisdição. É a lei processual que estabelece essas restrições, cuja legitimidade em face do direito de amplo acesso à tutela jurisdicional pode até ser questionada, mas que em nada afeta a existência do direito à jurisdição.” GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética. 2003. p. 37.

⁵⁰⁸ CABRAL, Interesse..., cit., idem.

⁵⁰⁹ Mas até essa concepção pode trazer alguns problemas na sua aplicação prática, como aponta Albert, ao tratar do tema: “This indicates that the Court has not exorcised the spirit of the merits from the threshold inquiry. On the contrary it has reintroduced the ghost in the more troublesome wrapping of prejudgment. It has authorized a new preliminary proceeding in which a court surveys the relevant legal materials for a zone of interest before focusing upon the claims for relief. Such initial inquiries separated from the merits pose a series of hazards: the risk of an impressionistic or summary survey of the merits influencing the seemingly threshold decision or, alternatively, prejudicing the later exploration of the claims on the merits; the danger of ill-focused or undeliberated determination due to the vagueness of the standard; and the breeding of appeals on preliminary issues with the consequent premature termination of the judicial process and long delays in deciding the merits.” ALBERT, Lee A. Standing to challenge administrative action: an inadequate surrogate for claim for relief. *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 3, janeiro, 1974, p. 495-496, disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=5004&context=fss_papers, acesso em 22 de janeiro de 2019.

⁵¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, número 1, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf, acesso em 21 de janeiro de 2019.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, como um filtro mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento, franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente. Se dinamicamente analisado, e verificado para cada ato ou posição processual, o conceito de “zona de interesse” pode ser fecundamente aplicado em diversas hipóteses.

A concepção de “zonas de interesse” permite uma análise mais adequada do interesse processual - utilidade - inclusive para a tutela dos interesses de terceiros, mormente no âmbito do processo executivo pois juntamente com as partes consideradas “principais”, também é possível encontrar partes “acessórias”⁵¹¹, que possuem interesses relacionados à tutela do direito material, os quais, contudo, podem não se enquadrar na restrita concepção de “interesse jurídico”, mas sim um interesse econômico ou material, o qual, normalmente, não autorizaria a intervenção na relação jurídica processual. Nessa perspectiva, encontram-se as figuras dos credores concorrentes, remidores, credores adjudicatários, compradores ou arrematantes e demais licitantes, que possuem interesses próprios decididos no âmbito do procedimento executivo⁵¹².

Assim, a própria concepção de interesse processual merece um alargamento para além das fronteiras do interesse jurídico, a fim de abarcar também outros aspectos, como o interesse meramente econômico, bastante comum no procedimento executivo⁵¹³. Nessa perspectiva, a solução mais adequada seria adotar-se a concepção de “interesse legítimo” da jurisdição administrativa europeia⁵¹⁴, em que não somente a violação a uma relação jurídica

⁵¹¹ Nesse sentido, REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. vol. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1957. p. 203-204: “Nenhuma dúvida pode haver quanto ao exequente e executado, por um lado, e quanto aos assistentes, depositário, compradores, licitantes, remidores e preferentes, por outro; os primeiros desempenham manifestamente o papel de partes principais, os segundos ocupam claramente o lugar de partes acessórias.”

⁵¹² GRECO, Leonardo. *O Processo de execução*. v. 1., cit., p. 341. Na lição de Cabral: “Na execução, p.ex., existem múltiplos interesses de vários sujeitos, como os remidores, credores-adjudicatários, arrematantes, licitantes, todos titulares de interesses materiais decididos no processo. Muitas vezes, estes indivíduos possuem interesses materiais e/ou econômicos na execução, e que pretendem ver protegidos, sem que o ordenamento, nos moldes da teoria tradicional, permita sua atuação processual.” CABRAL, Despolarização..., op. cit.

⁵¹³ Sobre essa interface e a posição de terceiros no processo de execução, v. FERNÁNDEZ, Sonia Cano. *Los terceros en el proceso de ejecución*. Madrid: Marcial Pons. 2014. p. 77 e segs,

⁵¹⁴ Nesse sentido, também, a concepção do standing to sue do direito norte-americano, também originária de demandas contra agências do governo, em que basicamente duas questões devem ser colocadas pelas Cortes com o fim de definir o interesse em receber uma tutela judicial: a primeira é se o litigante alega que a conduta questionada lhe casou um prejuízo de fato, de natureza econômica ou outra; a segunda é se o interesse a proteger pelo queixoso se insere, sem dúvida, na zona de interesses a serem protegidos ou regulados pela lei ou normas constitucionais em questão: “The second development is represented by a recent series of standing decisions in which the Court reformulated standing doctrine. In *Association of Data Processing Service Organizations v. Camp* and *Barlow v. Collins*, the Court rejected the “protected legal interest” test because it “goes to the merits”

ou direito subjetivo seja admitida, mas também o interesse meramente econômico ou, então, que haja a comprovação de que a decisão pode, de alguma forma, afetar a sua esfera jurídica⁵¹⁵.

E, ainda sobre o interesse processual no procedimento executivo, é corrente na doutrina processual vincular-se à própria existência do título executivo⁵¹⁶⁻⁵¹⁷. Não obstante

and was therefore thought inappropriate for the threshold matter of standing. The Court prescribed a new two-part test of standing: "The first question is whether the plaintiff alleges that the challenged action has caused him injury in fact, economic or otherwise." The second is "whether the interest sought to be protected by the complainant is arguably within the zone of interests to be protected or regulated by the statute or constitutional guarantee in question." ALBERT, op. cit., p. 475.

⁵¹⁵ Nesse sentido: "Forse il concetto di interesse ad agire deve avvicinarsi, nel processo civile moderno, al concetto di "interesse legittimo" della giurisdizione amministrativa europea, dove non c'è esigenza di riferimento diretto ad un rapporto giuridico o diritto soggettivo dell'interessato, e dove spesso l'interesse economico è ammesso. Basta, per esempio, che il soggetto dimostri che il risultato del processo possa avere qualche ripercussione o effetto ella sua sfera giuridica per autorizzare l'attività processuale." CABRAL, Interesse..., op. cit.

⁵¹⁶ Na concepção de LIEBMAN: "L'esecuzione è dunque formata dalla legge come un procedimento chiuso e in sé perfetto, dal quale è esclusa ogni indagine di merito, che cammina inesorabile per la sua strada, *come se* non vi fosse alcuna incertezza sulla sua legittimità; e nello stesso tempo è fatta salva la possibilità che dall'esterno (cioè da un apposito ed autonomo processo di cognizione che prende il nome di *opposizione*) sopraggiunga l'ordine di fermarsi ed eventualmente di ristabilire lo stato anteriore delle cose. [...] Dalla ponderazione di queste svariate esigenze è sorto un nuovo equilibrio e il mezzo tecnico per esprimerlo e per fissarlo è stata la creazione di una categoria di atti, che la legge riconosce necessari e insieme sufficienti a legittimare la domanda con cui si promuove l'esecuzione, ma che non impediscono, in altra sede, l'aperta e normale discussione, secondo le regole comuni, intorno alla vera situazione di diritto sostanziale esistente tra le parti. Questi atti si chiamano titoli esecutivi. E la legge dispone: *nulla executio sine titulo* (art. 474 cod. proc. civ.)" LIEBMAN, Manuale..., cit., p. 189-190. Na doutrina pátria, a lição de Humberto Theodoro Jr. resume essa posição: "Sendo a execução forçada uma forma de ação, o seu manejo está, naturalmente, subordinado às chamadas condições da ação e que são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para agir e o interesse de agir. [...] Mas, em face da coação que se realiza com o processo executivo, onde não mais se vai discutir o direito das partes, e sim apenas realizar o crédito do autor, tem esse processo pressupostos especiais e completamente distintos daqueles que se notam no processo de conhecimento. Basta dizer que só pode haver execução baseada em título executivo, circunstância que se apresenta, prima facie, como condição necessária e suficiente para fazer atuar a pretensão executiva. Fundando-se a execução, obrigatoriamente, no título executivo, torna-se muito simples a verificação das condições da ação. Bastará, quase sempre, a comprovação da existência do título a que a lei confere a força executiva. Daí o ensinamento de que o título se apresenta como "a expressão integral das condições da ação executória." THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Leud. 2002. p. 50-51.

⁵¹⁷ Não há, propriamente, uma unanimidade acerca da posição que ocupa o título executivo no que se refere à admissibilidade do procedimento executivo. Alguns, como visto na nota anterior, sustentam que o título executivo seria um elemento relativo às condições da ação, particularmente enquadrável nas condições da ação - seria representativo do interesse de agir. Já para outros, o título executivo representaria - ao lado do inadimplemento - um requisito geral para a deflagração do procedimento executivo. Nesse sentido, a doutrina de Fredie Didier Jr. et al.: "Além de ter que atender, genericamente, aos pressupostos de existência, aos requisitos de admissibilidade e às condições da ação, a deflagração do procedimento executivo depende da observância de dois requisitos específicos, a saber: a) a apresentação de um título executivo a partir do qual se possa aferir a existência de um direito a uma prestação líquida, certa e exigível; b) a afirmação, pelo exequente, de que houve inadimplemento do executado quanto ao dever jurídico que é correlato a esse direito de prestação." DIDIER JR. et al. Curso..., vol. 5, cit., p. 196. Ainda entendendo o título executivo como pressuposto processual, GRECO, A teoria..., op. cit., p. 44. Nesse último caso, o título executivo seria um documento essencial à propositura da demanda, e não uma condição da ação. De qualquer forma, a ausência do título executivo levaria à inadmissibilidade do procedimento executivo, resultando em uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito. Não é, porém, a solução mais adequada considerando o princípio da primazia da tutela de

haja certa polêmica na questão, é fato que somente com o título executivo é possível ver veiculada a pretensão executiva, de modo que a sua ausência (ou seja, o documento não foi anexado aos autos ou então o documento não é um título executivo) acarreta a conversão do procedimento ou a extinção do processo sem resolução do mérito. É importante, contudo, salientar que a análise acerca da existência de um direito a uma prestação líquida, certa e exigível que decorre do título executivo é questão que diz respeito ao mérito da demanda⁵¹⁸.

Ainda sobre a questão do interesse processual, é importante mencionar que ele resta demonstrado a partir do momento em que a prestação se mostra exigível⁵¹⁹. A exigibilidade decorre do advento do termo ou da constituição em mora do devedor não se confundindo, contudo, com o inadimplemento. Ao tratar do adimplemento da obrigação - ou do seu inadimplemento - se remete à própria relação jurídica de direito material, o que diz respeito ao mérito do processo executivo. O cumprimento da obrigação permite o encerramento do processo executivo, por meio de sentença a qual resolve o mérito da demanda⁵²⁰. Assim, o inadimplemento deve ser alegado, na petição inicial, como aspecto integrante da causa de pedir, o que será analisado pelo magistrado caso haja provocação nesse sentido pelo executado.

mérito, é intimar a parte autora para que, primeiramente, apresente o título executivo e, na sua falta, emende a petição inicial para adaptar a demanda a uma ação de conhecimento ou monitória.

⁵¹⁸ "São requisitos de admissibilidade do procedimento executivo, dentre outras coisas, a *afirmação* da existência de um direito líquido e certo, a *afirmação* de que esse direito é exigível em razão de superveniente ocorrência de condição ou termo ao qual a sua eficácia estava subordinada e a *afirmação* do inadimplemento do executado. Constitui, ainda, requisito de admissibilidade do procedimento executivo a *juntada* de documento representativo da superveniência desse evento futuro. Dessa forma, se a petição que deflagra o procedimento contém essas afirmações e se faz acompanhar desses documentos, pode-se dizer que ela satisfaz os requisitos de admissibilidade que ora tratamos. Saber, contudo, se as afirmações lançadas são *efetivamente verdadeiras* ou se os documentos juntados são *efetivamente representativos* do direito líquido, certo e exigível, aí então já estamos no terreno das questões relativas ao mérito da demanda executiva." DIDIER JR. et al., Curso..., vol. 5, cit., p. 216.

⁵¹⁹ Mas há também quem entenda que a exigibilidade se refere à existência do direito subjetivo, não podendo se relacionar com as condições da ação: "Para que um crido seja cobrado em juízo, é necessário que seja exigível, não poderá estar pendente do implemento de termo ou condição. Nesse sentido, a uma primeira impressão, poder-se-ia acrescentar a exigibilidade como requisito do interesse processual, em casos como do processo executivo. Isso seria, entretanto, equivocado, pois a exigibilidade, em verdade, torna-se requisito de existência do direito subjetivo, e não do interesse processual que com ele não se confunde, apesar de umbilicalmente ligados." CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesse processual: de Chiovenda ao CPC 2015. *Revista de Processo*, vol. 281, p. 47-70, jul, 2018, versão eletrônica.

⁵²⁰ "Para ocorrer o interesse-necessidade, basta que chegue o momento da exigibilidade (vencimento da dívida, notificação do obrigado etc.). É inexacto afirmar que o interesse é dado pelo *inadimplemento*, ou pela lesão ao direito, como a doutrina frequentemente assevera, pois aí já se passa ao terreno do mérito. O inadimplemento (*sic*) é causa de extinção da obrigação e motivo de improcedência da demanda, não de carência de ação. Quem recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de sua pretensão: ocorrido o adimplemento, quem era credor já não o é mais e a sua pretensão a receber pela segunda vez não merece mais ser satisfeita pela via executiva nem por qualquer outra, em qualquer tempo." DINAMARCO, Execução, cit..., p. 414.

Verificadas, portanto, as “condições da ação” executiva, passa-se a análise dos pressupostos processuais. Aqui também não há unanimidade na doutrina pátria, pois são inúmeras as classificações encontradas. Parte-se, assim, da premissa que os pressupostos processuais se referem: i) à existência da relação jurídica processual e ii) à validade da referida relação. Essa distinção já permite antever que a ausência de algum pressuposto processual pode gerar diferentes consequências, a depender de que tipo se trate⁵²¹.

Há elementos que precisam existir para que se forme essa relação jurídica processual, que são os pressupostos processuais⁵²². Via de regra⁵²³, os pressupostos processuais são questões de ordem pública e que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, ou mediante provocação da parte interessada, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

São considerados pressupostos processuais de existência: a) um órgão investido de jurisdição; b) uma demanda e c) que ela seja proposta por uma parte⁵²⁴. Ausente qualquer um dos referidos pressupostos, a solução é reconhecer a inexistência da relação jurídica processual, sendo inexistente eventual sentença proferida em tal procedimento⁵²⁵.

⁵²¹ Nesse sentido, o aspecto positivo do tratamento conjunto do tema: “A utilidade prática da reunião de várias figuras sob o mesmo rótulo consiste em permitir o tratamento conjunto: o que se disser de substancial acerca de qualquer delas poderá dizer-se de todas. Subsistirão, é óbvio, as diferenças específicas, de alcance, contudo, acidental; nos pontos mais importantes, haverá necessariamente comunhão.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 93.

⁵²² “Sua formulação liga-se historicamente à identificação, como entidade autônoma, da chamada relação jurídica processual. Proposta uma ação, estabelecem-se entre as partes e o órgão judicial vínculos juridicamente disciplinados. O conjunto desses vínculos forma uma relação jurídica, inconfundível com a outra, em regra de direito material, a cujo respeito discutem os litigantes. Assim, porém, como o reconhecimento desta pressupõe a verificação de certos fatos, sem os quais ela não nasceria, também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, dependa da presença de determinados elementos, que lhe condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 84.

⁵²³ Não se aplicaria à incompetência relativa e à alegação de convenção de arbitragem, os quais dependeriam de provocação da parte interessada no primeiro momento em que autorizada a falar nos autos, sob pena de preclusão e, respectivamente, prorrogação da competência e renúncia à arbitragem.

⁵²⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 86. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: “Para que a relação jurídica processual exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição: a existência de um autor (sujeito que pratique o ato inaugural, que tenha capacidade jurídica) e de um órgão investido de jurisdição completa o elemento subjetivo do processo. A relação jurídica processual existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma consequência jurídica, se for validamente citado.” DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 106.

⁵²⁵ Alerta Adroaldo Furtado Fabrício que essa categoria é bastante polêmica na doutrina: “Mas também esses conceitos são extremamente polêmicos, pois a doutrina mais acatada tem preferido reduzir a categoria dos pressupostos aos requisitos de validade. Assim, na própria literatura alemã, onde o conceito foi primeiro plasmado com grande amplitude em estudo clássico, os trabalhos mais recentes fixam-se nos pressupostos de validade apenas, inclusive sob o argumento de que, sendo no processo que se examina a presença ou ausência deles, estabelecido está que o processo existe.” FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*. vol. 58, p. 7-32, abril-junho, 1990, versão eletrônica.

Já os pressupostos de validade possuem regime bastante diverso e podem ser classificados em pressupostos a) objetivos e b) subjetivos, dentre os quais os primeiros se subdividem em i) intrínsecos (regularidade procedimental e existência de citação válida) e ii) extrínsecos (ausência de impedimentos, tais como coisa julgada, litispendência, perempção ou cláusula arbitral) e os últimos dizem respeito ao i) juiz (competência e imparcialidade) ou ii) às partes (capacidade processual: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória)⁵²⁶.

Como mencionado anteriormente, o regime dos pressupostos processuais de validade possui características bastante peculiares. Se não for observada a regularidade formal da demanda, poderá haver nulidade do procedimento, de modo que a irregularidade seja sanada, podendo o processo prosseguir até a prolação da sentença. Ausência de citação ou citação inválida geram a nulidade absoluta do processo, devendo o mesmo ser retomado daquele momento.

A ocorrência de coisa julgada, litispendência, perempção ou convenção de arbitragem leva à extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V e VII, do CPC, respectivamente.

No que tange ao juiz, se a sentença for proferida por juízo incompetente, não haverá extinção do processo, via de regra⁵²⁷, mas somente remessa para o juízo competente. Da mesma forma, é preciso distinguir: no caso de incompetência absoluta, o processo será nulo e poderá, inclusive, ser rescindido por meio de ação rescisória (art. 966, II, do CPC). Já se for o caso de incompetência relativa, a parte interessada deve arguir a incompetência no primeiro

⁵²⁶ A doutrina sobre pressupostos processuais é bastante vasta e não existe uma uniformidade acerca do tema. Dentre inúmeros autores que tratam do tema, é possível remeter o leitor a algumas obras, tais como HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. *Manual de derecho procesal civil*. Marcial Pons: Madrid. 2015. p. 213-220; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. VII ed. Padova: CEDAM. 1994. p. 307 e segs; LUISIO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. t. I. Milano: Giuffrè. 1997. p. 47 e segs; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. São Paulo: Saraiva. 1965. p. 67 e segs.; LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho procesal civil*. 4.ed. Barcelona: Wolters Kluwer. 2015. p. 67 e segs.; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 335 e segs.; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva. 2005; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 20ª ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 363-432; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2017. Especificamente sobre os pressupostos do processo de execução veja, dentre outros, FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal. p. 39 e segs.; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 59-290; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 206 e segs.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 64-75; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT. 2016. p. 505 e segs.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XVII. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 85 e segs.

⁵²⁷ Exceções relativas às excepcionais hipóteses do art. 51, III, da Lei 9.099/95 e da incompetência internacional.

momento em que for oportunizada a sua defesa - no caso específico da execução, na impugnação ao cumprimento de sentença ou nos embargos à execução - sob pena de preclusão e prorrogação da competência (art. 65, do CPC). O mesmo ocorre em relação à imparcialidade do juiz, regulada pelas garantias do juiz natural, pelo princípio dispositivo e pela ocorrência de impedimento (art. 144, do CPC) ou suspeição (art. 145, do CPC). Nessas hipóteses, não haverá extinção do processo, mas mera remessa para o substituto legal. No primeiro caso, se já tiver sido proferida sentença com trânsito em julgado é possível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir a sentença (art. 966, II, do CPC). Na segunda hipótese, haveria preclusão caso não alegasse na primeira oportunidade que se tivesse conhecimento da situação ensejadora da suspeição, no prazo de 15 dias por simples petição (art. 146, do CPC). É importante, contudo, ressaltar que na execução, a imparcialidade do juiz é vista de forma um pouco distinta se comparado com o processo de conhecimento, pois como a execução é fundamentada em título executivo, a atuação do juiz está relacionada com este objetivo, devendo respeitar os direitos fundamentais das partes envolvidas, limitando eventuais excessos que forem cometidos pelas partes e pelo próprio juiz. Nessa perspectiva, deve o magistrado observar que a demanda judicial não esteja sendo utilizada para fins de vingança pessoal. Além do mais, não alcançar o resultado desejado não implica em ausência de imparcialidade mas, sim, inefetividade do processo executivo (e, por consequência, de acesso à justiça)⁵²⁸.

Por fim, em relação às partes, há três graus de capacidade que são analisadas: a) a capacidade de ser parte - personalidade processual; b) a capacidade processual e c) a capacidade postulatória⁵²⁹.

⁵²⁸ Nesse sentido: “Como o procedimento executivo pressupõe um título executivo que o inaugura, não há que se falar em risco de se entregar a prestação pretendida para um ou outro lado de forma tendenciosa, pois as posições jurídicas ativa e passiva já estão determinada, ainda que de forma provisória, como é o caso das tutelas provisórias (arts. 294 a 311, CPC/2015). O que há de se fazer no procedimento executivo é dar efetividade ao direito consignado no título. A imparcialidade atua, então, no procedimento da efetivação desse direito para evitar que ocorram abusos pelo exequente, pelo executado ou pelo próprio condutor do procedimento executivo.” MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao “non factibile”*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 51. Mais adiante, conclui o autor: “[...] a imparcialidade no contexto da execução significa: a) a proibição de medidas executivas abusivas; b) proibição de utilização do procedimento executivo como instrumento de vingança e c) o procedimento executivo aplicado deve ser, em regra, aquele especificado em lei. Em todos esses casos, o enfoque deve ser, além da proteção do direito da personalidade das partes, o direito constitucional à tutela efetiva. Por isso, não fere a imparcialidade: a) a utilização de meios executivos, mesmo que drásticos, desde que não ocorram abusos e b) a utilização de meios executivos atípicos, ou quando não há procedimento previamente estabelecido, ou quando aquele estabelecido se mostrar inadequado ou insuficiente, a depender do caso concreto. Nesse aspecto, mostra-se imprescindível a avaliação da situação à luz do princípio da proporcionalidade.” Idem, p. 56.

⁵²⁹ Os conceitos já foram analisados anteriormente, no capítulo 2.

A não observância dos pressupostos de validade, em relação ao sujeito do processo, pode gerar consequências variadas: desde a extinção do processo sem resolução do mérito, até a nulidade dos atos praticados ou, no caso do réu ou terceiro, prosseguimento do feito a sua revelia⁵³⁰. Não necessariamente, portanto, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito.

Como se verifica, os pressupostos processuais objetivam, como explicou Barbosa Moreira, funcionar como um filtro para impedir que relações jurídicas processuais defeituosas possam ter o seu mérito analisado⁵³¹.

A análise dos pressupostos processuais e das condições da ação compreendem a admissibilidade da demanda executiva; aspectos que, na sua grande maioria, dizem respeito a questões que são afetas à ordem pública, podendo ser analisadas independentemente da provocação do interessado pelo magistrado, em qualquer grau de jurisdição, sendo um aspecto relevante na esfera da cognição do juiz no processo executivo.

Uma última questão, ainda, acerca do juízo de admissibilidade diz respeito ao momento em que este deve ser feito. Não há, propriamente, no procedimento executivo o momento do saneamento do processo (art. 357, do CPC), de forma que tal análise pode ocorrer a qualquer tempo. Ressalte-se que, não obstante deve ser realizado o juízo de admissibilidade da demanda, não é impeditivo que a despeito do não preenchimento de requisito de admissibilidade, possa se ater diretamente ao mérito, sem que necessariamente deva ser seguida a referida ordem (juízo de admissibilidade e posterior juízo de mérito). Propõe-se, assim, que cada caso deve ser analisado de acordo com as suas peculiaridades, ora prevalecendo o juízo de admissibilidade da demanda, ora o juízo de mérito⁵³², diante da incidência do princípio da primazia da tutela de mérito.

⁵³⁰ Assim, “a falta de capacidade postulatória do autor implica a extinção do processo, se não for sanada e não houver litisconsórcio ativo; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do processo. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatorios que praticar.” DIDIER JR., *Pressupostos*, cit..., p. 142.

⁵³¹ “[...] implicitamente se reconhece aos pressupostos processuais a função que lhe assina longa e venerável tradição doutrinária: a de constituir um filtro - ou, em certa perspectiva, o filtro - capaz de reter postulações inviáveis do ponto de vista formal. O controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à subsistência do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem.” BARBOSA MOREIRA, *Sobre...*, op. cit., p. 89.

⁵³² O tema é bastante extenso e não é aqui o momento para aprofundamento. Sobre o tema: “È necessario invece soffermarsi sulla possibilità di configurare un ordine di esame nel caso singolo. Escludere un ordine di esame preconstituito e ritenere operante il criterio del primato della ragione più liquida, non significa, infatti, che un ordine di esame non possa mai imporsi. Viceversa, può ben darsi che, in relazione ai requisiti dei quali in concreto si tratti, si debba concludere nel senso della necessaria priorità di uno di essi; talché non sia possibile rigettare per l'uno, se non si sia prima esclusa la rigettabilità per l'altro.” FORNICIARI, Michele. *Presupposti*

Nessa perspectiva, pergunta-se: há mérito na execução? Há certa polêmica a respeito⁵³³, mas a questão deve receber resposta afirmativa. O mérito da demanda se relaciona com o próprio objeto litigioso. E a definição do objeto litigioso decorre da relação que se estabelece entre os elementos objetivos da demanda, quais sejam: causa de pedir e pedido.

Em lição já clássica, a causa de pedir se divide em remota (consistente na narrativa do “fato constitutivo do direito do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o *interesse processual* para o demandante”⁵³⁴) e próxima (“se consubstancia [...] no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela”⁵³⁵). Na execução, a petição inicial ou o requerimento de instauração do módulo executivo também requer a narrativa da situação fática e seu correlato enquadramento jurídico, não se consubstanciando, como já analisado anteriormente, no título executivo.

No procedimento executivo, o exequente narra os fatos constitutivos do seu direito, que estão representados no título executivo e indica que a obrigação constante do título não foi cumprido, havendo, por conseguinte, a violação do seu direito⁵³⁶.

Além da causa de pedir, o pedido complementa o conjunto de elementos objetivos da demanda, permitindo a identificação do objeto litigioso do processo⁵³⁷. Divide-se em pedido

processuali e giudizio di merito: l'ordine di esame delle questioni nel processo. Torino: Giappichelli. 1996. p. 63.

⁵³³ Nesse sentido: “Não há decisão de mérito em ação de execução. A atividade do juiz “é prevalentemente prática e material”, visando produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento o juiz julga (decide). No processo de execução, o juiz executa (realiza). Em outras palavras: “o processo de conhecimento é processo de sentença”, enquanto “o processo executivo é processo de coação”.” THEODORO JR., *Processo...*, cit., p. 44.

⁵³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT. 2001. p. 154.

⁵³⁵ CRUZ E TUCCI, *A causa...*, cit., p. 155.

⁵³⁶ “Na execução, a *causa de pedir*, malgrado algumas opiniões contrárias, não se consubstancia no título executivo. Este, na verdade, tem o condão de tornar adequada a via da execução. Examinando essa questão, Juvêncio Vasconcelos Viana entende, com acerto, que, para cumprir a exigência da especificação da *causa petendi* no processo de execução, o credor apontará os fatos constitutivos de seu direito, representado por um título executivo, bem como aduzirá, “em termos genéricos”, o fato violador desse direito, qual seja, o inadimplemento do devedor. “Invocará (e exhibirá) o título executivo, mas esse, entretanto, servirá mais ao propósito de possibilitar a verificação pelo julgador das condições da ação executiva, em especial, o interesse de agir, no que diz respeito à adequação do tipo de tutela postulada (executiva). A posse do título - cujo crédito que representa deve ser detentor de certeza, liquidez e exigibilidade -, bem como o fato de nos encontrarmos em uma seara não mais de accertamento do direito do autor, mas sim de realização prática desse, nos levará à verificação de que, aqui, a exposição da *causa petendi* se descomplica. Mas isso não deve, absolutamente, conduzir o autor a uma excessiva simplificação de sua peça exordial, a ponto de limitar-se a afirmar que possui o título e, daí, reclamar do órgão judicial o cumprimento do comando.” CRUZ E TUCCI, *A causa...*, cit., p. 157.

⁵³⁷ “[...] deve-se entender como objeto litigioso do processo o pedido ou o conjunto de pedidos formulados pelos demandantes, os quais devem ser “iluminados” pelas respectivas causas de pedir. Esse constitui o *meritum causae*, a *res in iudicium deducta*, a ser examinada pelo juiz *principaliter*.” SICA, *Cognição...*, cit.

mediato, que é o bem da vida que se pretende alcançar com a demanda, e pedido imediato, que é a atividade jurisdicional necessária para a obtenção desse bem da vida. Na execução, o pedido é que seu crédito seja satisfeito, através da prática dos atos necessários para que tal desiderato seja alcançado, e não a certificação do direito, o que ocorre no processo de conhecimento⁵³⁸. Por tal motivo, o processo de execução se encerra, também, por meio de sentença mas que, na realidade, não tem efeito satisfativo, mas atesta que a obrigação, de alguma forma, foi cumprida. Considerando, portanto, que há pedido formulado pela parte exequente, existe mérito na demanda executiva.

Nessa perspectiva, as questões de mérito na demanda executiva irão se referir i) à obrigação propriamente dita (e todos os seus corolários); e ii) relativas às atividades executivas que forem sendo realizadas no curso do processo de execução, pois tais medidas dizem respeito ao pedido da demanda, que é a satisfação da obrigação⁵³⁹.

É importante, também, salientar que a análise de mérito da execução pode ser com ou sem a provocação da parte executada. Caso o executado apresente algum meio de defesa - via impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução ou exceção de pré-executividade - as alegações trazidas, as quais podem dizer respeito tanto à admissibilidade do procedimento executivo quanto às questões de mérito, ampliarão sobremaneira a cognição a ser efetivada pelo magistrado, que analisará os argumentos apresentados.

Mas outros aspectos, relativos ao mérito, podem ser analisados independentemente da manifestação do executado, a depender, muitas vezes, da provocação do exequente. Assim, por exemplo, a ocorrência do adimplemento ou outra forma extintiva da obrigação, como a novação, transação, compensação ou prescrição; o valor que está sendo executado em comparação com os limites da condenação, determinando-se a intimação ou citação para pagamento caso entenda-os corretos⁵⁴⁰; aplicação de medidas coercitivas para a efetivação das

⁵³⁸ “Obviamente, o objetivo da execução não é a produção de uma decisão que *certifique* uma situação jurídica, próprio que é da atividade jurisdicional de conhecimento. O mérito da execução é a efetivação/realização/satisfação de um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar) certificado em um título executivo. Essa é a pretensão executiva. A demanda executiva compõe-se do *pedido/objeto* (realização/efetivação/satisfação da prestação) e da causa de pedir (direito a uma prestação). Decisões sobre ela serão decisões de mérito.” DIDIER JR., Pressupostos..., cit., p. 42. Da mesma forma, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, vol. 47, jul-set., 1987, p. 24-42, versão eletrônica.

⁵³⁹ Watanabe sustenta que a cognição, no processo de conhecimento, estaria assentada sobre um trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2000. p. 71 e segs. Já na execução, além desses aspectos, o juiz também exerce a cognição acerca das atividades executivas propriamente ditas, ou seja, em relação aos meios executivos. SICA, Cognição..., cit., p. 262.

⁵⁴⁰ “É assim que o juiz procede, por exemplo, quando avalia a memória de cálculo apresentada pelo exequente ao ensejo da execução por quantia, cujos parâmetros de quantificação, por simples cálculos aritméticos, já se acham

obrigações, especialmente em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, que exigem nova cognição do juiz para avaliar a eficácia de tais medidas⁵⁴¹, etc.

Fala-se, assim, em exercício de cognição sumária, sujeita à inversão do contraditório no que diz respeito à necessidade de provocação do executado para ampliar a cognição a ser exercida pelo juiz⁵⁴².

De tudo que se escreveu até então, é possível estabelecer algumas premissas:

- 1) existe atividade cognitiva exercida pelo juiz no curso do procedimento executivo, embora a cognição seja sumária e subordinada ao contraditório diferido, especialmente provocado pelo executado;
- 2) o objeto da cognição judicial, no âmbito do processo executivo, pode ser ampliado pela parte executada, através do exercício dos meios de defesa colocados à sua disposição, considerando, porém, que a impugnação ao cumprimento de sentença e a exceção de pré-executividade possuem restrições cognitivas no plano horizontal - a cognição é limitada - e os embargos à execução possuem cognição plena, podendo ser alegada qualquer matéria de defesa. Em qualquer dos casos, a defesa pode se referir à admissibilidade do procedimento e/ou ao seu mérito;
- 3) o juízo de admissibilidade da demanda contempla a análise, pelo juiz, da presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. A sua ausência pode ter consequências distintas, a depender do que se está verificando. De qualquer forma, o juízo de admissibilidade da demanda deve se orientar por dois aspectos: a) o princípio da instrumentalidade das formas⁵⁴³ e b) a primazia da decisão de mérito.

delimitados no título (art. 524). O juiz exerce cognição sumária sobre os cálculos e, se os entender corretos, manda intimar ou citar o executado para pagamento (arts. 513, § 2º, 515, § 1º, e 523), invertendo-se o contraditório, de modo que passa a caber ao executado demonstrar o excesso de execução (art. 525, V). Considerando-se que “quantidade é medida de existência”, essa cognição sumária inicial efetivamente recai sobre o direito material, e o resultado de seu exercício pode ser a constatação de que o cálculo do exequente se acha equivocado.” SICA, Cognição..., cit., p. 227.

⁵⁴¹ SICA, idem, p. 229.

⁵⁴² “Repise-se, em resumo, que há efetiva cognição, embora sumária, sobre a relação jurídica de direito material e sobre elementos previstos no direito processual. Estava certo Pontes de Miranda quando afirmava ser “ineliminável nas ações executivas, quer de títulos, quer de sentenças, o elemento declarativo. Não se executa sem se declarar.” É bem verdade que é uma declaração, de início, precária e provisória, sujeita a ulterior alteração, porquanto fundada em cognição sumária.” SICA, idem, p. 207-208.

⁵⁴³ “Entretanto, não se pode perder de vista que, sendo o processo uma técnica a serviço do direito material, um dos postulados mais importantes em relação ao processo é o da *instrumentalidade das formas*, ou seja, que o processo só existe como ferramenta que oferta ao jurisdicionado acesso à tutela jurisdicional justa. Por isso, qualquer *requisito* processual não pode deixar de ser visto sob o ângulo da *instrumentalidade das formas*, e a consequência disso é refletida diretamente sobre o sistema de invalidades, porque a ausência ou falha formal da técnica não necessariamente culminará na sanção de nulidade, ainda que a técnica esteja relacionada à existência ou validade da relação processual.” ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 177.

- 4) o título executivo é um documento importante para identificar a possibilidade de se valer da via executiva para se alcançar a satisfação de um crédito inadimplido, porém ele não é o ponto de partida e chegada da análise judicial. A sua ausência demonstra falta de interesse de agir por parte do credor, mas o processo não deve ser extinto sem resolução do mérito mas, sim, oportunizada a sua conversão em um procedimento monitório ou de accertamento.
- 5) o mérito compreende a análise do pedido formulado em sede executiva e refere-se ao cumprimento da obrigação e os meios que foram utilizados para que a obrigação seja adimplida - ou seja, implica na análise dos meios coercitivos diretos e indiretos aplicados pelo juiz para alcançar a satisfação do crédito.

Identificadas essas premissas, é importante verificar que convenções processuais, eventualmente, podem ser estabelecidas em relação à admissibilidade do processo executivo.

4.2 Convenções processuais acerca da admissibilidade da execução

A admissibilidade da demanda executiva implica a análise das então denominadas "condições da ação" e dos pressupostos processuais. Alguns aspectos acerca desses temas serão explorados em outros capítulos, como, por exemplo, a possibilidade de negócio processual para que seja atribuída exequibilidade a um documento⁵⁴⁴.

Considerando a legitimidade *ad causam*, a doutrina entende possível que seja estabelecida legitimidade extraordinária por meio de convenção processual. Como é sabido, a legitimidade extraordinária ocorre que não existe a total correspondência entre a situação jurídica em juízo e aquele que está postulando em juízo. De outra forma, é aquele que litiga em nome próprio mas defendendo interesse alheio.

O art. 18, do CPC, expressamente dispõe que "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, *salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*" (grifou-se), definindo a legitimação extraordinária e estabelecendo que a autorização para que se institua a legitimação extraordinária decorre do ordenamento jurídico. Nesse ponto, houve alteração relevante em comparação com o disposto no art. 6º, do CPC/73, no qual expressamente mencionava a autorização *legal* para que fosse estabelecida a legitimidade extraordinária⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Veja, *infra*, capítulo 5.

⁵⁴⁵ Era assente o entendimento de não ser viável a legitimação extraordinária voluntária: "Releva notar que o art. 6.º reza o seguinte: "Art. 6.º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Isto significa que, no Direito brasileiro, a partir do início da vigência do novo Código de Processo Civil,

Pela própria alteração da norma, na redação do CPC/2015, passou-se a permitir a legitimação extraordinária quando o próprio ordenamento jurídico assim permitir. Aumentou-se, assim, o âmbito das fontes autorizadoras da legitimação extraordinária, para, além da lei, também admitir que a convenção processual, fonte de norma jurídica que compõe o ordenamento jurídico, possa estabelecer hipóteses de legitimação extraordinária⁵⁴⁶. É possível, assim, que as partes, no exercício do seu poder de liberdade, estabeleçam, por meio de convenção processual, hipótese de legitimidade *ad causam* extraordinária, já que não há vedação no ordenamento jurídico⁵⁴⁷.

A legitimidade extraordinária pode ser estabelecida tanto no polo ativo quanto no passivo⁵⁴⁸. Em relação à legitimidade extraordinária convencional ativa é mister salientar que não há maiores peculiaridades quanto à validade dos negócios processuais em geral. A convenção pode estender a legitimidade a terceiro (caso em que haveria legitimidade concorrente entre o titular do direito material e o terceiro autorizado pela convenção para litigar na tutela do direito do substituído) ou, então, transferir a legitimidade ao terceiro. Por se tratar de negócio que envolve, nesse último caso, a renúncia a exercer uma posição jurídica, o negócio jurídico deve ser interpretado restritivamente (art. 114, do CC), de modo

ficou expressa e taxativamente inviável a estipulação em tela, ou seja, alguém pleitear direito de outrem, salvo quando autorizado por lei. Na espécie, tal autorização decorre de cláusula contratual, isto é, de contrato, configurando o que, doutrinariamente, se denomina de substituição processual voluntária, hoje, e por causa do citado art. 6.º, inexistente no Direito brasileiro.” ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977, versão eletrônica.

⁵⁴⁶ Em sentido contrário: “O direito brasileiro só permite a substituição processual legal, não a voluntária, sendo inválida cláusula contratual que a estipular fora dos casos expressos na lei ou decorrentes do sistema (JTARS 68/189, 32/348). Isso porque substituição processual é espécie de legitimação para a causa (legitimação extraordinária) e, portanto, se caracteriza como condição da ação (*legitimatio ad causam*), questão de ordem pública, a respeito da qual não se admite convenção das partes. O fato de o termo “lei”, que constava do CPC/1973 6.º como parâmetro autorizador da substituição processual haver sido alterado para “ordenamento jurídico” pela lei vigente (CPC 18) não modifica o raciocínio aqui expandido: matéria de ordem pública está fora do âmbito negocial do CPC 190. Com efeito, o CPC 190, que regula o negócio jurídico processual atípico, não se aplica para permitir a substituição processual voluntária, pois há *a limitação da ordem pública* para que as partes possam, em situações que admitam autocomposição, convencionar sobre matéria processual.” NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. versão eletrônica. No mesmo sentido GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 123.

⁵⁴⁷ À luz do CPC/73 já se encontravam vozes favoráveis à legitimidade extraordinária convencional: “Mas não é esta, como se viu, a melhor interpretação que se deve dar ao art. 6º, do CPC, cuja *ratio* é, justamente, tutelar a liberdade do alegado titular do direito de decidir livremente se pede, ou não, sua tutela judicial. Bem interpretado, o que este dispositivo quer é proibir a substituição processual *contra a vontade* daquele que é originariamente legitimado, salvo quando esta substituição excepcional dor autorizada por lei.” BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 132, abr-jun 2014.

⁵⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa de legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 232, jun., 2014, p. 69-76, versão eletrônica.

que na dúvida, deve-se entender que houve a extensão da legitimidade (e não sua transferência)⁵⁴⁹.

Sobre o tema, ainda, se coloca a questão de ser necessária a notificação do devedor acerca da referida convenção. Um primeiro aspecto que deve ser observado é que não se trata, por meio dessa cláusula, de uma hipótese de cessão de crédito, pois não há transferência do direito material, mas somente a legitimidade para agir em juízo. Um segundo aspecto dependeria da natureza do próprio direito envolvido no negócio: se relativo (com sujeito passivo determinado, como nos casos de direitos de crédito) ou se absoluto (com sujeito passivo indeterminado, como o direito de propriedade)⁵⁵⁰.

Nessa perspectiva sustenta Fredie Didier Jr. que, em se tratando de convenção que diga respeito a direito relativo, deveria se valer do regramento da cessão de crédito, devendo o devedor ser notificado da cessão a fim de que tal negócio possa surtir efeitos em relação a este. Dessa forma, a cláusula que estabelece a legitimação extraordinária ativa deveria ser notificada ao devedor, sob pena de ser ineficaz caso não haja a notificação. Ressalte-se que não há necessidade do devedor participar ou autorizar o negócio, mas somente ser cientificado da cláusula; de qualquer forma, mantém o executado, em relação ao legitimado extraordinário, as mesmas defesas que poderia opor ao legitimado ordinário⁵⁵¹.

No caso de negócio jurídico processual relativo a direito absoluto, não há que se falar em notificação do futuro réu, pois o mesmo é desconhecido do credor, já que somente será réu aquele que ameaçar violar ou violar o direito do credor, praticando um ilícito extracontratual⁵⁵². Poder-se-ia conferir publicidade à convenção, com o registro do instrumento, mas a ausência do registro pode ser desconsiderada caso se demonstre que o demandado tinha ou deveria ter conhecimento da transação⁵⁵³.

Ressalte-se, porém, que a solução indicada no caso de negócios que envolvam direitos relativos não tem sido acolhida pelo STJ⁵⁵⁴. A análise diz respeito ao instituto da cessão de

⁵⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. Fonte..., cit.

⁵⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵⁵¹ Idem.

⁵⁵² Idem.

⁵⁵³ BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 507..

⁵⁵⁴ Nesse sentido, a recente decisão monocrática: "Direito civil e processual civil. Recursos especiais. Irresignações submetidas ao CPC/73. Eficácia de cessão de crédito realizada sem notificação ao cedido. Negativa de prestação jurisdicional não verificada. Possibilidade de cobrança da dívida e promoção de atos necessários à proteção/realização do crédito. Protesto e inscrição em cadastros negativos. Ausência de notificação pessoal. Irrelevância. Recursos especiais providos." REsp 1604899 - Rel. Min. Moura Ribeiro - j. em 12.04.2018 - 3ª Turma do STJ

crédito, especialmente o disposto no art. 290, do CC, mas que possui aplicação analógica à hipótese de legitimidade extraordinária ativa convencional.

No entendimento da Corte, a ausência da notificação da convenção ao devedor não implica na perda de exigibilidade da dívida. Nesse caso, o pagamento realizado ao credor originário seria válido e continuaria podendo opor as exceções de caráter pessoal que tinha em relação ao cedente, conforme determina o art. 294, do CC. Dessa forma, “a ausência de notificação não é capaz, destarte, de isentar o devedor do cumprimento da obrigação ou impedir o credor/cessionário de praticar os atos necessários à cobrança ou à preservação dos direitos cedidos, como por exemplo o registro do seu nome, se inadimplente, em órgãos de restrição ao crédito”⁵⁵⁵. Entende-se, portanto, correto esse entendimento, o que também deve ser replicado para a convenção que estabelece a legitimidade extraordinária ativa.

Em se tratando de legitimidade extraordinária passiva convencional, já existem outras restrições. Isso porque não é possível que, a priori, o sujeito passivo de uma relação jurídica transfira a terceiro a defesa dos seus interesses em juízo sem que, dessa transação, o sujeito ativo da relação jurídica concorde. Aplicáveis, aqui, as regras da assunção de dívidas (art. 299, do CC), pois se é possível ao devedor transferir o direito material, porque não poderia outorgar a defesa de seus interesses em juízo a terceiro? Não haveria vedação lógica no sistema, desde que, como se viu, o credor concorde com a substituição⁵⁵⁶.

Já se a convenção tiver por objetivo estender a legitimação passiva a outra(s) pessoa(s), não haverá necessidade de participação do autor ou da sua cientificação no referido negócio, já que não haveria qualquer prejuízo a ele. Cria-se uma forma de legitimação extraordinária concorrente a qual, contudo, não autoriza ao chamamento ao processo daquele que não foi demandado, pois a hipótese não é de constituição de obrigação solidária passiva⁵⁵⁷.

No que diz respeito aos efeitos da legitimação extraordinária convencional, deve-se ter em consideração que, a priori, o substituto terá os poderes de gestão do processo porém, por

⁵⁵⁵ REsp 1604889 Rel. Min. Moura Ribeiro - j. em 12.04.2018 - 3ª Turma do STJ.

⁵⁵⁶ “A substituição voluntária, embora mais comum no polo ativo do processo, é também perfeitamente possível no polo passivo, desde que o adversário tenha sido dela regular e previamente cientificado; é a cientificado que torna esta alienação oponível a terceiros. E a alienação da legitimidade passiva é admissível pelo mesmo motivo que é admissível a alienação da legitimidade ativa: se é lícito ao substituído alienar o próprio direito (e, com isso, tornar-se parte ilegítima para defendê-lo), por qual razão não lhe seria possível alienar apenas a legitimidade?” BENEDUZI, cit., p. 134.

⁵⁵⁷ BOMFIM, op. cit., p. 352.

se tratar de substituição voluntária, é possível estabelecer regras acerca da disposição do próprio direito material autorizando o substituto a dispor acerca do próprio direito litigioso⁵⁵⁸.

Em relação à coisa julgada, é natural que o substituído também será atingido pela coisa julgada material, pois outra solução levaria à burla da eficácia da coisa julgada. O substituído, embora não seja parte, formalmente falando, da relação jurídica processual, é o titular do objeto litigioso e, por esse motivo, é atingido pela eficácia do provimento jurisdicional. Da mesma forma, ao ceder a sua posição processual, tem ciência de que não poderá se furtar ao resultado que decorrerá do processo, renunciando à garantia de que a imutabilidade que decorre da coisa julgada somente atinge as partes, e não terceiro⁵⁵⁹ (art. 506, do CPC).

Por fim, no que diz respeito à sucumbência do substituído, em tese este responderia pelas despesas da sucumbência pois é ele que figura como parte no processo. Porém, tal entendimento não parece ser o mais equitativo, devendo responder o substituído, solidariamente, pelas despesas do processo, no caso de sucumbência. Tal situação decorre do fato de que se o substituto sair vencedor, o substituído será beneficiado, sendo justo que em caso de sucumbência ele também arque com tais gastos⁵⁶⁰. Essa questão também pode ser regulada quando a convenção for estabelecida entre o substituto e o substituído.

É viável, também, convencionar a respeito de legitimidade *ad actum*, como em caso relatado por Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macedo⁵⁶¹, no qual sustentam ser possível atribuir legitimidade convencional exclusivamente a uma das sociedades de um grupo societário que tem um melhor *know how* que o legitimado ordinário para proceder a alienação judicial ou extrajudicial de bem objeto de penhora. Nesse ponto, a legitimação extraordinária *ad actum* seria definido por meio de convenção processual. Tal convenção, além de eleger um meio executivo no caso de inadimplemento do contrato - alienação judicial por iniciativa particular -, atribui a legitimidade para essa alienação a uma outra sociedade que pertence ao grupo societário do credor/exequente. O objetivo seria garantir melhores condições de venda

⁵⁵⁸ “Não é o que se passa na substituição voluntária. Nela, é a vontade do substituto que delimita os poderes, inclusive dispositivos, do substituído; se for do seu interesse, ser-lhe-á lícito, deste modo, também transferir o poder de dispor do direito litigioso (mediante, por exemplo, uma transação). É razoável, todavia, dada a gravidade destes poderes dispositivos, interpretar cautelosamente a manifestação de vontade do substituído por meio da qual ele transferiu para o substituto a legitimidade processual. Se a menção aos “poderes especiais” não for explícita, convém entender, analogicamente ao que dispõe o art. 38 do CPC, que estes poderes não terão sido também objeto de cessão.” BENEDUZI, cit., p. 136.

⁵⁵⁹ BENEDUZI, idem, p. 137.

⁵⁶⁰ Idem, ibidem.

⁵⁶¹ DIDIER JR., Fredie; MÂCEDO, Lucas Buril de. Alienação (judicial ou extrajudicial) de bem por sociedade diferente da credora que compõe grupo societário: um bom exemplo de negócio jurídico executivo sobre legitimidade. *Revista de Processo*, vol. 301, março, 2020, versão eletrônica.

do bem e liquidez da alienação, sendo um exemplo útil de convenções processuais na execução.

Já começam a aparecer decisões judiciais discutindo a validade de tais convenções processuais. O Tribunal de Justiça de São Paulo validou a convenção processual que permitia a manutenção do cedente na execução. Tratava-se de execução de título extrajudicial ajuizada por uma instituição financeira em face de duas pessoas naturais. No curso do processo, os direitos foram adquiridos por outras duas pessoas naturais, as quais pleitearam o seu ingresso nos autos da execução, sendo que o magistrado entendeu que se tratava de hipótese de sucessão processual (art. 778, § 1º, III, do CPC), determinando a substituição do polo ativo. Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento buscando manter o cedente no polo ativo, já que, no instrumento de cessão havia ficado convencionado que os cessionários ingressariam na execução apenas como assistentes litisconsorciais, permanecendo o banco como responsável em prosseguir com a execução⁵⁶².

O TJSP acabou validando a convenção processual, nos termos do art. 190, do CPC, argumentando, também, que tal dispositivo não traria qualquer prejuízo ao executado e seria, também, compatível com a sistemática de alienação de bem litigioso no curso do processo de conhecimento, de acordo com o art. 109, *caput* e § 2º, do CPC⁵⁶³.

Em relação ao interesse de agir, tem-se aqui uma esfera de interesse público que transcende o mero interesse das partes, dizendo respeito, a bem da verdade, à própria atuação do Poder Judiciário.

⁵⁶² Cláusula 1.5 do referido contrato: “As Partes obrigam-se a cooperar para a realização da presente cessão: a) em 90 (noventa) dias da assinatura deste Contrato, o Cessionário ingressará nas execuções judiciais, de que trata o item “a” da cláusula 1.4, na qualidade de assistente litisconsorcial. O Itaú responderá por todas as providências e despesas relativas às execuções, com exceção dos custos decorrentes do ingresso do Cessionário nos processos, os quais correrão por conta deste; b) sempre que solicitado pelo Itaú, o Cessionário ingressará nas ações judiciais, de que trata o item “b” da cláusula 1.4, na qualidade de terceiro interessado, de forma a auxiliar o Itaú a obter solução rápida e satisfatória à lide, inclusive mediante celebração de acordo com os interessados. Os custos decorrentes do ingresso nas ações judiciais correrão por conta do Cessionário; e c) o Itaú tomará as providências necessárias para a implementação dos acordos judiciais eventualmente celebrados no âmbito das ações judiciais, de que trata o item “b” da cláusula 1.4, inclusive com a baixa de eventual ônus ou gravame que possua em seu benefício sobre o imóvel, correndo as despesas decorrentes da execução do acordo por conta do Cessionário”

⁵⁶³ “Agravo de instrumento – Sistema Financeiro da Habitação – Execução hipotecária – Cessão do crédito, no curso do processo – Cláusula no sentido de que o cedente permanecerá patrocinando a execução, intervindo o cessionário na condição de assistente litisconsorcial – Disposição caracterizando o chamado negócio jurídico processual, figura prevista no art. 190 do CPC – Regra contratual, ademais, da qual não advém prejuízo à parte adversária e que se mostra em harmonia com o sentido ortodoxo da norma do art. 109 e § 2º do CPC – Interlocutória reformada, para que se observe o quanto previsto no instrumento de cessão. Dispositivo: Deram provimento ao agravo.” AI 2136057-64.2018.8.26.0000 - Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli - 19ª Câmara de Direito Privado - j. em 13/08/2018.

É, porém, possível imaginar o estabelecimento de convenções processuais que possam vir a afetar o interesse processual ou condicioná-lo a uma atividade prévia (extrajudicial ou, eventualmente, judicial), para permitir o acesso à via executiva.

Nessa perspectiva, seria possível convencionar, por exemplo: i) a necessidade de protesto do título executivo (judicial ou extrajudicial), a fim de autorizar a demanda executiva; ii) a necessidade de, antes do ajuizamento da demanda, participar de um procedimento para se buscar a autocomposição do conflito, estabelecendo as chamadas “cláusulas de paz”, etc.

Tais cláusulas, a priori, devem ser consideradas válidas por dizerem respeito ao exercício da autonomia das partes, mas poderá, eventualmente, ser invalidada quando não observados os requisitos da lei (art. 190, do CPC), ou então quando apresentarem um ônus - financeiro ou de tempo, que possa, inclusive, afetar o lapso prescricional da pretensão - elevado para uma das partes, violando a garantia do acesso à justiça, que é um dos critérios eleitos para o controle da validade dos pactos.

No que se refere aos pressupostos processuais, considerando a distinção entre os pressupostos de existência e de validade, pode-se afirmar que são admitidas convenções acerca da jurisdição executiva. É possível eleger o foro competente para processar a demanda executiva, pensando-se, inclusive, em acordos internacionais. O compromisso arbitral também diz respeito à escolha da jurisdição⁵⁶⁴.

Já em relação aos pressupostos processuais de validade, também se identifica uma esfera de convencionalidade no processo. Inclusive, sobre a capacidade de ser parte, os Tribunais têm tido uma visão cada vez mais ampliadora em reconhecê-la⁵⁶⁵, com o objetivo de assegurar a tutela de um interesse juridicamente tutelado⁵⁶⁶. No que tange à capacidade

⁵⁶⁴ Nesse ponto, um aspecto interesse é o título executivo europeu, estabelecido pelo Regulamento CE n. 805/2004, por meio do qual a decisão, transação judicial ou o instrumento autêntico que contempla um crédito pecuniário líquido, exigível e não contestado pelo devedor, certificado como título executivo por autoridade pública proveniente do Estado-Membro de origem a pedido do credor, podendo, a partir de então, ser executado em qualquer outro juízo do Estado Membro como se fosse um título executivo interno. Sobre o tema, v. HILL, Flávia Pereira. *O direito processual transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI: os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o direito processual civil e a concepção de um título executivo transnacional*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico. 2013. p. 151 e segs.

⁵⁶⁵ Assim, reconhecendo capacidade processual ao condomínio de fato, dentre outras: Apelação Cível n. 0003533-15.2017.8.19.0212 - Rel. Des. Mauro Pereira Martins - 13ª CC do TJRJ - j. em 01.07.2019.

⁵⁶⁶ Nesse sentido: “A atribuição da capacidade de ser parte a todo ente que possa ter um interesse juridicamente tutelado é decorrência do direito fundamental à inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.” DIDIER JR., Pressupostos..., cit., p. 120.

postulatória não é possível negociarmos diz respeito à assistência técnico-jurídica, decorrendo de lei.

No que se refere aos requisitos de validade relacionados à pessoa do juiz, o objetivo da norma é garantir o princípio do juiz natural⁵⁶⁷, que pode ser analisado sobre uma perspectiva objetiva - relacionada com o juiz competente para analisar uma demanda - e subjetiva - que diz respeito à imparcialidade que é necessária para o desempenho das atividades jurisdicionais.

Sobre a imparcialidade, esta é requisito de validade do processo, sendo que há dois graus de violação de tal requisito, conhecidos como impedimento (art. 144, do CPC) e suspeição (art. 145, do CPC). O primeiro é mais grave do que o segundo, tanto que pode, caso não tenha sido reconhecido no curso do processo, autorizar o ajuizamento de ação rescisória, após o trânsito em julgado da sentença, o que não ocorre no caso de suspeição. As causas de impedimento e suspeição estão previstas em lei e não seria possível, por dizer respeito a situação jurídica de terceiro, criar hipóteses distintas de imparcialidade do juiz por meio de convenção processual.

Com exceção dos casos de impedimento, que são considerados pelo legislador hipóteses mais graves de violação à imparcialidade do juiz, tanto que podem ser alegados em qualquer momento processual e em qualquer grau de jurisdição, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença (art. 966, II, do CPC), a suspeição deve ser alegado pela parte interessada no prazo de 15 dias a partir do momento em que tomar conhecimento do fato que deu origem à suspeição (art. 146, do CPC), poder-se-ia convencionar, a priori, a renúncia das partes à alegação de suspeição. Tal convenção seria válida, a priori, no sistema processual, pois se as partes poderiam deixar de alegar no prazo legal a suspeição, o que implicaria em uma renúncia tácita da proteção legal, não haveria óbice para a sua estipulação negocial.

Já no que se refere à competência, deve-se observar se a lei permite a escolha do juízo pelas partes, sendo que, em relação à competência na execução cível, há duas normas que regem o tema: o art. 516, do CPC⁵⁶⁸, que trata do cumprimento de sentença, e o art. 781, do CPC⁵⁶⁹, acerca da competência na ação de execução.

⁵⁶⁷ “Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juiz competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente incapaz.” DIDIER JR., *idem*, p. 148.

⁵⁶⁸ Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo

Expressamente é prevista a possibilidade de foro de eleição, conforme dispõe o art. 781, I, do CPC. Não obstante ser a competência em relação ao cumprimento de sentença é classificada pela doutrina como sendo funcional⁵⁷⁰, decorrente da divisão de trabalho entre os diversos juízos e tribunais, há a possibilidade de escolha pelo exequente de qual juízo pretende ver tramitar a execução, não sendo esse, necessariamente aquele em que tramitou o processo na fase de conhecimento.

A previsão legal decorre da necessidade de garantir a efetividade da fase executiva, permitindo que ela corra onde há bens sujeitos à execução ou onde esta deve ser cumprida, quando diversa do domicílio do réu. Dessa forma, por haver a possibilidade de escolha pelo exequente, não haveria óbice de que essa eleição já ocorresse por meio de acordo processual, pois se a lei previamente oferece essa possibilidade, também permite que tal ocorra pelo exercício da autonomia da vontade das partes⁵⁷¹.

Esse aspecto também remete ao estudo da possibilidade que tem o credor de exercer o *forum shopping* e, eventualmente, utilizá-lo abusivamente, levando à aplicação da doutrina do *forum non conveniens*.

Entende-se por *forum shopping* a possibilidade que é outorgada ao autor para a escolha do juízo em que será apresentada a demanda, havendo competências concorrentes, diante de alguma vantagem estrategicamente alcançada pelo autor⁵⁷². São muitos os motivos que levam o autor à escolha de um juízo em detrimento de outro, como a conveniência e os custos da litigância, a duração do processo, o valor de eventual indenização, a utilização de

do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

⁵⁶⁹ Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte: I - a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos; II - tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles; III - sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente; IV - havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente; V - a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado.

⁵⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* vol. I., cit., p. 447; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 118; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 178; DIDIER JR., Fredie. *Curso...* vol. 1, cit., p. 262; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 213.

⁵⁷¹ Não é outro o entendimento de CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese para o concurso de professor titular de direito processual civil da UERJ. Rio de Janeiro. 2017. p. 660.

⁵⁷² PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*, vol. 279, p. 381-415, maio, 2018, versão eletrônica.

medidas coercitivas atípicas mais eficazes para o cumprimento das decisões, a existência de bens do devedor penhoráveis no juízo, etc.

Eventualmente, a escolha do local para o ajuizamento da demanda pode levar à aplicação da teoria do *forum non conveniens*, motivo pelo qual o magistrado pode reconhecer a incompetência do juízo por não ser este o adequado ao processamento da demanda.

De origem anglo-saxã, esta teoria permite um controle mais elástico da competência, o que é característica das regras de competência do referido regime, que são distintos, por exemplo, das regras de competência adotadas no direito brasileiro. Neste caso, o legislador pretendeu regular exaustivamente as normas relativas à competência, de forma a não deixar qualquer vácuo e risco de discricionariedade na análise da competência.

Por esse motivo, o STJ tem sido bastante restritivo na utilização da teoria do foro não conveniente, haja vista a teia normativa e ausência de regra específica no ordenamento pátrio, que não deixaria espaço para a utilização dessa concepção⁵⁷³.

Porém, em alguns aspectos seria possível a utilização da referida teoria, em especial no que diz respeito a duas perspectivas: a) a definição da competência adequada⁵⁷⁴; e b) o abuso do direito de escolha do juízo competente. No primeiro caso, a incidência da regra se justifica diante da boa administração da justiça, devendo ser aplicado, por exemplo, quando há necessidade de colheita da prova, especialmente em se tratando de ações coletivas. Esse é, inclusive, um importante campo de aplicação da teoria do *forum non conveniens*. O local em que ocorreram os danos é muito mais adequado do que o ajuizamento de uma demanda na capital de um Estado que não tem qualquer relação com aquela situação.

Já o outro aspecto da referida teoria se relaciona com o princípio da boa-fé objetiva, o que acaba se tornando um território menos seguro para a sua aplicação, já que se deve adequar o exercício de um direito potestativo (e legítimo) do autor com a proteção da boa-fé.

⁵⁷³ STJ - 3ª Turma - MC 15398/RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. em 02.04.2009, DJe 23.04.2009; STJ - 3ª Turma - REsp 1.633.275/SC - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 08.11.2016 - DJe 14.11.2016.

⁵⁷⁴ A competência adequada é um critério que já vem sendo utilizado para a definição da competência em se tratando de direitos coletivos *lato sensu*. Sobre o tema, na doutrina, veja, dentre outros, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT. 2012. p. 230 e segs.; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT. 2019. p. 303 e segs.; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. 14. ed. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 161-162. Analisando a questão de forma geral (não somente relacionado com os direitos coletivos) CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese para concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da UERJ. Rio de Janeiro. 2017. Na jurisprudência, veja-se a decisão recente do Superior Tribunal de Justiça no emblemático caso do desastre ambiental ocorrido em Mariana/MG: CC 144922/MG, Rel. Min. Diva Malerbi, 1ª Seção do STJ, j. em 22.06.2016.

Assim, deve-se aplicar a teoria quando ocorrer “considerável injustiça com o demandado [...] quando visivelmente opressiva e vexatória (por isso abusiva) a escolha do demandante.”⁵⁷⁵

Uma situação em que isso pode ocorrer é no denominado caso do “torpedo italiano”⁵⁷⁶. Trata-se de uma forma de retardar o prosseguimento do processo e poderia se aplicar perfeitamente na execução, considerando as peculiaridades de cada local competente para o ajuizamento da demanda. Assim, corre-se na frente para ajuizar uma demanda que poderia questionar a validade ou existência da relação obrigacional em juízo não célere - onde há um número grande demandas, baixa quantidade de servidores, etc. -, atraindo, por conexão, a demanda executiva, de forma a que o seu processamento seja mais lento do que seria no outro juízo concorrente.

Outra utilização da doutrina do *forum non conveniens* é no controle da validade da cláusula de eleição de foro, a qual pode ser celebrada no que diz respeito à competência em razão do território e do valor da causa (art. 63, do CPC), configurando uma convenção processual típica, como já mencionado anteriormente. Nesse caso, pode haver o controle de validade da cláusula, de ofício, antes da citação do réu (art. 63, § 3º, do CPC) ou, após a citação, por meio de alegação como preliminar na defesa do executado (impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos do devedor), sob pena de preclusão (art. 63, § 4º, do CPC). Embora se deve, a priori, valorizar as escolhas realizadas pelo autor, quando tal

⁵⁷⁵ BENEDUZI, Renato Resende. “Forum non conveniens”. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Parte geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 807.

⁵⁷⁶ “Assume that a Swedish enterprise (the buyer) has purchased some goods from an Italian company (the seller). After delivery, which, pursuant to the contract, took place in Stockholm, the buyer finds that the quality of the goods is inferior to that specified in the contract. He demands damages from the seller, who refuses to pay. As the agreed place of delivery of the goods is Stockholm, the Italian seller can be sued there by the buyer in accordance with Article 5 point 1 of the Brussels Regulation and the resulting Swedish judgment can be enforced in Italy by virtue of Article 38 of the same Regulation. However, the Italian seller, anticipating that he will be sued in Sweden, rushes to an Italian court and applies for a declaratory judgment confirming that he is not guilty of a breach of contract. The Italian court lacks jurisdiction pursuant to the Regulation and it must decline to deal with the dispute. The lack of jurisdiction would be even more conspicuous if the seller had started proceedings in a third Member State having no relation whatsoever to the parties or to the dispute. The seller is, of course, aware of this, but the main purpose of his action in Italy or a third Member State is not to obtain a favorable judgment there on the merits of the dispute. Instead, he wishes to benefit from the fact that the courts in some Member States are notoriously slow and it may take them years to finally dismiss the case due to lack of jurisdiction. In the meantime, while waiting for the Italian or third-state court to declare itself incompetent, the Swedish buyer cannot have his claim tried by the competent Swedish court, as the *lis pendens* rule obliges the Swedish court to stay proceedings until the court first seized makes up its mind about its jurisdiction. The seller hopes that the long delay, together with the potential costs and inconveniences of taking part in court proceedings abroad, will make the Swedish buyer to give up his claim or accept a settlement favorable to the seller. Such use (or rather abuse) of the *lis pendens* rule for the purpose of “sinking” proceedings in a competent court has become known as “the Italian torpedo”.” BOGDAN, Michael. The Brussels/Lugano *lis pendens* rule and the “italian torpedo”. In: *Scandinavian Studies in Law*. 2007. Disponível em: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

situação transbordar o exercício normal do direito do autor, causando prejuízos à parte demandada, deve ser reconhecida a invalidade da referida cláusula⁵⁷⁷.

Analizados os requisitos de validade subjetivos, passa-se à análise de possíveis convenções processuais acerca dos requisitos de validade objetivos, que, como já mencionado acima, se subdividem em intrínsecos e extrínsecos.

Em relação aos primeiros, encontram-se: i) a existência de citação válida; e ii) a regularidade procedimental.

A citação é, visão de Fredie Didier Jr., um pressuposto de eficácia do processo em relação ao réu e um requisito de validade dos atos do processo que se seguirem⁵⁷⁸. Pode ser pessoal (por meio postal, por oficial de justiça ou eletrônica), bem como ficta (por hora certa ou por edital). A regra, inclusive no processo de execução, é que a citação seja pessoal por via postal (art. 247, do CPC). Em ocorrendo a citação ficta da parte executada, obrigatoriamente deve o juiz, a fim de assegurar a regularidade processual e oportunizar a defesa do réu, nomear curador especial, função exercida pela Defensoria Pública. Não é possível convencionar a não nomeação do curador especial porque se trata de norma de ordem pública, com o fim de resguardar o direito de defesa do executado (art. 72, II e Súmula 196, do STJ).

O núcleo mínimo da citação é garantir que o réu está ciente da existência do processo, abrindo-se a oportunidade para que o mesmo possa exercer o seu direito de defesa propriamente. Na execução, especificamente, a citação é para que o executado venha a cumprir com a obrigação convencionada, eis que, como já dito anteriormente, não há módulo cognitivo exauriste previsto, invertendo-se o contraditório. Ou seja, “o exequente postula, o juiz aprecia com cognição sumária e libera eficácia executiva, invertendo-se o contraditório, por imposição da norma, segundo a qual a execução se faz no interesse do exequente.”⁵⁷⁹

Trata-se, nessa perspectiva, de uma esfera mínima de garantias de direito processual que deve ser respeitada na formação da relação jurídica processual, para garantir o contraditório. Todavia, a forma como deve ser feita essa citação pode ser regulado pelas

⁵⁷⁷ “Por mais que a situação seja ligeiramente diversa da situação tradicional de reconhecimento do *forum non conveniens*, eis que, no caso, em vez de alteração de foro escolhido abstratamente pelo legislador, a inadequação é de um negócio jurídico celebrado pelas partes, ainda assim, é possível a atração da mencionada doutrina. Isso porque a ideia de abusividade deve ser preenchida pelos requisitos da doutrina do *forum non conveniens*, ou seja, a cláusula deve ser reputada ineficaz quando houve violação da boa-fé por parte do autor na escolha de um foro que viole direitos fundamentais do réu.” PEIXOTO, cit.

⁵⁷⁸ DIDIER JR., Pressupostos..., cit., p. 170.

⁵⁷⁹ SICA, Cognição..., cit., p. 233. E prossegue o autor: “A título de fechamento, impõe-se a consideração de capital importância, concernente ao reconhecimento de que a escolha da técnica empregada - módulo cognitivo exauriente ou cognição sumária com inversão do contraditório - depende puramente da escolha do legislador, exercitável com alto grau de liberdade.” Idem, p. 233.

partes, ou seja, se na hipótese concreta a citação pode ser feita via eletrônica (especialmente em se tratando de litigante não habitual), se uma medida extrajudicial de notificação pode funcionar como uma citação, se a citação feita pelo juízo no endereço indicado na petição inicial, mesmo que não retorne assinado pelo executado, deveria ser considerada válida, etc., são exemplos de convenções processuais atípicas que podem ser estabelecidas entre as partes. O que deve ser observado é justamente que se garanta a ciência, pelo executado, de que o mesmo está sendo demandado judicialmente, mas a forma como o ato será realizado poderá ser alterado por meio de convenção processual e, a priori, deve ser considerada válida.

Em relação ao outro requisito de validade intrínseco, qual seja, a regularidade procedimental, é importante salientar que, nesse aspecto, verifica-se um potencial para a aplicação das convenções processuais. Como se sabe, as convenções processuais podem dizer respeito i) às situações jurídicas subjetivas das partes e ii) aos procedimentos. Assim, é possível que as partes possam regular os procedimentos, desde que respeitados alguns limites, alguns já indicados anteriormente e outros que serão mencionados mais a frente.

Dessa forma, voltar-se-à a esse tema ao tratar sobre as convenções acerca dos procedimentos executivos mas já se adianta que é perfeitamente possível a regulação de aspectos do procedimento executivo por meio de convenções processuais, configurando, como já mencionado, as convenções processuais dispositivas⁵⁸⁰.

Já a litispendência, a coisa julgada material e a perempção poderão ser alegadas em relação ao procedimento executivo⁵⁸¹, eis que são situações processuais que podem ocorrer, devendo ser alegado por qualquer das partes e mesmo ser conhecida de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Essas são algumas das convenções relativas a admissibilidade da demanda executiva.

⁵⁸⁰ CABRAL, Convenções..., cit., p. 79; REDONDO, cit., p. 130.

⁵⁸¹ Trata-se de questão também polêmica em sede de doutrina e que depende, em verdade, da análise do objeto litigioso da demanda assim como o nível de cognição exercida pelo juiz ao examinar as questões trazidas pelas partes. Então nem toda decisão proferida na execução estará sujeita à coisa julgada, embora possivelmente estará abarcada pelo fenômeno preclusivo. A respeito, a lição de Heitor Sica: “Primeiramente, não há dúvida em reconhecer que as sentenças [...] fundadas nos arts. 924, IV e V, e 487, II e III, c, do CPC de 2015, são aptas à produção da coisa julgada material, pelo manifesto paralelismo entre os fenômenos ocorridos em sede cognitiva e em sede executiva [...]. Restaria saber se também se produz coisa julgada material sobre a sentença que reconhece a extinção da obrigação (art. 924, II e III), seja em razão da satisfação proporcionada diretamente pelas atividades executivas, seja em virtude de atos praticados fora do processo e dos quais o juiz tenha tomado conhecimento nos autos [...] o contraditório instaurado em face do exequente, para o fim de verificar se a obrigação exequenda foi ou não extinta, é fundada em cognição exauriente e concerne ao *meritum causae*, isto é, o pedido veiculado em procedimento cognitivo que culminou na formação do título ou em procedimento executivo autônomo. Reúnem-se, assim, todos os requisitos para catalogar tais decisões como sentenças definitivas declamatórias da extinção da obrigação, aptas a formar a coisa julgada material.” SICA, Cognição..., cit., p. 323.

CAPÍTULO 5 - TÍTULOS EXECUTIVOS NEGOCIAIS

A demanda executiva depende de requisitos específicos que devem ser observados pelo exequente para que seja possível valer-se dessa via. Por ser construída como um reflexo processual das relações obrigacionais, seriam requisitos específicos para viabilizar a tutela executiva i) o inadimplemento da obrigação e ii) o título executivo.

O conceito de inadimplemento engloba, basicamente, três situações: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato⁵⁸². Tais situações geram reflexos na relação jurídica processual. Assim, a distinção entre inadimplemento absoluto e relativo, que leva em consideração o interesse do credor em que a obrigação seja cumprida, permite considerar a possibilidade de tutela específica da obrigação (ou pelo resultado prático equivalente) ou, então, a conversão desta em perdas e danos (concentrando-se em uma tutela ressarcitória). Em havendo inadimplemento absoluto, o credor deverá requerer a conversão da obrigação em perdas e danos, conforme expressamente dispõe o art. 499, do CPC. No caso do inadimplemento relativo, deve-se buscar a tutela específica da obrigação (ou pelo equivalente).

Já a violação positiva do contrato é consequência do descumprimento dos deveres anexos⁵⁸³ que decorrem do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres de cuidado, esclarecimento, proteção e cuidado, omissão, segredo, etc. Nesse caso, o inadimplemento de tais deveres implica na obrigação de indenizar, com fundamento na responsabilidade contratual⁵⁸⁴ ou, se possível, na tutela específica da obrigação.

O título executivo é o outro requisito específico da execução. Para aparelhá-la, é necessário que o exequente possua o título executivo. A existência do referido documento serve como uma garantia ao devido processo legal, já que é o título executivo que define a obrigação que deve ser cumprida pelo executado⁵⁸⁵.

O sistema executivo pátrio é construído com fundamento na regra *nulla executio sine título*, por meio da qual não é possível a via executiva para aquele credor que não é possuidor

⁵⁸² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 691.

⁵⁸³ Na explicação de Teresa Negreiros: “Tais deveres, não abrangidos pela prestação principal que compõe o objeto do vínculo obrigacional, caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo.” NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*: Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 150.

⁵⁸⁴ TEPEDINO et al., cit., p. 693.

⁵⁸⁵ Assim: “[...] parece-nos inegável o benefício, em termos de segurança jurídica (estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas), da exigência de que a execução tenha como fundamento um título a que a lei atribua eficácia executiva, sob pena da inadmissibilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado e da nulidade dos atos de agressão patrimonial que venham a ser praticados, pois é no título que se encontram, como regra, a identidade do credor e do devedor e o conteúdo da prestação devida (v.g., quanto deve ser pago, que coisa deve ser entregue, que ato deve ser praticado ou omitido), o que é indispensável para diminuir a chance de uma indevida privação do patrimônio de alguém (art. 5, LIV, da CF).” YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Segurança executiva e tutela executiva - o princípio *nulla executio sine título* como instrumento de garantia do executado ao devido processo legal. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016. p. 396.

de um título executivo. O legislador estabelece um cardápio de mecanismos para a tutela de direitos. Se o credor for possuidor de um documento ao qual a lei atribui eficácia executiva, ele pode se valer das vias executivas para que o seu direito seja efetivado. Porém, se o credor não detém tal documento, a ele se abrem duas opções, cujo objetivo é, mediante uma tutela de accertamento, alcançar o título executivo, quais sejam: a ação de conhecimento ou, respeitados alguns requisitos legais, a ação monitória. Nesse último caso, o objetivo é, basicamente, o mesmo: alcançar o título executivo, embora por procedimentos distintos. De qualquer forma, o credor somente alcançará a tutela executiva quando tiver o título executivo.

É importante, por conseguinte, estabelecer algumas premissas sobre o título executivo para que se possa avançar na análise aqui proposta. Verifica-se, portanto, i) a natureza jurídica do título executivo; ii) a função do título executivo e iii) a classificação do título executivo. Por fim, analisa-se a possibilidade de convenção processual para a concessão de executividade a um documento.

5.1 A natureza jurídica do título executivo

Com a natureza jurídica do título executivo, pretende-se definir aquilo que o título executivo é, sob uma perspectiva ontológica⁵⁸⁶. Há controvérsia doutrinária acerca da sua natureza jurídica⁵⁸⁷. Destaca-se o entendimento de três autores, que acabaram por influenciar a doutrina pátria: Enrico Túlio Liebman, Francesco Carnelutti e Italo Andolina.

5.1.1 A concepção de Enrico Tulio Liebman: título executivo como ato jurídico

⁵⁸⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 86.

⁵⁸⁷ Na visão de José Alberto dos Reis, seriam cinco as teorias acerca da natureza do título executivo: a) título executivo como atestação do direito de crédito; b) teoria do comando aos órgãos encarregados da execução; c) teoria da legitimação; d) título executivo como prova legal do crédito; e) título executivo como portador da sanção ou ato jurídico gerador da ação executiva. REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. vol. 1. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1957. p. 95 e segs.

Liebman, como já mencionado anteriormente, influenciou a elaboração do CPC/73, tendo suas perspectivas acerca o processo executivo encontrado eco importante no Brasil. Destarte, é relevante compreender a sua concepção sobre o conceito do título executivo.

O mestre italiano diferencia título executivo de título executório (assim como também faz em relação à ação executiva e ação executória). Na sua visão, embora ambas as ações se destinam a promover a execução, a diferença entre elas está no grau de dependência relativa à existência do crédito. Na ação executiva, lastreada em um título executivo, há necessidade de verificar a existência do crédito por meio de uma demanda incidental - embargos à execução - sendo que na ação executória, fundamentada em um título executório, por estar fundamentada em uma sentença condenatória, já houve a verificação da existência do crédito no processo de conhecimento, não havendo necessidade de consumir a causa que deu origem à execução⁵⁸⁸.

Na perspectiva de Liebman, o título executório não tem por objetivo a prova do crédito, pois a certificação do crédito já ocorreu anteriormente, no processo de conhecimento. Assim como o ato criou uma relação jurídica entre as partes, do qual se originou uma “sentença e o ato se separa de sua base material, dos motivos pelos quais foram proferidos ou das razões pelas quais a lei lhes reconhece sua força executória”⁵⁸⁹, originando um direito que existe por si próprio.

A concepção de Liebman estabelece uma abstração⁵⁹⁰, pois descola o título executivo da existência (ou não) do crédito⁵⁹¹, de modo que se não houver uma conduta por parte do

⁵⁸⁸ LIEBMAN, Processo..., op. cit., p. 23; 27-28.

⁵⁸⁹ LIEBMAN, Embargos..., cit., p. 135.

⁵⁹⁰ Leonardo Greco critica a posição de Liebman nos seguintes termos: “Liebman, na verdade, desprende totalmente a execução do direito material e por isso na execução não cabe discutir o direito material, que deve ser objeto da ação incidente de embargos do devedor ou de outra ação de conhecimento autônoma.

A ação de execução não teria, portanto, como pressuposto a existência ou a afirmação de um direito material, mas apenas a existência de um título executivo.

No estágio de desenvolvimento em que hoje se encontra o Direito Processual, parece impossível que qualquer modalidade de atividade jurisdicional produza atos decisórios ou modificações no mundo exterior sem que se apresente configurado, ainda que através do mais ténue juízo de probabilidade ou verossimilhança, algum direito material.” GRECO, Leonardo. Processo..., vol. 2, p. 116.

⁵⁹¹ “A execução aparelhada significou e significa a exequibilidade independente, incondicional: isto é, a capacidade de permitir a realização da atividade executiva sem depender de qualquer nova indagação acerca da existência do direito. Mais do que isso: o devedor, por mais provas que possua do pagamento da obrigação, não tem meios para trancar essa atividade a não ser pela instauração com as formas e no tempo devido de competente processo de cognição visando tirar à sentença aquela eficácia.” LIEBMAN, Processo..., op. cit., p. 20. Também: “Título executório é, em conclusão, um ato jurídico dotado de eficácia constitutiva, porque é fonte imediata e autônoma da ação executória, a qual, por conseguinte, é, em sua existência e em seu exercício, independente do crédito. [...] E esse *novum ius* (...) vive de uma vida própria, não associada à do crédito nem influenciada por suas vicissitudes, nem mesmo sob a figura do concurso dos direitos: permanece íntegro, enquanto não se elimina esse título executório. É assim que não somente se torna dispensável, mas supérflua e irrelevante qualquer prova do crédito; o título basta para a existência da ação executória. E é por isso que nenhum fato extintivo do crédito pode impedir diretamente a execução enquanto subsistir formalmente inato o único requisito de existência da

executado no sentido de demonstrar a não existência do direito de crédito, por meio de um incidente de cognição, o título conserva sua força no plano do processo de execução⁵⁹².

Por conseguinte, o título executivo é a “fonte *imediata, direta e autônoma* da regra sancionadora e dos efeitos jurídicos dela decorrentes”⁵⁹³, demonstrando que há um accertamento exigível mediante o procedimento de execução forçada.

5.1.2 A visão de Francesco Carnelutti: título executivo como documento

Para Carnelutti, o título executivo seria um documento, tendo como função servir de *prova legal* da existência do crédito. Nessa perspectiva, é como se o título executivo funcionasse como um bilhete de viagem, autorizando o seu portador a se valer dos mecanismos executivos, sendo funcionando, da mesma forma como o bilhete de viagem, como uma prova documental⁵⁹⁴.

Por ser prova legal, o ofício judiciário deve se ater à verificação do preenchimento das formalidades exigidas pela lei substancial, já que não haverá, a priori, uma análise acerca da prova do crédito⁵⁹⁵.

A visão de Carnelutti, ao estabelecer a vinculação entre documento e prova legal, buscava impedir o ajuizamento de execuções injustas, que não estivessem amparadas na existência do direito substancial, o qual, na sua visão, estariam representadas no título

ação executória, o título. O devedor dispõe de um modo, apenas, de alegação de suas razões: a propositura de uma ação expressamente facultada a ele para pleitear do juiz a anulação do título. E isso demonstra, por outra face, não ser absoluta a autonomia.” LIEBMAN, Embargos..., cit., p. 135-136.

⁵⁹² LIEBMAN, Processo..., cit., p. 21.

⁵⁹³ LIEBMAN, Processo..., cit., p. 22.

⁵⁹⁴ SHIMURA, op. cit., p. 88.

⁵⁹⁵ “Il documento è un mezzo di prova, e nel processo esecutivo serve da prova: invero, quando taluno chiede all’ufficio giudiziario di procedere all’esecuzione contro talaltro, l’ufficio ha bisogno di verificare le sue affermazioni cioè disagiare la verità: tale esigenza è comune così al giudice della cognizione come al giudice dell’esecuzione; il mezzo della verifica è appunto il titolo esecutivo. È pertanto ovvia la sua definizione come prova; e poiché si tratta di una prova la cui efficacia è regolata dalla legge in quanto se non c’è il titolo, il giudice non potrebbe servirsi di equivalenti e se c’è, non può negare fede a ciò che ne risulta, è altrettanto naturale la sua definizione come *prova legale*. Peraltro la prova serve alla verifica della esistenza storica di un fatto, non della sua efficacia giuridica, ossia della esistenza di un rapporto giuridico, mentre il titolo esecutivo è necessario e sufficiente affinché l’ufficio ritenga non solo l’esistenza dei fatti, dai quali deriva il rapporto, ma l’esistenza del rapporto medesimo; il giudice dell’esecuzione, invero, non può esercitare alcuna critica sul valore giuridico dei fatti, che nel titolo esecutivo sono rappresentati. Tanto basta per dover concludere che il titolo è qualcosa di più di una prova legale: questo qualcosa di più è già espresso, con una felice intuizione, dalla parola *titolo*, la quale serve appunto a significare un documento fornito di una efficacia più intensa di quella del mezzo di prova, in quanto vale a stabilire l’esistenza di un rapporto giuridico o, in altri termini, l’efficacia giuridica di un fatto.” CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore. 1958. p. 300-301.

executivo. Esse aspecto serviria de garantia ao executado, diante da existência do documento⁵⁹⁶.

Tal perspectiva envolve o conceito de título executivo a uma perspectiva concreta, diversamente da concepção trazida por Liebman, vinculando a possibilidade de deferimento de uma ação de execução à certificação do direito material.

Nesse aspecto, somam-se críticas à concepção de Carnelutti já que tal teoria não permitirá explicar como é possível a execução de um título judicial provisório, que pode ser alterado pela via recursal⁵⁹⁷, nem poderia ser justificada a possibilidade de discussão acerca da existência do crédito, em sede de embargos à execução ou de anulação do próprio ato, como no caso de anulação do título por ter sido emitido com vício de consentimento.

5.1.3 A perspectiva de Ítalo Andolina: a visão eclética

Um outro autor italiano que analisa a natureza jurídica do título executivo é Italo Andolina. Para ele, o título executivo não seria a prova legal do crédito e nem um título legal. Em verdade, existe uma dupla concepção que configuraria o título executivo: a primeira concepção é de considerar o título executivo um documento e a segunda, de ver no título um ato jurídico.

A existência dessa fórmula justificam dois aspectos relevantes da execução forçada: o "título executivo-documento" é um documento que permite ao credor requerer a concessão da tutela executiva, cabendo ao juiz, somente, perquirir acerca da regularidade formal do título, independentemente de ainda existir o crédito (ou não); já o "título executivo-ato jurídico" autoriza ao devedor, caso tenha havido a formação viciada do ato jurídico representado pelo título, a provocar o controle da cognição na execução forçada, de modo a afetar o prosseguimento da ação executiva⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ SHIMURA, op. cit., p. 89.

⁵⁹⁷ DIDIER JR. et al., Curso... vol. 5, cit., p. 262.

⁵⁹⁸ "In sostanza, il "titolo esecutivo-documento" darebbe ragione del fatto che - onde provocare il complimento dei singoli atti dell'esecuzione - né il creditore deve dimostrare l'esistenza attuale del suo credito (essendo sufficiente, invece, ch'egli esibisca il documento dal quale risulta il suo diritto all'esecuzione) né l'organo esecutivo deve spingere la propria indagine oltre la mera verifica della regolarità formale del titolo stesso. Ed il "titolo esecutivo-atto giuridico" darebbe ragione, per converso, del fatto che il debitore può rimettere in discussione il fondamento materiale dell'azione esecutiva; garantendo, così, che l'esecuzione profitti al creditore in quanto questi sia effettivamente ed attualmente titolare del rapporto giuridico obbligatorio: in quanto, quando, al "titolo esecutivo-documento" corrisponda un "titolo esecutivo-atto giuridico". Sicchè - in definitiva - il "titolo-esecutivo-documento" fonderebbe il fenomeno della autonomia, laddove il "titolo esecutivo-atto giuridico" ne delimiterebbe i confini." ANDOLINA, Italo. *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*. Milano: Giuffré. 1982. p. 95-96.

Andolina busca, por conseguinte, conciliar as visões de Enrico Tulio Liebman e Francesco Canelutti, de modo que o ajuizamento da execução, lastreada em um título executivo, independe da comprovação da existência do crédito, ao mesmo tempo em que tais questões podem, via de regra, ser suscitadas pelo executado, através dos mecanismos de defesa colocados à sua disposição.

Esse aspecto foi recentemente revisto por Marcelo Lima Guerra, em ensaio acerca da natureza jurídica do título executivo no processo civil brasileiro. Buscava o autor confirmar a relevância da concepção de Andolina na funcionalização do título executivo. Na sua visão, é o valor que se encontra institucionalizado em variados tipos de documento que permitirão a execução forçada⁵⁹⁹.

A doutrina pátria⁶⁰⁰ parece, por conseguinte, ter se vinculado à concepção híbrida de título executivo, na esteira do disposto nos arts. 515 e 784, do CPC. Nessa perspectiva, ora prevalece o aspecto documental do título, ora ressalta a perspectiva do negócio jurídico (como os títulos de crédito, casos em que se valoriza a abstração do título, documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, etc.) ou, propriamente, da obrigação (como o crédito decorrente do aluguel, das despesas do condomínio, etc.)⁶⁰¹

⁵⁹⁹ “Por tudo isso, percebe-se porque a qualificação do título executivo como *representação documental do crédito* é a melhor opção de reconstrução racional do ordenamento processual brasileiro, para a qual também há, seja logo advertido, *evidência textual*, neste mesmo ordenamento. Com efeito, a *representação documental é objeto “apresentável”* ao juiz, de cuja existência o juiz pode conhecer, portanto, *diretamente* e sem dilações probatórias. Da mesma forma, a representação documental é capaz (em sentido modal, não deôntico) de fornecer todos os parâmetros para a cognição, pelo juiz, do crédito a ser satisfeito – o que se revela essencial, operativamente, para o juiz atuar racionalmente. Confirma-se, assim, a utilidade da teoria de Andolina, também na compreensão do direito brasileiro.” GUERRA, Marcelo Lima. Título executivo como representação documental típica do crédito: resposta a José Miguel Garcia Medina. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 619-620.

⁶⁰⁰ Esse também parece ser o entendimento de sistema jurídico italiano, conforme se observa da lição de Salvatore Satta: “In realtà titolo esecutivo e credito, sempre nella dinamica del concreto, sono un’entità unica, non due entità distinte. Titolo esecutivo significa semplicemente che sussiste una normativa, costituita attraverso un certo procedimento, privato o pubblico, alla quale la legge attribuisce un valore assoluto rispetto all’azione del creditore: si tratta quindi di un’espressione simbolica, ma che abbraccia tutta la realtà, non un solo settore di essa. Il credito è veramente il titolo (e viceversa), e tale rimane fino a quando il titolo non venga rimosso con uno dei mezzi che la legge consente, e in ogni caso attraverso un giudizio.” SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM. 2000. p. 578.

⁶⁰¹ SHIMURA, cit., p. 112. Da mesma forma, a lição de Leonardo Greco: “O abstratismo da ação executiva não é prejudicado pela atestação, que decorre do título, de que no momento da sua formação havia certeza da existência de determinado direito material, porque a instauração do processo de execução e todo o seu desenvolvimento não dependem certeza da existência daquele direito, bastando que subsista a eficácia do título. Mas esse abstratismo não é radical, pois isso implicaria em admitir que, certa a inexistência da dívida, ainda assim o credor constante do título pudesse instaurar a execução, o que não pode ocorrer nem mesmo no processo de conhecimento. Às vezes a lei, por razões de conveniência do comércio jurídico, dá a certos títulos maior abstratismo em relação ao direito material, não permitindo que o devedor alegue contra aquele a quem foi o título cedido o pagamento feito ao devedor originário. É o que acontece com os títulos cambiários, em decorrência do valor econômico que a lei atribui ao título para facilitar a sua circulação como representativo de

Ressalte-se, por fim, que o crédito vem demonstrado por um documento, considerado como a coisa que registra, de modo permanente e idôneo, toda a manifestação de um pensamento⁶⁰², mas, em verdade, qualquer objeto que possa conservar o registro de algum fato ou ato de forma perene, pode ser considerado um documento, mesmo que não seja escrito. Assim, pode ser considerado documento uma mensagem eletrônica transmitida pela Internet, ou mesmo um arquivo eletrônico de armazenamento de dados, quando aptos a conservar o registro do ato ou fato⁶⁰³.

5.2 A função do título executivo

Verificadas as principais teorias acerca da natureza jurídica do título executivo, e considerando a sua intrínseca relação com a função a ser desempenhada pelo título executivo, pode-se afirmar a função do título é permitir que o seu portador possa se valer dos meios executivos como sendo adequados para a sua tutela⁶⁰⁴. A abertura da via executiva independe da existência do direito material, o que poderá ser analisado incidentalmente, caso haja alguma forma de extinção do referido direito (v.g. por prescrição ou decadência) ou se essa

determinado crédito. Trata-se de uma coisa no direito material, em que parte dele acompanha o título e por ele é representado. Mas não é o título que gera o direito à ação executiva, e sim o crédito, cujas certeza, liquidez e exigibilidade estejam devidamente atestadas, com todos os requisitos formais exigidos pela lei, através do título executivo.” GRECO, O processo..., cit., p. 117.

⁶⁰² Nesse sentido, explica Moacyr Amaral Santos: “Ora, documento é a coisa que serve para representar outra, ou seja, a coisa feita e destinada a fixar de modo permanente, ou durável, reproduzindo-os, fatos ou manifestações do pensamento. Decorre lógico, pois, que, em direito probatório, tanto se deve considerar como documento - meio de prova de fatos litigiosos - os escritos, como as plantas, cartas topográficas, desenhos, fotografias, fotografias e outros instrumentos semelhantes.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. vol. IV. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1966. p. 40.

⁶⁰³ GRECO, O processo..., cit., p. 119. Assim, “se no futuro a tecnologia vier a descobrir algum outro meio de prova, que não constitua um objeto físico, mas que seja apto a atestar a existência de um negócio ou de uma obrigação com a mesma segurança de um documento, poderá a lei vir a admitir essa forma de título executivo, assim como poderá vir a aceitar nessa categoria o crédito atestado por prova diversa da prova documental, como já ocorreu na vigência do Código de 39 (art. 298-I) em relação ao contrato de locação.” GRECO, O processo..., cit., p. 120.

⁶⁰⁴ Esclarece Sérgio Shimura: “A função do título é tornar adequada a via de execução. Havendo título, a execução é o caminho adequado à satisfação jurisdicional, independentemente de ter o particular o direito subjetivo material alegado. É no campo do interesse de agir, portanto, que reside o título executivo.” (Op. cit., p. 21-22.) Retoma a mesma ideia: “[...] a função do título executivo é autorizar e justificar a propositura da ação de execução. O resultado em si deve ser abstraído de tal conceito. A adequação da via se dá pelo título, independentemente da existência ou não do direito material.” (Idem, p. 115) Da mesma forma Cândido Dinamarco: “A verdadeira função do título executivo é a de permitir que, para a atuação da vontade da lei substancial referente a determinada situação jurídica concreta, lance-se mão das medidas executivas. O título torna adequada essa tutela, como foi exposto no estudo do interesse de agir, com destaque à falta de legitimidade de qualquer interesse *in executivos* quando inexistir o título executivo. Para integralizar em cada caso concreto os contornos dessa condição da ação, a existência de título executivo deve somar-se à *exigibilidade* do crédito exequendo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 470.

análise for solicitada pelo executado, através dos mecanismos de defesa viáveis nos ritos executivos⁶⁰⁵.

A função aqui estabelecida acaba se vinculando a uma concepção abstrata do título executivo, eis que o juiz, a deferir a execução, não perquire a origem do crédito nem a sua existência. Dessa forma, se o documento apresentado não for um título executivo ou se a pretensão creditícia que decorre do título não puder ser mais alcançada por vias judiciais, algumas medidas devem ser tomadas pelo magistrado. No primeiro caso, considerando o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, do CPC), não seria mais viável o indeferimento de plano da petição inicial, devendo a parte autora ser intimada para, querendo, emende a petição inicial para adequá-la: i) à ação monitória ou ii) à ação de conhecimento. No segundo caso, o juiz proferiria uma sentença extinguindo o processo com resolução de mérito, diante da incidência da prescrição (art. 924, III, do CPC).

De qualquer forma, para que as vias executivas sejam franqueadas ao exequente, é mister que este possua um título executivo, diante da regra *nulla executio sine título* (art. 783 do CPC), embora o portador do título executivo extrajudicial possa optar pelo ajuizamento de uma ação de conhecimento ou, mesmo, uma ação monitória, com o fim de obter um título executivo judicial (art. 785, do CPC)⁶⁰⁶.

A incidência dessa regra não afasta a conclusão que decorre da concepção eclética de Andolina, acima mencionada, porque as premissas não afastadas. Ou seja, para o ajuizamento da ação de execução, o título contém um ato ou fato representativo de um crédito - perfil substancial - e a lei exige a apresentação do título, na medida em que, no perfil processual, não é possível se valer da via executiva sem este.

5.3 Classificação dos títulos executivos

⁶⁰⁵ É interessante observar como a exigência do título executivo permitiu aliar dois importantes valores do processo civil na perspectiva positivista: a segurança jurídica e a celeridade. Sobre o tema, esclarece Mauro Bove: “Sicuramente, il titolo esecutivo, dal punto di vista storico, è sorto dalla ricerca di un punto di mediazione tra esigenze di certezza ed esigenze di celerità; il titolo esecutivo è stato lo strumento che ha consentito il passaggio ad un sistema che contemplasse la possibilità di procedere ad esecuzione forzata senza appesantimenti cognitivi, ma anche senza rinunciare ad una qualche certezza in ordine al presunto credito insoddisfatto.” BOVE, Mauro. *L'esecuzione forzata ingiusta*. Giappichelli: Torino. 1996. p. 30.

⁶⁰⁶ Esse dispositivo encerrou discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da viabilidade de ação de conhecimento ao portador de título executivo extrajudicial. Tal opção legislativa é duramente criticada por Marcelo Abelha Rodrigues, que conclui: “O artigo 785 está na contramão da normalidade e da logicidade do que se espera de um processo judicial, e, em nosso sentir, o artigo 785 só se justifica, ou melhor, só pode ser compreendido, numa verdadeira “teoria da conspiração”, ou seja, se ele for uma peça de uma grande armadilha para extinguir a execução por títulos extrajudiciais, aproximando-se do antigo regime executivo do CPC de 1939 (onde se tinha a ação cognitiva executiva e a ação executaria) onde todo processo de execução era lastreado em um título executivo judicial.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Gazeta Jurídica: Brasília. 2018. p. 129.

A classificação mais comum dos títulos executivos é aquela que os diferencia em títulos judiciais e extrajudiciais⁶⁰⁷, a depender da sua formação através de um pronunciamento judicial ou por outro meio. Essa classificação foi adotada pela legislação pátria, embora não se desconheçam outras tentativas de sistematização dos títulos executivos, tal como a empreendida por Leonardo Greco.

Para o referido autor, o sistema deveria levar em consideração na classificação dos títulos a eficácia dos embargos - defesa do executado - sobre a execução. Nessa senda, ter-se-ia a seguinte classificação: i) títulos resultantes de um provimento judicial decorrente de cognição exauriente ou não possíveis de reexame na execução ou nos embargos; ii) títulos resultantes de um provimento condenatório decorrente de cognição sumária ou incompleta; iii) títulos contratuais nos quais o devedor expressamente reconhece a obrigação; e iv) outros títulos - de origens diversas - em que a eficácia executiva é passível de reexame na execução ou em sede de embargos, não resultando de cognição judicial nem da manifestação expressa do devedor, mas decorre do cumprimento de outros requisitos previstos na lei⁶⁰⁸.

A existência de uma categoria de títulos executivos negociais permitiria às partes atribuir eficácia executiva a qualquer contrato ou negócio jurídico, desde que tenha havido a concordância do devedor com a referida relação obrigacional⁶⁰⁹.

O CPC 2015 possui um rol bastante extenso de títulos executivos judiciais (art. 515, do CPC) e extrajudiciais (art. 784, do CPC), não sendo o caso de descer a pormenores desse rol⁶¹⁰. Merece destaque o disposto no art. 784, III, do CPC, pois permite uma grande autonomia às partes no estabelecimento de títulos executivos extrajudiciais exigindo, além da participação do devedor, a aposição da assinatura de duas testemunhas⁶¹¹. Nessa perspectiva

⁶⁰⁷ SATTA, Diritto..., cit., p. 579.

⁶⁰⁸ GRECO, Processo..., cit., p. 127-128.

⁶⁰⁹ Nesse sentido, a *ratio* da Súmula de jurisprudência do STJ n. 233: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo."

⁶¹⁰ Sobre a escolha do legislador em considerar determinados documentos como títulos executivos e outros não: "Por outro lado, no debe buscasse una razon de lógica jurídica sobre el porque el legislador ha considerado que unos documentos son título ejecutivo y otros no, pues el porqué no se encuentra en la lógica sino en la decisión política, aunque esta decisión se funde en la experiencia. Esa demuestra que cuando una persona reconoce la existencia de una deuda a favor de un acreedor concreto y lo hace ante notario es por que la deuda existe realmente y, además, que el documento notarial que es la escritura pública tiene garantías de autenticidad, es decir, de que el supuesto de hecho exigió realmente. La experiencia y la decisión política crean los títulos ejecutivos." AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 87.

⁶¹¹ "[...] 1. Consoante jurisprudência iterativa desta Corte Superior, o documento particular sem a assinatura de duas testemunhas não preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC/73, desautorizando, portanto, a utilização

se revela a importância de definir a possibilidade de ser estabelecido um título executivo extrajudicial sem que haja a necessidade de ser observado o requisito legal. Assim, seria possível conferir exequibilidade a um documento particular somente com a assinatura do devedor ou com a assinatura deste e de uma testemunha? Para responder a essa questão é preciso que se faça uma digressão acerca do princípio da tipicidade e da taxatividade em relação aos títulos executivos, o que será feito mais adiante. O que já se coloca em relevo, contudo, é justamente a abertura da norma em comento, a justificar a possibilidade de um título executivo pela simples vontade das partes.

5.4 Acerca da taxatividade e da tipicidade dos títulos executivos

Consequência do postulado que impõe, para a atividade estatal jurisdicional e executiva, segurança jurídica para que seja permitida a invasão no patrimônio ou na esfera pessoal do devedor, exige-se que a execução somente pode ser instaurada quando aparelhada por um título executivo. É a regra da *nulla executio sine título*, que somente autoriza a instauração da ação de execução quando o exequente for portador do referido documento.

Em decorrência da gravidade dos atos que são praticados no curso da execução, de modo a ingressar na esfera pessoal do executado, somente por meio de um mecanismo que concedesse uma razoável probabilidade da existência do direito do exequente é que se poderia permitir a prática de atos executivos. Para essa finalidade, a lei determina que a execução depende da existência do título executivo⁶¹². Nesse sentido, é o estatuído pelo art. 783, do

da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito.” AgInt no AREsp 881090/MG - Rel. Min. Marco Buzzi - 4ª Turma do STJ - j. em 21/11/2017.

⁶¹² Na lição de Dinamarco: “A exigência de título executivo, sem o qual não se admite a execução, é consequência do reconhecimento de que a esfera jurídica do indivíduo não deve ser invadida, senão quando existir uma situação de tão elevado grau de *probabilidade* de existência de um preceito jurídico material descomprimido, ou de tamanha *preponderância* de outro interesse sobre o seu, que o risco de um sacrifício injusto seja, para a sociedade, largamente compensado pelos benefícios trazidos na maioria dos casos. A personalidade humana não deve ficar exposta a atos arbitrários, com os quais se violem as mais sagradas prerrogativas do ser humano ou se lhe diminua o patrimônio, requisito indispensável ao livre exercício destas na sociedade capitalista; e o arbítrio seria inevitável, se a invasão da esfera jurídica não estivesse na dependência de uma razão muito forte, exigida pela lei como requisito necessário - e que é o título executivo. [...] Nosso legislador levou-a em conta, como de resto os legisladores da maioria dos países ligados à tradição romano-germânica, para só permitir a realização da execução forçada quando houver um título executivo: *nulla executio sine título*. Não se admite qualquer execução que não fundada em título executivo, nem que dos seus limites extravase, seja para desbordar em agressão a bens diferentes dos referidos no título, seja para ir quantitativamente além (excesso de execução: v. CPC, arts. 741, inc. V, e 743). O título é que *dá a medida da execução*, considerando-se em título a parte de uma execução que exorbite do que o título indica.” DINAMARCO, Candido. Execução..., cit., p. 458. Da mesma forma José Lebre de Freitas: “Sem, por ora, irmos mais longe no estudo do seu conceito, contentemo-nos em constatar que o título executivo ganha a relevância especial que a lei lhe atribui da circunstância de oferecer a segurança mínima reputada suficiente quanto à existência do direito de crédito que se pretende

CPC: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível."

Por outro lado, o rol de títulos executivos vem estabelecido pela lei, configurando-se, na esteira da lição clássica, *numerus clausus*, de modo que se não houver previsão legal, o documento não pode ser considerado título executivo. Essa concepção decorre do fato de que na execução, muitas condutas são tomadas e que podem gerar danos ao executado, tais como a expropriação de bens, a imposição de medidas coercitivas com reflexos patrimoniais e pessoais, de modo que somente os títulos previstos em lei podem autorizar a tomada de tais medidas.

Assim, vigora, em relação à execução cível, a regra da tipicidade, de forma que não há título executivo sem prévia lei que o defina. Além de estabelecer o rol de títulos executivos, a lei deve indicar os requisitos necessários para a formação dos títulos, de modo que somente os atos que se enquadrarem na definição legal serão considerados títulos executivos autorizando a pretensão executiva⁶¹³.

Não se pode, portanto, confundir as regras da taxatividade com a tipicidade: a primeira exige que, para que se instaure a execução, é preciso que o exequente tenha um título executivo; já a segunda, estabelece que somente a lei pode definir quais são os documentos e requisitos para serem considerados como títulos executivos.

A questão que se coloca em relação à possibilidade de estabelecer, por meio de convenção processual, um título executivo extrajudicial, decorre justamente da aplicação do princípio da tipicidade.

executar." FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 37.

⁶¹³ Mais uma vez a lição de Dinamarco: "Por outro lado, sendo muito graves as medidas executivas e podendo conduzir ao definitivo desapossamento de bens ou à expropriação dos bens do executado contra a sua vontade, a possibilidade de fazê-lo reduz-se aos casos estritamente previstos em lei: o elenco de títulos executivos, contido no Código de Processo Civil (arts. 584-585) e leis especiais, constitui *numerus clausus*, ao qual em hipótese alguma é lícito ao intérprete acrescentar, sob pena de ilegítima violação da esfera de direitos do (suposto) devedor. Sequer o próprio obrigado pode conferir executividade aos seus atos com que constitui ou reconhece dívida: a *cláusula executiva*, prestigiada no direito intermédio por influência germânica e ainda presente no direito alemão vigente (ZPO, § 794, (1), n. 5) é absolutamente incompatível com o sistema e, por isso, inadmissível. Como todos os requisitos de ordem pública para a tutela jurisdicional, é natural que também a adequação, que do título e somente do título emerge, seja regulada pela lei e não pela vontade do obrigado. [...] Nisso reside a regra da *tipicidade* do título executivo. O elenco dos títulos executivos em dada ordem jurídica e os contornos da configuração de cada um deles vêm traçados na lei e só se considera título o ato ou fato que se enquadrar no modelo traçado abstratamente, sem resíduos ou ampliações. Parodiando prestigiosa máxima em vigor entre os penalistas, é lícito dizer que *não há título sem lei anterior que o defina*. É preciso dar à tipicidade do título executivo rigidez análoga à que vigora em matéria criminal, respeitando o princípio da *reserva legal* também a esse respeito e vedada, portanto, a analogia." DINAMARCO, idem, p. 459-460.

Não se sustenta aqui ser possível prescindir do título executivo para a veiculação de uma ação executiva, o que mantém válido o postulado da *nulla executio sine título*; o que se questiona é se o título também pode ser estabelecido convencionalmente, por meio de negócio processual⁶¹⁴. Não se pode, a respeito, prescindir da necessária análise sistemática acerca das normas estabelecidas no CPC/2015.

A resposta comporta, naturalmente, algumas perspectivas, a serem tratadas nos itens seguintes.

5.5 Convenção para retirar a eficácia executiva de título executivo extrajudicial

Um primeiro tipo de convenção que pode ser imaginada, em relação aos títulos executivos, especialmente os extrajudiciais, que diz respeito à exclusão da executividade do documento.

Já se questionou se seria possível àquele que detém um título executivo extrajudicial optar por ajuizar uma ação de conhecimento, em detrimento de se valer da via executiva desde logo, que já se encontra viabilizada para si. Não haveria interesse de agir no ajuizamento de uma ação de conhecimento, embora ao final obteria a parte uma sentença, passando a ter um título executivo judicial, ao invés de um título extrajudicial⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Em sentido afirmativo: CARVALHO, Fabiano. Artigo 791 [comentário]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 1979; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, jan, 2018, versão eletrônica, item 7; CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que atribui a exequibilidade de documento*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2018; CÔRTEZ, Estefânia. Negócios jurídicos processuais: mecanismo apto à atribuição de exequibilidade a um título. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020.

⁶¹⁵ A jurisprudência já era refratária a esse entendimento: [...] 1. O interesse de agir baseia-se na necessidade e na utilidade do provimento jurisdicional para ser dirimido determinado conflito de interesses, bem como na adequação da via eleita. 2. O locador, mesmo munido de contrato locatício com força executiva, não está impedido de cobrar as dívidas nele representadas por meio de ação de cobrança, tendo em conta que a jurisprudência tem admitido a propositura de ação de conhecimento para perseguir créditos materializados em títulos executivos, não obstante também o pudesse fazer pela via do processo de execução. Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça. 3. É lícito ao locador fazer a opção pelo rito da ação de cobrança quando, além dos alugueres atrasados, pleiteia verbas acessórias da locação, tais como IPTU e as tarifas de água, energia elétrica e condomínio (APC 2013.01.1.067905-6, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 1ª Turma Cível, Acórdão n.694673 Data de Julgamento: 17/07/2013, Publicado no DJE: 22/07/2013. Pág.: 87) 4. Presente a adequação da eleição da via da ação de cobrança (interesse de agir sob tal acepção), revela-se equivocado o indeferimento da inicial, devendo o feito prosseguir regularmente. 5. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada."AC 20130710022434APC, Des. Rel. Simone Lucindo, 1ª Turma Cível TJDFT, j. em 21/8/2013.

O Código de Processo Civil de 2015 expressamente regulou essa hipótese no art. 785, *verbis*: "A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial."

Assim, se o credor pode optar pelo ajuizamento de uma ação de conhecimento, mesmo sendo portador de um título executivo extrajudicial, não há impedimento no sentido de que seja pactuado pelas partes que o documento não permite o ajuizamento de ação de execução⁶¹⁶, o que indica a ampla disponibilidade do processo de execução⁶¹⁷.

Não deixa de ser uma medida benéfica às partes, eis que o credor passará a deter um título executivo judicial, formado por meio do devido processo legal, o que confira maior segurança jurídica, e o devedor não terá a prática de atos invasivos do seu patrimônio ou da sua esfera pessoal sem que antes possa exercer o seu direito de defesa⁶¹⁸.

Embora não mencionado expressamente no referido dispositivo legal, é possível que o credor opte pelo ajuizamento de ação monitória, quando presentes os requisitos que autorizam a propositura da referida demanda, a saber: i) devedor capaz; ii) prova escrita (sem eficácia de título executivo); e iii) a satisfação de uma prestação de pagar quantia, de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa (art. 700, do CPC).

Não obstante o dispositivo legal expressamente se refira à "prova escrita sem eficácia de título executivo" como um requisito para o ajuizamento da ação monitória, a impossibilidade de seu ajuizamento não se sustenta na esteira do disposto no art. 785, do CPC. O que na verdade a lei exige para o procedimento monitório é que haja um documento

⁶¹⁶ Para Cassio Scarpinella Bueno, "a regra [do art. 785, do CPC] é desnecessária e assistemática e vai muito além do que o exame de eventuais casos concretos pode querer revelar em termos de necessidade de aproveitamento de atos processuais já praticados. Na perspectiva do sistema processual civil, se há título executivo, não há justificativa para pleitear do Estado-juiz nada além de sua concretização. Não há porque reconhecer "duas vezes" o direito aplicável ao caso, criando a partir de um título executivo (extrajudicial) um outro título executivo (judicial). Eventual dúvida do credor sobre ter, ou não, título executivo extrajudicial é questão diversa que não poderia ser resolvida da forma generalizada como propõe o dispositivo. Menos ainda quando o CPC de 2015 preservou, em seus arts. 700 a 702, a "ação monitória", e o fez sem prejuízo da tutela provisória que *também* pode ter como fundamento a *evidência* (art. 311, II a IV)." BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 150.

⁶¹⁷ "Há a disponibilidade da execução de título extrajudicial, sendo garantido ao interessado a opção entre promovê-la ou obter, por meio de demanda de conhecimento, título judicial e seguir a satisfação mediante a fase de cumprimento de sentença. Esta disponibilidade também estará presente em caso de desistência da execução, sendo adotados os regulamentos previstos no art. 775, parágrafo único, do CPC/2015. Ademais, se o autor promover ação de conhecimento mesmo dotado de título executivo, esta atitude *gera situação menos gravosa para o devedor, com maior amplitude de defesa*." ARAÚJO, José Henrique Mouta. Artigo 785 [comentário]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 2011.

⁶¹⁸ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Cabimento da ação monitória fundada em título executivo extrajudicial no CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 277, p. 451-462, março, 2018, p. 4 da versão on line.

escrito, seja por meio de prova documental⁶¹⁹ ou documentada, mediante a oitiva de testemunhas que possam atestar a existência da relação obrigacional entre as partes, o que é estabelecido mediante o procedimento de produção antecipada de provas (art. 700, § 1º c/c art. 381, do CPC).

O procedimento monitorio se caracteriza por conter uma ordem de cumprimento de uma obrigação, após ter o juiz analisado, de forma sumária, que a prova escrita que instrui o pedido inicial permite que se estabeleça a existência de uma relação obrigacional *inadimplida*, determinando a citação do réu para que cumpra a obrigação convencionada, no prazo de 15 dias, se outro não tiver sido, eventualmente, estabelecido no contrato ou negócio jurídico⁶²⁰.

Uma vez citado, pode o réu: i) quedar-se inerte, hipótese em que a sua omissão implicará na formação de um título executivo judicial, decorrente da ordem de pagamento não cumprida; ii) cumprir a obrigação, hipótese em que terá, como sanção premial, a isenção do pagamento de custas processuais (art 700, § 1º, do CPC); iii) apresentar defesa por meio de embargos monitorios, caso em que poderá apresentar qualquer matéria de defesa (art. 701, do CPC). Nesse ponto, o procedimento se tornará litigioso.

De qualquer forma, não haverá, no procedimento monitorio, atividade executiva *prima facie*, mas somente após a formação do título executivo judicial, com a estabilização da decisão que determinou o cumprimento da obrigação.

Por conseguinte, se a parte pode optar pelo ajuizamento de uma ação de conhecimento, não haveria qualquer impedimento para que a mesma ajuizasse, ao revés, uma ação monitoria, já que o objetivo será o mesmo que seria perseguido através de uma ação de

⁶¹⁹ Trata-se de conceito jurídico indeterminado que comporta ampla interpretação, englobando documentos eletrônicos ou por via telemática servirem de prova escrita para o ajuizamento de ação monitoria (v.g. SMS, mensagem por aplicativo de texto, etc).

⁶²⁰ De acordo com Chiovenda, as principais características do procedimento monitorio moderno são: “Di qui le varie forme di processo monitoria dei diritti moderni, le quali hanno questi due punti fondamentali comuni, che l’ordine della prestazione à emanato *inaudita parte*, e senza cognizione: esso tende soprattutto a preparare l’esecuzione. L’ordinamento giuridico considerando quanto inutile ritardo subisce l’esecuzione nel processo ordinario con cognizione completa, nei caso in cui il convenuto o aderisca alla domanda, o rimanga contumace, o insomma nulla eccepsca; permette questa forma de processo, configurata secondo l’ipotesi che il convenuto nulla abbia da eccepire la possibilità delle eccezioni e conseguentemente della cognizione completa non è esclusa ma spostata; essa è posteriore anziché anteriore al provvedimento del giudice. Ciò dispone ancora la legge nell’interesse *generale* del pronto adempimento delle obbligazioni; nel caso *particolare* poi l’esito dell’ordine di prestare è diverso secondo che avvenga l’opposizione del convenuto entro il termine, o no; nel primo caso l’ordine non ha valore alcuno, se non che la sua notificazione produce riguardo al preteso debitore l’effetto d’una domanda giudiziale; nel secondo caso l’ordine diventa definitivo e no solo rende possibile l’esecuzione ma produce ancora come una sentenza l’accertamento del diritto.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Jovene: Napoli, 1928. p. 212.

conhecimento, porém através de um rito diferenciado, cujo título executivo judicial é formado de forma, em tese, mais célere, diante da estrutura procedimental da ação monitória⁶²¹.

Não há, portanto, óbice a que as partes estabeleçam convenções processuais afastando a eficácia executiva do título.

5.6 Negócio jurídico para a concessão de exequibilidade a documento

A outra perspectiva que se coloca em relação aos títulos executivos diz respeito à possibilidade de conferir exequibilidade a documento que não está enquadrado como título executivo extrajudicial.

A questão envolve os limites dos postulados da taxatividade e da tipicidade dos títulos executivos, a saber se o disposto no art. 190, do CPC, redimensiona (ou não) as fontes para a formação de títulos executivos.

Já se mencionou anteriormente o significado dos referidos princípios, sendo certo que os mesmos não podem ser confundidos. Ao passo em que a taxatividade exige, para que haja execução, a presença de um título executivo - *nulla executio sine título* - a tipicidade determina que os títulos sejam estabelecidos pela lei - *nullus titulus sine lege*⁶²² - com forma de resguardar a necessária segurança jurídica, diante da possibilidade da prática de atos de coercitivos a serem praticados em detrimento do executado.

Nesse aspecto, é importante mencionar que admitir que as partes possam estabelecer exequibilidade a um documento, transformando-o em título executivo extrajudicial a despeito do rol constante do art. 784, do CPC, não viola o postulado da taxatividade, na medida em que segue sendo necessária a presença de um título executivo para aparelhar a execução (art. 783, do CPC), não havendo, contudo, restrição em relação à origem desse título executivo - se por determinação legal ou convencional.

A tipicidade, todavia, deve ser redimensionada para se entender que a própria lei, ao permitir o estabelecimento de convenções processuais regulando situações jurídicas subjetivas processuais, não há óbice para que se admita a possibilidade de, por meio de negócio processual, criar um título executivo extrajudicial. Não se revela, contudo, tão simples essa

⁶²¹ AgRg no REsp 1189134 / MT - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - 4ª Turma do STJ - j. em 20/08/2015. Igualmente o Enunciado 446 do Fórum Permanente do Processualistas Cíveis e o Enunciado 101 da I Jornada de Direito Processual Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal.

⁶²² Na esteira dos ensinamentos de DINAMARCO, Execução, cit..., p. 459.

conclusão. É corrente, ainda na doutrina⁶²³, a impossibilidade de ser estabelecida exequibilidade a documentos que não constam do rol do art. 784, do CPC, ou que não tenham previsão em lei. O mesmo ocorre quando se miram os olhos ao direito estrangeiro⁶²⁴.

Porém, uma análise mais alinhada ao que é defendido na presente tese, deve-se concluir pela possibilidade de se conferir executividade a documento que não esteja previsto em lei. Isso porque o rol dos títulos executivos constantes do art. 784, do CPC, demonstra a tendência em valorar negócios jurídicos oriundos da autonomia das partes e considerados títulos executivos extrajudiciais.

Em verdade, o exercício da autonomia privada, quando respeitados os requisitos estabelecidos no art. 190, do CPC, para sua validade, valorizam o devido processo legal, especialmente quando se considera a possibilidade de determinados títulos executivos serem constituídos de forma unilateral, como já mencionado anteriormente.

Além do mais, a própria abertura normativa conferida pelo art. 771, *caput* e parágrafo único, do CPC, em consonância com a disposição constante do art. 190, do CPC, permitem concluir pela possibilidade de estabelecer a cláusula de exequibilidade⁶²⁵.

É importante, nesse ponto, salientar, tal como fez Estefania Freitas Côrtes⁶²⁶, que a então propalada tipicidade dos títulos executivos deve ser redimensionada, de forma a ser mitigada, para permitir a elaboração de títulos pelo acordo entre as partes⁶²⁷. Não é

⁶²³ Na doutrina pátria, são contrários a esse entendimento ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 1061-1062; SOUZA, Arthur César de; FERNANDES, Og. *Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Almedina. 2018. p. 139; DINAMARCO, Execução..., op. cit., p. 92-93; MINAMI, op. cit., p. 105-106; RODRIGUES, Marcelo. Fundamentos..., cit., p. 106.; AURELLI, Arlete Inês. Análise e limites da celebração de negócios jurídicos processuais. In: MARCATO, Ana et al (org.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 62; MEDINA, Execução, cit., p. 172-173.

⁶²⁴ Para Fernando Amancio Ferreira: “A enumeração dos títulos executivos é taxativa, como resulta da introdução do advérbio *apenas* no proêmio do preceito citado, que não constava do texto do CPC39. Daí não serem válidas as convenções negociais pelas quais as partes conferem força executiva a outros documentos. Mas não se considera como excluída a validade das cláusulas pelas quais os particulares privam de força executiva os títulos negociais constantes da enumeração legal.” FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso de Processo de Execução*. 13ª ed. Coimbra: Almedina. 2010. p. 24. Da mesma forma, na Itália: “Noi non conosciamo la *sottomissione convenzionale* alla esecuzione, che si usa in Germania di aggiungere ai contratti notariali, per dispensare il creditore dallo stadio di cognizione, poichè i nostri contratti notarili, come i francesi, sono per sè stessi esecutivi.” CHIOVENDA, Principii..., cit., p. 107.

⁶²⁵ “Além disso, porém, é sempre bom recordar que, por força da cláusula geral de negócios processuais (art. 190), nada impede que as partes criem títulos executivos extrajudiciais, como seria o caso, por exemplo, de uma confissão de dívida por instrumento particular subscrita apenas pelo devedor, sem assinatura de testemunhas, de que constasse uma cláusula atribuindo ao ato eficácia de título executivo.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 343.

⁶²⁶ CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que atribui a exequibilidade de documento*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2018.

⁶²⁷ Nas palavras da autora: “Esse é um ponto nodal que se deve repensar à luz do Código de Processo Civil vigente, que vigora sob a óptica de um modelo cooperativo e liberal e que consagra o fomento ao autorregramento da vontade das partes. Nesse ponto, indaga-se mais uma vez sobre a possibilidade de um

semelhante à hipótese de criação de recursos, eis que, nos termos do art. 22, I, da CRFB, somente a União pode legislar sobre direito processual, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece a competência recursal, ao regular a composição e as funções do Tribunais no sistema jurídico nacional. Não existe, assim, autorização legislativa para a criação de recursos pela autonomia das partes, como ocorre em relação à utilização de convenções processuais no âmbito do procedimento executivo (art. 771, do CPC)⁶²⁸.

Assim, assentada a possibilidade de as partes, por meio de acordo processual, estabelecer a exequibilidade de documento, não é possível se furtar à percuente análise de Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral, que na verdade reflete uma problemática que se estende às convenções processuais em si e o exercício da autonomia da vontade das partes, alertando que é mais fácil fazer valer o disposto no art. 784, III, do CPC, buscando a assinatura de duas testemunhas, do que ver a validade do seu título executivo extrajudicial questionado em juízo, de modo a invalidar o processo de execução então instaurado⁶²⁹.

negócio jurídico processual firmado entre as partes criar um título executivo que não esteja no rol taxativo do art. 784 do CPC/15. A cada momento em que nos debruçamos sobre as reflexões dessa indagação, nos inclinamos a traçar uma resposta afirmativa. Deve-se lembrar que a grande vantagem das convenções processuais é correspondente ao poder atribuído pela lei às partes para modificar ou criar uma situação processual diversa da estabelecida pelo rito legal, em verdadeira flexibilização procedimental. Além disso, há de se registrar que as partes podem obter vantagens, quando resolvem abrir mão de alguma situação jurídica que pertença a sua própria esfera jurídica. Trata-se de valorização da autonomia das partes e liberdade dos indivíduos no e para o processo. Assim, se a reserva legal (art. 22, I, CF/88) era óbice para a criação de título executivo fora das hipóteses previstas em lei com a finalidade de preservar a liberdade do executado, esse obstáculo não mais persiste diante da regra, também legal e federal das convenções processuais típicas e atípicas (art. 190, c/c art. 771, parágrafo único do CPC/15) que focam a autonomia da vontade dos indivíduos quanto à liberdade de negociação. Podemos vislumbrar um seguinte exemplo: um sujeito, contratante/correntista bancário por adesão, pode dispor, em cláusula contratual prévia, através de um acordo executivo, do seu direito de responder uma longa ação cognitiva de uma fase de conhecimento, para que se submeta, conforme seu assentimento consensual, à execução direta de uma obrigação devida. Em troca, esse mesmo indivíduo poderá obter, no momento da adesão, vantagens no plano de direito material contratual, ou até mesmo beneficiar-se com uma chance mais rápida e mais efetiva de quitar eventuais débitos futuros que adquira junto à instituição bancária, também conveniente. Ora, se houver ampla informação e transparência no momento de firmar o acordo executivo prévio, não há razões para que este negócio jurídico processual não seja considerado corretamente formado e validado." CÔRTEZ, Negócios..., cit., p. 92-93.

⁶²⁸ CÔRTEZ, Negócios..., cit., p. 94-95.

⁶²⁹ "Não obstante, embora em tese seja admissível o acordo processual para dar força executiva a um documento, a amplitude do nosso rol de títulos executivos torna essa opção improvável na prática. É mais fácil buscar duas testemunhas para assinar um contrato (e assim preencher os requisitos do art. 784, III, do CPC para torná-lo título executivo), do que correr o risco de acreditar na autonomia da vontade e quiçá ver o Judiciário no futuro, resistente às convenções processuais para a criação de título executivo, pronunciar a invalidade do acordo." DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, p. 193-228, jan, 2018, versão eletrônica, item 7. Sobre esse ponto, rebate Estefânia Côrtes: "Destarte, os contratantes precavidos e interessados na executividade autônoma de uma obrigação podem e devem se respaldar não apenas com a assinatura de duas testemunhas, ao lado da assinatura do devedor da obrigação, mas também, elaborar uma cláusula prévia contratual, que consubstancie um negócio jurídico processual apto a esparcar quaisquer alegações de inexecutividade do título. Essa providência ajuda a fugir da controvertida alegação de inexecutividade do título executivo, em fase de defesa na demanda executiva. Nesse ponto específico, discordamos, portanto, dos professores Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral, que revelam certo ceticismo em relação à exequibilidade negocial de um documento. Para eles, apesar de

Ressalte-se, ainda, a decisão do STJ no REsp 1.495.920, já mencionada anteriormente, que indica uma tendência no afrouxamento dos requisitos legais que configuram o título executivo, ao admitir a assinatura eletrônica como hábil para preencher tal requisito. Não há, portanto, óbice no sistema para convencionar a assinatura eletrônica - independentemente da assinatura de testemunhas - como suficiente para assegurar executividade ao título executivo. Haveria, de qualquer forma, segurança jurídica necessária diante do controle realizado pela Autoridade Certificadora⁶³⁰.

Por fim, merece menção a necessidade de adaptar esse entendimento no que diz respeito aos contratos eletrônicos, concedendo eficácia executiva aos contratos celebrados no ambiente digital. Embora a jurisprudência do STJ ainda seja bastante refratária à exigência de apresentação da cópia original⁶³¹, com vistas a garantir a segurança jurídica diante do risco de endosso ou cessão⁶³², a verdade é que a tendência está nos contratos celebrados no ciberespaço⁶³³. É preciso, assim, redimensionar tais exigências para aceitar também que documentos produzidos eletronicamente, em que seja possível identificar, com segurança⁶³⁴, as partes contratantes, também possa ser considerado como título executivo, o que pode ser estabelecido por meio de convenção processual.

considerarem admissíveis os acordos executivos para aquela finalidade, bastaria a apositura das assinaturas das testemunhas para satisfazer a vontade das partes. Respeitamos a análise pragmática dos autores, mas não consideramos improvável o uso de acordo executivo para exequibilidade de documentos particulares. Ao contrário, vemos utilidade prática valorosa, que pode agilizar o andamento do rito executivo, evitando alegações infundadas do executado. Para nós, deste modo, há utilidade prática em certificar a executividade de um título por mais de uma maneira, seja por negócio jurídico processual, seja através da mera formalidade exigida na lei (art. 784, III, CPC/15).” CÔRTEZ, Negócios..., cit., p. 88.

⁶³⁰ BARBI, Marcelo; ANDRADE, Juliana Melazzi. A criação de título executivo extrajudicial eletrônico por negócio processual. *Revista Magister*, n. 84, maio-jun., 2018, p. 60-61; VOGT, Fernanda. A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019, p. 179; DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2004. p. 348 e segs.

⁶³¹ Nesse sentido: “[...] 2. A execução pode, excepcionalmente, ser instruída por cópia reprográfica do título extrajudicial em que fundamentada, prescindindo da apresentação do documento original, principalmente quando não há dúvida quanto à existência do título e do débito e quando comprovado que não circulou. Precedentes. Corte local que entendeu pela desnecessidade da apresentação da cópia original nesta execução face a real impossibilidade material, porquanto tal documento instruíra outra execução, concomitantemente em curso perante a respectiva unidade judicial, para exigência de fração/parcela referente ao mesmo título.” REsp 108969/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma do STJ, j. em 16/06/2015; REsp 1277394/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma do STJ, j. em 16/02/2016

⁶³² ASSIS, Manual..., cit., p. 224.

⁶³³ Sobre o tema, v., dentre outros, MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas. 2014; MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT. 2004.

⁶³⁴ “Mas há, hoje, registradoras virtuais, a exemplo da B3, uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro, ou da CERC, que oferece alternativas para a gestão de recebíveis, que podem suprir esse requisito da segurança.” VOGT, A tomada..., cit., p. 180;

CAPÍTULO 6 - CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE MEIOS EXECUTIVOS

Analisa-se, agora, a possibilidade de celebrar convenções processuais acerca dos meios executivos. Já se viu anteriormente que os meios executivos compõem a cognição judicial no curso do processo de execução e dizem respeito aos meios que devem ser adotados pelo magistrado para que a obrigação seja satisfeita. Antes, porém, de se verificarem eventuais convenções que possam ser estabelecidas a respeito, é importante que algumas aproximações conceituais sejam realizadas.

Há pouco tempo não seria possível ao magistrado aplicar meios executivos que não aqueles que estiverem expressamente previstos em lei. Isso ocorria porque sendo o processo de execução o mecanismo pelo qual se praticam atos com o intuito de satisfazer a prestação inadimplida, levando à restrição de direitos do executado, não seria possível ao juiz extrapolar os limites legais⁶³⁵.

Essa percepção é bastante emblemática ao se analisar o procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente, porque há uma regulamentação pormenorizada acerca das etapas que devem ser percorridas para que haja a satisfação do exequente. Existe a possibilidade de cumprimento espontâneo da obrigação e, diante da não ocorrência de tal fato, seguem-se os atos expropriativos, iniciando-se com a penhora de bens do executado com

⁶³⁵ Esse aspecto está relacionado com a segurança jurídica e a redução do arbítrio judicial, valores caros ao positivismo: “É certo que a opção por um sistema típico de tutela executiva inspira-se, claramente, no princípio da legalidade - princípio basilar do Estado de Direito -, segundo o qual se procura fixar em lei, o máximo possível, as sanções a serem aplicadas pelos juizes, assim como os procedimentos a serem adotados para essa finalidade, com vistas à eliminação (ou pelo menos a diminuição) do arbítrio judicial e à preservação da certeza e segurança jurídicas.” GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT. 2003. p. 66.

posterior satisfação do crédito, seja por meio de alienação do bem - judicial ou extrajudicial - ou com a entrega do bem ao exequente (adjudicação).

Nessa perspectiva, não haveria muita margem de manobra para o magistrado, que deveria seguir o que dispõe a lei acerca do tema. Esse problema, de certa forma, não afeta a execução de outros tipos de obrigação - como de fazer, não fazer ou entrega de coisa - quando se tinha em mente que a tutela específica não era o objetivo principal da atuação jurisdicional, sendo possível que houvesse a conversão da obrigação em perdas e danos, recaindo no esquema-tipo da execução por quantia certa contra devedor solvente, que estava regulada pela lei.

Porém, animados pela perspectiva de efetividade do processo e da primazia da tutela específica, foi preciso rever esse conceito no que diz respeito à aplicação de medidas coercitivas pelo juiz. Com a previsão dos arts. 84, §§ 4º e 5º do CDC e 461, §§ 4º e 5º, do CPC/73, passou-se a permitir ao magistrado que, em se tratando de execução de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, pudesse: a) aplicar multa periódica - a *astreinte* - para compelir o executado a cumprir a obrigação; b) se valer de outras medidas que fossem necessárias para a implementação da obrigação, indicando, em rol não taxativo, a possibilidade de busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, etc.

Essa previsão passou a considerar a possibilidade de aplicação de medidas atípicas para a implementação de determinadas obrigações, rompendo a lógica antes restrita somente à aplicação de medidas previstas em lei. Inclusive, havia grande resistência em se tratando de aplicação da multa pessoal para o cumprimento de obrigações, ao argumento de que esse tipo de conduta acabaria violando a esfera de liberdade pessoal do executado⁶³⁶.

A autorização legal para a aplicação de medidas executivas que não necessariamente tivessem previsão na lei permitiu um maior espaço para atuação judicial em busca da efetividade do processo executivo. Migra-se, assim, de um princípio da tipicidade dos meios

⁶³⁶ Sobre o tema, a lição de Araken de Assis: "O liberalismo plantou o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas. Coincidentemente, a *contrainte par corps* desapareceu no início da Revolução de 1789, para ressurgir logo depois, na onda da regressão republicana, e adquirir alentado prestígio, mas entrou em declínio no século XIX. A Carta Política brasileira só permite a prisão em dois casos, posteriormente reduzido a um, por influência do Pacto de São José da Costa Rica – a prisão do devedor de prestação pecuniária alimentar. Em tema de execução das obrigações de fazer, o liberalismo também consagrou a regra *nemo potest cogi ad factum*, no art. 1.142 do CC francês, paradigma célebre das codificações do século XIX na área. O inadimplemento de obrigação de fazer infungível (*nuda facta*), cujo cumprimento eficaz e útil depende, exclusivamente, da aptidão do obrigado (v.g., a realização de cirurgia estética por renomado especialista), apesar de ter a isso se obrigado, abdicando de parcela da sua liberdade na visão clássica, resolver-se-ia no equivalente pecuniário, acrescido de indenização, porque intangível a pessoa do executado à força estatal, consoante a regra." ASSIS, Manual..., cit., § 6º.

executivos para um princípio da atipicidade ou da concentração dos poderes de execução do juiz⁶³⁷. Isso não significa, porém, que não há meios executivos previstos em lei e que estes devam ser menosprezados pelo juiz. Também não significa que existe uma “carta branca” para que o magistrado possa aplicar qualquer medida executiva. Devem existir parâmetros e critérios na aplicação das medidas atípicas, o que paulatinamente a doutrina, assim como a jurisprudência, tem tentado estabelecer.

O advento do CPC/2015 acabou consolidando a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas atípicas pelo magistrado ao prever, em alguns dispositivos legais, a adoção das medidas necessárias para alcançar o cumprimento da obrigação. Nesse sentido, formam o suporte normativo para se extrair o princípio da atipicidade dos meios executivos o disposto nos arts. 4º, 6º, 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC.

A principal novidade está no art. 139, IV, do CPC, que foi inserido na Parte Geral do CPC como um poder geral do juiz. Assim, diante da necessidade de garantir a efetividade do processo, o juiz pode adotar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Embora festejado pela maioria da doutrina⁶³⁸, há quem ainda tenha uma concepção bastante conservadora na aplicação de tais medidas atípicas. Há, assim, quem sustente se

⁶³⁷ Nesse sentido: “É por essa razão que o direito de ação, ou o direito de acesso à justiça, deve ser pensado como o direito à tutela jurisdicional efetiva, que tem como corolário o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto.

Se há direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, e essa efetividade depende das circunstâncias do caso concreto, não é possível aceitar a idéia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos previamente estabelecidos em lei. Nessa dimensão, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz.” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>, acesso em 11 de fevereiro de 2019. Da mesma forma: “No es porque la aplicación de la regla de congruencia puede impedir la efectividad de la tutela del derecho, que al juez no se le pueda ver más como “enemigo”, que el poder de ejecución que le fue deferido puede quedarse sin control. La diferencia reside en la forma de control. Si antiguamente se hacía a través de la ley – *por consiguiente se piensa en el principio de tipicidad de los medios ejecutivos, en la separación entre conocimiento y ejecución y en la congruencia entre el pedido y la sentencia*-, actualmente ese control se debe realizar a través de la *regla de proporcionalidad*. O sea, el aumento del poder del juez, relacionado con la transformación del Estado, implicó en la eliminación de la sumisión del judicario al legislativo o de la idea de que *la ley sería como una vela que ilumina todas las situaciones del derecho sustancial*, y en la necesidad de un *real involucramiento del juez con el caso concreto*. Claro, la proporcionalidad es la regla hermenéutica adecuada para controlar el poder del juez ante el caso concreto, puesto que la ley, como es obvio, no es – ni puede ser – específica.” MARINONI, Luiz Guilherme. La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño, p. 17. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/?s=la+ruptura+del+principio>, acesso em 12 de fevereiro de 2019.

⁶³⁸ “Um dos pontos de relevo do CPC em matéria de execução é o artigo 139, IV contido na Parte Geral do Código. Num universo de dispositivos rígidos e engessados que foram praticamente replicados do Código de

tratar de segura inconstitucionalidade, por violação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)⁶³⁹ havendo, inclusive, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. 5.941, junto ao STF, com o objetivo de afastar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

De outra senda, há quem entenda, corretamente, que a aplicação de tais medidas objetiva resguardar a efetividade do processo executivo, já tão estigmatizado pelo seu baixo grau de efetividade, sendo certo que uma maior esfera de autonomia para o magistrado buscar a conclusão do processo executivo. Marcos Minami, inclusive, se refere, em uma analogia à vedação ao *non liquet*, que existe uma vedação ao *non factibile*, de modo que "não se pode permitir que o judiciário deixe de efetivar prestação certificada em uma decisão ou em título executivo extrajudicial com a justificativa de não ser possível essa realização"⁶⁴⁰. Dessa forma, a utilização das medidas executivas atípicas permite que o Poder Judiciário alcance o resultado pretendido pelo jurisdicionado.

Nesse ponto, é importante definir algumas premissas sobre as quais não se travarão maiores digressões, já que não é este o objetivo da presente tese. Não há diferença, no que diz respeito à aplicação de medidas executivas atípicas, em relação à natureza do título executivo. Em qualquer execução, seja originária de título executivo judicial ou de título extrajudicial, é possível a aplicação de medidas executivas atípicas. Não é a natureza do título que vai alterar essa circunstância, pois se poderia argumentar que se fosse um título executivo judicial, haveria maior certeza sobre a existência do direito, o que justificaria a aplicação de tais medidas, ao passo que os títulos extrajudiciais, por não terem a mesma segurança, poderiam expor, indevidamente, o devedor a medidas desproporcionais ou restritivas, sem haver, por exemplo, certeza da validade da relação obrigacional.

É totalmente equivocado esse entendimento, haja vista que a aplicação das medidas atípicas, como se verá a seguir, depende, via de regra, de i) contraditório prévio; ii) juízo de

1973 e de 1939, o artigo 139, IV apresenta-se como um oásis de esperança para uma *execução* mais rente com a promessa constitucional de tutela dos direitos. Junto com as normas fundamentais do CPC e outras cláusulas gerais nele existentes, é possível repensar a execução sem a imobilidade burocrática e o paternalismo protetitivo do executado que ainda está bastante presente nos dispositivos do Livro II da parte especial.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. p. 32-33.

⁶³⁹ Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual...*, cit. p. 186-187.

⁶⁴⁰ MINAMI, op. cit., p. 128.

proporcionalidade do magistrado; e iii) decisão fundamentada sujeita a controle por meio de recurso de agravo de instrumento⁶⁴¹.

Além do mais, o legislador previamente estabeleceu os procedimentos para execução de título judicial e extrajudicial, sendo certo que o executado deve ter ciência do que pode ocorrer diante do inadimplemento de uma obrigação, seja ela estabelecida em um documento por ele assinado, seja por decorrência de uma sentença reconhecendo uma obrigação a ser cumprida pelo devedor. Dessa forma, não há qualquer justificativa a diferencia a aplicação de medidas em um caso e não no outro, com base na natureza do título executivo.

6.1 Tipos de meios executivos

É corrente na doutrina a distinção que leva em consideração os tipos de meios executivos para classificá-los. Nessa perspectiva, fala-se em execução direta e execução indireta, a depender dos meios executivos que são utilizados em cada situação. Atualmente se entende por execução direta aquela através da qual os meios executivos permitem a satisfação da prestação inadimplida independentemente da atuação ou participação do executado. A execução direta se valeria de meios de sub-rogação para atingir a sua finalidade, consideradas aquelas atividades realizadas pelo juiz, seus auxiliares ou terceiro, em substituição ao obrigado, praticando o ato que deveria ter sido realizado pelo devedor ou buscando uma tutela com o resultado prático equivalente para obter a satisfação do crédito inadimplido⁶⁴². A execução indireta, por sua vez, objetiva a realização do direito por meio de medidas que atuam sobre a vontade do réu, de modo a convencê-lo a cumprir a obrigação. Nesse caso, seriam utilizadas medidas de coerção.

O exemplo de execução direta é aquele que segue o rito da penhora com posterior satisfação do direito de crédito do autor, por meio de medidas de expropriação - adjudicação ou alienação do bem penhorado. Nesse caso, não há necessidade de atuação do executado pois

⁶⁴¹ Nos termos do art. 1015, parágrafo único, do CPC, por serem decisões interlocutórias proferidas no curso do cumprimento de sentença ou do processo de execução. Ressalte-se que não devem ser utilizadas, como meio impugnativo das decisões que aplicam medidas coercitivas atípicas, o *habeas corpus* e o mandado de segurança porque existe recurso expressamente previsto no CPC.

⁶⁴² MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 247, p. 231-246, set., 2015, versão eletrônica.

os atos constritivos são realizados independentemente da sua vontade ou colaboração⁶⁴³. Já no caso em que se objetiva o cumprimento de uma obrigação de fazer, por depender da atuação do executado, impõe-se uma multa para o caso de descumprimento da obrigação. Assim, para afastar a incidência da multa, o requerido se sentiria “estimulado” a cumprir com a obrigação estabelecida.

Há uma distinção prática entre a execução direta e execução indireta que deve ser levada em consideração sendo, inclusive, mais relevante do que a dependência da intenção do executado em colaborar ou não com o cumprimento da obrigação. A bem da verdade, a ausência de cooperação por parte do executado possui uma outra perspectiva, da mesma forma reprovável, que é a aplicação das sanções que decorrem dos atos atentatórios à dignidade da justiça, conforme adiante se dirá. Mas na execução direta, normalmente os gastos para a prática dos atos são maiores: há utilização de pessoal para a realização da penhora, custos gerados com o depósito do bem, com a publicação do edital do leilão, honorários do leiloeiro, etc. Já no caso das medidas de coerção, em razão dos atos dependerem de uma conduta ou omissão do próprio devedor, não acarretam maiores gastos de tempo, pessoal e prática de atos pelo Estado⁶⁴⁴.

Dessa forma, na prática, por envolver uma série de atos a serem praticados por outras pessoas, a utilização dos meios de sub-rogação normalmente leva a um atraso na efetivação dos atos que devem ser praticados, o que não ocorre em relação às medidas de coerção.

Costumam-se classificar os meios de sub-rogação em i) desapossamento; ii) transformação e iii) expropriação. O desapossamento consiste na retirada coativa de bens que se encontram na posse do executado. Normalmente é utilizado em relação à execução para entrega de coisa. Em se tratando de bem móvel, o desapossamento ocorre por meio de busca e apreensão e se for bem imóvel, por meio de imissão na posse. A transformação ocorre quando a obrigação pode ser realizada por terceiro ou do próprio credor, mas às expensas do devedor. Normalmente, é aplicada no caso de obrigação de fazer fungível e é aplicável a requerimento

⁶⁴³ Inclusive, no cumprimento do mandado de penhora, em caso de negativa de permitir o ingresso do oficial de justiça na residência, o oficial deverá solicitar ao juiz a concessão de ordem de arrombamento, a ser cumprida com a presença de outro oficial e mais duas testemunhas presentes à diligência, após a busca de bens no local (art. 846, do CPC).

⁶⁴⁴ MINAMI, op. cit., p. 147. Da mesma forma: “[...] as medidas sub-rogatórias, como regra geral, tendem a ser mecanismos complexos, economicamente custosos e demorados. Só por isso já se vê como é fácil ocorrerem situações onde o uso da medida coercitiva pode se revelar mais adequado do que o uso de medida sub-rogatória, por permitir uma prestação de tutela executiva mais rápida, menos custosa e, por isso mesmo, mais eficaz. Basta pensar na hipótese em que a implementação de medidas sub-rogatórias impliquem o custeio antecipado por parte do credor, como é o caso da execução por terceiro [...]” GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 41.

do credor, independentemente da concordância da parte executada (art. 817, do CPC). Por fim, a expropriação é a retirada de bens do patrimônio do devedor ou de terceiro responsável com o objetivo de, por meio da alienação ou adjudicação, adimplir a obrigação. A sua aplicação ocorre nas execuções de pagar quantia contra devedor solvente.

Os meios de coerção, que tem por objetivo levar o executado a se sentir estimulado a cumprir a obrigação, pode atuar de duas formas: i) por medo ou ii) por estímulo. No primeiro caso, pode-se exemplificar com a aplicação da multa periódica, pois quanto mais tempo o executado demorar para cumprir com a obrigação, maior ficará o valor da multa, que ele também terá que arcar. Ou seja, além de cumprir com a obrigação inadimplida, ainda sofrerá uma execução por quantia certa para pagar o montante da multa que incidiu por não cumprir, no prazo estabelecido, a obrigação. Outras medidas indiretas também podem ser enquadradas aqui, como o protesto do título executivo, a inclusão do nome do devedor no sistema de restrição de créditos, a prisão civil, etc. Há também o meio indireto que atua pelo incentivo, também denominada de sanção premial. Nessa hipótese, estimula-se o cumprimento da obrigação mediante o estabelecimento de algum benefício, como a redução de valores devidos a título de honorários ou a isenção de custas processuais.

Os meios coercitivos também podem ser patrimoniais ou pessoais. Nesse aspecto, a incidência da multa periódica - astreinte - seria um meio coercitivo patrimonial, ao passo que a prisão civil, a suspensão do direito de dirigir e a apreensão do passaporte seriam meios coercitivos pessoais, por afetarem a esfera de direitos da pessoa.

O CPC/2015, ao tratar no art. 139, IV, acerca dos poderes do juiz, se refere às medidas *indutivas*, *coercitivas*, *mandamentais* ou *sub-rogatórias*, podendo-se entender que seriam hipóteses distintas. Isso pode levar ao entendimento de que há distinções entre as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais. As medidas indutivas teriam por objetivo estimular o cumprimento das obrigações conferindo uma vantagem ao devedor. Seriam, por conseguinte, as “sanções premiais”, ao passo que as medidas coercitivas objetivaram impor uma sanção negativa, enquanto um “castigo” a ser aplicado ao devedor⁶⁴⁵. Já as medidas mandamentais

⁶⁴⁵ Nas palavras de Edilton Meireles: "A diferença está que, nas medidas coercitivas, busca-se impor ao obrigado uma sanção enquanto castigo, ou seja, uma sanção negativa, que pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade) ou até mesmo físico (v.g., açoites). Óbvio que nem todas essas sanções são permitidas no nosso ordenamento jurídico. Contudo, por elas se percebe que o que se busca é a imposição de uma desvantagem ao devedor que insiste em sua conduta de inadimplente. Em suma, em face do descumprimento da decisão judicial, o devedor sofre um prejuízo. Tem afetado sua situação jurídica de forma desfavorável. Já nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um “prêmio”, como incentivo (coação premial) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do

consistiram em uma ordem a ser determinado pelo juiz e, preferencialmente, em casos extremos, pois o descumprimento da ordem mandamental acarretará na prática de crime de desobediência, o que deve constar expressamente do mandado de intimação para o cumprimento da determinação.

Em verdade, a utilização de tais expressões poderia ser resumida nas medidas coercitivas somente, que abrangem atividades de estímulo ao cumprimento das obrigações, seja pelo medo (do valor da multa ou da prisão por desobediência à determinação judicial, por exemplo) seja pelo incentivo (as chamadas medidas indutivas). Ao que parece, o legislador não quis deixar dúvidas acerca das possibilidades outorgadas ao juiz, com o intuito de que a obrigação seja satisfeita.

Por fim, ainda em relação aos meios executivos, embora se tenha vinculado, preferencialmente, medidas sub-rogatórias à execução de obrigação de pagar quantia e medidas coercitivas às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, a realidade é que, diante da necessidade de garantir a efetividade das decisões, a tendência é, cada vez mais, que os meios executivos - de sub-rogação e coercitivos - sejam utilizados conjuntamente⁶⁴⁶. Essa é uma realidade no próprio sistema do CPC. No caso de cumprimento de sentença para pagar quantia, o executado é intimado para pagar sob pena de incidência de multa de 10% sobre o valor atualizado do débito, seguindo-se os atos de expropriação. A lei cominou a utilização de ambas as técnicas: a multa (meio coercitivo) e a expropriação (meio sub-rogatório). Dessa forma, resta claro que não é possível vincular o meio executivo com a prestação que se pretende ver adimplida. É possível, nesse aspecto, que se identifique um aumento na aplicação de medidas coercitivas - ou indiretas - diante dos benefícios que estas podem alcançar com menor dispêndio de tempo e econômico.

Importa, agora, diferenciar a aplicação de meios executivos e a identificação de atos atentatórios à dignidade da justiça.

6.2 Meios executivos e atos atentatórios à dignidade da justiça

ato de forma mais atraente, ainda que que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem.” MEIRELES, cit.

⁶⁴⁶ Nesse sentido: “Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão ser utilizados simultaneamente. Aliás, e em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra, acompanhada da cominação de multa, o provimento antecipador desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o resultado equivalente prescindindo da colaboração do demandado.” TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, vol. 284, p. 139-184, outubro, 2018, versão eletrônica.

Os meios executivos e os atos atentatórios à dignidade da justiça não podem ser confundidos, pois se destinam a estimular - ou combater - situações completamente distintas umas das outras.

Como visto, os meios executivos têm por objetivo levar ao cumprimento da obrigação, seja substituindo-se à vontade do devedor, seja por meio medidas que o estimulem a cumpri-la, sendo uma consequência do princípio da efetividade do processo. Já os atos atentatórios à dignidade da justiça estão relacionados com os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação, que orientam a conduta das partes no curso da relação processual.

Existem dispositivos no CPC que tratam tanto dos atos atentatórios à dignidade da justiça quanto da litigância de má-fé. As consequências das condutas antiéticas das partes envolvem, dentre outras consequências, a aplicação de multa pelo magistrado, que ora pode reverter ao ente federativo da esfera judicial que aplicou a multa, ora à própria parte.

Assim, nas hipóteses previstas no art. 77, IV e VI, do CPC⁶⁴⁷, que são atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, o juiz, antes de aplicar a multa decorrente de sua prática, deve alertar que tais condutas são consideradas violadoras da boa-fé objetiva e, na prática de tal conduta, o juiz, além de sanções criminais, civis e processuais cabíveis, deve aplicar multa de até vinte por cento do valor da causa, ou de até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo, se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a depender da gravidade da conduta praticada. O não pagamento dessa multa no prazo estabelecido pelo juiz levará a sua inscrição como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo aos fundos a serem criados para a modernização do Poder Judiciário. Além disso, a incidência dessa multa não é afastada caso tenham sido aplicadas as multas coercitivas dos arts. 523, § 1º (multa de 10% diante do não adimplemento espontâneo da obrigação de pagar quantia) e 536, § 1º (multa periódica utilizada como meio coercitivo), do CPC. A própria norma do CPC já indica que a incidência da multa por ato atentatório à dignidade da justiça tem natureza distinta de outras multas aplicadas no curso do processo, pois tem finalidades diferentes.

⁶⁴⁷ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A multa decorrente do ato atentatório tem natureza sancionatória ou punitiva pela prática de atos violadores ao princípio da boa-fé e por ser uma conduta antiooperativa. Já as multas que são aplicadas como meios coercivos não têm natureza de sanção, mas de coerção ou estímulo para que a obrigação possa ser adimplida. Assim, por dizerem respeito a *fattispecies* distintas, podem ser aplicadas cumulativamente. Aliás, especificamente em relação a essas condutas do art. 77, do CPC, os destinatários da multa são também distintos, quando aplicadas cumulativamente às hipóteses dos arts. 523, § 1º e 536, § 1º, do CPC⁶⁴⁸.

Além dessa hipótese do art. 77, do CPC, o art. 80⁶⁴⁹ do mesmo diploma legal trata da litigância de má-fé. Trata-se de sanção que pode ser aplicada a qualquer das partes, que deverá indenizar o dano processual causado à outra parte, e ainda incidirá na multa prevista no art. 81, do CPC, que variará entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ou, nos casos em que o valor da causa é irrisória ou inestimável, em até 10 (dez) salários mínimos, que reverterá para o próprio prejudicado.

Porém, em se tratando de execução, existe uma regra específica sobre o tema. Considerada uma seara bastante propícia para a prática de atividades desleais, praticadas pelo executado, e fraudulentárias dos direitos do exequente, o art. 774, do CPC⁶⁵⁰, regulou, de forma taxativa⁶⁵¹, as condutas praticadas pelo réu no curso da execução que indicam uma conduta

⁶⁴⁸ A simples incidência das multas não é suficiente para coibir as condutas antiooperativas, como assevera Marcelo Abelha Rodrigues: “[...] as medidas processuais sancionatórias ou punitivas de condutas processuais ímprobas são acanhadas e muito pequenas, quando comparadas com a importância que tem o processo como método estatal de solução de conflitos e do desrespeito que isso representa à justiça enquanto bem jurídico fundamental da coletividade.

Esse perfil tímido ou tacinho, mormente quando comparado com o modelo anglo-americano, decorre, também, da formação civilista, liberal e privatista do nosso direito processual onde *processo judicial* sempre foi visto como uma arena, quase particular, de disputa de conflitos privados.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 83.

⁶⁴⁹ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁶⁵⁰ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - fraude a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

⁶⁵¹ Em verdade, a lei utiliza expressões bastante amplas, que acabam por abarcar basicamente toda e qualquer conduta anti-cooperativa, além de ser uma punição, que deve respeitar o princípio da reserva legal, como defende RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual...*, cit., p. 69. A respeito, a seguinte doutrina: “Os arts. 772 a 774 do CPC veiculam um leque de condutas exigidas do executado para que a execução possa desenvolver seus mecanismos sub-rogatórios adequadamente: comparecer em juízo, quando determinado; fornecer informações e documentos relativos ao objeto da execução, quando determinado; não fraudar a execução; não se opor maliciosamente à execução; não dificultar nem embaraçar a penhora; acatar ordens judiciais; quando

anticooperativa por parte do executado, sancionando-a com a aplicação de multa de até vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, além de outras sanções de natureza processual e material, cujo valor será revertido ao exequente.

Em comparação ao disposto no art. 80, do CPC, o art. 774, do CPC: i) prevê condutas específicas do processo de execução; ii) somente se refere a condutas praticadas pelo executado, em detrimento dos direitos do exequente; iii) permite a aplicação de multa sancionatória pelo juiz em montante de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado em execução. Assim, em se tratando de conduta praticada no processo de execução pelo executado, nos casos expressamente previstos no art. 774, do CPC, não é possível acumular a incidência dessa multa com a do art. 80, do CPC, mas é viável a aplicação, cumulativamente, de multa pelo art. 77, do CPC já que, como mencionado anteriormente, os destinatários da multa são pessoas distintas, sendo que, na hipótese do art. 77, do CPC, a sanção decorre de uma necessidade de garantir a autoridade do Estado e suas decisões, no que se denomina, adotando-se uma perspectiva da *common law*, de *contempt of court*⁶⁵²⁻⁶⁵³.

determinado pelo juiz, indicar-lhe quais são, onde estão e quanto valem os bens penhoráveis; apresentar os documentos relativos a tais bens – e assim por diante. O rol não é exaustivo, pois a fórmula utilizada em determinadas hipóteses é ampla e indeterminada o suficiente para abranger quaisquer casos de obstrução ou não colaboração com a justiça (“opõe-se maliciosamente à execução”; “resiste injustificadamente às ordens judiciais”). TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, vol. 284, p. 139-184, outubro, 2018, versão eletrônica.

⁶⁵² Sobre o tema, esclarece Bruno Marzullo Zaroni: “O contempt of court é sustentado por uma multissecular teoria, segundo a qual as Cortes – em razão da autoridade que lhes é historicamente conferida e do dever de administração da justiça que lhes é atribuído – são credoras de obediência e deferência; se tal não se alcança de maneira espontânea, os juízes têm o poder inerente (inherent power) de impor a observância de seus provimentos, valendo-se, para tanto, de meios executivos coercitivos ou de medidas punitivas, conforme pretenda concretizar suas ordens ou reivindicar sua autoridade institucional. Em uma de suas vertentes, o contempt of court designa um ilícito (criminal contempt), tipicamente processual, praticado por quem, de alguma forma, desrespeita a autoridade da Corte (seja porque desobedece a uma ordem judicial ou porque comete ato desrespeitoso diante da Corte), dando ensejo à aplicação de sanções punitivas. Ao lado dessa primeira espécie de contempt of court, existe aquele empregado para induzir ao cumprimento dos pronunciamentos judiciais (civil contempt). Essa segunda forma de contempt of court configura uma profícua técnica de execução indireta, uma vez que permite ao órgão jurisdicional, por intermédio de meios executivos de coerção (multa, prisão coercitiva ou sequestro coercitivo de bens), promover a tutela específica.” ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. *Revista de Processo*, vol. 235, p. 121-147, set., 2014, versão eletrônica. Existem muitas perspectivas sobre a *contempt of court*, sendo que não se pretende nesta tese explorar essa questão, mas fica clara, pela definição acima, que o instituto envolve, também, a aplicar de medidas coercitivas indiretas objetivando o cumprimento de decisões, mas com consequências muito mais drásticas do que no direito brasileiro, indo desde a aplicação de multa e sequestro de bens até a prisão.

⁶⁵³ A importância do *contempt of court* faz com que esse elemento seja a pedra angular do sistema da *common law*: “the common law knows an institution, called contempt of court, which to our mind is most important for the working of the whole legal system. Legal writers do not indulge too often in rationalizing on this institution, probably because it belongs to the self-evident presuppositions of the legal method. It is, in a certain sense, not surprising that a striking contrast between the two legal systems we are considering may be found just in connection with this institution. The existence of such a contrast becomes certain when we give full weight to the fact that self-evident common-law principle of responsibility for contempt is, as principle, simply unknown in the civil-law countries, at least to the extent to which it represents a sanction for nonperformance of substantive duties. It may be said that in the Latin countries the relation between the courts and the parties is in

Não há dúvidas de que a previsão da multa estabelecida no art. 774, parágrafo único, do CPC, se refere à necessidade de manter o prestígio das decisões exaradas pela Corte, como esclarece Araken de Assis ao se referir ao então art. 600, do revogado CPC/73:

Por sem dúvida, se cuida de pena por desacato, similar àquela do contempt of court, sob a forma definitiva. Foi o diagnóstico, à primeira hora, de Cândido Rangel Dinamarco. De acordo com a opinião deste último, o rol do art. 600 visa ao executado, não às partes, manifestando a deliberada intenção do legislador reprimindo os atos "que lhe impeçam o curso normal, em seu desprestígio".⁶⁵⁴

Como se pode perceber, portanto, a aplicação da multa decorrente dos atos atentatórios à dignidade da justiça não se confundem com a aplicação das medidas executivas típicas ou atípicas, eis que uma tem caráter punitivo, para resguardar o poder de império do Estado, e a outra coercitivo⁶⁵⁵, funcionalizado à tutela do direito material.

Além disso, uma outra diferença relevante entre as medidas coercitivas e as consequências da prática de ato atentatório é que as primeiras, como se verá, permitem que se estabeleçam convenções processuais a respeito, o que não pode ocorrer em relação às segundas, já que se referem ao dever de probidade entre as partes e à necessidade de

general far less close, I should say less intimate, than here. The Anglo-American idea of responsibility for contempt means, indeed, that the party who does not abide by certain specific decrees emanating from a judicial body is a contumacious person and may, as a rule, be held in contempt of court, in the king's mercy, so to say, and consequently fined and jailed. And although the institution is not utilized to the same extent in all areas of enforcement, it is still a highly characteristic illustration of the philosophy underlying the whole mechanism of the Anglo-American legal machinery. Now, this very concept of contempt simply does not belong to the world of ideas of a Latin lawyer. It just does not occur to him that the refusal of the defendant to deliver to the plaintiff a painting sold to the latter, a purely private matter between plaintiff and defendant, may, as soon as a judicial order is issued, become a matter to a certain extent personal to the court, and that the court may feel hurt, insulted, "contemned," because its order has been neglected or wilfully disobeyed. The Latin conception of the means of enforcement is of a far more mechanical or formalistic character: it is a play with certain rules, traps, catches and loopholes; and the court itself is one of the cogs of the mechanism, a party to the play. It does not occur to the actors that you have to bow to the judge's will, or that you may be punished by him, or, even more absurd, blamed for not having complied with his orders. The court says that the painting belongs to the plaintiff? Very well, let him try to get it! He may send the sheriff, and the defendant certainly will not prevent him from coming into his house and looking for the painting; if he is lucky enough to find it there, not elsewhere, well, he has won. Neither the sheriff nor the court can ask where the defendant put the painting." PEKELIS, Alexander H. *Legal Techniques and Political Ideologies: a comparative study. Michigan Law Review*, vol. 41, n. 4, fev., 1943, p. 667-668.

⁶⁵⁴ ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro. Revista de Processo*, vol. 111, p. 18-37, jul-set., 2003, versão eletrônica.

⁶⁵⁵ Nesse sentido, esclarece Leonardo Greco: "Mas é preciso não confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole eminentemente punitiva. O caráter sancionador das medidas para induzir o cumprimento de deveres processuais exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça. As coações indiretas, ao contrário, são predispostas para que a intimidação sobre a vontade do devedor por elas gerada, o motive a satisfazer a prestação, independentemente da adoção dos meios sub-rogatórios do respectivo procedimento legal. Podem ser atípicas mas devem respeitar determinados pressupostos." GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 411-412.

resguardar a autoridade de suas decisões. Isso ocorre porque a lisura do processo é indisponível às partes⁶⁵⁶, encontrando restrição na exigência de boa-fé e cooperação.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou a validade de um negócio jurídico processual em que foi estabelecida a aplicação de uma multa progressiva por ato atentatório à dignidade de justiça à parte que reiterasse pedido atingido pela preclusão. A convenção foi validada pelo Tribunal mas, diante da inexistência de pedido atingido pela preclusão, restou afastada a aplicação da multa⁶⁵⁷. Assim, a indisponibilidade se refere à impossibilidade de excluir as sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, podendo, contudo, serem criados mecanismos para coibir a sua prática, para além do que dispõe a lei, assim como outras formas de ato atentatório com a sua respectiva sanção.

Além disso, as medidas atípicas podem ser aplicadas sem que se respeite o contraditório prévio, em casos de extrema urgência ou de ineficácia da decisão se resguardado o prévio contraditório, ao passo que para a aplicação das sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, há necessidade de contraditório prévio, a fim de que o executado possa justificar a razão da sua conduta.

Uma última distinção diz respeito à inevitabilidade: as medidas coercitivas são evitáveis desde que haja o cumprimento da obrigação, ao passo que as consequências que decorrem da prática dos atos que atentam contra a dignidade da justiça são inevitáveis⁶⁵⁸.

6.3 Critérios para aplicação de medidas executivas atípicas

⁶⁵⁶ MINAMI, Da vedação..., cit., p. 157. Da mesma forma, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*, vol. 267, p. 227-272, maio, 2017, versão eletrônica. No mesmo sentido, o enunciado n. 6 do FPPC: "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação."; CABRAL, Convenções sobre o custo da litigância (I)..., cit., item 7.2.2: "Por outro lado, os convenientes não podem deliberar por negócio jurídico processual acerca das multas previstas nos arts. 77, 161, parágrafo único, 334, § 8º, 903, § 6º, todos do CPC/2015, e quaisquer outras impostas como sanção a condutas de litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça. Penso que não o possam fazer nem mesmo quando a lei estabelecer que seus valores devam reverter em favor da contraparte (não do Estado), como faz o art. 700, § 10, do CPC/2015. É que as multas sancionatórias possuem um aspecto dissuasório de condutas indesejadas, no sentido da criação de padrões de comportamento para qualquer litigante, transcendendo os interesses das partes em um determinado litígio. Além disso, não têm ligação instrumental com a satisfação do direito material, tanto que o vencedor também pode sofrer condenação por ato de litigância de má-fé ou atentatório à dignidade da jurisdição."; "Por força do art. 190 do NCPC, portanto, *não reputamos ser possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto.*" TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*: estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 230.

⁶⁵⁷ A respeito: "[...] 2. Apesar de haver, na negociação processual entabulada com amparo no art. 190 do CPC/15, a previsão da fixação de multa progressiva sobre o monte-mor, por ato atentatório à dignidade da justiça, ao litigante que reiterar pedido atingido pela preclusão, não restando caracterizada a prática de tal conduta, revela-se descabida a multa aplicada. [...] " AI 70071134670 - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - Oitava Câmara Cível do TJRS - j. em 23/03/2017.

⁶⁵⁸ Idem, p. 158.

As medidas atípicas, como já se mencionou, buscam responder às necessidades de efetividade da tutela jurisdicional mas, paradoxalmente, acabam reforçando a posição de protagonismo do juiz na sua aplicação, o que não corresponde a uma visão cooperativa do processo.

Seu uso não pode se dar de forma indiscriminada, sendo necessária a fixação de critérios que permitam a aplicação das medidas de modo a resguardar a efetividade do processo e os interesses das partes envolvidas. Além do mais, não é possível que o juiz, simplesmente, ignore o regramento mínimo da execução cível elaborada pelo legislador para aplicar somente o que entende ser o mais eficaz no caso concreto⁶⁵⁹.

Inúmeros questionamentos são colocados quando se está diante da aplicação de medidas executivas atípicas: i) elas podem ser aplicadas, indistintamente, em relação ao cumprimento de sentença e também à execução de título executivo extrajudicial?; ii) a quais tipo de prestação - pagar quantia, fazer, não fazer, entrega de coisa - tais medidas podem ser aplicadas?; iii) elas podem ser aplicadas em se tratando de decisão provisória?; iv) a sua aplicação depende de requerimento da parte interessada ou o juiz pode agir de ofício?; v) que medidas podem ser aplicadas pelo juiz e de que forma os direitos das partes não serão violados?; vi) há necessidade de contraditório prévio antes da aplicação dos mecanismos atípicos?; vii) havendo medidas típicas, podem elas serem desconsideradas para que sejam aplicadas, desde logo, medidas atípicas?⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ Esse é o alerta de Eduardo Talamini: "Se o mesmo Código que veicula o art. 139, IV, ocupou-se em estabelecer regramentos próprios e detalhados, tipificando as medidas executivas aplicáveis a cada espécie de execução (ou prevendo expressamente, nessas disciplinas específicas, as hipóteses em que se poderia utilizar medida atípica), não é possível simplesmente supor que o art. 139, IV, institui um modelo único, flexível, que equipara todas as situações que exigem tutela executiva permitindo indiscriminadamente o emprego de medidas atípicas. Isso significaria dizer que todo o regramento específico de cada modalidade executiva seria inútil, letra morta. Ou então, e quando muito, a disciplina específica de cada procedimento executivo seria uma mera "sugestão" de itinerário para o juiz – que usaria o *prêt-à-porter* quando não inspirado para criar um figurino executivo *taylor-made*. Essa alternativa também não parece razoável. Portanto, há de se encontrar termos de conjugação dos dois conjuntos de injunções normativas (poder geral de medidas atípicas versus disciplina específica, com predominante tipificação dos meios executivos)." TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, vol. 284, p. 139-184, outubro, 2018, versão eletrônica.

⁶⁶⁰ De acordo com o FPCC, a resposta seria negativa: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II (Enunciado n. 12).

Embora o foco da tese não seja o estudo pormenorizado das medidas executivas atípicas, algumas premissas devem ser colocadas com o fim de permitir uma maior reflexão acerca da possibilidade de estabelecer convenções processuais a seu respeito.

As medidas executivas atípicas constam dos arts. 4º, 6º, 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC, sendo aplicáveis em qualquer modalidade de execução, definitiva ou provisória (art. 297, do CPC)⁶⁶¹, decorrente de título judicial ou extrajudicial, e em relação a qualquer tipo de prestação, inclusive a pecuniária.

Sendo obrigação de fazer ou não fazer, a análise dos dispositivos legais que objetivam regular o procedimento executivo (art. 536 e segs.; art. 815 e segs., do CPC) é possível identificar a preponderância da aplicação das medidas executivas atípicas, com o intuito de levar ao cumprimento da obrigação pactuada. Isso ocorre especialmente em se tratando de obrigação de fazer infungível, mas não se restringe a ela, pois embora em relação à obrigação de fazer fungível exista uma outra forma para se alcançar o cumprimento da obrigação, isso não afasta a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas. De fato, o CPC prevê a possibilidade de se utilizar do meio de sub-rogação denominado de *transformação*, em que terceiro, às expensas do executado, é contratado para a realização da obrigação. Contudo, é um procedimento anacrônico⁶⁶², demorado e não efetivo, especialmente se o executado não prover meios financeiros para que o terceiro possa ser remunerado para a realização da

⁶⁶¹ São motivos para a aplicação das medidas atípicas tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título extrajudicial: "a) historicamente, não há diferença ontológica entre a atividade executiva, que se segue ao processo de conhecimento (*executio per officium iudicis*), e o processo de execução por título executivo extrajudicial. Como vimos no desenvolvimento histórico (cf. *supra*), desde o surgimento da *excecutione parata* e da subsequente equiparação dos títulos judiciais às confissões de dívida perante os notários e das letras de câmbio (*instrumenta guarentegiata*, *lettres obligatoires*) foi, justamente, a tentativa de equiparação entre a sentença e os títulos extrajudiciais (*execution parée*) que caracterizou a evolução da atividade executiva; b) o direito fundamental à execução e à tutela do crédito inclui a execução de títulos executivos extrajudiciais, ou seja, de outros documentos ou instrumentos reconhecidos como hábeis a ensejar a execução, nos termos reconhecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) o CPC estabelece uma intercambialidade entre o processo de execução e o processo de cumprimento de sentença (art. 513 c/c art. 771); d) a Parte Geral se aplica a todo o Código, tanto no que diz respeito às suas normas fundamentais, como no que diz respeito aos deveres-poderes do juiz. Logo, o art. 139, IV, CPC é aplicável a toda e qualquer atividade judicial prevista no CPC e também para além dele, nos termos do art. 15, CPC, de forma supletiva, subsidiária e residual, aos demais processos e procedimentos especiais fora do Código." ZANETTI JR., Comentários, cit..., item 2.16.

⁶⁶² A crítica pertinente de Marcelo Abelha Rodrigues: "Contudo, se o exequente é teimoso e masoquista irá seguir o insano rito do artigo 817-820 do CPC que, sinceramente, não se sabe porque ainda está ali. [...] Como já tínhamos advertido desde o início, não tem o menor sentido o procedimento do processo de execução para prestação de obrigações de fazer e não fazer fungíveis quando o exequente decida não converter a obrigação em perdas e danos. O "procedimento legal" é carcomido, ultrapassado e deve ser substituído integralmente pela atipicidade procedimental e de meios que tipifica o artigo 536 do CPC. Ora, se ele, exequente, irá desembolsar uma quantia para um terceiro escolhido no processo para prestar um fazer, então era muito melhor converter em perdas e danos e ele, exequente, contratar diretamente, sem o risco de impugnações do executado." RODRIGUES, Fundamentos..., cit., p. 223-225.

obrigação. Além do mais, não é qualquer prestação que pode ser realizada por terceiro, mas somente aquelas que consistirem na construção ou destruição de uma obra material⁶⁶³.

Dessa forma, não há impedimento para que se utilize, desde logo, as medidas atípicas para que o executado cumpra com a obrigação estabelecida, em se tratando de execução de obrigação de fazer ou não fazer.

Na execução para obrigação de entrega de coisa certa a lei prevê um meio executivo sub-rogatório, consistente no *desapossamento*. O executado é intimado ou citado para entregar o bem, em um prazo de 15 dias ou outro - estabelecido na sentença ou por convenção entre as partes. Passado o prazo sem o cumprimento espontâneo, o juiz expedirá o mandado de busca e apreensão do bem - se for móvel - ou de imissão na posse - se for imóvel.

Em se tratando de entrega de bem imóvel não há, em princípio, maiores dificuldades no cumprimento da decisão embora, a depender do caso concreto, possam aparecer complicações para o cumprimento da medida, caso, por exemplo, o local a ser desocupado contiver um grande número de pessoas (nos casos de ocupações de “sem-teto” ou “sem terra”). Nesse último caso, afiguraria-se viável - a depender do caso concreto - a utilização de algum meio coercitivo para o cumprimento da decisão. Se o bem for móvel, e sendo ele encontrado, a execução terá atingido a sua finalidade, sem que tenha sido feito uso de alguma medida coercitiva. Como esclarece Talamini⁶⁶⁴:

não faz sentido impor ordem de entrega e cominação de multa diária quando se sabe onde está a coisa devida [...]; o lugar é facilmente acessível (não há correntes nem cadeados no portão e o devedor não tem cachorro) e a remoção ou desocupação pode ser providenciada sem maiores dificuldades e a mínima colaboração do devedor.

Porém, tal não ocorre que se o bem, por exemplo, não é encontrado, ou se a sua entrega possui alguma peculiaridade que dificulta o simples cumprimento da ordem de busca

⁶⁶³ Nesse sentido: “No direito brasileiro não se pode mais ignorar a manifesta ineficácia do meio executivo sub-rogatório, disciplinado no CPC, para tutelar, adequadamente, diversas hipóteses concretas de obrigações de fazer e não fazer. É que, como se pode facilmente comprovar, a execução direta dessas obrigações, tal qual prevista nos arts. 634 e seguintes do CPC[1973], só se revela apta a satisfazer o direito do credor, quando a prestação a ser realizada pelo devedor consistir na construção ou destruição de uma obra material. É, todavia, crescente o surgimento de novas obrigações de fazer e de não fazer consideradas merecedoras de tutela executiva, cujo conteúdo corresponde a uma prestação complexa, sendo, em regra, impossível obter-se o resultado equivalente a tal prestação com o meio sub-rogatório previsto no CPC. Tal insuficiência se revela, com peculiar clareza, naquelas situações em que o devedor é uma *pessoa jurídica* e a prestação devida depende da reestruturação, em alguma medida, do seu funcionamento ou de sua organização interna.” GUERRA, Marcelo Lima. Direitos..., cit., p. 118.

⁶⁶⁴ TALAMINI, Poder..., cit.

e apreensão. Nesses casos, não haveria qualquer óbice na utilização dos meios coercitivos indiretos - ou até atípicos -, tal como a fixação de multa por atraso na entrega do bem⁶⁶⁵.

O que deve ser observado, porém, é que a utilização desses mecanismos seria subsidiário, após a ineficácia das medidas tipicamente previstas para se alcançar o resultado pretendido. Assim, resumindo a aplicação de medidas coercitivas na execução de entrega de coisa certa, essas medidas poderiam ser aplicadas:

- a) na efetivação de uma tutela de urgência, quando houver risco de dano grave ou de difícil reparação, necessitando uma rápida atuação judicial para a pronta entrega do bem;
- b) quando não se souber onde se encontra a coisa ou for necessário algum conhecimento específico para a desinstalação do bem; ou
- c) quando o ato de entrega do bem móvel ou de desocupação do imóvel possua peculiaridades que a tornem complexa a ponto de necessitar do auxílio do réu⁶⁶⁶.

Já em relação a execução por quantia certa contra devedor solvente, há regulamentação pormenorizada na própria lei, através da qual o devedor é intimado/citado para cumprir a obrigação e, em não havendo o pagamento, seguindo-se os atos de expropriação, que é medida sub-rogatória, momento em que podem ser encontradas as dificuldades relativas à inexistência de bens do executado, ausência de interessados na aquisição do bem penhorado, etc.

A execução por quantia certa possui o seu procedimento - e os meios executivos - regulado pela lei de forma pormenorizada sendo, por conseguinte, a expropriação o meio executivo preferencial para a tutela dos direitos do credor. Além do mais, há outros mecanismos previstos em lei que são aplicadas à execução por quantia certa, como i) protesto da decisão judicial transitada em julgado (art. 517, do CPC); ii) inclusão do nome do executado nos cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º, do CPC); iii) prisão civil, em se tratando de execução de alimentos. Dessa forma, diante da previsão típica dos meios

⁶⁶⁵ “[...] nessa modalidade de obrigação, a técnica sub-rogatória não suscita maiores problemas, do ponto de vista estritamente processual, em se tratando de entrega de bens imóveis. Já no tocante aos bens móveis, a tutela executiva de obrigações de entrega de coisa através de simples medida sub-rogatória de desapossamento pode encontrar sérios obstáculos na dificuldade de localizar tais bens. É, portanto, aqui que se abre terreno para uma aplicação do direito fundamental à tutela executiva, sobretudo para defender o uso, também aqui, de medidas coercitivas, como a multa diária, como tentativa de superar a *insuficiência* do meio sub-rogatório, em tais circunstâncias.” GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos...*, cit., p. 170. Ressalte-se que o art. 52, V, da Lei 9.099/95 já expressamente previa a possibilidade do Magistrado se valer da fixação de multa diária na execução para entrega de coisa, o que depois passou a ser estendido, no âmbito do CPC/73, por meio do art. 461-A, § 6º e 461, § 5º.

⁶⁶⁶ TALAMINI, Poder..., cit.

executivos aplicáveis à execução por quantia certa, as medidas atípicas são subsidiárias, quando ineficaz a utilização das medidas típicas.

No que diz respeito, especificamente, à execução de pagar quantia, alguns aspectos não podem ser negligenciados: i) a ausência de bens do executado, que levará ou à suspensão da execução (art. 921, III, do CPC), ou à decretação de sua insolvência⁶⁶⁷; ii) a ausência de patrimônio para fazer frente, por exemplo, à incidência de multa pelo inadimplemento - o que somente agravaria a condição do executado, porque não tendo condições de quitar o principal, não teria como fazer frente ao pagamento da multa que decorreria do inadimplemento; e iii) a impossibilidade da prisão civil como decorrência do inadimplemento, o que somente é permitido no caso de obrigação de alimentos - muitos sustentando que somente seria possível no caso de obrigação de alimentos que decorra do poder familiar -, excepcionalmente, pois somente as três últimas prestações que se vencerem antes do ajuizamento da demanda executiva e as que se vencerem no curso da execução autorizam o uso do rito da prisão.

Essas perspectivas acabam por tangenciar a forma como tais medidas executivas poderão ser aplicadas pelo magistrado, de modo a não trazer um gravame maior ao executado. De qualquer forma, também em relação à execução por quantia certa contra devedor solvente, a aplicação de medidas executivas atípicas deve ser subsidiária, adotando-se, primeiramente, aquelas que estão previstas em lei⁶⁶⁸. Há, porém, uma exceção: no caso da execução de alimentos pelo rito da prisão civil do executado, medida restritiva de liberdade, a aplicação de outras medidas atípicas, como a apreensão do passaporte ou da Carteira Nacional de Habilitação acaba sendo menos gravosa que a medida típica⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ “Assim, nas obrigações de pagar, se porventura há demonstração da real impossibilidade financeira da parte-obrigada, seria inócua, e daí um constrangimento inútil e desnecessário, a imposição de medidas atípicas para forçar o cumprimento.” RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 722.

⁶⁶⁸ “Note-se que o Código de Processo Civil de 2015 cuidou de maneira detalhada de todo o procedimento para satisfação das obrigações de pagar quantia certa, seja ele decorrente de um título judicial ou extrajudicial, prevendo, pois, um procedimento típico, padrão, que vai desde a citação/intimação para pagamento, seguindo-se com o início do procedimento expropriatório até a satisfação do credor.

Logo, o que se verifica é que tanto o código antigo quanto o atual partem da ideia de que a execução da obrigação de pagar quantia certa deve seguir o rito previsto em lei, ou seja, deve utilizar, a princípio, os meios típicos para satisfação da dívida, consistente, pois, na expropriação de bens. Tanto é verdade que o código antigo sequer previa a possibilidade de utilização de medidas inominadas, de modo que não é porque o código novo trouxe esta inovação que se irá ignorar a tipicidade dos meios executivos previstos para as obrigações de pagar quantia certa.” CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização de medidas inominadas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 247.

⁶⁶⁹ A respeito: “Tanto nossa Constituição Federal (§1º, do art. 100) quanto nossa jurisprudência são claras ao definir os alimentos legítimos, indenizatórios e a verba sucumbencial e contratual como *créditos privilegiados*, devendo, portanto, ter tratamento diferenciado da execução das demais verbas. É como se houvesse um dever

A aplicação dessas medidas executivas atípicas pressupõe que elas observem o postulado da proporcionalidade. A proporcionalidade deve ser analisada considerando três perspectivas: i) a da adequação; ii) da necessidade e iii) da proporcionalidade em sentido estrito⁶⁷⁰. Assim, a medida a ser adotada pelo juiz para compelir ao cumprimento da obrigação deve ser adequada com a finalidade que se objetiva. Ou seja, a medida aplicada deve levar o executado ao cumprimento da obrigação. Já a necessidade se traduz em uma limitação ao exercício do poder do magistrado, relacionado com a incidência do princípio da menor onerosidade, previsto no art. 805, do CPC, pelo qual a medida imposta não pode impor um elevado sacrifício ao devedor. Por fim, deve-se verificar se os interesses envolvidos na execução e a medida aplicada no caso concreto respondem aos interesses do credor mas sem causar indevidas restrições aos direitos fundamentais do executado, de forma que os benefícios proporcionados em termos de satisfação da obrigação sejam superiores que o encargo imposto à outra parte.

A análise da proporcionalidade da medida atípica sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto; em processo que foi determinada a apreensão do passaporte, habilitação e cancelamento dos cartões de crédito, a análise das circunstâncias específicas do caso, independentemente do acerto da decisão, é relevante para justificar a utilização das medidas: a execução já se arrastava por alguns anos sem que tenha se encontrado qualquer bem em nome do executado, nem mesmo tenha ele tentado adimplir com a obrigação pactuada, oferecendo alguma outra forma de pagamento. Ao mesmo tempo, o devedor possuía um alto padrão de vida e emprego fixo, não sendo crível imaginar que não possui condições para adimplir a

especial de *turbinar* a execução de tais verbas *preferenciais*, razão pela qual se defende a utilização das medidas *atípicas* de forma *ordinária*, e não *subsidiária*, inclusive, cumuladas (*solidárias*) com outras medidas tipicamente previstas na legislação, ampliando assim, a possibilidade de satisfação do crédito adimplido.” PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial e contratual, sob a perspectiva da atividade dos meios executivos (art. 139, inciso IV - CPC/2015) - uma proposta de sistematização. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 301-302. No mesmo sentido, CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinícius Caldas da Gama e, cit., p. 259-260.

⁶⁷⁰ "Hay que dejar claro, por tanto, que la preferencia por cierto medio ejecutivo o modalidad de hacer no constituye mera opción, sino que es el resultado de la aplicación de las sub-reglas de la proporcionalidad, que pueden ser: i) adecuación, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto. *Adecuación* es, en términos reducidos, la *legitimidad* del medio pensado para alcanzar la tutela. *La necesidad* se desdobra en las ideas de *medio idóneo* y de *la menor restricción posible*. El medio idóneo se imagina en términos de *eficacia*, pues es aquel que posee la capacidad de proporcionar *concretamente* la tutela. Sin embargo, ese medio idóneo debe ser aquel que cause la *menor restricción posible* a la esfera jurídica del reo. En ese caso, o sea, cuando el medio es *idóneo* al pretendido por el actor y, al mismo tiempo, configura la *menor restricción posible*, constituirá el medio *más idóneo*, personificando la idea de *medio más suave*, que es justamente aquel que debe ser usado para darle tutela al derecho del actor.” MARINONI, Luiz Guilherme. La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño. Disponible em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-LA-RUPTURA-DEL-Principio-DE-TIPICIDAD-DE-LOS-MEDIOS-EJECUTIVOS-EN-EL-DERECHO-BRASILEÑO.pdf>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

obrigação⁶⁷¹. No caso concreto, talvez se pudesse considerar justificada a aplicação das medidas atípicas.

A fundamentação da decisão judicial para a aplicação da medida atípica exerce, portanto, um papel fundamental: de controle das razões que levaram o magistrado a aplicar aquela medida, bem como permitir a análise do critério de proporcionalidade. Além do mais, não tendo previsão em lei, a única forma de controle da medida aplicada, inclusive por se tratar de uma cláusula geral, é por meio da fundamentação da decisão.

Um outro ponto na aplicação das medidas atípicas diz respeito à possibilidade do juiz agir de ofício, ou seja, independentemente da provocação da parte exequente. Via de regra, a aplicação das medidas executivas atípicas pode ser determinada de ofício pelo magistrado, salvo nos casos em que a lei exige o requerimento do exequente para a prática de algumas medidas executivas, de modo que não podem ser tais medidas concedidas de ofício como se fossem medidas atípicas. Um exemplo nesse sentido é a prisão civil do devedor de alimentos, que depende de requerimento do exequente. Embora não esteja expressamente previsto no texto legal (art. 528, do CPC), mas diante das consequências gravosas, podendo o exequente responder por eventuais prejuízos causados ao executado (art. 776, do CPC), é recomendável que o juiz não aja de ofício, nesse caso.

⁶⁷¹ Essa a explicação da Magistrada, no ofício em que prestou informações ao TJ-SP, acerca da aplicação das referidas medidas: "Feita a citação, o devedor constituiu advogado e apresentou defesa. Porém, nada pagou. Vive em imóvel de alto padrão, situado no bairro de elite de Alto de Pinheiros, muito próximo ao Colégio Santa Cruz (região nobre da cidade, com o metro quadrado muito valorizado). É notório que um imóvel como aquele em que vive o autor tem valor de condomínio altíssimo. O executado, ainda, tem trabalho fixo nas empresas de seu pai. Aliás, com o falecimento dos pais, o autor tornou-se proprietário de oito empresas, com seus dois irmãos, dentre elas imobiliárias e empresas de veículos e peças. Não obstante, o executado não tem nenhum dinheiro em suas contas bancárias, não tem carros em seu nome (além dos carros antigos e com restrição judicial em razão de outros processos), não indica qualquer patrimônio capaz de quitar sua dívida. Como é possível que o devedor viva em tão alto padrão, tenha emprego fixo, tenha empresas, ostente um alto padrão de vida e não tenha nenhum centavo em suas contas? Por que razão o devedor só teria em seu nome veículos antigos, que teriam restrição? Será que nenhum veículo teria sido adquirido após 1996? Ou teriam sido adquiridos no nome de terceiros, empresas ou pessoas físicas? Por onde o executado movimenta seu dinheiro? Como paga e mantém seu alto custo de vida? É certo que o devedor tem inúmeras dívidas, não apenas nesse processo. Porém, chama atenção o fato que, depois de determinada data, não obstante o estilo de vida do devedor, este não tenha nenhum patrimônio e nem mesmo conta bancária com saldo positivo em seu nome. Tem apenas dívidas em seu nome. Dívidas que se recusa solver. Há uma evidente incongruência que sugere que o devedor não está insolvente, mas apenas manobrando seu patrimônio de forma a evitar o pagamento das dívidas que é responsável. [...] Portanto, o quadro delineado indica que o executado é devedor contumaz e não quer pagar suas dívidas não por ausência de possibilidade, já que seu padrão de vida elevado indica possibilidade. Na verdade, o devedor não quer pagar. Assim, resta evidente que os bens do devedor foram deliberadamente ocultados para evitar a execução. Foram esgotadas todas as tentativas de penhora de bens. Foram realizadas todas as pesquisas, expedidos ofícios, realizada tentativa de penhora *on line*. As medidas patrimoniais restaram esgotadas e frustradas e o devedor sequer faz proposta para pagamento da dívida." HC 218371-85.2016.8.26.0000. Ofício n. 220/16-MOR. Juíza Andrea Ferraz Musa. 16 de setembro de 2016.

6.4 Medidas atípicas na doutrina e na jurisprudência: uma breve síntese

A doutrina e os Tribunais pátrios já tem exercido o papel de definir limites no controle das medidas atípicas. As decisões, na maioria das vezes, cotejam a medida aplicada com a restrição ao direito de circulação ou liberdade e a responsabilidade patrimonial. Ou seja, até que ponto é lícito limitar o direito de ir e vir, impondo contenções (como proibição de frequentar determinados locais, ir a shows, festas, viagens, etc.) a esse direito?

i) Apreensão do passaporte

É uma das medidas que já foram utilizadas na prática, especialmente no caso do chamado “devedor ostentação”, considerado aquele que, na execução, não cumpre com a obrigação e nem se torna possível encontrar bens penhoráveis em seu nome, mas na realidade se sabe que mora em um bom local, utiliza roupa luxuosas, dirige carros caros, frequenta restaurantes consagrados, faz viagens ao exterior, etc. Normalmente, são pessoas com boas condições financeiras mas que não possuem bens em seu nome, mas de terceiros, ou “laranjas”, não correndo o “risco” de ter seus bens penhorados, mas também não honrando com obrigações já assumidas anteriormente⁶⁷².

Tal medida não tem sido aceita por muitos Tribunais pois implicaria em uma restrição desproporcional a um direito fundamental de ir e vir, não podendo ser aplicada sem previsão legal. Além disso, embora seja uma medida cautelar frequentemente aplicada no processo penal, já que a apreensão do passaporte seria menos gravosa que a decretação da prisão cautelar, sustenta-se que o processo civil não tem por objetivo a aplicação de uma pena restritiva de liberdade.

Entende-se, porém, que tal medida poderia ser aplicável ao chamado “devedor ostentação”, porque não se revela possível que o mesmo siga não adimplindo a obrigação anteriormente pactuada mas viajando para o exterior sem honrar seus compromissos financeiros. A restrição à realização de viagens internacionais com o objetivo de compelir ao

⁶⁷² Na explicação de Thiago Rodovalho: “[...] aquele que deve, não nega - até porque não pode (há coisa julgada contra ele) e também porque *não precisa* (o sistema no mais das vezes ineficiente o protege) -, mas *não paga*, o que não o impede de levar uma vida de luxo, incompatível com sua situação de suposta falta de bens, dirigindo bons carros, não raramente importados, jantando em bons e caros restaurantes, viajando ao exterior etc., enquanto o credor pena com a falta de bens penhoráveis (por vezes ocultados em estruturas complexas como o *Trust* ou mesmo em nome de terceiros, os “laranjas”, nem sempre alcançados pelos meios executivos típicos, como multas, desconsideração da personalidade jurídica, fraude, v.g.), o que, infelizmente, ainda é comum em nosso país, em que ainda impera a denominada *cultura das transgressões*.” RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 723.

cumprimento de uma obrigação pode atingir a finalidade pretendida sem que a restrição seja considerada desproporcional. É claro que, mesmo se admitida essa medida atípica, temperamentos deveriam ser considerados: se há uma viagem a trabalho, ou suportada por terceiro, não há qualquer justificativa para impedi-la de ser realizada, devendo, nesse caso, a ordem não pode ser aplicada.

ii) suspensão da Carteira Nacional de Habilitação

Essa medida também foi pensada com o intuito de inviabilizar que o devedor desidioso possa dirigir veículo automotor. Contesta-se sua aplicação ao argumento de que a suspensão do direito de dirigir somente pode ocorrer após procedimento administrativo em que se respeite o devido processo legal ou por consequência de um processo criminal em que esteja cominada essa pena. Destarte, não seria viável, para alguns, permitir que a restrição a esse direito ocorresse ao arrepio das hipóteses legais⁶⁷³.

Há, porém, quem entenda que essa medida não viola direito fundamental do executado. São argumentos em favor dessa medida: i) não haveria violação ao direito de ir e vir pois o executado segue podendo fazê-lo por outros meios, seja a pé, de carona ou pelo transporte público; ii) direito de dirigir um veículo propriamente enquadrável na categoria de *direito da personalidade*, entendido como um valor fundamental que compõe o próprio ser humano; e iii) seria um estímulo para a utilização do sistema público de transportes, o que teria um impacto positivo em relação ao meio ambiente. Seria o mesmo que dizer que aqueles que não possuem habilitação para dirigir estão privados do seu direito de ir e vir, o que naturalmente não é verdade⁶⁷⁴.

De qualquer maneira, nos casos em que a necessidade da CNH ocorre por motivos profissionais, como motoristas de taxi, aplicativos de transporte ou caminhoneiros, a suspensão da CNH implica em violação desproporcional, implicando na dificuldade, inclusive, de trabalhar e conseguir cumprir com a obrigação pactuada, de modo que não seria adequada a sua aplicação nessa hipótese.

iii) bloqueio ou cancelamento dos cartões de crédito do executado

⁶⁷³ CARREIRA; ABREU, cit., p. 259.

⁶⁷⁴ “Da mesma forma, não compreendo como ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana a suspensão da CNH do executado, porque esse caso nem mesmo o direito de ir e vir estará sendo limitado, já que tal medida não impede que o executado continue a ir aos exatos mesmos lugares que ia antes de sua adoção. Passará a ir andando, de bicicleta, de carona, de trem, metrô, ônibus, van etc. Mais uma vez, em especial para devedores acostumados a se deslocar no conforto do automóvel, a adoção da medida causará incomodo, mas daí a afirmar que viola sua dignidade seria afirmar que a maioria da população brasileira, que se locomove por outros meios que não o veículo automotor, tem diariamente a sua dignidade violada.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XVII. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 35-36.

Medida que busca restringir o acesso ao crédito, o bloqueio dos cartões tem sido utilizado também como medida executiva atípica de modo a levar o executado a cumprir com a sua obrigação. Alguns questionamentos podem ser feitos acerca da aplicação dessa medida: seria ela adequada, ou seja, eficaz para atingir o fim a que se destina? Existem gastos elevados e desproporcionais, com bens ou atividades supérfluas, que justificariam o cancelamento do cartão de crédito? O cancelamento desse meio de pagamento impediria que o executado se mantivesse inadimplente, sem se utilizar de outros mecanismos? Além disso, para devedores em dificuldades financeiras, o cartão de crédito permite que sejam adquiridos bens essenciais - alimentos, medicamentos, etc., e o cancelamento desse instrumento de crédito pode causar problemas graves na vida do executado⁶⁷⁵. Ademais, outra questão que pode emergir diz respeito à relação jurídica que é estabelecida entre o executado e a administradora do cartão de crédito, a qual terá que cumprir a decisão judicial mas não faz parte na relação jurídica processual, sendo que normalmente tal produto possui outros aspectos a ele agregado (pontuação milhagem, compras parceladas, etc.) que terão que ser (re)compostas entre o devedor e a administradora de cartão de crédito.

A medida já foi considerada inadequada pelos Tribunais Pátrios por, basicamente, violar o princípio da dignidade da pessoa humana ao impor uma restrição desproporcional ao direito de crédito do executado⁶⁷⁶.

Porém, também há quem entenda que não haveria violação a qualquer direito fundamental do executado caso o Poder Judiciário determinasse o cancelamento do cartão de crédito, pois se a própria administradora do cartão de crédito, em uma análise de risco, pode cancelar o produto, não haveria óbice que tal também pude ser feito pelo magistrado em face

⁶⁷⁵ A respeito, alerta a doutrina: “Ademais, é da realidade de parte significativa das pessoas de classe média e média-baixa brasileiras utilizarem o cartão de crédito para pagarem parte das suas despesas ordinárias (v.g. compras de supermercado, remédios etc.). Por isso, privá-las desse recurso creditício pode onerar demasiadamente a ordenação básica de suas vidas, *não produzindo qualquer resultado útil para a execução e, pior, grande ainda mais problemas de inadimplência, ou seja, ao invés de resolver um problema, criam-se outros*. Isso pode até ser sintoma de daninha falta de educação financeira - para além da própria escassez de renda -, mas é dado da realidade que não pode ser ignorado ou minimizado.” SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Behron. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 712.

⁶⁷⁶ Nesse sentido: “[...] Não pode ser discutida no agravo matéria já decidida e não recorrida, quanto à qual operou a preclusão. O magistrado pode determinar as medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive na execução. Em preservação da dignidade da pessoa humana e por não ter sido demonstrada a utilidade para execução, deve ser negado o pedido de cancelamento do cartão de crédito do devedor. Recurso de que se conhece em parte, desprovido.” TJMG - AI 0900803-62.2016.8.13.0000 - Rel. Des. Amorim Siqueira - 9ª Câmara Cível - j. em 17.10.2017 - DJ 25.10.2017.

do devedor desidioso que, a despeito de não possuir bens penhoráveis, vivesse uma vida luxuosa⁶⁷⁷.

iv) suspensão do CPF ou do CNPJ

A suspensão do CPF ou do CNPJ acaba trazendo uma série de transtornos para os seus titulares, de modo que pode se tornar desproporcional a aplicação dessa medida à luz do caso concreto. Sem CPF não pode a pessoa natural exercer determinadas atividades, como prestar concurso público, contrair empréstimos, receber seguro desemprego, etc., podendo ficar alijada do tráfego jurídico regular. Da mesma forma, a pessoa jurídica, que tem o seu CNPJ suspenso, não pode exercer as suas atividades normalmente, nem mesmo emitir uma nota fiscal.⁶⁷⁸ Essas medidas, assim, além de não auxiliarem diretamente no cumprimento das obrigações pode, indiretamente, torná-lo mais oneroso ou inviabilizá-lo.

Assim considerado, por inviabilizar o exercício de atividades regulares das pessoas envolvidas, tais medidas devem ser consideradas, a priori, desproporcionais.

v) bloqueio da página na internet

Outra medida que poderia ser aplicada é o bloqueio da página na internet que, a depender da atividade desempenhada pelo executado, pode trazer sérios transtornos na manutenção dos seus negócios. Assim, se for relacionado com a prestação de um serviço público ou exerça atividades relativas a, por exemplo, vendas online, o bloqueio da página pode inviabilizar os negócios, devendo ser evitada.

vi) interrupção do serviço

A interrupção do serviço prestado já foi uma medida aplicada, especialmente relacionado ao processo penal, como medida coercitiva para determinar o cumprimento de uma decisão judicial em que o juízo pretendia obter dados veiculados por meio do aplicativo “Whatsapp”. Diante do não cumprimento da decisão, foi determinado o bloqueio do aplicativo, o que acabou prejudicando milhares de usuários que não tinham qualquer relação com a demanda em que se originou a decisão, afetando-os. Tal medida foi claramente

⁶⁷⁷ A respeito: “[...] ser *titular de um cartão de crédito* pressupõe ter *crédito*, o que é analisado e concedido por instituições financeiras; mais do que isso, se, porventura, passando por dificuldades financeiras, a pessoa deixa de honrar com pagamentos, a mesma instituição financeira concedente do cartão de crédito pode, *sponte propria*, cancelá-lo ou recusar-lhe a concessão. Ora, parece-me contraditório que instituições financeiras, para sua proteção patrimonial, possam ferir esse suposto “direito fundamental” ou esse suposto “direito da personalidade”, mas não possa o Poder Judiciário igualmente fazê-lo contra aquele devedor moroso que, instado ao pagamento, e frustradas todas as tentativas de constrição patrimonial, leva vida luxuosa, valendo-se de cartões de crédito, que prescindem de dinheiro em conta, é dizer, podem justamente funcionar como forma de ocultar renda e patrimônio.” RODOVALHO, cit., p. 728.

⁶⁷⁸ CARREIRA; ABREU, cit., p. 263.

considerada desproporcional, porque para obter o cumprimento da obrigação, milhares de pessoas foram afetadas sem qualquer relação com a situação originária.

vii) privação do sono, alimentos, fornecimento de água e energia elétrica

A medida de privação do sono foi aplicada em um caso concreto em que o juiz autorizou a utilização da técnica de privação para que os estudantes que tinham ocupado a escola se retirassem do local.

Na decisão, o magistrado determinou: a) a utilização de instrumentos sonoros contínuos, com o objetivo de privar o período de sono; b) a proibição de acesso de terceiros, em especial parentes e conhecidos dos ocupantes; c) a suspensão do fornecimento de água, energia e gás; d) o impedimento ao ingresso de alimentos⁶⁷⁹.

As medidas, sem dúvidas, foram bastante drásticas e, em alguns casos, se aproximam da prática do crime de tortura (art. 5º, XLIII, CRFB). De fato, o Protocolo de Istambul estabelece como medidas que configura prática de tortura "restrições ao sono, alimentos, água [...] contatos sociais", etc. Nesse ponto, a decisão foi claramente desarrazoada, pois chancelou uma prática criminosa e ilícita, - tortura - o que, obviamente, não pode ser utilizada como medida executiva atípica. Como explicam Fredie Didier et al., "não se permite a adoção de uma medida executiva que seja, ela mesma, um ato ilícito."⁶⁸⁰

Nessa mesma esteira, se encontra a decisão que determinou a interrupção do fornecimento de energia elétrica do prédio da Secretaria de Administração, responsável pela contratado de pessoal da Administração Pública, com o objetivo de forçar a nomeação de uma candidata aprovada em concurso público. Nessa perspectiva, também faltou proporcionalidade à medida aplicada, já que o não fornecimento de energia elétrica levaria à paralisação dos serviços públicos prestados naquele local, em prejuízo à população que não tem qualquer relação com o descumprimento da obrigação pela Administração Pública. No caso concreto, porém, a medida acabou sendo eficaz, pois houve o cumprimento da decisão⁶⁸¹.

viii) medidas indutivas por meio de concessão de benefícios ao executado

Em relação às medidas de incentivo para o cumprimento das obrigações, também chamadas de sanções premiais, existe um limite na sua aplicação que é o próprio enquadramento legal. Isso porque as medidas indutivas que estão previstas na lei pressupõem

⁶⁷⁹ Veja-se a decisão em <http://www.justificando.com/2016/11/01/juiz-autoriza-tortura-para-desocupacao-de-colegio-no-distrito-federal/>, acesso em 14 de fevereiro de 2019.

⁶⁸⁰ DIDIER JR., Fredie et al., Diretrizes, cit.

⁶⁸¹ Notícia extraída de <https://www.conjur.com.br/2016-out-08/juiz-manda-cortar-energia-forcar-estado-nomear-aprovada>, acesso em 14 de fevereiro de 2019.

um prévio juízo de ponderação por parte do legislador, sendo que os *players* envolvidos naquela relação jurídica processual já sabem, de antemão, quais as medidas de incentivo estabelecidas pelo legislador.

Exemplos de sanções premiais podem ser encontradas no art. 701, § 1º, do CPC e no art. 827, § 1º, do CPC, havendo a redução ou isenção do pagamento de custas ou honorários advocatícios.

A grande questão em relação às medidas de incentivo é que ao magistrado não é dado abrir concessões em relação ao crédito do exequente por não ser direito dele, mas sim do exequente. Por tal motivo, não é possível que o juiz conceda um desconto no valor do crédito ou aceite o pagamento parcelado além da hipótese legal do art. 916, do CPC, a não ser que haja concordância do exequente, por meio de convenção processual⁶⁸². Assim como não é viável ao magistrado isentar as custas processuais além das hipóteses previstas em lei⁶⁸³.

ix) multa na execução por quantia certa

No cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa, a lei estabelece uma multa caso o executado, intimado/citado para o pagamento, não o faça no prazo de 15 (quinze) dias. Tal multa, que é fixa em 10% do valor da dívida atualizada e incide, automaticamente, uma única vez, reverte em benefício do exequente e teria um caráter punitivo⁶⁸⁴, de penalizar o executado pelo não cumprimento da obrigação. Trata-se, assim, de

⁶⁸² Nesse sentido, esclarece Eduardo Talamini: "O grande problema da medida de indução positiva atípica é definir qual benefício pode ser ofertado a uma parte sem que isso represente uma supressão de direito da parte adversária. O juiz não pode "fazer cortesia com o chapéu alheio". Não lhe é dado dispor de uma parte do direito do credor nem mesmo sob a perspectiva de que assim incentivará o cumprimento da parcela restante. Por exemplo, o juiz não pode ofertar ao executado um desconto no crédito exequendo em caso de pronto pagamento. Não pode, sem a concordância do credor, conceder ao devedor um parcelamento fora das hipóteses legalmente autorizadas – e assim por diante. Nos exemplos antes mencionados, o benefício é previamente estabelecido em lei – e recai em regra sobre uma obrigação constituída no processo e que, portanto, pode ser modelada e remodelada pelas regras processuais (custas, honorários...). Na hipótese do parcelamento previsto no art. 916 do CPC, o ônus da vantagem concedida ao devedor é, em tese, "arcado" pelo credor (que se submete à suspensão da execução e ao diferimento do pagamento independentemente de sua vontade). Mas os termos e condições estabelecidos pela lei nessa hipótese (depósito inicial mínimo de 30% do crédito; parcelamento curto do saldo, de no máximo seis parcelas mensais; imposição de renúncia de embargos; multa, vencimento antecipado e retomada da execução em caso de inadimplemento de qualquer parcela...) evidenciam não haver em termos concretos prejuízo ao credor, que muito dificilmente conseguiria transformar bens do devedor em dinheiro nesse curto período." TALAMINI, Poder geral..., cit.

⁶⁸³ "Como as medidas indutivas são premiais, elas não podem ser atípicas, uma vez que a vantagem garantida à parte não pode diminuir o valor ou a qualidade da prestação a que está sujeito, já que isso depende da anuência da parte contrária, nem pode garantir a isenção de custas sem autorização legislativa." CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e, cit., p. 243; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 314.

⁶⁸⁴ A questão não é pacífica na doutrina. Entendem, por exemplo, ter caráter punitivo a referida multa: DIDIER JR., Fredie et al., *Diretrizes...*, cit.; CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e, cit., p.

uma pena processual diante do não pagamento espontâneo do devedor no prazo estabelecido para o pagamento.

Por conseguinte, em se tratando de cumprimento de sentença, entende-se que não seria possível ao juiz aplicar, como medida atípica, a multa coercitiva para o cumprimento da obrigação, diante do seu caráter punitivo, o que caracterizaria uma dupla punição (*bis in idem*), esbarrando no princípio da proibição do excesso⁶⁸⁵.

O fato de ter a multa um caráter punitivo impediria a sua aplicação, também, em relação à execução por quantia certa contra devedor solvente (fundado em título executivo extrajudicial), sendo certo que provavelmente haverá a previsão de uma multa contratual, estabelecida por meio de uma convenção processual, incidente no caso de inadimplemento da obrigação.

Sobre o tema esclarecem Fredie Didier Jr. et al:

Ou seja, na execução das obrigações pecuniárias, a multa, por ter caráter punitivo - ou também punitivo -, já está prevista especificamente no art. 523, § 1º, do CPC, sem falar na possibilidade de estar prevista em outros dispositivos legais (por exemplo, multa por inadimplemento de tributos) ou negociais (por exemplo, multa contratual). Há ainda os juros moratórios, devidos pelo sujeito em mora (art. 395, Código Civil), independentemente de prejuízo do credor (art. 407, Código Civil). Note que, na execução de título extrajudicial, a multa pelo inadimplemento muito provavelmente advirá do próprio negócio jurídico conteúdo do título ou decorrerá da lei, como no caso da execução fiscal.⁶⁸⁶

Não parece, porém, correto entender que a incidência de juros moratórios ou correção monetária implica em uma punição ao devedor. Trata-se, em verdade, de um mecanismo de recomposição do valor da moeda, incidente como consectário do inadimplemento a que o devedor, caso incida, estará adstrito por força de lei ou, eventualmente, de cláusula contratual a respeito (a qual não poderá, todavia, exceder os limites legais).

Da mesma forma, em relação à execução de título extrajudicial, caso não haja estipulação de incidência de cláusula penal moratória, o juiz poderia aplicar, como medida

266; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução...*, cit., p. 301. Entendendo ter somente caráter coercitivo SOUZA, Artur César de Souza; FERNANDES, Og. *Execução...*, cit., p. 762.

⁶⁸⁵ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e, cit., p. 267. DIDIER JR., Fredie et al. Diretrizes..., cit. Em sentido contrário: “Entendo que o inciso IV do art. 139 do CPC seja plenamente capaz de afastar essa resistência jurisprudencial, de forma a ter sido criado o ambiente legislativo propício para a aplicação de *astreintes* nas execuções que tenham como objeto obrigação de pagar quantia. Afinal, costa expressamente do dispositivo legal que a aplicação das medidas coercitivas - dentre outras - se aplica às ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XVII. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 28-29

⁶⁸⁶ DIDIER JR., Fredie et al. Diretrizes..., cit.. Não é outro o entendimento do STJ: AgInt no REsp 1728047 - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - 2ª Turma do STJ - j. em 16.08.2018 - DJe 21.08.2018; AgInt no REsp 1324029 - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - 3ª Turma do STJ - j. em 16.06.2016 - DJe 29.06.2016.

executiva atípica, multa coercitiva, desde que esse mecanismo se mostre eficaz ao cumprimento da obrigação - ou seja, nos casos do “devedor ostentação”, não devendo ser utilizado quando o devedor de fato não possui condições para o cumprimento da obrigação, pois tal circunstância somente agravaria o quadro financeiro do executado.

Não obstante essas conclusões, é possível que a multa seja aplicada para o cumprimento de deveres acessórios, a cargo de qualquer das partes - normalmente do executado - ou, eventualmente, de terceiro. Assim, a ordem para indicar bens penhoráveis, exibir documento ou coisa - como a certidão negativa de ônus do imóvel -, incluir o executado na folha de pagamento pode vir acompanhada da imposição de multa coercitiva⁶⁸⁷.

Isso ocorre porque tais providências não dizem respeito à obrigação de pagar quantia, mas de deveres anexos e correspondem a uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, podendo ser aplicada diretamente⁶⁸⁸, e não apenas subsidiariamente, como ocorre em relação à execução pecuniária.

x) Restrição para utilização, pelo condômino inadimplente, das áreas comuns

No caso de condomínio edilício, caracterizado pela existência de áreas de uso comum a todos os condôminos e áreas particulares de uso exclusivo do condômino proprietário da referida unidade, os condôminos devem contribuir para a manutenção das áreas comuns (hall de entrada, escadas, elevadores, etc.), o que é feito por meio de rateio (proporcional), devendo, mensalmente, ser paga a cota condominial. O inadimplemento da cota permite que o condomínio, credor, ajuíze, desde logo, como já visto anteriormente, uma ação de execução de pagar quantia certa.

Essa execução possui algumas peculiaridades em relação às regras de impenhorabilidade de bens do executado. De acordo com o art. 3º, IV, da Lei 8.009/90, é possível a penhora da unidade imobiliária pelo inadimplemento da cota condominial, pois se trata de contribuição devida em razão da existência do imóvel familiar, o que configura uma exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família. Ou seja, nessa execução é possível a penhora do imóvel familiar diante do inadimplemento do rateio que os condôminos devem participar na manutenção das áreas comuns.

⁶⁸⁷ DIDIER JR., Fredie et al. *Diretrizes...*, cit.

⁶⁸⁸ Exceção, talvez, em relação à obrigação para entrega de coisa, em que pode ser utilizada alguma outra medida mais eficaz, de natureza sub-rogatória (como a ordem de busca e apreensão, quando sabido onde se encontra a coisa).

Considerando, desde já, essa peculiaridade, seria possível aplicar, como medida executiva atípica, a proibição de utilização, por parte do condômino inadimplente (e seus familiares), das áreas comuns do condomínio?

Essa medida iria de encontro ao postulado da proporcionalidade, na medida em que o direito de utilizar as áreas comuns do condomínio decorre do direito de propriedade, sendo, em verdade, uma forma vexatória de exigir o adimplemento das obrigações que possuem um rito apropriado para tanto. O rito é, ainda, potencializado por dois aspectos, já mencionados: i) é possível, desde logo, o ajuizamento de uma ação de execução baseada em título executivo extrajudicial (art. 784, X, do CPC); e ii) a penhora do imóvel é autorizada pela lei. Paralelamente a isso permitir a proibição de acesso às áreas comuns implicaria em uma limitação indevida ao direito de propriedade.

Dessa forma, esse tipo de medida atípica não poderia ser adotado pelo magistrado. O STJ, inclusive, já decidiu que cláusula nesse sentido, incluída na convenção de condomínio, não é válida, por violar o direito de propriedade - e impor restrição desproporcional a este direito - bem como impor uma situação vexatória ao devedor e sua família⁶⁸⁹.

xi) intervenção judicial na empresa

Trata-se de medida que busca assegurar o cumprimento de decisões, permitindo o afastamento dos dirigentes da empresa para que a decisão seja cumprida. Assim, um terceiro, nomeado pelo magistrado, na condição de *longa manus* do órgão jurisdicional, terá a função de realizar a conduta que deveria ter sido praticada pelo executado. As suas atividades podem ter natureza variada, desde a efetiva substituição da pessoa do executado, até simplesmente a verificação de que a decisão judicial vem sendo cumprida⁶⁹⁰.

É considerada uma medida sub-rogatória atípica, embora esteja prevista em alguns diplomas normativos, como a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011), que expressamente prevê o procedimento em caso de intervenção judicial (art. 102 e segs.), na Lei de Falências (Lei 11.101/2005), nas normas relativas à liquidação extrajudicial de instituições financeiras (Lei 6.024/74) e nas normas societárias que disciplinam a dissolução parcial da sociedade limitada (art. 1.037, parágrafo único, do CC).

Aponta-se, também, um caráter coercitivo à medida, pois o executado possui duas opções: i) resistir à ordem judicial e se ver aliado, mesmo que parcialmente, dos poderes de administração, tendo acesso a informações relevantes (por vezes sigilosa) e arriscando-se a ter

⁶⁸⁹ REsp 1564030/MG - Rel. Min. Marco Aurélio Belizze - 3ª Turma do STJ - j. em 09.08.2016 - DJe 19.08.16.

⁶⁹⁰ PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana Drimel. A intervenção judicial como técnica adequada à efetividade dos provimentos judiciais. *Revista de Processo*, vol. 229, p. 283-303, mar, 2014, versão eletrônica.

o bem gerido por outra pessoa que não necessariamente possui a mesma perícia que o proprietário; ii) cumprir a decisão judicial⁶⁹¹.

É possível identificar variações na intervenção judicial, que podem ser aplicadas à luz do caso concreto, de modo que a intervenção pode ser classificada em: a) intervenção fiscalizatória; b) intervenção co-gestora; e c) intervenção expropriatória ou substitutiva.

No primeiro caso, o administrador original não é destituído de suas atribuições e o interventor terá a função de fiscalizar o cumprimento da decisão judicial. Assim, por exemplo, se foi determinada a realização de uma obra com o fim de evitar uma infiltração, o interventor pode verificar se está sendo realizada e informar, pormenorizadamente, ao juízo, o que tem sido feito pelo executado para que a obrigação seja efetivamente cumprida.

O segundo grupo já se refere àqueles casos em que o administrador originário perde algumas de suas atribuições, embora siga a frente da empresa, que são transferidas para o interventor judicial. Esse, então, deve realizar as tarefas necessária para o cumprimento da decisão judicial. Um exemplo, citado por Sérgio Cruz Arenhart, é a necessidade de instalar um filtro contra a poluição e, diante da resistência do administrado da empresa em cumprir a decisão, pode o magistrado nomear o interventor que será o responsável por realizar somente a obra para a instalação do filtro anti-poluente. Tal interventor terá acesso não só ao local necessário para a realização da obra, mas também às finanças da empresa, para compra o material para o filtro, pagar a mão de obra necessária para a instalação, etc⁶⁹².

Por fim, a medida mais drástica é a intervenção expropriatória ou substitutiva, pois nesta o interventor substituirá o administrador original, que será afastado da empresa, tendo o interventor a missão de, por um período de tempo, gerir os negócios da sociedade. Tal medida prática já foi aplicada em alguns casos concretos, como a intervenção realizada no âmbito do Conselho Federal de Enfermagem, no ano de 2006, por ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, diante das notícias de desvios de recursos públicos e fraudes em licitações. Da mesma forma, a intervenção judicial determinada após o ajuizamento de ação pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com o intuito de solucionar a gestão e cuidado de animais do Canil Municipal da cidade de Gravataí. Foi celebrado um TAC com o Município para que a situação de irregularidade do canil fosse sanada, o que não ocorreu. Por essa razão, foi

⁶⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. Disponível em: https://www.academia.edu/214098/A_INTERVENÇÃO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_E_SPECÍFICA. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

⁶⁹² ARENHART, Intervenção, cit.

ajuizada ação de execução do TAC com o objetivo de, por meio da nomeação de um interventor judicial, fosse possível regularizar a situação de maus-tratos dos animais.

Como se pode verificar, as medidas são variadas e podem ser, inclusive, alteradas no curso do processo, a depender das necessidades do caso concreto. Pode ter sido determinada a intervenção fiscalizatória mas verificado que o administrador não está permitindo o acesso ao local em que a fiscalização deve ocorrer, podendo o juiz modificar a forma de intervenção para outra mais drástica⁶⁹³.

Podem ser resumidos, a seguir, os parâmetros específicos para o magistrado se valer dessa medida atípica: i) permitir o cumprimento espontâneo da obrigação pelo executado; ii) aplicação de outros meios coercitivos, menos gravosos; iii) observância do princípio da proporcionalidade; iv) dar preferência à forma menos gravosa de intervenção; v) alterar a medida interventiva, caso seja necessário⁶⁹⁴; vi) verificar se a intervenção não será ineficaz, ou seu uso impossível, como no caso de afastamento de agentes políticos, o que é vedado pela Constituição da República, que estabelece um regime específico para esse tipo de intervenção.

Embora a intervenção judicial seja, especialmente no caso da intervenção expropriativa ou sub-rogatória, uma medida grave, ela sempre será temporária e pode ser bastante eficaz na efetivação das decisões, especialmente quando os demais mecanismos de coerção usualmente empregados nesses casos - como a multa periódica - não consiga alcançar o resultado pretendido.

xii) aplicação de juros progressivos

O magistrado poderia determinar a incidência de juros progressivos em decorrência do inadimplemento da obrigação, mas tal medida poderia indicar a violação da lei que regulamenta a incidência de juros no direito brasileiro⁶⁹⁵, consistindo em um limite a ser observado.

xiii) aviso nas redes sociais e no site do devedor

⁶⁹³ "É claro, por outro lado, que o emprego de uma "forma" de intervenção não impede que ela venha a ser substituída por outra, mais branda ou mais restritiva, conforme a necessidade do caso concreto. Assim, por exemplo, decretada a intervenção fiscalizatória para verificar o cumprimento de uma ordem inibitória, pode suceder que o interventor relate ao magistrado a manutenção do desrespeito à ordem judicial. Pode-se, então, converter essa forma de intervenção em outra, mais severa, despojando o administrador original, total ou parcialmente, de seus poderes, no intuito de fazer cumprir a decisão do Estado. No sentido contrário, pode ocorrer que, imposta intervenção substitutiva, a sequência de atos demonstre a intenção de colaboração por parte do réu; poderá então o juiz converter a medida em intervenção fiscalizatória, de modo a, apenas, acompanhar a evolução das condutas adotadas pelo requerido." ARENHART, cit.

⁶⁹⁴ PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana, cit.

⁶⁹⁵ CARREIRA; ABREU. op. cit., p. 269.

Outra medida atípica que poderia ser aplicada pelo juiz é a inserção, nas redes sociais e no site do devedor, de uma informação acerca da condição de devedor do executado, constando dados básicos acerca da existência da dívida. É uma medida de certa forma semelhante à negativação do nome junto aos serviços de restrição ao crédito, como SPC e SERASA, não obstante o alcance da presente medida seja bem maior do que a mera inclusão do nome do executado nos serviços de proteção ao crédito. Isso porque qualquer pessoa que acesse as redes sociais do executado poderá tomar ciência da existência da referida obrigação.

A objeção que pode ser mencionada à utilização desse expediente diz respeito às regras constantes do Código de Defesa do Consumidor, em relação à impossibilidade de cobrança vexatória (arts. 42 e 71, do CDC), pois violaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

A análise dos dispositivos legais permite concluir que não é possível, na cobrança de dívidas se valer de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas. Esse tipo de conduta é vedado pelo ordenamento jurídico. Porém, é possível, desde que justificadamente, que o executado seja exposto a uma situação que o exponha a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Assim, como é possível a negativação do nome do consumidor junto aos órgãos de proteção de crédito, também seria possível, como medida atípica, a inclusão de aviso nas redes sociais e no site do devedor indicando a existência da obrigação inadimplida⁶⁹⁶.

Além disso, esse tipo de medida parece se enquadrar na modalidade de *shaming punishment*⁶⁹⁷ a qual, embora seja utilizado no direito penal, poderia ser transportado para essa situação específica de inclusão, nas redes sociais e no site do devedor, de aviso acerca da existência de uma obrigação inadimplida. Da mesma forma, pode-se imaginar a inclusão da reclamação sofrida em sites especializados, como o Reclame aqui, que possuem um alcance muito maior na divulgação de uma má reputação de uma empresa, permitindo, inclusive, o direito de resposta e a solução consensual do problema.

⁶⁹⁶ Idem, p. 271.

⁶⁹⁷ Na doutrina: “Many creative punishment qualify as “shaming penalties.” They require an offender to publicize his offence to an audience that under normal circumstances would be unaware of it; moreover, as a result of this publicity, the penalties may cause the offender to suffer an unpleasant - perhaps even painful - emotional experience, usually described as “shame”. Shaming penalties come in different forms. For example, an offender might be required to public his offense by standing in public view wearing a sign, by putting a bumper sticker in his car, by wearing a T-shirt, by placing a size on his property, by giving a public speech, by taking out an ad in the local newspaper or in a trade magazine, or even by posting a message on World Wide Web.” GARVEY, Stephen. Can Shaming Punishments Educate?. *The University of Chicago Law Review*. vol. 65, p. 743. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4980&context=uclrev>, acesso em 22 de fevereiro de 2019.

xiv) prisão civil

Uma outra questão diz respeito à possibilidade de utilização da prisão civil como mecanismo coercitivo atípico. A questão, no ordenamento jurídico pátrio, é orientada pelo art. 5º, LXVII, da CRFB e pelo Pacto de São José da Costa Rica. Diante da incidência dos referidos diplomas normativos, somente se permite a prisão civil por dívida pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, não se admitido em qualquer outra hipótese, nem mesmo no caso do depositário infiel, diante da incidência das normas do Pacto de São José da Costa Rica no sistema pátrio.

Ainda em relação a prisão civil no caso do devedor de alimentos, é corrente o entendimento de que a prisão somente é possível no caso de alimentos decorrentes do poder familiar, sendo certo que é divergente, no STJ, a possibilidade de prisão do executado quando os alimentos são devidos ao ex-cônjuge ou companheiro. Há entendimento no sentido de ser possível a prisão de alimentos nesse caso, pois a lei não distingue o *status* do credor - se capaz, incapaz, filho, neto, ex-cônjuge, etc. - somente distingue o rito considerando a natureza da dívida - se pretérita ou atual, sendo perfeitamente cabível a prisão civil nessas hipóteses⁶⁹⁸. Por outro lado, também já se entendeu que, no caso de alimentos para ex-cônjuges, é preciso levar em consideração os seguintes requisitos: “i) for indispensável à consecução dos alimentos inadimplidos; ii) atingir o objetivo teleológico perseguido pela prisão civil – garantir, pela coação extrema da prisão do devedor, a sobrevivência do alimentado – e; iii) for a fórmula que espelhe a máxima efetividade com a mínima restrição aos direitos do devedor” (HC 392.521/SP, 3ª Turma, DJe 01/08/2017)⁶⁹⁹. Também se entendeu possível a prisão civil do devedor de alimentos fixados em decisão que deferiu medida protetiva, nos casos de violência doméstica contra a mulher⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ HC 413344/SP - Rel. Min Luis Felipe Salomão - 4ª Turma do STJ - j. em 19/04/2018 - DJe 07.06.2018.

⁶⁹⁹ “[...] I. O propósito do presente habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil do paciente, decretada em decorrência de obrigação alimentar devida a ex-cônjuge, na hipótese em que, de um lado, o devedor está desempregado e, de outro lado, a credora exerce atividade profissional. II. A autorização constitucional e legal para que se utilize a prisão civil como técnica de coerção do devedor de alimentos não significa dizer que se trata de medida de deferimento obrigatório e irrefletido, devendo ser examinado, sempre, as circunstâncias que permeiam a hipótese em juízo de ponderação entre a máxima efetividade da tutela satisfativa e a menor onerosidade da execução. III. Na hipótese, além de o devedor estar comprovadamente desempregado, consignou-se que a credora não está em situação de risco iminente de vida, pois é pessoa maior, capaz e que se recolocou profissionalmente no ano de 2013, de modo que, nesse contexto específico, os alimentos, indiscutivelmente devidos até que haja a eventual exoneração por sentença, deverão ser executados sem a possibilidade de decretação da prisão civil, podendo o juízo de 1º grau, inclusive, valer-se de outras medidas típicas e atípicas de coerção ou sub-rogação, como autoriza o art. 139, IV, do CPC/15. IV. Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.” HC 422699/SP - Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ª Turma do STJ - j. em 26.06.2018 - DJe 29.06.2018.

⁷⁰⁰ RHC 100446/MG - Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze - 3ª Turma do STJ - j. em 27.11.18 - DJe 05.12.18.

A prisão civil em face do devedor de alimentos segue sendo uma medida de aplicação polêmica, não obstante tenha previsão constitucional e legal. A polêmica ainda é maior em se tratando de prisão civil como medida executiva atípica.

Há quem negue peremptoriamente a possibilidade de prisão civil fora das hipóteses legais, pois é a questão está restrita à reserva de lei, não podendo o magistrado determinar essa medida com fundamento no art. 139, IV, do CPC. Além disso, haveria necessidade de requerimento expresso da parte exequente, não sendo possível o juiz agir de ofício, já que se trata de restrição à liberdade do executado.

Por outro lado, alguns doutrinadores sustentam um abrandamento na interpretação da norma para aplicar a medida extrema em relação a qualquer obrigação de natureza alimentar, qualquer que seja sua origem, o que permitiria a prisão civil do devedor de alimentos indenizativos⁷⁰¹, por exemplo.

Da mesma forma, também se sustenta a aplicação da prisão civil, como meio coercitivo, para além da obrigação de alimentos, a depender de como se interpreta o termo “dívida” previsto no art. 5º, LXVII, da CRFB: a) como *obrigação de pagar quantia*, então a

⁷⁰¹ Sobre o tema: “Não se justifica a consequência que se tenta tirar desta distinção entre os alimentos. A tutela diferenciada dada aos alimentos decorre da urgência em sua percepção. Em razão da natureza própria desta verba, quem dela necessita o faz porque não tem condições de se manter por suas próprias forças. Sem esse montante, corre-se o sério risco de abandonar o credor ao relento, faltando-lhe o mínimo imprescindível a satisfazer as necessidades para uma vida digna. Ora, esta constatação não se reduz aos casos de alimentos devidos em razão de vínculo de parentesco ou de casamento. Ao contrário, esta característica subsiste *em todas as formas de alimentos*, de maneira que todas impõem resposta efetiva e tempestiva da jurisdição. Exatamente por isto, não basta, para atender às necessidades dos alimentos indenizativos, a constituição de capital cuja renda assegure o pagamento do valor periódico da pensão. Isto porque não há, nessa norma, sanção para o descumprimento da determinação, nem há a garantia de que o montante devido será impositivamente transferido ao credor dos alimentos com a rapidez necessária. Assim, são imprescindíveis, a par da imposição de tal garantia, os mecanismos coercitivos e sub-rogatórios próprios da tutela alimentar clássica. Igualmente não procede a limitação do uso da prisão civil para tutelar apenas os alimentos legítimos – embora esta seja a orientação ainda prevalente nos tribunais. Se a necessidade que sustenta a utilização da prisão civil é a mesma para os alimentos legítimos e para os indenizativos, não há o que justifique tratamento diverso em nível de técnica processual. Note-se, aliás, que os alimentos fixados em razão de ato ilícito decorrem, no mais das vezes, da prática de ato incapacitante contra a vítima, de modo que acabam tornando-se o único recurso de que ela dispõe para o seu sustento. Impor-lhe a morosa via da execução por expropriação – ainda que sob o rito do “cumprimento de sentença” – é simplesmente ignorar as suas necessidades concretas. Portanto, não é correta a posição, firmada em sede doutrinária e jurisprudencial, de dar técnicas executivas diferenciadas aos alimentos *legítimos*, *voluntários* e *indenizativos*. Olhando-se para o art. 5º, XXXV, da CF, torna-se inevitável concluir que tais alimentos devem poder ser tutelados, conforme as circunstâncias do caso concreto, através das técnicas processuais previstas nos 525 e 529 do CPC. Por idênticas razões, a constituição de capital a que se refere o art. 533 do CPC não deve se ligar exclusivamente aos alimentos indenizativos, podendo também ser exigida para a tutela dos alimentos legítimos e convencionais. Enfim, recorde-se que o art. 139, IV, do CPC, claramente autoriza o emprego de medidas de indução ou de sub-rogação *para qualquer prestação pecuniária*, não podendo mais existir dúvida de que qualquer modalidade de alimentos autoriza todas as técnicas de efetivação admissíveis no ordenamento nacional. Frise-se, por fim, que, quando as circunstâncias em que se encontram os que necessitam da jurisdição são as mesmas, impõe-se que o processo lhes ofereça as mesmas técnicas de tutela, pena de violação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF).” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: RT. 2017. edição eletrônica.

prisão civil poderia ser estendida para o cumprimento de obrigações outras que não a de pagar quantia, como fazer, não fazer ou entrega de coisa; ou b) como *obrigação civil*, de modo que a vedação constitucional seria absoluta, somente sendo possível a prisão civil nas restritas hipóteses constitucionalmente previstas⁷⁰².

Para quem se filia à concepção mais restrita da interpretação do termo “dívida” do art. 5º, LXVII, da CRFB, não seria inviável imaginar a prisão civil do executado no cumprimento de outras obrigações, de fazer ou não fazer.

O problema deve ser analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais. Ao se adotar uma concepção mais ampla do termo “dívida”, prevalece o direito à liberdade em qualquer hipótese, com exceção da obrigação de alimentos. Porém, como todo e qualquer direito fundamental, a liberdade também não é absoluta e, eventualmente, quando estiver em rota de colisão com outros direitos fundamentais, poderia haver um juízo de proporcionalidade que acabasse levando à aplicação da medida coerciva de prisão civil. Dessa forma, como explicam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁷⁰³:

[...] excepcionalmente, é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica. Essa opção não representa, em absoluto, desprezo à liberdade individual. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser), um valor absoluto, de modo que ela deve, sim, ser protegida, mas pode também ser restringida nos casos em que a prisão civil se mostrar como único meio idôneo, necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais.

Assim, especialmente diante dos “novos direitos”, que não tem conteúdo econômico, como direito ao meio ambiente, à não discriminação, etc., cujas medidas executivas legalmente previstas nem sempre são eficazes para assegurar a tutela do direito, além de se adotar medidas que garantam a tutela específica, nos casos em que estas não forem eficazes, seria possível a utilização, excepcionalmente e como medida residual, por meio de decisão fundamentada e com respeito ao contraditório, da prisão civil como meio coercitivo atípico⁷⁰⁴.

Portanto, acerca da prisão civil como medida executiva atípica, pode-se resumir o posicionamento doutrinário da seguinte forma:

- a) proibição da prisão civil, salvo na hipótese da execução de obrigação de prestar alimentos;

⁷⁰² GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais..., cit., p. 135.

⁷⁰³ DIDIER JR. et al. Diretrizes, cit.

⁷⁰⁴ DIDIER JR. et al. Diretrizes, cit.

- b) possibilidade de prisão civil no caso de obrigação de natureza alimentar, independentemente de sua origem;
- c) possibilidade de prisão civil, por meio de decisão fundamentada do magistrado, observando os seguintes parâmetros: i) dizer respeito a uma obrigação que não tenha natureza pecuniária; ii) dizer respeito a direitos não patrimoniais; iii) ter-se valido de outros meios típicos e atípicos para buscar a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente; iv) permitir o exercício do contraditório antes da decretação da prisão; v) a fixação de um prazo para cumprimento, devendo ser salientado que haverá a cessação da medida com o cumprimento da obrigação⁷⁰⁵.

Vê-se, portanto, que é um assunto ainda bastante tormentoso e que divide tanto a doutrina quanto os Tribunais, havendo um controle intenso acerca da legalidade das ordens prisionais em se tratando de prisão civil.

Analizadas as medidas executivas atípicas que são tratadas pela doutrina pátria e algumas outras já aplicadas casuisticamente, é importante, agora, verificar de que forma as convenções processuais podem atuar na modulação de tais medidas e o que pode ser estabelecido pela autonomia das partes.

6.5 Convenções sobre meios executivos atípicos

A primeira questão que se coloca é se as partes podem estabelecer negócios processuais para regular a aplicação das medidas executivas atípicas, já que, a rigor, trata-se de uma prerrogativa do juiz⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ DIDIER JR. et al. Diretrizes, cit. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, que entende possível a prisão civil em se tratando de tutela inibitória: "*De modo que a doutrina, consciente da importância da natureza não patrimonial de certos direitos, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem.* Em uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, não há como enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão. Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações de não fazer, que não dependem do desembolso de dinheiro. Esta interpretação deixa de lado o conceito mítico de que a prisão civil é um simples atentado contra a liberdade dos cidadãos e, consciente da necessidade do uso da coerção pessoal para a efetiva tutela dos direitos, propõe que se veja, ao lado da proibição da prisão civil em todos os casos em que, para o adimplemento, é necessário o desembolso de dinheiro, a possibilidade do seu uso para impedir a expropriação dos direitos." MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*: inibitória e de remoção. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, versão eletrônica, item 10.4

⁷⁰⁶ Nesse sentido: "O art. 190, *caput*, do CPC/2015 (2ª parte) admite que as partes deliberem sobre os "seus" ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Eis o limite semântico e lógico da disponibilidade das partes: só podem convencionar sobre as suas situações jurídicas ativas e passivas. Impossível que avancem sobre os poderes, deveres, ônus e faculdades do Estado-Juiz (se é que estas duas últimas situações são existentes)."

A resposta é afirmativa porque as partes podem definir, por meio de convenções processuais, qual a forma que pretendem aplicar para o processo de execução, seja ele decorrente de um título executivo judicial ou extrajudicial. Dessa forma, não há qualquer óbice a que as partes possam regular como pretendem ver a obrigação adimplida, no caso de execução forçada.

Considerando o panorama doutrinário - e jurisprudencial - acerca da aplicação das medidas executivas atípicas, analisam-se convenções que as partes podem estabelecer.

6.5.1 Convenção para aplicação direta das medidas executivas atípicas

Como mencionado anteriormente, a utilização de medidas atípicas pode ser a técnica principal ou subsidiária para o cumprimento de obrigações. Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, o cumprimento da obrigação ocorrerá por meio de medidas atípicas, além da multa coercitiva que é medida típica prevista na lei. Já em se tratando de execução para pagamento em quantia ou entrega de coisa, existem meios típicos previstos na lei, que devem ser, *a priori*, observados pelo magistrado e, no caso, a aplicação das medidas atípicas somente poderá ser feita de forma subsidiária, após esgotados os meios previstos em lei para o cumprimento da obrigação. Uma exceção a essa hipótese é a aplicação de medidas atípicas na execução de alimentos pelo rito da prisão, em que, dependendo da medida aplicada pelo magistrado - por exemplo, a apreensão do passaporte ou suspensão da CNH - acaba sendo menos gravosa que a privação da liberdade, podendo, assim, ter a sua ordem de aplicação subvertida pelo juiz. Embora em tese seja viável tal postura do magistrado em se tratando de execução de alimentos, é bastante improvável que tal situação ocorra, pois normalmente a medida executiva consistente na prisão do executado costuma ser eficaz no cumprimento da obrigação. E quando não é, dificilmente outra medida poderá surtir o efeito desejado pelo exequente.

É possível, porém, que as partes definam que o magistrado possa, desde logo, especialmente em se tratando de execução de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa, aplicar as medidas atípicas como técnica principal executiva, afastando a subsidiariedade que deveria ser aplicada *a priori*⁷⁰⁷.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 526.

⁷⁰⁷ DIDIER JR.; CABRAL. *Negócios...*, cit., item 8. Da mesma forma: "É possível convencionar a aplicada imediata das medidas atípicas e não subsidiária, como via de regra." CARREIRA, Dos poderes..., cit., p. 248.

6.5.2 Convenções processuais acerca da inaplicabilidade de uma medida executiva atípica.

É possível que as partes também estabeleçam que determinadas medidas atípicas não possam ser tomadas pelo magistrado. A execução objetiva a satisfação dos direitos do exequente, o qual pode, a qualquer tempo, desistir de uma medida executiva. Dentro dessa esfera de sua liberdade, o exequente pode definir que não deseja a aplicação de uma medida executiva. Convenção nesse sentido não deixa de ser um *pactum de non petendo* parcial.

Tal acordo processual está na esfera de disponibilidade das partes, especialmente do exequente, a quem, ao fim e ao cabo, deve se dirigir a tutela executiva⁷⁰⁸.

6.5.3 Convenção processual sobre *astreintes*

Embora a *astreinte* seja um meio executivo típico, questiona-se se é válida a convenção processual que estabelece ou limita o valor da multa periódica coercitiva.

Após o advento do CPC/2015, não se tem notícia de novo julgamento pelo STJ acerca desse tema, mas o posicionamento anterior era bastante restritivo: entendia-se que não era válida cláusula contratual que estabelecesse um limite máximo ao valor das *astreintes*. Buscava-se a aplicação, no caso concreto, do disposto no art. 920, do Código Civil/1916, atual art. 412, do Código Civil/2002, que se refere à impossibilidade da multa convencional exceder ao valor da prestação principal. Buscava-se, com isso, a redução do valor das *astreintes*.

Na época, salientou-se a distinção entre os institutos em análise, assentando que a multa periódica convencional não se confundia com a cláusula penal convencional, pois uma era definida pelo juiz, no processo judicial, com o intuito de obrigar o devedor a cumprir com a obrigação (de fazer ou não fazer), não havendo qualquer limitação ao seu valor estabelecido pelo CPC/1973, ao passo que a cláusula penal convencional é estabelecida em uma relação jurídica contratual também como forma de buscar o adimplemento da obrigação, mas que não

Hermes Zaneti Jr. também indica ser possível negócio processual “prevendo procedimento atípico para a execução de pagar quantia, resolvendo, de uma vez por todas, qualquer dúvida sobre a aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, determinando desde logo que a execução seria promovida por medidas indutivas, sub-rogatórias ou mandamentos diversas do procedimento de penhora e avaliação.” ZANETTI JR., Hermes. Comentários, cit., item 2.15.

⁷⁰⁸ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., item 8.

tem as mesmas características que as astreintes. Por tais motivos, não seria possível a sua redução⁷⁰⁹.

O art. 537, do CPC/2015 prevê que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa *vincenda* ou excluí-la, caso verifique que ela tenha se tornado insuficiente ou excessiva, ou tenha o obrigado demonstrado cumprimento parcial da obrigação ou justa causa para o seu descumprimento.

Desde já pode-se verificar que o dispositivo legal se refere somente à multa *vincenda*, mas não à *vencida*, a qual deve ser adimplida pela parte executada. Nessa perspectiva, deve-se ter em mente que a sua incidência somente ocorreu por conta da recalcitrância do executado em cumprir com a obrigação. Há, porém, uma situação em que poderia haver a redução da multa *vencida*, quando for possível a aplicação da doutrina do *duty to mitigate the loss*, por meio do qual, como uma decorrência do princípio da boa-fé objetiva, o credor perderia parcela da referida multa por não ter exercido o seu direito em tempo razoável. Isso porque a conduta do credor a favor de quem foi estabelecida a multa periódica se mostra abusivo, justificando a redução da multa *vencida*, em uma excepcionalidade à regra do art. 537, do CPC⁷¹⁰.

Em relação à multa *vencida*, é possível convencionar a sua renúncia ou, eventualmente, a sua redução, pois se o valor é revertido para o próprio exequente, podendo este dele dispor, se assim for a sua vontade.

É possível, porém, a despeito do que entendeu, há muito tempo, o STJ, estabelecer, por meio de convenção processual, i) o valor máximo de eventual multa a ser aplicada; ii) a possibilidade de redução equitativa da multa coercitiva quando ela exceder a algum patamar da relação jurídica principal; iii) a promessa de não executar a multa periódica⁷¹¹; iv) limites temporais máximos para a aplicação da multa; v) periodicidade desta⁷¹².

⁷⁰⁹ REsp 43389/RJ - Rel. Min. Waldemar Zveiter - 3ª Turma do STJ - j. em 22.03.1994 - DJ 25.04.1994 p. 9252.

⁷¹⁰ Sobre o tema v., dentre outros, DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, maio, 2009, versão eletrônica; DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., vol. 5, cit., p. 636 e segs.

⁷¹¹ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., item 8; CABRAL, Convenções sobre o custo da litigância (I)..., cit., item 7.2.2.

⁷¹² No direito espanhol, por exemplo, a aplicação de multa no caso de obrigação de fazer ou não fazer pode ser aplicada mês a mês, enquanto não ocorre o adimplemento da obrigação, podendo o juiz: i) aplicar uma multa única, que terá caráter sancionatório e não coercitivo; ou ii) aplicação de multa mensal até o cumprimento, devendo o pedido ser reiterado trimestralmente durante um ano e se, passado esse período, não houver o cumprimento, a execução a) será convertida pelo seu equivalente pecuniário; ou b) serão adotadas outras medidas que resultem idôneas para a satisfação do exequente, requeridas por ele e após a oitava do executado. Sobre o tema, v. AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. t. II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 2286.

As astreintes são funcionalizadas em prol da tutela do direito material (de crédito), revertendo para a parte exequente. Dessa forma, diversamente do que havia sido decidido há tempos pelo STJ, o sistema do CPC/2015 autoriza a celebração de convenções processuais para regular a aplicação dos meios executivos, sendo possível definir limites ou até mesmo excluir a possibilidade da aplicação da multa coercitiva.

Entende-se também viável, por meio de convenção processual, a fixação de multa periódica para o cumprimento de obrigação de pagar quantia, podendo, inclusive, ser acumulada com a multa legal do art. 523, §3º, do CPC. A multa legal, incidente no cumprimento de sentença, também pode ter seu percentual aumentado, diminuído ou excluído por meio de convenção processual, somente não sendo possível convencionar acerca da incidência dos honorários de advogado em 10%, por ser direito de terceiro, a não ser que este adira à referida convenção processual.

É preciso ressaltar, a respeito da multa periódica como meio executivo atípico a ser aplicado na execução para pagamento de quantia certa, que chega a atentar contra o direito à isonomia quando se sustenta a sua inaplicabilidade a esse tipo de prestação. Isso ocorre porque, comparativamente às demais prestações - fazer, não fazer e entrega de coisa - é viável a sua aplicação (inclusive, nas duas primeiras hipóteses é o meio executivo *preferencial*) e, ao se entender que não seria possível a sua aplicação no caso de pagar quantia, estar-se-ia privilegiando os credores de determinadas prestações em relação a outros⁷¹³. A utilização da convenção processual para esse fim afasta qualquer discussão sobre a sua aplicabilidade. O juiz pode controlar se a multa fixada é excessiva ou não.

6.5.4 Convenções processuais sobre medidas indutivas

Como já indicado anteriormente, as medidas indutivas buscam incentivar o executado a cumprir com as obrigações, por meio do estímulo, sendo também denominadas de sanção premial. Por dizerem respeito a direito do credor ou eventualmente do Estado (no caso de

⁷¹³ “É certo que no tocante às prestações de fazer ou não fazer, a lei processual rompeu, explicitamente, com a *tipicidade* dos meios executivos, reconhecendo ao juiz o poder de utilizar meios não previstos expressamente, nos termos do § 5º do art. 461 do CPC [73]. Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, *anti-isonômico* que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do *princípio constitucional da isonomia* (igualmente dotado do *status de direito fundamental*), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado § 5º do art. 461 do CPC [73], a *toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis*.” GUERRA, Marcelo Lima. Direitos..., cit., p. 152.

isenção de custas, por exemplo), ao juiz não é possível aplicar essas medidas além das hipóteses legais.

Todavia é possível, mais uma vez, que as partes possam convencionar acerca de medidas indutivas atípicas que estimulem o cumprimento da obrigação por parte do executado. O limite aqui encontra-se na disposição do próprio direito do credor⁷¹⁴, não podendo as partes dispor acerca de direito de terceiro, como por exemplo, estabelecendo isenção de custas (no caso, por se tratar de verba estatal) ou honorários de sucumbência (que é direito do advogado, nos termos do art. 85, § 14º, do CPC).

Nesse último caso, em relação aos honorários de sucumbência, se admite a convenção caso haja participação do advogado ou ele, posteriormente, anua à convenção, passando a fazer parte dela. Pode ser estabelecido um limite aos honorários de sucumbência, ou ser estipulado que cada parte arcará com os honorários do seu advogado e assim por diante. A limitação principal se refere, mais propriamente, à eficácia em relação ao advogado⁷¹⁵. Não seria viável, por outro lado, a convenção que estabelecesse valores exorbitantes a título de honorários de sucumbência, por esbarrar na garantia do acesso à justiça.

Dessa forma, se o executado quiser conferir um desconto no valor da obrigação ou permitir um alongamento do pagamento desta, poderá fazer por meio de convenção processual.

6.5.5 Convenções processuais sobre a possibilidade de prisão civil

É possível que as partes convencionem que o inadimplemento de uma obrigação pode levar à prisão civil do executado? Já se mencionou como há uma concepção bastante restrita acerca da prisão civil como meio coercitivo para o cumprimento de obrigações. Desde a concepção mais restritiva - que somente permite a prisão no caso de devedor de alimentos decorrentes do poder familiar - até a mais elástica - que admite a prisão para o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer de natureza não patrimonial, é bastante restritiva a concepção dos Tribunais Pátrios no que diz respeito à aplicação da medida restritiva de liberdade em desfavor do executado.

⁷¹⁴ Nesse sentido: “Importa frisar ainda, a possibilidade de criação de medidas de incentivo por negociação entre as partes sobre o procedimento executivo. Nesse caso, não há nenhum problema em sua utilização, mesmo se houver alguma perda pelo exequente, pois ele mesmo aceitou tal situação.” MINAMI, op. cit., p. 151.

⁷¹⁵ CABRAL, Convenções sobre o custo da litigância (I)..., cit., item. 8.1.

Admite-se, por exemplo, em um cumprimento de sentença de alimentos que tramite pelo rito da expropriação - ou seja, diga respeito à dívida pretérita - as partes celebrem um acordo, consolidando a dívida e estabelecendo um parcelamento para o seu cumprimento. Nesse caso, seria possível convencionar a prisão civil do executado no caso de não cumprimento de alguma prestação, relativos, especificamente, aos alimentos pretéritos? Haveria autonomia para dispor acerca da sua própria liberdade?

A questão não é de fácil resposta, pois envolve o cotejo entre dois direitos fundamentais: o primeiro, do credor, que é o direito fundamental à tutela executiva e o segundo, do devedor, que diz respeito ao direito de liberdade, a qual estaria severamente restringida por meio da prisão civil. Além disso, a autonomia das partes poderia derrogar a previsão constitucional?

O direito fundamental à tutela executiva implica a possibilidade de se valer dos mecanismos necessários e adequados para se garantir a efetivação da obrigação, seja através da utilização de meios executivos atípicos determinados pelo juiz, seja mediante convenção processual em que se estabeleça(m), *a priori*, o(s) meio(s) executivo(s) para o cumprimento da prestação. Por outro lado, o direito à liberdade do devedor somente pode ser restringida nas hipóteses expressamente estabelecidas na Constituição e na lei. No direito processual penal, a medida restritiva de liberdade tende a ser excepcional, assim como a prisão de natureza cautelar (prisão temporária e a prisão preventiva). Já a prisão civil, como visto anteriormente, é bastante restrita no ordenamento pátrio, de forma que nem mesmo nos atos de *contempt of court* se poderia aplicar a prisão civil como punição para a prática de atos em desconformidade com a boa-fé, menos ainda poderia a prisão ser utilizada como meio coercitivo. Essa a posição, inclusive, é endossada pelos Tribunais Pátrios, embora ainda se tenham variantes no que tange à prisão civil do devedor de alimentos.

Essa é a baliza que também deve orientar a validação de eventual convenção processual em que se estabeleça, como meio coercitivo, a prisão civil do executado.

Nessa perspectiva, e após uma análise de proporcionalidade, a qual pode variar à luz do caso concreto, é possível estabelecer algumas conclusões a respeito:

- a) a prisão civil do executado não pode ser convencionada como medida coercitiva em se tratando de obrigação de pagar quantia, salvo no caso de alimentos, como se menciona adiante;

- b) a prisão civil do executado pode ser convencionada como medida coercitiva em se tratando de obrigação de natureza alimentar. Nesse caso, entende-se "obrigação de natureza alimentar" de forma ampla⁷¹⁶, para abranger não somente o dever de alimentos decorrentes do poder familiar, mas também do dever de solidariedade, decorrentes de ato ilícito ou de ato voluntário. Além disso, outras verbas de natureza alimentar também poderiam ser consideradas para esse fim. Ressalte-se que tal possibilidade decorreria de um prévio acordo entre as partes.
- c) a prisão civil do executado pode ser convencionada em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, desde que de cunho não patrimonial, pois se entende que a concepção ampliada do termo "dívida", tal como previsto na CRFB, se restringe às obrigações de natureza pecuniária.

O quadro legal brasileiro e a ponderação dos interesses envolvidos, o que sempre depende do caso concreto, permite alinhar tais conclusões, de modo a convenção processual que previsse a prisão civil do executado deve ser validada pelo magistrado, embora possa ser novamente submetida a um exame de proporcionalidade.

Ressalte-se, também, que o ideal é definir, na própria cláusula, o tempo máximo de aplicação da medida restritiva de liberdade que, no caso, deve levar em consideração a hipótese legal, prevista no art. 528, § 3º, do CPC, ou seja, entre 01 (um) e 03 (três) meses. Assim, pode a prisão ser convencionada em prazo inferior ao legal, mas não mais que o limite máximo previsto na legislação. O cumprimento da obrigação importa na imediata liberação do executado, assim como o advento do termo final.

Sobre a possibilidade de aplicação ampliativa da prisão civil do executado à luz do direito fundamental à tutela executiva, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a já antiga lição de Marcelo Lima Guerra⁷¹⁷:

Com efeito, uma interpretação que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, venha a considerar *possível* o uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria, de forma alguma, o *uso concreto* desta medida, em situações concretas, onde não se revelasse *necessário, exigível e proporcional* proteger um outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade individual. Insista-se, portanto, que o uso da *prisão civil* é capaz de *favorecer a realização de outros direitos fundamentais*, o que consiste em forte argumento em

⁷¹⁶ A questão é bastante tormentosa e nem todas as "obrigações de natureza alimentar" são atribuídos todos os efeitos processuais e materiais dessa classificação. Por exemplo, em relação aos honorários advocatícios, embora o CPC, no art. 85, § 14º, do CPC, tenha natureza alimentar, não é possível convencionar a prisão do devedor nesse caso, pois a visão jurisprudencial somente permite a prisão civil em se tratando de obrigação que decorra do exercício do poder familiar. Da mesma forma, não se permite a penhora do saldo de FGTS para o pagamento de honorários advocatícios, como constou do REsp 1619868/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 24.10.2017.

⁷¹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos..., cit., p. 136.

favor da “tese ampliativa”. Assim, como medida coercitiva de eficácia comprovada, a prisão civil favorece, desde logo, o *direito fundamental à tutela executiva*. Além disso, se a própria situação material - vale dizer, o crédito a ser satisfeito *in executivis* - também consistir na expressão subjetiva de algum direito fundamental, como por exemplo, a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à integridade física e à própria vida do credor, esses outros valores reforçam a defesa, sempre na perspectiva do caso concreto, do uso de prisão civil.

Dessa forma, a prisão civil, nos casos mencionados, pode ser convencionalizada desde logo, para o caso de inadimplemento da obrigação, como decorrência da autonomia privada das partes e dos interesses envolvidos na demanda.

6.5.6 Convenções processuais acerca de medidas restritivas de direitos

É possível convencionar a aplicação de outras medidas restritivas de direitos?

A resposta a essa questão vai depender da análise dos aspectos indicados anteriormente, em relação ao controle da validade do pacto.

Nessa perspectiva, a convenção acerca da proibição de sair do país, entrega da CNH, cancelamento do cartão de crédito deve levar em consideração, para a sua validação, a restrição estabelecida e de que forma contribui para alcançar o resultado pretendido. A visão dos Tribunais sobre a aplicação dessas medidas atípicas pelo juiz tem sido bastante restritiva, a ponto de praticamente se considerar essas medidas como desproporcionais e, portanto, inválidas.

Da mesma forma, pode-se questionar acerca da efetividade de eventuais medidas convencionalizadas. A concordância em cancelar o cartão de crédito pode não ter qualquer efeito se o executado celebra outro contrato de cartão de crédito com prestador de serviço diverso. A concordância com a proibição de sair do país também pode não surtir qualquer efeito se o executado não possui o hábito de realizar viagens internacionais. A entrega da CNH, da mesma forma, pode não surtir o efeito desejado se o executado pode se valer de outro mecanismo (p. ex., contratação de motorista) que mantenha seu padrão anterior.

É bastante provável que cláusulas que criassem restrição ao exercício de direitos não seriam validadas pelo Poder Judiciário, embora, a priori, se entenda que tais restrições podem ser convencionalizadas, pois se encontram na esfera de autonomia privada das partes.

Por conseguinte, o direito de liberdade pode ser parcialmente restringido pelo exercício da autonomia privada, admitindo-se, a priori, a restrição ao exercício de direitos, tais como: a apreensão do passaporte, a suspensão da CNH, o cancelamento do cartão de crédito, a não utilização de determinado espaço comum. Haverá, porém, necessidade de

estabelecer um limite temporal máximo para tais casos. Pode-se, dessa forma, utilizar a regra relativa à prisão civil do executado de obrigação alimentar, ou seja, estabelecendo um prazo máximo de 03 (três) meses para a restrição ao exercício de direito, especialmente os que envolvam o direito à liberdade, tal como ocorre na prisão civil.

CAPÍTULO 7 - ACORDOS PROCESSUAIS SOBRE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

7.1 Responsabilidade patrimonial: noções introdutórias

Um relevante tópico na execução diz respeito à responsabilidade patrimonial do devedor e de terceiros. Como é curial, a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações recai, tão somente, sobre o patrimônio do devedor. A Constituição Federal adota o princípio da patrimonialidade da execução (art. 5º, LXVII). As normas infraconstitucionais densificam o princípio, especialmente nos arts. 319, do CC e 789, do CPC.

A análise da responsabilidade patrimonial comporta um aspecto objetivo e outro subjetivo. O primeiro se refere aos bens que podem ser objeto de penhora e posterior satisfação do crédito. Já o segundo aspecto diz respeito a quem pertencem os bens sujeitos à expropriação. Na visão de Liebman: “A regra se desdobra nestas duas proposições: 1 - todos os bens e direitos do executado estão sujeitos à execução; 2 - só os bens do executado lhe estão sujeitos.”⁷¹⁸

Fala-se, assim, em relação à primeira proposição, em dimensão objetiva da responsabilidade patrimonial, momento em que devem ser definidos *quais os bens* sujeitos

⁷¹⁸ LIEBMAN, Processo de execução, cit., p. 100.

(ou não) à expropriação. Na dimensão subjetiva, quer-se definir *quais os sujeitos* que podem responder, com seu patrimônio, pela obrigação⁷¹⁹.

A responsabilidade patrimonial adquire relevância, especialmente, em relação à obrigação de pagar quantia - de natureza pecuniária -, já que a satisfação de tais obrigações ocorre através dos meios expropriativos. Nos outros casos, de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, outros são os meios coercitivos preferencialmente utilizados pelo magistrado, não havendo, necessariamente, a utilização dos meios expropriativos para a tutela de tais direitos. Pode ocorrer, contudo, em relação a tais modalidades de obrigação, i) que haja sua conversão em perdas e danos ou ii) que se apliquem medidas coercitivas de caráter pecuniário - como a incidência de multa processual -, hipótese em que haverá a aplicação das regras relativas à expropriação, incidindo as normas acerca da responsabilidade patrimonial⁷²⁰. Especificamente no caso da aplicação de astreintes, “[...] se considerarmos a função coercitiva que se reserva às astreintes, a conclusão a que se chega é a de que, apenas se houver a efetiva possibilidade de execução por expropriação do valor da multa, esta é capaz de exercer alguma pressão psicológica sobre o devedor.”⁷²¹

A responsabilidade patrimonial é uma das searas mais férteis para a ocorrência de divergências interpretativas a respeito da sua incidência normativa, bem como um *locus* interessante para a aplicação das convenções processuais, pois muitos aspectos deixaram de ser regulados pelo legislador e podem, por conseguinte, ser supridos pelo exercício da autonomia privada das partes. A conclusão, porém, não é assim tão simples, haja vista grassar profunda divergência acerca da natureza das normas que compreendem a esfera protetiva do devedor na execução cível. Da mesma forma, além dos interesses do devedor, ainda subsiste o interesse do credor em receber o seu crédito.

⁷¹⁹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT. 2016. p. 149.

⁷²⁰ Sobre o tema, esclarece Thiago Ferreira Siqueira: “[...] a responsabilidade patrimonial também não abrange - ao menos de modo imediato - todas as modalidades de obrigação, mas apenas aquelas passíveis de efetivação pela via da execução por expropriação. [...] o descumprimento de um dever de fazer ou entregar coisa certa pode levar à atuação de sanções executivas distintas da expropriação forçada - sejam elas coercitivas ou sub-rogatórias por transformação ou desapossamento - sem que nunca se chegue à incidência concreta da responsabilidade patrimonial.” SIQUEIRA, op. cit., p. 72. Se houver a conversão dessas obrigações - fazer, não fazer ou entrega de coisa - em perdas e danos, surgirá um novo dever, neste sim sujeitando os bens do devedor à sanção patrimonial: “[...] é preciso entender que a sujeição patrimonial do devedor atua de modo *imediato*, apenas com relação às dívidas pecuniárias. Quanto às outras, até podem dar ensejo à responsabilidade patrimonial, mas, antes disso, é necessário que atue uma *outra sanção*, capaz de transformar a obrigação em seu equivalente monetário. [...] a responsabilidade patrimonial *não abrange a totalidade do fenômeno executivo, e tampouco atua de modo imediato em todas as modalidades de obrigações*.” Idem, p. 73.

⁷²¹ Idem, p. 141.

7.2 Impenhorabilidade: blindagem legal do patrimônio do executado

A impenhorabilidade consiste na proteção conferida aos bens do executado impedindo estes de serem penhorados e utilizados com o intuito de satisfazer os direitos do credor.

A doutrina estabelece distintas classificações de impenhorabilidade, as quais se mencionam somente duas por sua relevância prática. A primeira prevista expressamente no CPC/1973, dividia a impenhorabilidade em absoluta e relativa. O art. 649, do então CPC, mencionava os bens que eram absolutamente impenhoráveis, entendendo-se que a penhora dos bens ali mencionados não poderiam ser objeto de penhora por qualquer credor. Mas o próprio dispositivo legal se contradizia ao permitir, por exemplo, em relação ao credor de prestação alimentícia - em que seria possível a penhora de verba de natureza salarial - e em relação ao crédito concedido para a aquisição do próprio bem. O art. 650, por sua vez, indicava as hipóteses de impenhorabilidade relativa, mencionado que os frutos de bens impenhoráveis, na falta de outros bens, poderia ser objeto de penhora. Essa classificação não foi mantida no CPC/2015, embora a doutrina⁷²² ainda acabe mencionando a referida divisão, ao indicar que, após a análise dos arts. 833 e 834, podem-se identificar bens que não se submetem à constrição judicial em nenhuma hipótese, configurando-se, assim, casos de impenhorabilidade absoluta, como seria o caso do seguro de vida⁷²³, e outros bens que, preenchidos determinados requisitos, voltam à regra da penhorabilidade, como os casos já mencionados anteriormente, dos valores de natureza salarial, em se tratando de credor de prestação alimentícia ou quando exceder a cinquenta (50) salários mínimos; e aqueles

⁷²² Em verdade, a questão é divergente na doutrina. Para alguns, como DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 358; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 321 e segs. e ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XIV. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018 p. 180, ainda se mantém atual essa divisão, como explica o último citado: “A impenhorabilidade continua a existir em suas modalidades absoluta e relativa, sendo possível, assim como o é na teoria dos direitos fundamentais, a seguir analisada, reduzi-la às hipóteses legais e ao núcleo do direito fundamental tutelado.” Em sentido contrário: “Já no sistema do CPC/2015, não se fala mais, em seu art. 833, em bens ‘absolutamente impenhoráveis’, não havendo razão, portanto, para a classificação das impenhorabilidades em absolutas e relativas. Aliás, considerando o fato de que a aplicação, ou não, de uma hipótese de impenhorabilidade deve considerar, sempre, os valores conflitantes no caso concreto, convém, mesmo, abolir a ideia de que haveria impenhorabilidades absolutas.” SIQUEIRA, cit., p. 163.

⁷²³ Embora o STJ já tenha aplicado a mesma limitação relativa às cadernetas de poupança: [...] 2. Cinge-se a controvérsia a determinar se é possível a penhora da indenização recebida pelo beneficiário do seguro de vida em execução voltada contra si. 3. A impenhorabilidade do seguro de vida objetiva proteger o respectivo beneficiário, haja a vista a natureza alimentar da indenização securitária. 4. A impossibilidade de penhora dos valores recebidos pelo beneficiário do seguro de vida limita-se ao montante de 40 (quarenta) salários mínimos, por aplicação analógica do art. 649, X, do CPC/1973, cabendo a constrição judicial da quantia que a exceder. 5. Recurso especial parcialmente provido. REsp 1361354/RS - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - j. em 22.05.2018 - 3ª Turma do STJ

mantidos em caderneta de poupança, quando excedam a quarenta (40) salários mínimos, configurando hipóteses de impenhorabilidade relativa⁷²⁴.

Há, também, quem classifique a impenhorabilidade em intrínseca, voluntária, instrumental e residual⁷²⁵. É intrínseca aquela em que o bem é essencialmente inalienável ou está fora de comércio, não sendo possível ao devedor derrogar essa norma, diante do interesse público ou caráter personalíssimo dos direitos envolvidos⁷²⁶. A impenhorabilidade voluntária adquire relevância para a presente tese pois consiste na imposição dessa limitação por ato do devedor ou de terceiro, devendo haver, nesse último caso, anuência expressa ou tácita do devedor e a concordância expressa do instituidor e de todos os beneficiários do gravame. Em relação à impenhorabilidade instrumental, a lei a confere no interesse de proteger os meios de sobrevivência condigna do devedor, em seus aspectos econômicos, sociais e morais. Por ser instituída para o interesse exclusivo do devedor, pode vir a ser renunciada por este, seja oferecendo o bem a penhora ou não impugnando eventual penhora que recaia sobre esses bens. A impenhorabilidade residual é aquela que prevalece em alguns casos mas não em outros e ora é instrumental, como nos casos de frutos de bens inalienáveis, ora é voluntária, como a instituída em benefício do credor na cédula de crédito rural ou industrial, somente disponível com a anuência deste⁷²⁷.

Essa classificação tem o mérito de lançar outras luzes no debate acerca da impenhorabilidade e da possibilidade de renúncia a essa proteção legal. Nessa perspectiva, somente a impenhorabilidade intrínseca não poderia ser objeto de renúncia pelo executado. Essa categoria pode ser integrada pelos bens públicos ou que estão afetos à prestação de um serviço público, diante da incidência do princípio da continuidade da prestação do serviço público⁷²⁸, que justifica a manutenção da impenhorabilidade. Também se enquadrariam nessa categoria os bens de caráter pessoal, cujos direitos correspondentes não podem ser exercidos por outrem, como o direito real de habitação. Ainda aqui se poderiam mencionar os valores relativos à dignidade da pessoa humana, como a vida humana, a liberdade pessoal, a integridade psico-física, o direito às partes destacadas do corpo e ao cadáver humano, o nome

⁷²⁴ ASSIS, Araken de. Manual...., cit., p. 315.

⁷²⁵ GRECO, Leonardo. Processo..., vol. 2, p. 13.

⁷²⁶ GRECO, idem.

⁷²⁷ GRECO, cit., p. 14.

⁷²⁸ Nesse sentido, já decidiu o STJ: [...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de que são penhoráveis os bens das concessionárias, desde que a constrição judicial não comprometa a execução do serviço público. Espécie em que o bem penhorado e levado à hasta pública (imóvel sede da empresa pública, onde funciona toda a área administrativa) é essencial à prestação do serviço público. Agravo regimental desprovido. AgRg no AREsp 439718/AL - Rel. Min. Ari Pargendler - 1ª Turma do STJ - j. em 11/03/2014.

e a identidade da pessoa natural, o direito ao emprego e ao cargo público⁷²⁹. Nos demais casos, é possível que haja a disponibilidade de impenhorabilidade legal, podendo o executado renunciar a impenhorabilidade, seja expressamente, seja tacitamente, conforme se sustenta a seguir.

7.2.1 Impenhorabilidade e patrimônio mínimo do executado

A definição, pelo legislador, de normas que resguardam bens do executado ao torná-los impenhoráveis, busca manter um padrão mínimo de dignidade ao devedor. Estabelecer um rol de bens como intangíveis pela tutela executiva permite assegurar que as condições mínimas para o exercício da dignidade da pessoa humana estão garantidas, de forma que não ficará o executado à míngua e sem condições de prover seu próprio sustento e de sua família⁷³⁰.

Não se ignora, por conseguinte, que o objetivo de estabelecer regras acerca da impenhorabilidade de bens está relacionado com a tutela da dignidade da pessoa humana do devedor, estabelecendo-se, em prol deste, a existência de um estatuto do patrimônio mínimo. É o mínimo de bens de titularidade do devedor ou responsável necessário para que este possa

⁷²⁹ GRECO, op. cit., p. 15-17. Nesse sentido, também, a lição de Juan Montero Aroca e José Flores Matíes: “Los bienes que carezcan, por si solos, de contenido patrimonial son, igualmente, inembargables (art. 605, § 3.º). Si el embargo es una fase de un proceso dirigido a obtener una cantidad de dinero para pagar al acreedor, es evidente que sólo podrán ser susceptibles de embargo aquellos bienes que tienen contenido económico, excluyéndose los no patrimoniales. Por su no patrimonialidad se excluyen del embargo: 1) Los derechos de la persona en cuanto tal, es decir, los derechos a la vida, a la libertad, al nombre, al honor, a la propia imagen, etc. Curiosamente ello no impide que una lesión a estos derechos se resarza económicamente o que, en algún caso, se comercialice, como es el derecho de la propia imagen. Naturalmente los beneficios económicos obtenidos de esa comercialización sí son embargables; 2) Los derechos derivados de la relación familiar, como pueden ser la patria potestad o la tutela; 3) Los derechos de carácter político, social o corporativo, derivados de la condiciones de miembro de una comunidad política, de una institución social o de un organismo corporativo; 4) Los derechos administrativos, o por lo menos los que se conceden por la Administración sin contenido patrimonial; así la condición de funcionario y algunos derechos que de ella se derivan son inembargables, pero otros sí lo son, como el sueldo. Lo mismo puede decirse de los derechos laborales (no se embarga el puesto de trabajo, pero sí el salario, con las limitaciones que veremos, y tampoco se embargan los derechos sindicales).” AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 1572.

⁷³⁰ Nesse sentido: “a proteção do devedor nos sistemas jurídicos revela-se, basicamente, pela *impenhorabilidade* de bens, como reflexo dos direitos humanos na execução, permitindo ao devedor que permaneça com bens mínimos que garantam a dignidade da pessoa humana, e a menor onerosidade da execução, que acarreta a impossibilidade de venda de bens a preço vil e impede o abuso de direito pelo credor.” DURO, op. cit., p. 86.

ter uma vida em conformidade com o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana⁷³¹.

Formam o arcabouço normativo do estatuto do patrimônio mínimo do devedor as normas encontradas nos arts. 833 e 834 do CPC e na Lei 8.009/90. As normas do CPC tratam de inúmeras hipóteses compreendendo, basicamente, bens essenciais ao devedor (bens móveis de utilidade doméstica, bens de uso pessoal, vestuário, material de trabalho, quantias mínimas em dinheiro, verbas de natureza salarial, etc.) e a Lei 8.009/90 se refere à impenhorabilidade do bem de família, que é o imóvel familiar que serve como moradia.

As regras relativas à impenhorabilidade de bens restringem a norma geral de responsabilidade patrimonial constante dos arts. 391, do CC e 789, do CPC, impondo um limite à tutela dos direitos do credor. Ocorre uma ponderação de interesses realizada pelo legislador, contrapondo o direito fundamental do credor à tutela jurisdicional executiva efetiva e o direito fundamental do devedor a uma vida digna, resguardando-se o mínimo necessário para tanto⁷³². A dignidade da pessoa humana não é, contudo, a única justificativa para o regime de impenhorabilidade, podendo-se citar, também, a impenhorabilidade que recai sobre bens públicos, levando, inclusive, à previsão de um procedimento especial para a execução ou cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública (arts. 534-535 e , do CPC), estabelecendo um regime de pagamento por meio de precatórios.

Para compatibilizar os direitos envolvidos, o legislador aplicou algumas técnicas, a saber: i) a utilização de conceitos jurídicos indeterminados que permitem a análise da questão de acordo com o caso concreto; ii) a aplicação de limites quantitativos a algumas hipóteses de impenhorabilidades, como quarenta (40) salários mínimos no caso de caderneta de poupança e cinquenta (50) salários mínimos das verbas de natureza salarial; e iii) a exclusão da impenhorabilidade a depender da natureza do crédito cobrado⁷³³.

⁷³¹ A respeito, a visão de Luiz Edson Fachin: “Os bens de produção integram o regime jurídico sobre as coisas em geral. [...] A ausência de previsão específica não deve, pois, corresponder à não admissão da tutela especial a um patrimônio mínimo, essencial à vida digna. A própria dignidade humana, ancorada em princípio constitucional, somada à regra codificada (atinente à doação) protetiva, fornece rumos à integração possível.” FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 178.

⁷³² Sobre o tema, o magistério de Marcelo Lima Guerra: “O modelo dos direitos fundamentais oferece também a base ideal para o encaminhamento de questões relativas à flexibilização da impenhorabilidade dos bens do devedor. O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos. Realmente, excluindo determinados bens do devedor do universo dos bens expropriáveis (em princípio, todo o patrimônio presente e futuro do devedor, nos termos do art. 591 do CPC), a lei está impondo uma limitação às possibilidades práticas de realização de tutela executiva.” GUERRA, Direitos fundamentais..., cit., p. 165. Da mesma forma, SIQUEIRA, cit., p. 153.

⁷³³ SIQUEIRA, cit., p. 154-156.

Contudo, o que pode ser observado é que o sistema de impenhorabilidades de bens acaba por restringir, sobremaneira, o acesso do exequente à satisfação do seu crédito, com o intuito de resguardar a dignidade do devedor, mas, algumas vezes, protegendo de forma excessiva o padrão de vida do executado, motivo pelo qual tem se entendido que as hipóteses de impenhorabilidade somente poderiam ser previstas em lei e sua interpretação deveria ser restritiva⁷³⁴. Assim, a questão comporta dupla análise: i) a possibilidade de criar outras formas de impenhorabilidade além das previstas em lei e ii) a possibilidade de permitir a penhora de bens que, por lei, estão revestidos pela garantia da impenhorabilidade.

7.2.2 Hipóteses de impenhorabilidade legal e idiosincrasias do sistema. Como a impenhorabilidade constitui um sistema injusto na tutela dos direitos do exequente?

Embora não seja o objetivo desta tese analisar todas as hipóteses de impenhorabilidade consagradas pela legislação brasileira, merecem destaque as seguintes previsões: i) a pequena propriedade qual trabalhada pela família (art. 5º, XXVI, da CRFB); ii) o rol de bens indicados nos arts. 833 e 834, do CPC; iii) os bens gravados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, em decorrência de cláusulas acessórias previstas nos negócios jurídicos de doação ou testamento (arts. 979, 1.848 e 1.911, do Código Civil)⁷³⁵; iv) bens vinculados a cédulas de produto rural (art. 18, Lei 8.929/94) ou cédulas de crédito industrial ou rural (art. 57, Decreto-lei 413/69)⁷³⁶ e, ainda, v) o bem de família, tanto o voluntário (arts. 1711 e seguintes do Código Civil) quanto o determinado pela lei (art. 1º, Lei 8.009/90).

Na análise dos bens impenhoráveis determinados por lei, é possível destacar que a intenção do legislador é ora resguardar a autonomia da vontade das partes (nas hipóteses em que a impenhorabilidade é estabelecida pelo ato voluntário), ora assegurar o mínimo essencial para a manutenção do devedor (e de sua família), ao determinar a impenhorabilidade de bens pessoais (roupas, acessórios, bens móveis essenciais que guarneçam a residência, verbas de

⁷³⁴ A respeito: "O regime de penhorabilidade é o regime de garantias de que dispõe o executado sobre o patrimônio do devedor, para ver suas obrigações de cunho pecuniário (ou a ele conversíveis) adimplidas. Instintivo, então, que o regime de impenhorabilidade deve ser excepcional (posto que o devedor responde com todos os seus bens) - não comportando elastérios em relação ao que a lei dispõe." MADAI ME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá. 2008. p. 79.

⁷³⁵ Configurando, na hipótese, pacto de impenhorabilidade.

⁷³⁶ O STJ recentemente decidiu que os bens dados em garantia cedular real e vinculados à Cédula de Produto Rural são impenhoráveis, mesmo diante de outros créditos privilegiados, como trabalhistas e fiscais, modificando entendimentos anteriores, com o intuito de estimular a referida modalidade de crédito vinculado a setor econômico relevante. Confira-se a ementa do acórdão do REsp nº 1327643 / RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

natureza salarial, etc.) e da moradia do devedor e sua família, assim como a pequena propriedade rural trabalhada pela família e, ainda, estimular os setores rural e industrial que exercem função importante como motor econômico do país.

Dentre as hipóteses de impenhorabilidade, duas merecem destaque por traduzirem idiossincrasias já apontadas pela doutrina mais atenta e que, eventualmente, poderia ser solucionado por meio de convenções processuais ou por atuação do magistrado, mesmo em detrimento da norma legal. São elas: a) a penhora de verbas de natureza salarial; e b) a penhora de bem de família suntuoso.

No que diz respeito à penhora de verbas de natureza salarial, o CPC/2015 manteve a impenhorabilidade como regra geral, mas permitiu a penhora no caso de i) credor de prestação alimentícia e ii) as verbas que excederem a 50 (cinquenta) salários mínimos. No primeiro caso, a natureza do crédito justifica a exceção à impenhorabilidade, de modo que se admite a penhora verba de natureza salarial para fazer frente ao crédito alimentar, independentemente da origem do referido crédito⁷³⁷. A segunda exceção diz respeito ao valor mensal que exceder a 50 (cinquenta) salários mínimos. Embora já seja um “avanço” do sistema, ao permitir a penhora de parcela do salário, não é isento de críticas o fato de que o valor penhorável dificilmente atingirá uma grande quantidade de executados. Isso porque no contexto atual do país, não são muitas pessoas que ganham um salário acima do montante que permite a penhora, mantendo a verba salarial impenhorável na maioria das execuções. Tais situações podem se revelar injustas à luz do caso concreto⁷³⁸, especialmente se o credor possui situação precária de vida⁷³⁹.

⁷³⁷ A obrigação de natureza alimentar pode decorrer de três fontes: i) do poder familiar e do dever de solidariedade familiar; ii) do ato ilícito e iii) da autonomia da vontade.

⁷³⁸ A respeito, confira-se a lição de Sérgio Cruz Arenhart: “Especialmente em um país como o Brasil, em que a desigualdade de salários é monstruosa, equiparar todos os tipos de remuneração (não importando seu valor) é, por óbvio, um disparate. Não se pode, evidentemente, tratar da mesma forma o salário mínimo e a remuneração de vários milhares de reais. Se, no primeiro caso, há evidente caráter alimentar em todo o rendimento, o mesmo dificilmente será possível dizer quanto ao segundo. Existe, sem dúvida, um limite até o qual a remuneração deve ser protegida; extrapolado, porém, esse teto, não há razão para considerar o restante com caráter também alimentar. Afinal, não é a origem do dinheiro que deve ditar a sua essência alimentar, mas sim a sua finalidade. É certo que, passado um limite, o excedente do salário não mais será usado para custear as despesas básicas da família, mas sim atenderá ao gasto supérfluo, que nenhuma relação terá com a idéia de alimentos, por mais ampla que seja. A proteção, então, indiscriminada do dinheiro proveniente de contraprestação por trabalho estará tutelando, por via oblíqua, o esbanjamento, o luxo, a ostentação e, enfim, tudo aquilo que não precisaria de proteção contra os interesses do credor.” Arenhart, Sérgio Cruz. *A Penhorabilidade de Imóvel de Família de Elevado Valor e de Altos Salários*. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/6025-a-penhorabilidade-de-imovel-de-familia-de-elevado-valor-e-de-altos-salarios>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

⁷³⁹ Nesse sentido, o exemplo de Adriani Ferriani: “[...] o valor do salário mínimo atual é de oitocentos e oitenta reais. Um indivíduo que aufera, como proventos, o equivalente a cinquenta salários mínimos, colhe todo o mês quarenta e quatro mil reais. Trata-se de remuneração extraordinariamente alta para a realidade brasileira.

A impenhorabilidade das verbas de natureza salarial vem recebido uma interpretação mais elástica do STJ para permitir a penhora em diferentes situações. A primeira diz respeito à penhora da verba salarial para o pagamento de honorários contratuais ou de sucumbência. Tal decorre da premissa adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da natureza alimentar dos honorários, como assentado na Súmula Vinculante de n. 47 (a qual, contudo, é omissa em relação aos honorários contratuais). Da mesma forma, o disposto no art. 833, § 2º, do CPC, que alarga o conceito de “prestação alimentícia” pois independe da sua origem, permite sustentar a possibilidade da penhora em tais casos⁷⁴⁰.

Um outro abrandamento da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial está na “sobra salarial”. Nesse caso, o STJ entendeu que ocorre a perda da qualidade salarial se ocorre sobra entre um mês e o seguinte, o que torna tais valores passíveis de penhora. No REsp 1.230.060, julgado em 13/08/14, foi discutida a questão da sobra salarial e restou entendido pelos Ministros da Segunda Seção que a remuneração que possui a garantia da impenhorabilidade é “a última percebida, perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte”⁷⁴¹, pois, nesse caso, não possuem mais a natureza alimentar, servindo para acúmulo de renda ou patrimônio. É uma flexibilização à regra da impenhorabilidade.

No mesmo julgamento o STJ também assentou que a quantia que excedesse ao teto constitucional estabelecido para a remuneração dos servidores públicos, que é o valor recebido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, poderia ser objeto de constrição, pois “não seria razoável, levaria ao absurdo, em contradição com o espírito do sistema e com as finalidades a que se destina o instituto da impenhorabilidade, sustentar assistir ao devedor inadimplente - com o fito de prover-lhe subsistência digna, mas em prejuízo de seu credor insatisfeito - direito de ter a salvo de penhora valor superior ao limite constitucional de

Supondo-se uma família composta por dois cônjuges que amealhem, separadamente, essa mesma quantia, o casal acaba percebendo oitenta e oito mil reais mensais. Tais valores ultrapassam sobeja e escancaradamente o mínimo existencial; da mesma forma, a dignidade como fundamento remoto não ampara tal escolha da regra infraconstitucional, principalmente se do outro lado da relação crédito-débito houver um credor, também “proprietário” e também titular de direitos fundamentais, que vive em condição de penúria. Como pode a lei admitir que um casal deixe, por exemplo, de quitar um empréstimo de dez mil reais, mesmo com um salário extraordinário com fundamento na impenhorabilidade dos proventos? Se o credor é pessoa natural, com poucos recursos e situação de vida precária, o absurdo torna-se ainda mais latente.” FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. Tese. Doutorado em Direito. PUC-SP. 2016. p. 216.

⁷⁴⁰ SOUSA, José Augusto Garcia de. O CPC de 2015 e a atividade executiva: qual o peso que o novo Código pode ter na busca de uma execução “mais civilizada”? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira. (org.) *Diálogos sobre o Código de Processo Civil: críticas e perspectivas*. 2019. p. 202. versão eletrônica.

⁷⁴¹ STJ, REsp 1.230.060, rel. Min. Maria Isabel Galotti, Segunda Seção, j. em 13/08/2014.

remuneração dos cargos mais elevados do País.” No momento em que a decisão foi proferida, ainda estava em vigor o CPC/1973, que somente excepcionava a impenhorabilidade das verbas de natureza salarial para o caso do credor de prestação alimentícia, de modo que foi um avanço a percepção de que parte da remuneração poderia ser objeto de penhora.

Por outro lado, o referido julgamento também “inovou”, em favor do executado, i) estendendo a regra da impenhorabilidade salarial para nela incluir a indenização trabalhista e ii) estender a impenhorabilidade dos depósitos em caderneta de poupança de até 40 (quarenta) salários mínimos para inserir nesse regime outros tipos de investimento (como fundos de investimento)⁷⁴².

A possibilidade de penhora de parte do salário já foi objeto de decisão pelo STJ em outras ocasiões, tendo sido admitida em situações excepcionais. Nessa perspectiva, o Tribunal realizou uma ponderação entre os interesses em jogo nesse caso: tutela do direito do exequente, em obter o seu crédito e direito do executado, de manutenção de um patrimônio mínimo para a sua manutenção e de sua família⁷⁴³.

A outra questão que inquieta a doutrina diz respeito à penhora de bem de família luxuoso. Isso porque a Lei 8.009/90, ao estabelecer o bem de família legal, não traz qualquer diferenciação em relação à qualidade e ao valor do bem a ser penhorado, de modo que a garantia resguarda, nos dizeres de Araken de Assis, “tanto o casebre quanto o palácio”⁷⁴⁴. Essa postura do legislador também foi tida, especialmente pela doutrina, como injusta pois tutela, indevidamente, o direito do devedor em detrimento da tutela dos direitos do exequente⁷⁴⁵, sendo referendada pela jurisprudência do STJ⁷⁴⁶.

⁷⁴² SOUSA, cit., p. 205.

⁷⁴³ Nesse sentido, o voto vencedor: “Sob essa ótica, a aplicação do art. 649, IV, do CPC/73 exige um juízo de ponderação à luz das circunstâncias que se apresentam caso a caso, sendo admissível que, em situações excepcionais, se afaste a impenhorabilidade de parte da remuneração do devedor para que se confira efetividade à tutela jurisdicional favorável ao credor. Tem-se, assim, que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família.” EREsp 1518169 / DF - Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi - j. em 03/10/2018 - Corte Especial do STJ.

⁷⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar*. <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20384%20-%20Doutrina%20Civil.pdf>, acesso em 12 de outubro de 2019. p. 14. O autor ainda prossegue: “Não faltaram sugestões para distinguir a qualidade dos imóveis, penhorando o palácio e protegendo o prédio comum, empregando o juiz o princípio da proporcionalidade. Nenhum eco logrou esse entendimento na jurisprudência dos tribunais superiores. Aliás, o art. 4.º, caput, da Lei 8.009/1990 confirma, indiretamente, a proteção às construções suntuosas, reprimindo tão só a aquisição de “imóvel mais valioso” pelo executado insolvente, relativamente ao preexistente, com o fito de transferir para ele a residência familiar, e, assim, usufruir a proteção da impenhorabilidade. O veto oposto ao parágrafo único do art. 650, constante do projeto de que resultou a Lei 11.382/2006, manteve a situação inalterada.” ASSIS, Araken de. *Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar*, cit., p. 14-15.

⁷⁴⁵ Assim: “[...] em outras palavras, a lei referente ao bem de família legal, tal como exposta, acaba por proteger uma espécie de patrimônio máximo, pois o devedor que mora num apartamento de altíssimo padrão, por

As críticas às regras da impenhorabilidade não se restringem a essas duas hipóteses⁷⁴⁷, mas essas seriam mais sintomáticas tanto em relação à excessiva proteção do executado em detrimento dos direitos do exequente⁷⁴⁸⁻⁷⁴⁹.

7.3. A renunciabilidade das normas sobre a impenhorabilidade de bens

As regras de impenhorabilidade podem ser objeto de renúncia pelo devedor? Em caso positivo, admite-se a renúncia tácita? A resposta depende da compreensão acerca da natureza da norma relacionada à impenhorabilidade, se cogente ou disponível. Compreender as regras acerca da impenhorabilidade de bens como sendo cogentes traz algumas consequências relevantes, tais como: a possibilidade de alegação a qualquer tempo e grau de jurisdição⁷⁵⁰;

exemplo, com vista para o mar, em localização de altíssimo valor, experimente da mesma proteção, como se não fosse possível viver com dignidade em outra localização, em outro imóvel, mais condizente com a nova realidade imposta pelas circunstâncias da vida.” FERRIANI, cit., p. 110

⁷⁴⁶ AgInt no AREsp 907573/SP - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze - j. em 20.09.2016 - 3ª Turma do STJ.

⁷⁴⁷ Sobre uma visão crítica acerca das regras de impenhorabilidade, veja-se FERRIANI, cit., p. 98 e segs.

⁷⁴⁸ No resumo de Sérgio Arenhart: "De fato, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo inviabilizou a proteção adequada da garantia fundamental do acesso à justiça. Não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens inviabiliza a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF). Chancelando a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o credor sem fundamentação constitucional bastante. Cria, portanto, instrumento incapaz de satisfazer minimamente a garantia constitucional da efetividade da jurisdição." Arenhart, Sérgio, op. cit.

⁷⁴⁹ Essa questão, relativa a penhora de bens imóveis de elevado valor, já foi objeto de projeto de lei que acabou sendo rejeitado pelo Poder Executivo. Haveria a possibilidade, caso promulgada a lei, de penhora de imóveis residenciais de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos (somente revertendo à execução o que superasse tal valor após a sua transformação em pecúnia) e de rendimentos superiores a vinte (20) salários mínimos mensais, sendo que após esse limite, somente 40% do que excedesse ao patamar legal é que poderia ser penhorado. Veja-se o teor do veto: "O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm, acesso em 19 de agosto de 2019. Ainda se mantém, aqui, o lado protetivo dos direitos do executado, em detrimento do exequente.

⁷⁵⁰ A respeito: "[...] 1. A questão referente à impenhorabilidade do bem de família já foi anteriormente examinada. Para a jurisprudência desta eg. Corte Superior, "apesar de a impenhorabilidade do bem de família constituir matéria de ordem pública, que comporta arguição em qualquer tempo ou fase do

cognoscibilidade de ofício pelo juiz ⁷⁵¹; a irrenunciabilidade à impenhorabilidade; a impossibilidade de estabelecer convenções processuais acerca da impenhorabilidade, etc.

O Superior Tribunal de Justiça, quando chamado a decidir acerca dessa questão, já reconheceu que as regras acerca da impenhorabilidade são regras de ordem pública ⁷⁵² e, portanto, irrenunciáveis ⁷⁵³. Os fundamentos para essa perspectiva, resumem-se, basicamente, nos seguintes pontos: i) o interesse público nas relações jurídicas tuteladas pela norma, quais sejam, a proteção da família e aos bens indispensáveis ao exercício profissional do executado; ii) cerceamento de defesa pelo devedor, que somente poderia atacar questões formais do título executivo, já que a defesa dependia de garantia do juízo; iii) a indicação exclusiva pelo devedor acabaria por, eventualmente, prejudicar outros membros da entidade familiar que não participariam do processo executivo; e iv) a obrigação legal do devedor indicar um bem à penhora, sob pena de cometer ato atentatório à dignidade da justiça, acabaria por coagir a indicação de bem, o que tornaria o ato nulo de pleno direito ⁷⁵⁴.

processo, o pronunciamento judicial em sentido negativo provoca a preclusão.” (EDcl nos EDcl no REsp 1083134/PR, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 28/10/2015). Precedentes do STJ: AgRg no AgRg no REsp 1133794/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014; AgInt no AREsp 940789/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 01/12/2016; AgRg no AREsp 635.815/SP, desta Relatoria, DJe 27/05/2015. 2. Agravo interno desprovido. AgInt no AREsp 570.883/RS - Rel. Min. Marco Buzzi - 4ª Turma do STJ - j. em 21.03.2017 - DJe 31.03.2017.

⁷⁵¹ Em sentido contrário: [...] 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. Os embargos à execução extemporâneos equivalem a peça juridicamente inexistente, sendo inadmissível que o magistrado releve a intempestividade para se manifestar sobre as objeções apresentadas pelo embargante, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a impenhorabilidade do bem de família. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no AREsp 454.033/MG - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira - 4ª Turma do STJ - j. em 18.04.2017 - DJe 24.04.2017.

⁷⁵² “[...] 2. Nos termos da jurisprudência assente do STJ, “o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família, é impenhorável, consoante disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei n. 8.009/1990, norma cogente e de ordem pública que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia” (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222.936/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 26/2/2014). 3. No caso em análise, o Tribunal regional ratificou a decisão de primeira instância, expressando que, “se trata de imóvel com área de 12 hectares e que o módulo fiscal no município é de 22 hectares”, dentro, portanto, do limite legal de 4 (quatro) módulos fiscais. A Corte assentou também que, “denota-se a existência de tal prova [terra trabalhada pela família], conforme comprovantes de compra de sementes e adubo, assim como a venda de milho” (fl. 649, e-STJ). [...]” REsp 1756066/PR - Rel. Min. Herman Benjamin - Segunda Turma do STJ - j. em 26.02.2019 - DJe 11.03.2019.

⁷⁵³ REsp 1487028/SC - Rel. Min. Herman Benjamin - 2ª Turma do STJ - j. em 13.10.2015 - DJe 18.11.2015; REsp 1180873/RS - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - 4ª Turma do STJ - j. em 17.09.2015 - DJe 26.10.2015.

⁷⁵⁴ Processo civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Bem de família. Móveis. Oferta em penhora pelo devedor. Renúncia tácita à impenhorabilidade prevista na Lei nº. 8009/90. Inadmissibilidade. Ônus de sucumbência. Fundamento não atacado. - Não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei nº. 8009/90 o devedor que oferta em penhora o bem de família que possui. - Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar. É inadmissível o recurso especial na parte em que restou deficientemente fundamentado. Recurso especial provido em parte. REsp

Dos fundamentos mencionados, o segundo argumento não mais se sustenta diante da sistemática processual para o exercício do direito de defesa do executado, em que não se exige a garantia do juízo para o processamento dos embargos do executado ou da impugnação ao cumprimento de sentença.

Da mesma forma, o último argumento também não se mantém pois, embora o CPC, no art. 774, V, indique ser ato atentatório a ausência de manifestação do executado que, intimado, deixa de indicar bens a penhora, evitar a incidência da sanção é simples: por petição é possível mencionar os bens que compõem a esfera patrimonial do executado e informar, quando for o caso, que tais bens estão subordinados às regras de impenhorabilidade. Evita-se, dessa forma, a incidência da sanção processual por violação ao princípio da boa-fé processual, sem renunciar à garantia legal da impenhorabilidade.

O terceiro argumento poderia ser solucionado de duas formas: ou a anuência de todos os beneficiados com a regra de proteção (pensando-se, especificamente, no bem de família)⁷⁵⁵, ou, então, com a aplicação da regra exposta no art. 843, do CPC, resguardando-se, eventualmente, uma quota-parte para os demais beneficiados com a regra protetiva⁷⁵⁶, a não ser que estes também tenham sido beneficiados com o débito cujo credor pretende ver satisfeito.

O argumento relativo à natureza dos direitos envolvidos merece reflexão a ser feita a seguir.

Não parece, portanto, ser esse - da irrenunciabilidade da garantia da impenhorabilidade - o entendimento mais correto⁷⁵⁷, a não ser na hipótese em que o bem é

526460 / RS - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. em 08/10/2003 - DJ 18/10/2004 p. 184. Embora antigo, o referido entendimento se mantém. Na doutrina: "Em conclusão, pode-se afirmar que, via de regra, a garantia da impenhorabilidade do bem de família legal é irrenunciável, pelos seguintes motivos: i) porque se destina à proteção de interesses existências que gozam de primazia na tábua axiológica da Constituição e, portanto, concernem à ordem pública; ii) porque não tutela apenas interesses do devedor, estendendo-se a proteção aos membros de sua família residentes no imóvel; e iii) porque a vedação à renúncia atua como um mecanismo para propiciar uma maior reflexão ao devedor, mesmo na falta de outros beneficiários da garantia legal, protegendo-o contra o desfazimento do imóvel que lhe serve de moradia no impulso de um momento." LUSTOSA, Paulo Franco. *Bem de família: renúncia e disposição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. p. 131-132.

⁷⁵⁵ Nesse contexto: "Como regra geral, não se justifica a supressão da garantia legal destinada aos familiares residentes no imóvel sem que estes tenham anuído com o ato de disposição ou obtido qualquer vantagem em compensação. Assim, por mais que a conduta isolada do executado se revele censurável em face do exequente e do Estado-juiz, a sanção que se lhe impõe não deve prejudicar outros destinatários da proteção conferida pela Lei n. 8.009/90." LUSTOSA, op. cit., p. 188.

⁷⁵⁶ Entende-se, porém, que tal solução poderia não tornar eficaz o *telos* de proteção do bem de família, pois os demais beneficiários ficariam a descobertos da proteção com eventual alienação do imóvel.

⁷⁵⁷ Posteriormente, o STJ considerou válida a renúncia à impenhorabilidade legal como decorrência da indicação de bem impenhorável à penhora, conforme se constata: "Processual civil. Recurso especial. Bem absolutamente impenhorável. Alegação de nulidade da penhora. Renúncia do direito à impenhorabilidade. - A nomeação à penhora pelo devedor de bem absolutamente impenhorável por força do art. 649 do CPC importa renúncia do

inalienável, conforme disposto no art. 833, I, do CPC, pois em todos os demais casos os bens que se encontram na esfera patrimonial do devedor podem ser alienados, inclusive como forma de pagamento da dívida. Dessa maneira, se é possível que o bem seja livremente transacionado pelo devedor, não há qualquer motivo para sustentar que as normas que regulamentam a impenhorabilidade dos bens não sejam normas que respeitem o interesse, exclusivo, do executado. Não existe, por conseguinte, norma de ordem pública a ser respeitada pelo regime de impenhorabilidade, estando, em realidade, o entendimento do STJ - o qual segue sendo oscilante na matéria - em descompasso com o entendimento mais atual acerca da tutela do exequente⁷⁵⁸.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento do STF que entendeu constitucional a previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, que excepciona a regra protetiva da impenhorabilidade do bem de família do imóvel do fiador em contrato de locação. Estava em jogo, no caso, a prevalência da norma constitucional que protegia do direito à moradia como direito social (art. 6º, da CRFB) em relação à previsão legal referida oriunda da autonomia privada dos contratantes. Colhe-se do voto do Min. Joaquim Barbosa o seguinte excerto:

[...] Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de postar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. Por via de consequência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição Federal.

direito à impenhorabilidade. Precedente da Terceira Turma (REsp. 351.932). - É vedado o reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos em sede de recurso especial. - Não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando não evidenciada a similitude fática entre os casos confrontados. Recurso especial não conhecido." REsp 470935 / RS - Rel. Min. Nancy Andrighi - Segunda Seção do STJ - j. em 10/12/2003 - DJ 01/03/2004 p. 120.

⁷⁵⁸ "O trato das impenhorabilidades como tema de ordem pública sugere a *indisponibilidade* da vantagem que elas oferecem ao devedor, ou seja, insinua que ele não pode *renunciar às indisponibilidades*, mas não é razoável chegar a esse ponto extremo, sem ressalva alguma; estamos no campo de bens patrimoniais e, em princípio, esses bens são disponíveis. Se o titular de um bem penhorável pode aliená-lo por venda ou mesmo por doação, não há por que não pudesse renunciar eficazmente à sua impenhorabilidade; ao fazê-lo, ele estará manifestando claramente a renúncia a se valer do benefício da impenhorabilidade e seria um exagero negar eficácia a essa renúncia." DINAMARCO, *Instituições...*, vol. IV, cit., p. 358-359; DIDIER JR., Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*, vol. 174, ago., 2009, versão eletrônica; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, jan, 2018, versão eletrônica, item 79.

Além dessa hipótese específica, relativa ao bem de família legal, também as demais hipóteses previstas no art. 3º, da Lei 8.009/90, indicam situações em que a proteção da impenhorabilidade do bem de família não ocorrerá. No inciso II, do art. 3º, não se pode alegar a impenhorabilidade em se tratando de "titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato", eis que o crédito foi obtido com o intuito de aquisição ou construção no imóvel que serve para a residência do executado e sua família. A própria lei já excepciona a referida hipótese, determinando a exclusão da garantia legal quando o crédito executado disser respeito à própria aquisição ou construção do imóvel.

Outra hipótese de renúncia à garantia do bem de família involuntário diz respeito à constituição de garantia real sobre o próprio bem. Com efeito, e de forma diversa em relação ao bem de família voluntário (ou convencional), no caso da proteção conferida pela lei, não perde o proprietário a disponibilidade sobre o imóvel. Ao contrário, o bem de família pode ser alienado ou onerado, mediante a constituição de garantia real sobre o bem (hipoteca, no caso de bem imóvel ou penhor, no caso de bem móvel). Nesse ponto, há um ato de liberalidade - e autonomia privada - da entidade familiar, de modo que não faria sentido, por violação ao princípio da proibição do comportamento contraditório, que pudesse a entidade familiar outorgar como garantia de um crédito o bem (imóvel) e posteriormente, diante de eventual inadimplemento da referida obrigação, alegar impenhorabilidade do bem de família em uma demanda executiva.

Por tal motivo, a lei expressamente exclui a possibilidade de alegação da norma protetiva, conforme exposto no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. É um caso de renúncia, portanto, à proteção legal, encontrando fundamento em três aspectos: i) na autonomia privada patrimonial, permitindo o acesso da entidade familiar ao crédito; ii) no princípio da boa-fé objetiva, tutelando-se a confiança legítima do credor hipotecário no sentido de que o bem que foi oferecido em garantia poderá ser executado em caso de inadimplemento e iii) econômico, pois a disposição do bem de família contribui para a circulação de riquezas, desenvolvendo a economia⁷⁵⁹.

Não obstante a regra mencionada, há questões que não foram corretamente equacionadas pelo legislador, a saber: i) a necessidade de anuência dos membros da família com a constituição do ato de garantia; ii) a necessidade de reverter a dívida em benefício da

⁷⁵⁹ LUSTOSA, op. cit., p. 135.

família (ou não); e iii) a possibilidade de constituição de outras garantias reais sobre bem impenhorável.

Em relação a esses aspectos, deve-se mencionar que é ônus do credor cercar-se de todos os cuidados necessários para a constituição da garantia real, de modo que incumbe a ele exigir a anuência, ou mesmo a ciência, dos demais entes da entidade familiar no ato que vier a constituir o vínculo hipotecário, sob pena de vir a ter a sua garantia diminuída pela contestação de outros membros beneficiados com a garantia legal e que não tinham ciência da constituição da hipoteca sobre o imóvel.

No que diz respeito à reversão da dívida em benefício da família, trata-se de critério que foi acolhido pelo STJ para validar a exceção legal prevista no art. 3º, V, não sendo possível alegar a possibilidade de penhora do imóvel quando a garantia foi constituída em benefício de terceiro (por exemplo, pessoa jurídica da qual os executados não são sócios ou não tenha a dívida revertido em benefício da entidade familiar)⁷⁶⁰.

Essa situação é comum de acontecer, pois quando um dos cônjuges ou companheiros é sócio de uma pessoa jurídica, pode haver a concessão de uma garantia real de hipoteca sobre o imóvel que constitui a residência do casal e, para que não haja a penhora do imóvel, pela conversão da hipoteca, é preciso que a dívida contraída tenha revertido em benefício da família, sendo que o ônus da prova desse argumento é questão também controversa na doutrina e jurisprudência.

O STJ, portanto, assentou o entendimento de que é preciso que a dívida objeto de execução tenha revertido em benefício da família, mesmo que tenha sido efetivado um contrato estabelecendo uma garantia real.

Por fim, questiona-se se é possível a constituição de outra garantia real em relação a um bem impenhorável e se tal situação implicaria em renúncia à garantia legal. Em relação à constituição de penhor sobre bens móveis, é da estrutura do instituto que, uma vez constituída o empenho sobre o bem, ocorre a sua entrega ao credor, que passa a ter posse direta, deixando de estar funcionalizado à família. Por conseguinte, a própria *ratio* do instituto acaba sendo excepcionada, não justificando a alegação de que se trata de bem impenhorável. O mesmo

⁷⁶⁰ AgInt no AREsp 1386082 / RS - Rel. Min. Raul Araújo - 4ª Turma do STJ - j. em 18.06.2019 - DJ 28/06/2019. Da mesma forma: [...] 2. A jurisprudência desta Casa consolidou o entendimento de que a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos. [...] 5. Agravo interno não provido, com imposição de multa. AgInt no REsp 1675363 / MS - Rel. Min. Moura Ribeiro - 3ª Turma do STJ - j. em 28/08/2018 - DJ 04/09/2018.

ocorre em relação à anticrese, havendo a transferência da posse direta ao credor, perdendo a função protetiva decorrente das normas de impenhorabilidade. Além disso, a anticrese não confere ao credor o direito de excutir o imóvel do devedor, mas somente faz recair a garantia sobre os frutos do bem imóvel, conferindo somente o direito de retenção e sequela sobre este, conforme explicita o art. 1.423, do Código Civil. Tal ocorre porque na anticrese a satisfação do credor é consequência da apropriação dos frutos do imóvel e não decorre da alienação do bem em si. Haveria, aqui, a necessidade de anuência dos demais moradores do imóvel, eis que com a constituição da anticrese, se estabelece a posse direta do bem em favor do credor⁷⁶¹.

Outra hipótese que foi tratada pelo STJ - mas que não recebeu recente questionamento - é a hipótese do imóvel residencial que foi dado em caução para o contrato de locação. Nesse caso, o STJ tem entendimento pacificado no sentido de que remanesce a impenhorabilidade do bem de família⁷⁶².

Por fim, uma outra garantia que pode ser constituída no bem de família é a alienação fiduciária em garantia, incidente sobre bem móvel (Lei 4728/65) ou imóvel (Leis 9.514/97, 10.931/04, 11.481/07 e art. 1361 e segs, do CC). Por meio do contrato de alienação fiduciária em garantia, é estabelecida uma propriedade resolúvel do bem, que está subordinada a uma condição resolutiva, qual seja, o cumprimento do contato de empréstimo ou financiamento. Com o cumprimento integral deste, extingue-se a propriedade do credor, bem como a garantia pactuada, consolidando-se a propriedade na pessoa do então devedor. Ocorre que a alienação fiduciária em garantia é originária de um contrato estabelecido entre as partes, que o fazem por intermédio de sua autonomia privada, sendo que os Tribunais tem apreciado a possibilidade de alegar a impenhorabilidade do bem de família em demandas que pretendem fazer cumprir o contrato de alienação fiduciária com a consolidação da propriedade nas mãos do credor, diante do inadimplemento da obrigação pactuada.

O STJ apreciou a questão no Recurso Especial n. 1.559.348, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão. Partindo do pressuposto de que o bem de família legal não é inalienável, os ministros concluíram que seria possível estabelecer sobre este uma garantia real por meio de um contrato de alienação fiduciária em garantia e seria abusivo, em caso de

⁷⁶¹ LUSTOSA, op. cit., p. 154.

⁷⁶² AgRg no REsp 1334693 / SP - Rel. Min. Sidnei Beneti - 3ª Turma do STJ - j. em 25/06/2013 - DJ 01/08/2013. São dois os fundamentos para esse entendimento: i) interpretação restritiva das exceções constantes do art. 3º, da Lei 8.009/90, de modo que a hipótese não se enquadra especificamente no inciso V do referido artigo, não havendo renúncia à impenhorabilidade; e ii) natureza cogente das normas que dizem respeito à impenhorabilidade. É possível que esse entendimento possa receber uma releitura considerando a possibilidade de renúncia à garantia legal da impenhorabilidade.

inadimplemento contratual, permitir a alegação de impenhorabilidade do bem de família, por ser uma conduta que viola o princípio da boa-fé objetiva. Deve-se, por conseguinte, prestigiar a autonomia privada e garantir exequibilidade ao contrato estabelecido entre as partes.

Embora muitas decisões procurem manter o caráter de ordem pública das normas relativas à impenhorabilidade, a contraposição a esse entendimento, com o fim de autorizar a sua penhora tem se fundamentado, na maioria das vezes, na proteção à boa-fé objetiva e vedação ao comportamento contraditório e não, necessariamente, na autonomia privada, fundamento primevo do qual decorrem, salvo melhor juízo, todas as consequências seguintes. Não se está afirmando, naturalmente, que os contratos não devam se pautar pela boa-fé objetiva mas, em verdade, que a autonomia privada deve ter a sua função realinhada no estabelecimento de convenções processuais.

Ainda na esteira das exceções legais à impenhorabilidade do bem de família, encontram-se: i) o credor de pensão alimentícia, restaurado o direito de coproprietário que integre união estável ou casamento, salvo se ambos responderem pela dívida; ii) para a cobrança de impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar e iii) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

No primeiro caso, a lei resguarda o interesse do credor de obrigação alimentar, independentemente da origem da referida obrigação. Trata-se de ponderação de interesses já realizada previamente pelo legislador, no sentido de que o crédito de natureza alimentar merece tratamento privilegiado entre os interesses em jogo. Assim, resguardando-se o interesse de cônjuge ou companheiro que não é responsável pela obrigação, mas que possui direito sobre o imóvel, é possível a penhora sobre o bem de família legal quando o credor for de obrigação de natureza alimentar.

Na segunda hipótese mencionada acima, a impenhorabilidade não pode ser alegada na execução de créditos que compõem as denominadas 'obrigações *propter rem*', tais como os tributos incidentes sobre o imóvel, a quota condominial em relação ao condomínio edilício, etc. O enquadramento na categoria de obrigações *propter rem* revela duas consequências importantes: i) tais obrigações decorrem da titularidade sobre um bem; ii) a ambulatoriedade, sendo que o acessório segue a sorte do principal. Tal característica permite, por exemplo, o entendimento de que o adquirente do imóvel acaba sendo responsável pelo seu pagamento, mesmo que não tenha dado causa ao débito. Tais características conferem alguns privilégios a tais créditos: i) é possível que haja a cobrança de valores pretéritos em face de um novo adquirente do imóvel, o que potencializa a garantia do credor no recebimento do crédito; e ii)

autoriza que a penhora recaia sobre o próprio bem, sem que seja possível a alegação de impenhorabilidade do bem de família⁷⁶³. É, mais uma vez, uma ponderação prévia de interesses já efetivada pelo legislador⁷⁶⁴.

Por fim, a ultima exceção à regra para alegação de impenhorabilidade do bem de família é do bem que foi adquirido com produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou pedimento de bens, o que é uma consequência do disposto no art. 91, II, do CP. Se o imóvel foi adquirido com produto de crime, assim reconhecido após processo judicial em que foi assegurado o contraditório e ampla defesa, não pode ser alegada a impenhorabilidade do bem de família. Essa a *ratio*, ao que parece, para o STJ permitir a indisponibilidade do bem de família quando o réu responde à ação de improbidade administrativa⁷⁶⁵.

Especialmente para a finalidade da presente tese tem importância as previsões legais que impedem a arguição da impenhorabilidade nos casos em que o próprio bem foi entregue como garantia real ou quando o financiamento foi realizado para a aquisição ou construção do bem. Isso porque nesses casos a lei exclui ao devedor a possibilidade de alegar a impenhorabilidade, o que denota a sua renunciabilidade diante de um ato de autonomia privada.

⁷⁶³ É o que se denomina por função conservatória das obrigações *propter rem*: "No caso das obrigações condominiais, o principal risco para o condomínio está na alienação do imóvel pelo devedor. Não fosse pelo caráter *propter rem*, o condômino poderia embaraçar a cobrança das contribuições em atraso, bastando, para tanto, que ele vendesse seu bem e ocultasse o produto da venda. Numa hipótese mais extrema, o devedor poderia simplesmente desaparecer do alcance do condomínio após receber o preço. E esse estratagema não prejudicaria os interesses do adquirente, visto que ele não responderia pelas dívidas deixadas em aberto. A alienação traria um segundo problema para o condomínio, desta vez relacionado à penhora do imóvel do devedor. O imóvel do condômino devedor representa um bem de alto valor e razoável liquidez; daí por que é o alvo preferencial dos condomínios no momento da execução da dívida. Sucede que a ausência de responsabilidade do novo proprietário implicaria que seus bens e, mais especificamente, o imóvel recém adquirido, não poderiam mais ser empregados para o pagamento das dívidas em atraso. Em outras palavras, a alienação se tornaria um meio fácil para salvar o imóvel, ao privar o condomínio da possibilidade de penhorá-lo; o que poderia ser uma saída bastante tentadora para o proprietário que se vê na iminência de ser espoliado de seu bem." CARNAÚBA, Daniel Amaral; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O regime das obrigações *propter rem* e as despesas condominiais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-regime-das-obrigacoes-propter-rem/>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

⁷⁶⁴ Nesse sentido: "Ora, a cobrança da dívida junto ao adquirente do imóvel é, por vezes, vantajosa para o condomínio credor. Em primeiro lugar, porque é mais fácil localizar e identificar o atual proprietário do imóvel, de modo que, ao exigir-lhe o pagamento, o condomínio evita uma série de dificuldades processuais que poderiam surgir se a cobrança fosse direcionada ao alienante. Em segundo lugar, porque há certeza de que o adquirente possui ao menos um bem líquido – o próprio imóvel – que poderá ser empregado para a satisfação dos créditos do condomínio." CARNAÚBA, Daniel Amaral; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O regime das obrigações *propter rem* e as despesas condominiais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-regime-das-obrigacoes-propter-rem/>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

⁷⁶⁵ AgInt no REsp 1670672/RJ - Rel. Min. Benedito Gonçalves - j. em 30.11.2017 - 1ª Turma do STJ

Dessa forma, se nos casos previstos em lei é possível a renúncia à garantia legal da impenhorabilidade, também deve ser lícita a renúncia feita no exercício da autonomia privada, por meio de convenção processual. Tal renúncia seria, por conseguinte, *expressa*. Admitir-se-ia, porém, renúncia tácita?

Essa questão tampouco deixa de ser tormentosa em âmbito doutrinário, pois se relaciona com o estudo dos atos omissivos no processo. É, também, consequência da postura do legislador que expressamente indicou, no art. 525, §1º, IV e § 11 bem como art. 917, II e § 1º, do CPC, em que existe referência à alegação, como defesa do devedor, da penhora incorreta - momento em que se deve alegar a impenhorabilidade do bem - a qual deve ser feita no corpo da defesa do executado - que pode ser por impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos do devedor, a depender da natureza do título executivo, e, caso a penhora tenha ocorrido após o prazo para a defesa, pode ser alegada por simples petição, desde que no prazo de 15 dias após a intimação da penhora.

Essa regra deve ser interpretada nesse exato sentido: após o prazo não será mais possível alegar que o bem penhorado é impenhorável, o que configuraria uma renúncia tácita ao benefício legal, pois teria se operado a preclusão, impedindo a discussão acerca da natureza do bem. Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 278, do CPC, que impõe à parte interessada em alegar a invalidade do ato no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos⁷⁶⁶.

Assim, salvo na hipótese do art. 833, I, do CPC, que trata dos bens inalienáveis (e por conseguinte impenhoráveis), todos os demais podem ser objeto de disposição pelo executado e, caso a penhora recaia sobre tais bens e não tenha havido a alegação de impenhorabilidade tempestivamente, deve-se entender que houve renúncia tácita à garantia legal. Por conseguinte, é possível concluir-se que se admite a renúncia tácita da impenhorabilidade em se tratando de bem disponível.

⁷⁶⁶ Nesse sentido: “Penhora sobre bem impenhorável *disponível*. Intimado a defender-se, o executado não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado. Há, no caso, *preclusão*, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos (art. 278 do CPC).” DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...*, vol. 5. p. 837-838. Da mesma forma: “A impenhorabilidade indisponível decorre da inalienabilidade (indisponibilidade) dos bens, não incidindo sobre ela a preclusão. A impenhorabilidade, nestes casos, pode ser alegada a qualquer tempo. A impenhorabilidade disponível, por sua vez, é afastável por atitude voluntária da parte a quem a impenhorabilidade beneficia (o executado, de regra), sendo que a sua não alegação gera a preclusão (relevância da omissão como ato de vontade).” ZANETTI JR., *Comentários...*, p. 183.

7.4 Convenções sobre a impenhorabilidade de bens

Assentadas as premissas básicas acerca da possibilidade de renúncia à proteção legal da impenhorabilidade, é possível identificar alguns tipos de convenções processuais relativos a esse tema.

7.4.1 Convenções processuais para tornar o bem impenhorável

É possível criar hipóteses de impenhorabilidade que não estejam previstas em lei, conforme expressamente dispõe o art. 833, I, do CPC, na parte final, indicando que é possível a impenhorabilidade decorrente de ato de vontade. Trata-se de um *pacto de impenhorabilidade* expressamente previsto, inclusive, no referido dispositivo legal (convenção típica)⁷⁶⁷.

Como um negócio processual, somente as partes que estabeleceram o contrato é que estarão vinculados a ele, não podendo afetar terceiros, em relação a quem a cláusula não será oponível⁷⁶⁸. Não cabe, aqui, se falar em negócio jurídico unilateral em que uma parte, em certa relação jurídica, adverte que em caso de uma eventual execução outros bens, além daqueles legalmente impenhoráveis, também estariam excluídos da responsabilidade patrimonial⁷⁶⁹. Esse tipo de convenção, sem dúvidas, pode afetar a efetividade da tutela

⁷⁶⁷ MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do Código de Processo Civil de 2015. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC: direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 581-582.

⁷⁶⁸ “Do mesmo modo que, através de um negócio jurídico, os respectivos figurantes podem constituir gravame real e, assim, predeterminar coisa à satisfação de determinado crédito, mostra-se lícito estipular o contrário, pré-excluindo de futura execução determinado bem. Trata-se de impenhorabilidade relativa, visto que o ajuste não envolve pessoas alheias ao pacto. Não há registro de negócios dessa espécie.” ASSIS, Araken de. Manual..., cit., 338. Já decidiu o STJ: [...] 2. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de penhora de título patrimonial do Iate Clube do Rio de Janeiro, em autos de cumprimento de sentença proposta por credor não sócio, quando o estatuto da referida associação desportiva prevê a regra de impenhorabilidade. 3. O pacto de impenhorabilidade previsto no art. 649, I, do CPC/1973 está limitado às partes que o convencionaram, não podendo envolver terceiros que não anuíram, salvo exceções previstas em lei. 4. Na hipótese, o pacto de impenhorabilidade de título patrimonial, contido explicitamente em estatuto social do clube desportivo (art. 4º, § 1º), não pode ser oposto contra o exequente/credor não sócio. 5. Recurso especial não provido. RESP 1475745/RJ - Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva - 3ª Turma do STJ - j. em 24/04/2018

⁷⁶⁹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. Tese. Doutorado em Direito. PUC-SP. 2016. p. 69; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 536: “O pacto de impenhorabilidade constitui negócio

executiva ao reduzir a quantidade de bens expropriáveis mas, se outros houver outros bens que possam garanti-la não haverá, necessariamente, nulidade dessa cláusula⁷⁷⁰.

7.4.2 Convenções processuais de renúncia à impenhorabilidade

Uma outra hipótese de convenção processual sobre a penhora de um bem é a instituição de um direito real de garantia, especialmente a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia. Nesses casos, ocorre uma renúncia à impenhorabilidade - do bem de família - que decorre da própria estipulação convencional, referendado pela lei (nesse ponto, para que não houvesse qualquer tipo de dúvida a respeito da validade da garantia real e da impossibilidade de alegação da impenhorabilidade do bem de família). Quando estabelecida a garantia real sobre o bem, determina o art. 835, § 3º, do CPC, que a penhora deverá recair sobre o bem dado em garantia real, o que, em verdade, restringe a responsabilidade patrimonial do executado ao bem que foi dado em garantia, embora permaneça a responsabilidade geral do executado caso a alienação do bem não seja suficiente para quitar o débito. Muitas vezes, o bem que foi dado em garantia carece de liquidez, sendo válida a convenção contratual que mesmo havendo uma garantia real, afaste a incidência do art. 835, § 3º, para que esta recaia, por exemplo, sobre dinheiro ou aplicações financeiras.

Outra situação que pode ser convencionada é estabelecer que, em caso de execução, eventual penhora recaia sobre um determinado bem imóvel, sem que tenha sido instituída qualquer garantia real - hipoteca - sobre o referido bem. Seria uma espécie de crédito com garantia real sem eficácia de direito real de garantia⁷⁷¹. Além de ser uma forma de acelerar o processo de execução, pois a penhora recairia diretamente sobre o bem designado pela convenção, também há benefícios no que diz respeito aos custos para instituir uma hipoteca, por exemplo.

Por conseguinte, admite-se a convenção processual em relação ao bem de família de modo geral, eis que dentro da esfera de disponibilidade da parte, devendo, somente se atentar o credor-exequente de providenciar a anuência de todos aqueles que eventualmente poderiam

jurídico típico, expressamente admitido pelo art. 833, I, do CPC/15. Esse dispositivo inclusive fala de “ato voluntário” a declarar bens “não sujeitos à execução”, o que faz subentender a possibilidade dessa ampliação das hipóteses de impenhorabilidade poder ser feita tanto unilateralmente pelo próprio credor ou exequente quanto de forma convencional.”

⁷⁷⁰ BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Dissertação (Mestrado). UFSC. Florianópolis. 2017. p. 321.

⁷⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, vol. 5, cit., p. 842.

alegar a impenhorabilidade do bem de família. Nessa perspectiva, critica-se a visão ainda restrita do STJ em entender que a garantia outorgada por terceiro, renunciando à proteção legal, somente é válida caso haja reversão em benefício da família, o que representa um retrocesso à tutela do crédito a que faz jus o credor-exequente.

Um outro aspecto que pode ser analisado é a possibilidade de estabelecer convenções sobre bens que seriam, por lei, impenhoráveis. Tais convenções, em verdade, não são uma novidade, mas tem sido praticadas com certa frequência. Um exemplo é a possibilidade de desconto em folha de pagamento de dívidas que não se enquadram na exceção legal (crédito alimentar e valores que excedam a 50 (cinquenta) salários mínimos).

O acordo no qual o executado autoriza que o débito seja adimplido com o desconto em folha de pagamento excepciona a regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial. Há de se respeitar, somente, uma reserva para que o executado não fique desprovido de recursos para a manutenção da sua vida e de sua família.

Ressalte-se, inclusive, que algumas decisões judiciais já vinham se valendo desse expediente, determinando a penhora de um percentual das verbas de natureza salarial mesmo em casos não excepcionados pela lei. O argumento utilizado pelas Cortes é no sentido de que, diversamente do que dispunha o CPC/73, o diploma processual atual não menciona que os bens arrolados no art. 833, são “absolutamente impenhoráveis”, mas somente “impenhoráveis”, de modo que poderiam comportar outras exceções que não aquelas autorizadas por lei. Passa-se, então, a permitir uma flexibilização da regra de impenhorabilidade. O STJ recentemente tem referendado tais decisões judiciais, permitindo a penhora de um percentual do salário que não comprometa a sobrevivência e dignidade do devedor e sua família, com fundamento, também, no direito do exequente em receber seu crédito⁷⁷².

Dessa forma, é válida a convenção processual que permite a penhora de percentual de verba de natureza salarial respeitando, contudo, o limite definido por lei, nos termos do art. 529, § 3º, do CPC, que deve ser considerado o limite prudencial para evitar o superendividamento do devedor, comprometendo a sua subsistência.

7.4.3 Convenções processuais sobre fraude à execução

⁷⁷² "AgInt nos EDcl no AREsp 1389818/MS - Rel. Min. Sérgio Kukina - 1ª Turma do STJ - j. em 04.06.2019 - DJe 07.06.2019. AI 0030892-23.2019.8.19.0000 - Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRJ - Rel. Des. Regina Lúcia Passos - j. em 23.07.2019.

Um outro aspecto relacionado com a responsabilidade patrimonial é o sistema de fraudes ao direito dos credores. Sem aprofundar o tema, que refugiria aos propósitos dessa tese, o sistema de fraudes se compõe, basicamente, de dois institutos: i) fraude contra credores e ii) fraude à execução.

A fraude contra credores é regulada no âmbito do direito material embora possa ter reflexos na execução. Consiste na prática de atos pelo devedor insolvente - ou que com a prática de tais atos tenha se tornado insolvente - que acabam reduzindo a sua esfera patrimonial frustrando o direito de crédito dos credores quirografários. Para a caracterização da fraude contra credores é preciso que se encontrem presentes os elementos objetivo (*eventus damni*) e subjetivo (*consilium fraudis*).

São atos lesivos aos direitos do credor quirografário: i) negócios gratuitos de transmissão de bens, como a doação (art. 158, do CC); ii) remissão de dívidas (art. 158, do CC); iii) outorga de direitos preferenciais (art. 163, do CC); iv) pagamento antecipado de dívidas (art. 162, do CC) e v) contratos onerosos celebrados pelo devedor (como mútuo, compra e venda, etc.).

Além da prática de tais atos, é preciso demonstrar a intenção de fraudar os direitos dos credores quirografários, que é o *consilium fraudis*. Nos negócios gratuitos e de remissão de dívidas, diante da benevolência do agente, a intenção de lesar os direitos é presumida, o que não ocorre, por exemplo, nos negócios onerosos, em que deve haver a prova da intenção de prejudicar os credores para que este seja desconsiderado.

De acordo com a sistemática do Código Civil, os atos praticados com fraude contra credores são anuláveis (art. 171, II, do CC), diversamente do que ocorre com a fraude à execução, que afeta o negócio jurídico no plano da eficácia, e não da validade, como ocorre com a fraude contra credores⁷⁷³. Essa solução se revela inadequada a luz do sistema pátrio, na medida em que pela anulação de um negócio jurídico, as partes retornam ao *status quo ante*, respeitados eventuais efeitos já consolidados no tempo. Se fosse aplicada essa solução à

⁷⁷³ Nesse sentido, a doutrina: “Daí terem surgido vozes, mais recentemente, propugnando por uma nova postura de interpretação do Código Civil no tema da ação pauliana, encaminhando-a para o plano da *ineficácia* (ou inoponibilidade) em lugar do equivocado tratamento de *anulabilidade* indicado pela literal disposição de lei. [...] Pensamos que esta nova postura, que já vem provocando significativos reflexos na jurisprudência, é a que merece prosperar.” THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. III. tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 378. Na jurisprudência: [...] 1. Se, por um lado, é correta afirmar a inexistência de fraude à execução, posto que no momento da lavratura da escritura de venda inexistia execução ajuizada contra vendedora, dívidas não pairam, por outro, que por configurada se tem a fraude a credores, uma vez que o devedor, ao vender o seu único bem, tornou-se insolvente, o que impossibilitou ao credor exercer o direito de receber as parcelas locativas inadimplidas. 2. Decisão correta, na forma e no conteúdo, que integralmente se mantém. [...] AC 0131215-48.2010.8.19.0001 - Rel. Des. José Carlos Maldonado de Carvalho - 1ª CC do TJRJ - j. em 19/11/2013

anulação do negócio fraudatório, o bem retornaria para o patrimônio do devedor, o que não acontece. Em verdade, reconhecida a fraude, o bem não retorna à esfera patrimonial do devedor mas fica à disposição do credor, que poderá fazer incidir sobre o bem os atos executivos. Esse desacerto do legislador em relação às consequências da fraude contra credores não foi replicado na ação revocatória falimentar (art. 129 e segs. da Lei 11.101/2005) e nem na fraude à execução, cujo reconhecimento gera a ineficácia do ato (fraudatório) perante o credor prejudicado⁷⁷⁴. É uma perspectiva mais correta, na medida em que normalmente tais negócios jurídicos não possuem qualquer defeito em relação à manifestação de vontade ou exigência formal (ao contrário, são negócios hígidos) mas, diante da fraude, não surtem efeito em relação a quem foi prejudicado pelo negócio jurídico. Assim, é possível fazer incidir a penhora sobre o referido bem, pois seria como se o bem permanecesse no patrimônio do devedor.

Um outro ponto é que o reconhecimento da fraude contra credores depende do ajuizamento de uma ação específica para tanto - a ação pauliana. A jurisprudência também é refratária ao reconhecimento da fraude contra credores por outro mecanismo processual - embargos de terceiro, por exemplo - o que representa um desserviço à efetividade do processo e instrumentalidade das formas⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Esclarece Humberto Theodoro Jr.: “Embora sob rótulos diversos, todos os mecanismos de repressão à fraude opera da mesma maneira: recolocam o bem alienado pelo devedor no acervo sobre o qual o credor irá fazer atuar seu direito. Mesmo no caso da pauliana, o que dia a lei é que, anulado o ato fraudulento, o bem alienado não voltará ao patrimônio do devedor, mas im ao questionado acervo que responde pela execução dos direitos de seus credores (CC, art. 165). Este também é o critério da Lei de Falências, na ação revocatória, e do Código de Processo Civil, na fraude de execução. Desta maneira, pouco importa o rótulo que se dê ao fenômeno jurídico numa e noutra situação. Se causa, meio e efeitos são os mesmos, não há como recusar identidade à natureza de todos eles. Pode-se, sem medo de erro, concluir que a fraude contra credores, revocatória falimentar e fraude de execução representam simples variações de um só fenômeno e todas correspondem, na moderna técnica da patologia do negócio jurídico, a causa de ineficácia relativa, mesmo que impropriamente o legislador, em algum caso, fale em anulabilidade.” THEODORO JR., *idem.*, p. 387-388.

⁷⁷⁵ REsp 710.810/RS - Rel. Min. João Otávio de Noronha - 4º Turma do STJ - j. em 19/02/2008. Na doutrina: LAMY, Eduardo de Avelar. Artigo 679 [comentário]. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016. Outro setor da doutrina alerta para a necessidade de repensar esse posicionamento, já que a incompatibilidade procedimental anteriormente existente não subsiste no CPC/2015: “No CPC/2015, desapareceu a incompatibilidade procedimental que existia no CPC/1973, uma vez que, de acordo com o dispositivo em destaque [art. 679], após o prazo da contestação, os embargos assumem o procedimento comum. No código anterior, os embargos de terceiro se processavam pelo procedimento cautelar. Nada obsta, assim, que seja apresentada reconvenção pelo embargado, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 343 (conexão com ação principal ou fundamento da defesa, competência absoluta do juízo e compatibilidade procedimental. 2.1. De acordo com a Súmula 195 do STJ, não se anula ato jurídico por fraude contra credores em embargos de terceiro. A razão de ser desse verbete é que a alegação de fraude contra credores demanda ação própria, denominada revogatória ou pauliana, a qual também se processará pelo procedimento comum e é evidentemente conexa à discussão que se trava no âmbito dos embargos de terceiro. Resta superada, por esse raciocínio, a orientação consubstanciada na Súmula 195 do STJ.” GAJARDONI, Fernando et al. *Processo...*, *cit.*, p. 1155; GUEDES, Jefferson Carús. Artigo 679 [comentário].

Por fim, diante da consequência definida pela lei, há prazo para o ajuizamento da ação pauliana, conforme dispõe o art. 178, II, do CC, de natureza decadencial, de 4 anos, a contar da data em que se realizou o negócio jurídico. Nesse ponto, verifica-se que pode haver a frustração dos direitos dos credores quirografários pois, a depender da natureza do negócio fraudatório, a descoberta do pacto pode ocorrer após ter transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da demanda. Sobre o tema, em se tratando de bem imóvel sujeito a Registro Público, o início do prazo decadencial inicia-se com a data do registro, momento em que haverá publicidade acerca da transação⁷⁷⁶. Mas se for outro tipo de bem, como um bem móvel não sujeito a algum tipo de registro público, o credor provavelmente amargurará o decaimento de seu direito. Na fraude contra credores, a jurisprudência também tende a proteger o terceiro de boa-fé, o que acaba, muitas vezes, inviabilizando a tutela dos direitos do credor⁷⁷⁷.

A fraude à execução, por sua vez, ocorre quando já existe uma demanda em andamento e, no curso dessa demanda, o devedor pratica atos que venham a frustrar o direito do exequente. Dessa forma, na fraude à execução, além de violar direitos do credor, influenciará a efetividade das decisões do Poder Judiciário⁷⁷⁸. Por esse motivo, também, as sanções que decorrem do reconhecimento da fraude à execução são mais drásticas do que no caso da fraude contra credores.

In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 994

⁷⁷⁶ Assim, o entendimento do STJ: “[...] 1. O Tribunal a quo consignou, com base na documentação acostada aos autos, que não se caracterizou a má-fé do ora recorrido. Rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a revisão do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal. 2. Inviável o reconhecimento da fraude contra credores no bojo de embargos de terceiro, sendo necessária a sua investigação e decretação na via própria da ação pauliana ou revocatória (REsp 471.223/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174). 3. Aplica-se à hipótese o princípio da sucumbência, uma vez que o embargado resistiu à pretensão meritória deduzida na inicial e não obteve êxito. Incidência da súmula 303 do STJ afastada. 4. Agravo regimental não provido.” AgRg no AREsp 347562/RJ - 4ª Turma do STJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - j. em 19/09/2013.

⁷⁷⁷ REsp 1100525/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma do STJ, j. em 16/04/2013; REsp 1145542/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma do STJ, j. em 11/03/2014.

⁷⁷⁸ “Eis a distinção: se não há qualquer ação judicial em curso, mas o ato prejudica quem possui algo a receber de quem negociou, estamos diante de fraude a credores. Caso já exista ação judicial, na qual se cobre algo do devedor e sobrevém negócio que comprometa o seu patrimônio, haverá fraude à execução. Veja-se que, nesta hipótese, a afronta é também ao Poder Judiciário, que terá maior dificuldade em solucionar o litígio, pois o ato visa esconder o patrimônio do devedor já cobrado judicialmente, estorvando a satisfação do credor. O ato realizado em fraude à execução é considerado ineficaz em relação ao credor lesado. Isso significa que o credor está autorizado a pedir o leilão do bem negociado em fraude à execução para satisfazer seu crédito, independente do fato de o devedor o ter entregue a outra pessoa. O negócio de transmissão é, para o credor prejudicado, inválido e essa situação pode ser reconhecida no próprio processo em curso.” NEVES, José Roberto de Castro Neves. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 306-307.

Primeiramente, como já mencionado acima, a fraude à execução leva ao reconhecimento da ineficácia do negócio fraudatório. Assim, o ato continua válido, mas não surtirá efeitos em relação ao credor prejudicado. Por conseguinte, este pode requerer a penhora e alienação do bem transacionado de forma fraudatória. Além disso, o reconhecimento da fraude pode ocorrer no curso do processo, mediante requerimento da parte interessada, por meio de simples petição, indicando que estão presentes os requisitos da fraude. Ainda, a fraude configura ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o magistrado impor multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado da execução, o qual reverterá em favor do exequente (art. 774, I e parágrafo único, do CPC).

O art. 792, do CPC, indica as hipóteses que configuram fraude à execução. São casos em que o bem do executado é alienado (por meio qualquer tipo de transação, onerosa ou gratuita) ou onerado (instituindo-se uma garantia real, por exemplo). O primeiro caso diz respeito à demanda com fundamento em direito real ou com pretensão reipersecutória (em que pretende a entrega ou devolução de um bem) que tenha sido averbada em registro público de bens, caso existente. A segunda hipótese é no caso do credor ter requerido a certidão de admissibilidade do processo e averbar essa certidão junto ao registro público de bens do devedor (art. 828, do CPC) e o bem for alienado ou onerado posteriormente. A terceira hipótese ocorre quando quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial (como, por exemplo, arresto ou sequestro) originário do processo onde foi arguida a fraude. O inciso IV, do art. 792, do CPC, tipifica a fraude quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência. A lei também pode estabelecer outras condutas que impliquem em fraude à execução (art. 792, V, do CPC).

A configuração da fraude à execução (e também da fraude contra credores) esbarra na proteção do terceiro adquirente. Como o negócio realizado envolve sempre um terceiro, alheio à relação jurídica entre credor e devedor, os seus interesses também acabam influenciando a decisão acerca dos efeitos que podem ser sofridos por ele quando ocorre o reconhecimento da fraude⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ Assim: “O que se percebe, hoje, é que a análise da ocorrência ou não de fraude de execução, na situação concreta, exige que se leve em consideração não só a situação jurídica do credor e do devedor, mas também a do terceiro adquirente.” ARAGÃO, Evaristo; MEDEIROS, Maria Lucia L. C. de. A fraude de execução e o terceiro adquirente. SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ccord.). *Processo de Execução*. São Paulo: RT. 2001. p. 344.

Nessa senda, o CPC/2015 tentou aperfeiçoar o sistema de fraude à execução, ponderando os interesses do exequente e do terceiro, muito influenciado pela posição protetiva ao terceiro de boa-fé que prepondera na jurisprudência pátria. Exemplo dessa situação é o disposto na Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Assim, pelo teor da Súmula, é ônus do credor resguardar-se em face de terceiro contra eventual transferência do bem, por meio da averbação do ato de constrição ou da existência da demanda junto aos bens do executado. Além disso, permite-se ao credor provar não a má-fé do terceiro adquirente (porque não se trata de um requisito específico da fraude à execução) mas que este tinha condições de ter conhecimento de que havia uma demanda em andamento em face do alienante que poderia reduzi-lo à insolvência, tomando as medidas necessárias nesse sentido (com a extração de certidão do cartório distribuidor do local do imóvel e do domicílio do alienante, por exemplo)⁷⁸⁰. Com essa medida, busca-se equilibrar os interesses do credor em ver a sua obrigação satisfeita, mas também se imprimiria maior segurança jurídica ao terceiro adquirente de um bem⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ “O que se quer demonstrar é que, mesmo naquelas hipóteses que envolvem alienação de imóvel penhorado, nas quais, para configuração da fraude nem sequer é necessária a demonstração da insolvência, tem-se procurado resguardar, em defesa da *segurança jurídica*, a situação do terceiro adquirente de boa-fé, impondo ao credor, para sua maior garantia, o ônus de fazer registrar a penhora e dessa forma evitar que terceiros aleguem desconhecimento. Estando registrada a penhora, opera-se a presunção *júris et de jure* contra o adquirente; não tendo havido o registro, o ônus da prova de que o adquirente tinha conhecimento do ato de constrição é do credor.

No caso de inexistir penhora, mas de já estar em curso demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, também é do credor o ônus de provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda ou poderia ter tido, caso tivesse tomado todas as cautelas normais que se poderiam exigir de um homem de padrão médio no ato da celebração de um contrato de compra e venda imobiliária - ou seja, a obtenção de certidões negativas em nome dos vendedores e não de eventuais sociedades de que pudessem fazer parte.” ARAGÃO; MEDEIROS, op. cit. p. 355.

⁷⁸¹ “A exigência do registro da penhora justifica-se como meio de ser evitado que terceiro de boa-fé, na certeza de estar fazendo um bom negócio, invista os seus recursos na aquisição de um bem imóvel que poderá perder, isso por força de um processo cuja existência nem sempre tem condições de conhecer. É o que acontece, por exemplo, quando os atos de excussão da execução por quantia certa são realizados através de carta precatória. De outra parte, justifica-se a exigência do registro da penhora sob a ótica do credor, que tem a expectativa de, obedecendo rigorosamente aos trâmites processuais, vir a obter a satisfação do seu crédito após a realização da praça. Induvidosamente, a pretensão do credor não deverá violar direito de terceiro que não participa da relação processual e, tampouco, da relação de direito material de débito e crédito. Neste momento exsurge o valor, inestimável, do registro da penhora no álbum imobiliário. O registro da penhora atende aos princípios que nortearam a reforma processual. Visou, em primeiro plano, à efetividade da justiça, pois, não raras vezes, o credor realiza a hasta pública e, somente após a alienação judicial, vem constatar que o bem não mais pertence ao devedor, caso no qual, não restando caracterizada a fraude de execução, se torna necessário penhorar outros bens de propriedade do devedor e sobre eles processar novamente toda a arrematação (avaliação e hasta pública), o que redundaria em contramarcha do processo. O registro da penhora atende, outrossim, à agilização do processo, evitando o ajuizamento de outra ação, mais especificamente os embargos de terceiro, opostos por aquele que - não sendo parte no processo de execução - sofra turbação ou esbulho na posse de seu bem imóvel; primando,

Considerando o disposto no art. 792, I a III, do CPC, verifica-se que há necessidade de conferir publicidade acerca da existência de um processo em face do proprietário do bem, ou da prática de algum ato de contração desse bem (se sujeito a registro). Já no caso do inciso III, tem-se a situação mais complexa, pois tal hipótese de fraude à execução é a que se revela bastante comum, frustrando os direitos do exequente pois, ao tentar encontrar bens do executado, verifica serem esses inexistentes tendo, contudo, havido a alienação do bem no curso da demanda.

Para a configuração da fraude, por esse dispositivo, é importante que sejam preenchidos alguns requisitos: i) existência de demanda em andamento (seja de conhecimento ou de execução) com a citação do devedor (que é o momento em que este terá ciência da existência de uma demanda que pode reduzi-lo à insolvência); ii) estado de insolvência do executado, entendido como ausência de bens suficientes para fazer frente às obrigações do executado, de modo que seu passivo é maior que o seu ativo. A ausência de bens a serem penhorados é indicativo do estado de insolvência do executado; iii) a má-fé do terceiro⁷⁸².

A má-fé do terceiro adquirente é mais complicado de demonstrar. É preciso, primeiro, saber se a transferência foi onerosa ou gratuita, pois no segundo caso, como somente houve o decréscimo da esfera patrimonial do executado e aumento, sem correspondente, do patrimônio do terceiro adquirente, o indicativo é que houve má-fé por parte do terceiro. Assim, preenchidos os requisitos acima mencionados e tendo a transação ocorrido a título gratuito, é presumida a má-fé do terceiro adquirente.

Caso o negócio tenha sido oneroso, mediante correspondente, por meio de contrato de compra e venda, permuta, cessão onerosa de direitos, etc., é preciso estabelecer alguns parâmetros para a definição, de forma objetiva, da má-fé do terceiro: a) bem não sujeito a qualquer tipo de registro público; b) bem sujeito a registro e que se encontrava no nome do devedor-alienante no momento em que se procedeu à sua constrição patrimonial; c) bem sujeito a registro e que estava em nome do terceiro no momento da sua constrição patrimonial⁷⁸³.

Na primeira hipótese, deve-se valer do disposto no § 2º do art. 792. Nesse caso, se o bem alienado ou onerado não estiver sujeito a registro público, é ônus do terceiro adquirente

também, por evitar a instalação de incidentes processuais, como o de reconhecimento de ineficácia do ato de alienação, na hipótese do incidente de fraude de execução, ou dos correspondentes recursos cabíveis na espécie.” ANDRIGHI, Fátima Nancy. O registro da penhora e a reforma do CPC. *Revista de Processo*, vol. 80, 1995, São Paulo, versão on line.

⁷⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos..., *cit.*, p. 87-88.

⁷⁸³ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *idem*, p. 88-89.

comprovar que tomou as cautelas necessárias para evitar a configuração de fraude à execução. Para isso, deve retirar as certidões pertinentes no local de domicílio do vendedor e do local em que se encontra o bem.

Na segunda situação, tendo o terceiro sido inerte na sua atuação, essa circunstância deveria pesar contra o terceiro, que foi negligente com ao não efetivar o registro do negócio jurídico. Essa é a interpretação que pode ser extraída do art. 792, § 2º, do CPC, *a contrario sensu*, e arts. 54, parágrafo único e 55, da Lei 13.097/2015⁷⁸⁴.

A última hipótese é aquela em que houve o registro do bem, seja por terceiro, seja pelo exequente, do qual duas situações podem emergir: i) se o terceiro procedeu ao registro do bem em seu nome e não havia qualquer informação acerca da existência de demanda em face do alienante, essa situação induz a sua boa-fé; ii) se o exequente averbou a ação ou qualquer outro ato nela contido, há presunção de fraude à execução em desfavor do terceiro adquirente que, pelo princípio da publicidade, conferindo efeito *erga omnes*, sabia da existência da referida demanda ou ato e, portanto, assumiu o risco de vir a perder o bem adquirido.

Mesmo com essa digressão, a tendência jurisprudencial é que, se a demanda é sujeita a averbação em registro de bens do devedor, mas não foi averbada, é ônus do exequente provar que o terceiro adquirente sabia da sua pendência e de seus riscos, conforme o determinado na Sumula 375 do STJ, anteriormente referida⁷⁸⁵.

Além disso, nos termos do art. 792, § 4º, do CPC, o juiz, antes de decidir acerca da ocorrência de fraude à execução, deve intimar o terceiro adquirente para, no prazo de 15 dias, opor embargos de terceiro, se assim desejar. Trata-se de prazo de natureza decadencial, em que o juiz "provoca" a intervenção de terceiros com o intuito de trazer aos autos argumentos para impedir o reconhecimento da fraude e a constrição do referido bem. Não está claro,

⁷⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *idem*, p. 90.

⁷⁸⁵ Nesse sentido, DIDIER JR. et al., Curso..., v. 5, cit., p. 413. Na jurisprudência do STJ: [...] 1. A Corte Especial deste Tribunal Superior, ao apreciar o REsp n. 956.943/PR, cujo Relator para a lavratura do acórdão foi o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 1º/12/2014, firmou as seguintes teses, com fulcro no art. 543-C do CPC/1973: i) a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova; e ii) inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC/1973. 2. Na hipótese, o Tribunal de origem destoou do entendimento do STJ e, antecipando-se à análise de questão de mérito dos embargos de terceiro, acerca da apontada fraude à execução, reformou decisão de saneamento do processo que se limitou a estabelecer o ônus da prova, sob o fundamento de que estava demonstrada a fraude, sendo ônus dos embargantes, ora agravados, a comprovação da sua boa-fé. Assim, de rigor a reforma do acórdão recorrido, com o consequente restabelecimento da decisão interlocutória de primeiro grau, que se alinha à jurisprudência deste Tribunal. 3. A interposição de recursos não implica em "litigância de má-fé nem ato atentatório à dignidade da justiça, ainda que com argumentos reiteradamente refutados pelo Tribunal de origem ou sem alegação de fundamento novo". Precedente. 4. Agravo interno desprovido. AgInt no AREsp 1285459/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma do STJ, j.09/09/2019

contudo, se esse prazo impede a oposição de embargos de terceiro após a constrição ou se ele se refere, somente, a esse momento anterior à constrição. De acordo com o disposto no art. 675, do CPC, "os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta."

Sobre essa questão há quem entende que o prazo é, de fato, preclusivo, pois tal norma teria diria respeito a uma situação específica: com o requerimento para recolhimento da fraude à execução e, havendo um terceiro identificado, o juiz deve intimá-lo para apresentar suas alegações por meio de embargos de terceiro e, se houver omissão do terceiro, a questão estará preclusa para este, não podendo mais apresentar embargos de terceiro posteriormente⁷⁸⁶. Por outro lado, há entendimento no sentido de que esse prazo somente se aplica para os embargos de terceiro preventivo, que antecede ao ato de constrição, não sendo aplicável aos embargos que podem ser opostos após o ato de constrição⁷⁸⁷.

Embora mais drástica, a primeira solução parece mais correta com o fim de evitar os prolongamentos intermináveis do processo de execução que acabam por frustrar os direitos do exequente.

Visto o panorama da fraude à execução, a qual interessa mais de perto para o objeto dessa tese, verifica-se que o fato de os atos fraudulentos envolverem um terceiro dificulta a celebração de convenções processuais acerca da temática, diante do princípio da relatividade que orienta as convenções processuais.

Além disso, as hipóteses elencadas pela legislação como caracterizadoras da fraude à execução são atos atentatórios à dignidade da justiça e configuram - por conseguinte - aspecto de incidência do princípio da boa fé nas relações processuais.

⁷⁸⁶ "Ora, o art 792, § 4º, cria uma regra especial para o prazo decadencial para a dedução da pretensão excludente do terceiro, ou seja, caso não o faça, não poderá mais, com esse remédio processual, rescindir a decisão judicial fez a constrição sobre o bem do qual seria possuidor ou proprietário. Destarte, uma vez intimado e integrando o referido incidente processual cognitivo que reconhecer o desfalque patrimonial em fraude à execução, tal interlocutória será de mérito e sobre essa questão fará coisa julgada material, devendo o terceiro discutir, por ação própria contra o devedor, os direitos que da evicção lhe resultam." ABELHA, Marcelo. *Manual...*, cit., p. 130.

⁷⁸⁷ "A assinação do prazo de quinze dias, no art. 792, § 4.º, dificilmente abre tempo hábil para o terceiro postular, o juiz ouvir o exequente e decidir a respeito; porém, parece lícito entender que o prazo é para os embargos de terceiro preventivos. Assim, a ulterior constrição do bem autoriza a oposição dos embargos de terceiro, agora com função repressiva, harmonizando o art. 792, § 4.º, com o art. 675, caput, segundo o qual os embargos podem ser opostos até cinco dias após os atos de expropriação." ASSIS, Araken de. *Manual...*, cit., versão on line.

Entende-se, portanto, que não seria possível convencionar outras hipóteses de fraude à execução a despeito das previstas pelo art. 792, do CPC e nem afastar, por exemplo, a incidência da Súmula 375 do STJ, pela exata situação de que o reconhecimento da fraude envolver o direito de terceiro⁷⁸⁸. A única solução, para eventualmente sustentar essa possibilidade, seria com a averbação, no registro de bens do devedor, da própria convenção processual, para evitar que haja a alegação de boa-fé do terceiro adquirente.

CAPÍTULO 8 - CONVENÇÕES PROCESSUAIS ACERCA DOS RITOS EXECUTIVOS

8.1. Generalidades

O legislador estabeleceu ritos a serem seguidos pelos participantes do processo de execução. No presente capítulo, serão apresentadas as características principais dos ritos bem como a possibilidade estabelecimento de convenções processuais atípicas, sem naturalmente pretender esgotar o tema e nem analisar os procedimentos executivos de forma profunda, por fugir do tema do presente trabalho.

Em relação à natureza do título executivo, dividem-se os procedimentos em i) cumprimento de sentença, quando se trata de título executivo judicial e ii) processo autônomo de execução, no caso de título executivo extrajudicial.

Já no que diz respeito à natureza das obrigações, a execução se subdivide em: i) pagar quantia certa contra devedor solvente; ii) obrigação de fazer; iii) obrigação de não fazer; iv) obrigação de entrega de coisa.

Além desses procedimentos executivos, existem os procedimentos especiais, que buscam resguardar um crédito específico ou alguma parte da relação processual. São os denominados procedimentos executivos especiais porque algumas peculiaridades alteram o rito estabelecido para a cobrança de tais obrigações em geral. Se encontram nessa situação a execução de obrigação alimentar, a execução fiscal, a execução contra a Fazenda Pública

⁷⁸⁸ Em sentido contrário, entendendo possível convenção processual sobre hipóteses de fraude à execução, afastamento do teor da Súmula 375 do STJ ou impor o ônus da prova da boa-fé ao terceiro, AURELLI, *cit.*, p. 58.

(entendido como União, Estados, Municípios, Distrito Federal, bem como as autarquias e fundações públicas dos referidos entes), a execução contra devedor insolvente, etc.

Em relação à execução de obrigação alimentar, a especialização é decorrente da possibilidade de utilização da prisão civil do executado como medida coercitiva indireta. Essa medida somente pode ser utilizada em relação às três prestações que antecedam o ajuizamento da demanda e a todas que se vencerem no curso do referido processo (art. 528, § 7º, do CPC e Súmula do STJ n. 309). Essa limitação temporal é decorrência da necessidade de adequar a limitação à liberdade do executado - exceção no sistema pátrio - e a urgência no recebimento da verba de natureza alimentar. Existe, também, a previsão do desconto em folha de pagamento (art. 529, do CPC), quando o devedor tiver vínculo empregatício ou for servido público, militar ou perceba algum benefício previdenciário. Inclusive, trata-se do mecanismo preferencial para o cumprimento da obrigação alimentar. Por fim, ainda existe a previsão de constituição de capital, revertendo a renda para o pagamento de prestação alimentícia (art. 533, do CPC).

A Fazenda Pública tem uma série de prerrogativas processuais e na execução não seria diferente. Seja na posição de credora, seja na de devedora, o legislador estabeleceu um procedimento diferenciado quando se trata de Fazenda Pública. Na posição de credor, a Lei 6.830/80 regula a execução fiscal, que possui regras distintas em relação ao procedimento de execução para pagamento de quantia certa “comum”. Como devedor, diante da característica da impenhorabilidade - como regra - de bens públicos, houve a necessidade de especializar o procedimento para substituir o ato de penhora e posterior alienação do bem para um outro mecanismo. Assim, em sendo a Fazenda Pública executada, o pagamento da dívida ocorre por meio de precatório ou de requisição de pequeno valor (RPV). O primeiro é uma lista elaborada pelo Poder Judiciário e incluída na lei orçamentária (art. 100, CF), já o segundo, possui um limite (até 60 salários mínimos para a União, 40 salários mínimos para o Estado e DF e 30 salários mínimos para Municípios, art. 97, § 12º, ADCT).

Com a flexibilização procedimental que pode ser feita pelo magistrado (art. 139, VI, do CPC) ou pelas partes, por meio de convenções processuais, questiona-se a utilidade dos procedimentos especiais por meio de tipos estabelecidos previamente pelo legislador. Nesse sentido, explicam Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁸⁹:

⁷⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 103.

O destino dos procedimentos especiais executivos, cuja quase totalidade diz respeito à execução por quantia (execução de alimentos, execução fiscal, execução de cédula de crédito bancário etc.), é ainda mais indefinido, tendo em vista as incertezas sobre como o art. 139, IV, CPC será concretizado pelos Tribunais. Os negócios jurídicos processuais atípicos na execução tendem, de igual modo, a esvaziar os procedimentos especiais executivos.

Se a concretização for na linha de ampliação dos poderes do juiz, haverá um esvaziamento da necessidade de procedimentos especiais executivos, tendo em vista a possibilidade de o juiz poder reconfigurar o procedimento comum executivo por quantia certa, para torná-lo mais eficaz e efetivo; se a concretização for na linha da aplicação apenas subsidiária desse poder, remanescerá a necessidade de procedimentos especiais executivos, exatamente para dar um tratamento diferenciado a alguns credores (bancos, Fisco, alimentando, p. ex.) ou devedores (Fisco, p. ex.).

Voltando aos procedimentos executivos “comuns”, é possível identificar, em cada um deles, duas fases: a) a primeira, oportunizando ao executado o cumprimento espontâneo da obrigação e, diante do não cumprimento voluntário, passa-se à b) segunda, voltada ao cumprimento forçado da obrigação.

Uma vez estabelecida essa premissa, variarão os mecanismos para permitir o cumprimento voluntário da obrigação (prazos para o cumprimento e consequências do inadimplemento) e as condutas a serem tomadas no caso de descumprimento da primeira fase, voltadas ao cumprimento forçado, levando à mescla de meios coercitivos diretos e indiretos. Como visto anteriormente, a tendência é que sejam aplicados tanto meios coercitivos diretos quanto indiretos para levar ao cumprimento da obrigação, independentemente de sua natureza (se proveniente de título judicial ou extrajudicial ou se se trata de obrigação de pagar quantia, entrega de coisa, fazer ou não fazer). O que se busca com isso é garantir a efetividade do processo executivo.

Analisa-se, agora, de forma bastante breve, os procedimentos executivos “comuns” previstos no CPC/2015.

8.2 A tutela das obrigações de fazer e não fazer

Em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, haverá diferença na etapa inicial do procedimento - a de cumprimento voluntário da obrigação - a depender da natureza do título executivo.

No caso de cumprimento de sentença, por se tratar de uma fase do processo, o executado deverá, após requerimento do exequente⁷⁹⁰, ser intimado para cumprir a obrigação

⁷⁹⁰ A questão, como visto no capítulo 1, é polêmica, devendo prevalecer o entendimento de que é necessário o requerimento de intimação para o cumprimento da sentença. Sobre o tema v., dentre outros, BUENO, Cassio

(arts. 497 c/c 536, do CPC)⁷⁹¹. O prazo para esse cumprimento espontâneo poderá constar de convenção processual ou ser determinado pelo juiz, levando em consideração a natureza da obrigação a ser cumprida, devendo ser razoável⁷⁹² ou real⁷⁹³.

O juiz deve garantir a tutela específica da obrigação ou seu resultado prático equivalente (art. 497, do CPC)⁷⁹⁴, podendo se valer de medidas executivas típicas (mormente a multa periódica, art. 537, do CPC) e atípicas (art. 536, § 1º c/c art. 139, IV, do CPC). Na intimação, o magistrado já faz incidir a medida coercitiva que ele entenda adequada ao caso ou estabelecida pelas partes na convenção processual⁷⁹⁵.

Na obrigação de não fazer, é preciso identificar as suas três espécies: a) descumprimento instantâneo de efeitos permanentes; b) descumprimento contínuo ou reiterado; e c) descumprimento passível de desfazimento. O primeiro caso, o descumprimento operou-se em um único ato e não é possível a reversão dos seus efeitos, como na violação de sigilo profissional. Não é possível a tutela específica da obrigação, havendo sua conversão em perdas e danos. Na segunda hipótese, a conduta materializa-se de forma reiterada, como a venda de bens contrabandeados (se houve a venda, deverá arcar com os prejuízos sofridos pelo credor; devendo, de qualquer sorte, se abster de fazê-lo dali em diante, o que configura tutela específica, de natureza inibitória). No último caso, é possível o retorno ao *status quo ante*, como no exemplo do desfazimento de um muro que viola os direitos de vizinhança. Gera uma obrigação de desfazer (conduta comissiva) e ainda de indenizar eventuais danos causados, caso tenha agido por culpa⁷⁹⁶.

Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. X. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 350; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 824;

⁷⁹¹ Nem sempre, contudo, há necessidade de fixação de prazo para cumprimento da decisão. Tal circunstância depende da natureza da obrigação, pois se se tratar de obrigação de emissão de vontade, que pode ser substituída pela própria decisão. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...*, vol. 5, cit., p. 657.

⁷⁹² DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...*, vol. 5, cit., p. 624.

⁷⁹³ AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. t. II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 2260.

⁷⁹⁴ MEDINA, José Miguel. *Execução...*, cit., p. 604 e segs.; DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...*, vol. 5, cit., p. 599 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual...*, cit., p. 814 e segs.; ABELHA, Marcelo. *Manual...*, cit., p. 276 e segs.; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 174 e segs.; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. vol. II. Bologna: Il Mulino. 2011. p. 341 e segs.

⁷⁹⁵ O juiz, na hipótese, poderá agir de ofício (art. 536, do CPC).

⁷⁹⁶ HILL, Flávia Pereira. Comentários à execução de obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, jan.-jun, 2015, p. 171-172; AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. t. II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 2298 e segs.; ABELHA, Marcelo. *Manual...* cit., p. 293; GRECO, Leonardo. *Processo...*, vol. II, cit., p. 520 e segs.

A intimação para o cumprimento da obrigação dependerá da espécie de obrigação de não fazer, podendo incluir a ordem de não fazer, pura e simplesmente, sob pena de multa no caso de descumprimento ou, então, a intimação para desfazer o que não deveria ter sido feito, em prazo razoável, sob pena de multa.

Enquanto não cumprida a decisão, pode haver a modificação da medida aplicada para que se adeque os postulados da efetividade e menor onerosidade, equação nem sempre fácil de ser encontrada.

O art. 537, do CPC, trata da aplicação da multa periódica (*astreinte*), que é uma das principais medidas coercitivas indiretas aplicadas em relação ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. No estabelecimento da multa, o magistrado pode agir de ofício, podendo, também, modificar o valor e a periodicidade desta caso seja identificado que a multa aplicada seja i) insuficiente ou excessiva; e ii) tenha havido o cumprimento parcial da obrigação ou justifique o não cumprimento⁷⁹⁷. Embora a lei admita o cumprimento provisório da multa, o seu levantamento está condicionado ao trânsito em julgado da decisão que a fixou (art. 537, § 3º, do CPC). Alvo de críticas pela doutrina⁷⁹⁸, por não contribuir com a efetividade do processo, a restrição pode ser afastada por meio de convenção processual, por ser relativa a disponibilidade das partes.

O CPC indica, expressamente, que esse procedimento executivo também se aplica às obrigações de fazer ou não fazer de caráter não patrimonial. Assim, nos casos em que se discute, por exemplo, guarda e visitação de filhos⁷⁹⁹, integridade psico-física da vítima, direito à privacidade e intimidade, as medidas coercitivas também podem ser aplicadas.

⁷⁹⁷ O tema já foi tratado no capítulo 6, ao qual se remete o leitor.

⁷⁹⁸ "Entendemos que a solução tecnicamente mais adequada realmente seria permitir o levantamento da multa depositada logo após a preclusão desta matéria e independentemente da solução a ser dada ao objeto da ação. Isso porque, considerando-se que a multa cominatória possui natureza de Direito Público Processual, almejando compelir o executado a cumprir com uma ordem judicial, de se concluir que o seu deliberado descumprimento faz emergir o dever de arcar com o montante respectivo. O fato de a decisão judicial ser posteriormente revista não nos permite ignorar a conduta censurável adotada pelo executado de injustificadamente ignorar e "dar de ombros" para uma ordem judicial. Cabe ao executado manejar os instrumentos processuais disponíveis com vistas a rever a ordem judicial e/ou a imposição da multa, mas não descumpri-la deliberadamente. A chancela sistemática dessa postura desidiosa do executado vulnera a higidez de nosso sistema processual e fragiliza a efetividade do instituto da multa cominatória." HILL, Comentários..., cit., p. 189.

⁷⁹⁹ REsp 1.481.531/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 16/02/2017, aplicando multa (*astreinte*) de forma preventiva, no caso de eventual descumprimento imotivado do regime de visitação: "[...] 2. O direito de visitação tem por finalidade manter o relacionamento da filha com o genitor não guardião, que também compõe o seu núcleo familiar, interrompido pela separação judicial ou por outro motivo, tratando-se de uma manifestação do direito fundamental de convivência familiar garantido pela Constituição Federal. 3. A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência da filha com o visitante nos dias e na forma previamente ajustadas, e coibir a guardião de criar obstáculos para o cumprimento do acordo firmado com a

Em se tratando de título executivo extrajudicial, o executado é citado para cumprir a obrigação no prazo que constar do título executivo (mais uma convenção processual típica) ou, então, naquele que o juiz indicar, já prevendo a consequência do descumprimento (fixando multa periódica para o caso) (art. 815, do CPC). É possível, também, que o valor da multa já tenha sido estabelecido no título executivo, hipótese em que o magistrado aplica a referida convenção, a não ser que seja considerado excessivo pelo juiz. Essa análise é casuística e depende das circunstâncias do caso concreto.

Se a obrigação de fazer for fungível, ou seja, puder ser cumprida por terceiro, é possível que o exequente opte por esse meio que, da forma como regulado pelo CPC, é bastante anacrônico e, muito provavelmente, será dispensado pelo exequente quando ele perceber que o pagamento do terceiro é adiantado por ele próprio, convertendo-se a obrigação, em relação ao executado. É o que se denomina de *transformação* da obrigação⁸⁰⁰.

No caso de obrigação de fazer infungível, ou *intuitu personae*, a ineficácia das medidas coercitivas impostas leva à conversão da obrigação em perdas e danos, seguindo-se o rito da execução de quantia certa contra devedor solvente (art. 821, do CPC)⁸⁰¹.

A execução da obrigação de não fazer é efetivada citando-se o executado para que desfaça o ato praticado, sob pena da aplicação de medidas coercitivas. Não sendo possível o

chancela judicial. 4. O direito de visitação deve ser entendido como uma obrigação de fazer da guardiã de facilitar, assegurar e garantir, a convivência da filha com o não guardião, de modo que ele possa se encontrar com ela, manter e fortalecer os laços afetivos, e, assim, atender suas necessidades imateriais, dando cumprimento ao preceito constitucional. 5. A transação ou conciliação homologada judicialmente equipara-se ao julgamento de mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução de obrigação, podendo o juiz aplicar multa na recalcitrância emulativa. Precedente. 6. A aplicação das astreintes em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações." Na doutrina, já se manifestava a respeito TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 36-37 e 127-128. Também Enunciado 441 do FPPC: "O §5o do art. 536 e o §5o do art. 537 alcançam situação jurídica passiva correlata a direito real." e Enunciado 442 do FPPC: "(arts. 536, §5o, 537, §5o). O §5o do art. 536 e o §5o do art. 537 alcançam os deveres legais."

⁸⁰⁰ Semelhante providência também ocorre no direito espanhol. Sobre as críticas e dificuldades desse sistema, v. AROCA; MATÍES. *Tratado...*, vol. II, cit., p. 2267 e segs.

⁸⁰¹ Nem sempre a obrigação que parece fungível de fato o é: "Los problemas verdaderos de la distanción surgen quando, a pesar de lo que digan la LEC y el CC, se descarnen conductas teóricamente fungibles que, ante la negativa del executado, no pueden resolver-se en el que se harán por un tercero ni en el resarcimiento de daños y perjuicios. Este es el caso de los servicios que se trata de servicios que se prestan legalmente o de hecho en régimen de monopolio, sobre todo cuando se trata de servicios de larga duración o aun de duración permanente en el tiempo (grandes grúas en el puerto). En los casos, pues, de actividades que sólo pueden prestarse por una persona o por muy pocas las consideraciones prácticas deberían llevar a la conclusión de que de hecho se trata de actividades no fungibles, con la aplicación a las mismas del régimen jurídico de éstas, del artículo 709, y no con el propio de las actividades fungibles, el del artículo 706." AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. t. II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013. p. 2257; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 17 ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2018. p. 680-681.

desfazimento, a obrigação também será convertida em perdas e danos (art. 823, parágrafo único, do CPC).

As regras previstas no Livro II do CPC (acerca do processo de execução) também se aplicam, de forma subsidiária, ao cumprimento de sentença.

Em qualquer hipótese, assegura-se ao executado o direito de defesa pelos meios típicos.

8.3 A tutela da obrigação de entrega de coisa

O juiz, nesse caso, também deve garantir a tutela específica da obrigação consistente na entrega ou devolução do bem⁸⁰², tendo a lei previsto a aplicação de uma medida executiva típica: a busca e apreensão do bem ou a imissão na posse, a depender da natureza do bem (móvel no primeiro caso e imóvel no segundo). Após o requerimento do exequente, o executado é intimado para entregar a coisa no prazo fixado em sentença ou acordo processual, sob pena da aplicação de medidas coercitivas, não havendo óbice na aplicação da multa coercitiva, utilizando-se, supletivamente, o disposto no art. 806, § 1º, do CPC⁸⁰³.

Já na execução de título extrajudicial, é preciso diferenciar se a coisa é certa ou incerta, pois na segunda hipótese, é necessário garantir a *concentração* da obrigação. É certa a obrigação definida em relação ao gênero, quantidade e qualidade. Na obrigação incerta - ou genérica - quando indefinida a qualidade. Porém, para a obrigação ser cumprida, a mesma deve se tornar certa, definindo-se a qualidade. O direito de concentrar pode ser definida no negócio jurídico ou, na omissão deste, a lei estabelece que é o devedor que concentra (art. 244, do CC).

Se o credor deve concentrar a obrigação, fa-lo-á na própria petição inicial ou, caso se omita, o juiz deve permitir a emenda da petição inicial para tanto, sob pena de configurar-se renúncia a esse, passando, então, a escolha, à parte ré. A questão é quando a concentração incumbe ao devedor. Nesse caso, quando do ajuizamento da demanda, deve-se garantir essa possibilidade ao executado. Assim, o art. 811, do CPC, determina que o executado será citado para entregá-la individualizada. Após a escolha, é possível que a parte contrária apresente impugnação a respeito, no prazo de 15 dias, contados da juntada do mandado de citação ao autos. Essa impugnação também se aplica ao exequente, que concentrou a obrigação quando

⁸⁰² DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., cit., p. 668.

⁸⁰³ BUENO, Cassio. Comentários..., cit. p. 383.

do ajuizamento da demanda. No curso desse incidente, se necessário, poderá o magistrado determinar a produção de prova pericial, o que certamente prolongará o procedimento. Esse incidente para a concentração da obrigação aplica-se, normalmente, na execução lastreado em título executivo extrajudicial, pois em se tratando de cumprimento de sentença, a escolha deveria ter ocorrido na fase de conhecimento.

No caso de execução de entrega de coisa certa, o executado é citado para cumprir a obrigação no prazo de 15 dias. Já há uma impropriedade em relação ao prazo para cumprimento da obrigação, que deveria respeitar as peculiaridades do bem que deve ser entregue e também a própria autonomia da vontade, pois as partes podem ter estabelecido uma convenção processual, dispondo o prazo para o cumprimento espontâneo da obrigação. Nesse caso, teria sido melhor ao legislador que utilizasse a mesma fórmula para o cumprimento da obrigação de fazer/não fazer, deixando ao juízo do magistrado ou da autonomia das partes⁸⁰⁴, a qual deve prevalecer caso tenha havido sua estipulação.

A lei dispõe que do mandado de citação pode constar a incidência de multa periódica por atraso no cumprimento da obrigação e, também, ordem de imissão de posse, se for bem imóvel, ou de busca e apreensão, se for móvel. Somam-se, aqui, duas medidas coercitivas - indireta e direta - para que o executado se sinta estimulado ao cumprimento da obrigação. Não há, porém, uma explicitação de como será cumprida a *ordem de desapossamento*, pois esperar a informação de descumprimento da ordem para então efetivar a determinação de entrega do bem acaba por contribuir com o “tempo morto” do processo, dilatando o procedimento⁸⁰⁵.

Se entregue a coisa, será considerada satisfeita a obrigação, seguindo-se a execução para o pagamento dos corolários da obrigação de entrega de coisa (pagamento de frutos, indenização de benfeitorias, ressarcimento de prejuízos, etc.), pelo rito do pagamento de quantia certa. Eventualmente pode ser necessário apurar tais valores em procedimento de liquidação.

Caso o bem não seja entregue, seja por ter perecido, deteriorado, não ter sido encontrado ou estiver na posse de terceiro (e não for reconhecida a fraude à execução), haverá a conversão da obrigação em perdas e danos, incluindo nesse aspecto o próprio valor do bem.

É importante ressaltar que, em se tratando de processo de execução para entrega de coisa certa, é possível que o executado apresente defesa baseada no exercício do direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis. Como é sabido, tal direito está previsto no art.

⁸⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo. Fundamentos..., cit., p. 227.

⁸⁰⁵ RODRIGUES, Marcelo. Fundamentos..., cit., p. 228.

1219, do CC e o meio de ser requerido esse direito é através de defesa por embargos à execução (art. 917, IV, do CPC).

Por outro lado, caso se trata de cumprimento de sentença, essa defesa estará preclusa, pois tal discussão deveria ter ocorrido na fase de conhecimento, por meio de reconvenção ou pedido contraposto⁸⁰⁶ (art. 538, §§ 1º e 2º, do CPC), não obstante ser possível ajuizar ação autônoma para perquirir a indenização por tais benfeitorias⁸⁰⁷.

Se o objeto da execução estiver na posse de terceiro, este será intimado para entregar a coisa, sob pena de busca e apreensão ou imissão na posse. Ressalte-se que o terceiro adquirente poderia ter intervido nos autos na qualidade de *substituto processual* do alienante, desde que haja consentimento da parte contrária (art. 109, § 1º, do CPC) ou, então, como assistente litisconsorcial do alienante (art. 109, § 2º, do CPC)⁸⁰⁸. Caso se mantenha alheio ao processo, a decisão proferida nos autos certamente atingirá a sua esfera jurídica.

Nesse sentido, o terceiro deverá ser intimado para cumprir a decisão de judicial que determinou a entrega do bem, sob pena de sofrer as consequências do ato judicial. Admite-se o exercício do direito de defesa, que será feito por meio de embargos de terceiro⁸⁰⁹.

O art. 808, do CPC, por sua vez, dispõe que o terceiro somente pode ser ouvido após depositar a coisa. É uma forma de garantir maior efetividade à tutela executiva e do exequente, mas limita o exercício do direito do terceiro de opor embargos de terceiro para sustentar que não houve fraude à execução, mas é preciso se compatibilizar essa norma dentro do sistema de defesa nos procedimentos executivos. Conforme indicado nos arts. 525 e 914, do CPC, que tratam da defesa do executado, a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos de execução independem de garantia (penhora, depósito ou caução), somente sendo necessário quando se pretender obter efeito suspensivo a tais defesas.

⁸⁰⁶ BUENO, Cassio. Comentários..., cit., p. 387.

⁸⁰⁷ DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., vol. 5, cit., p. 683-684. A jurisprudência entende da mesma forma: "[...] 2. O acórdão encontra-se em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que, tratando-se de ação de reintegração de posse - como no caso dos autos -, o pedido de retenção das benfeitorias deve ser formulado no processo de conhecimento, no bojo da própria contestação (CPC, art. 922), sob pena de preclusão. 3. Agravo Regimental não provido." AgRg no AREsp 385662 / DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, j. em 12/02/2015.

⁸⁰⁸ DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., vol. 5, cit., p. 690-691.

⁸⁰⁹ DIDIER JR., Curso..., cit., p. 1105. Em sentido contrário, sustentando serem cabíveis embargos de execução: "Exame da abrangência da legitimidade passiva na demanda executória revelou que o terceiro é parte (retro, 118.4). Logo, opor-se-á através de embargos à execução, excepcionalmente subordinado ao prévio depósito da coisa. O STJ assentou que o adquirente da coisa litigiosa figura como parte na execução, não lhe cabendo embargos de terceiro (art. 674). No entanto, a única diferença entre este remédio e os embargos de terceiro reside no prazo, mais exíguo no primeiro caso, motivo por que os meios de reação admitem fungibilidade, permitindo aproveitamento dos embargos do "devedor" como de "terceiro", na hipótese de filiação à numerosa corrente que reputa "terceiro" o adquirente. Em tal sentido já se manifestou, quanto à mulher casada, o STJ." ASSIS, Araken de. Manual..., cit., p. 807.

No mesmo sentido parece ser o entendimento para compatibilizar a regra do art. 808, do CPC, até porque a oposição de embargos de terceiro independe de qualquer tipo de garantia (art. 678, do CPC) e se o terceiro fosse incluído no processo, a sua defesa também independeria de qualquer tipo de garantia. Por conseguinte, deve-se entender que a oposição de embargos de terceiro, na presente hipótese, independe do depósito da coisa, que somente será necessário para a concessão de efeito suspensivo aos embargos de terceiro⁸¹⁰.

8.4 A tutela da obrigação de pagar quantia

Por fim, tem-se o procedimento para pagamento de quantia em face de devedor solvente, o qual se encontra bastante detalhado no CPC/2015, especialmente em relação aos atos de expropriação, que são regulados de forma pormenorizada. Esse tipo legal torna o procedimento bastante burocrático, lento e ineficaz.

Há, também, uma valorização do referido procedimento, em detrimento à tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, no qual a regulamentação está relegada à atuação do juiz (e agora, também, das partes, por meio das convenções processuais), permitindo, por conseguinte, a modelação do procedimento em busca da efetividade processual.

A grande verdade, porém, é que até mesmo esses procedimentos podem ser convertidos em perdas e danos, ou envolver a execução de multas, o que atrai a aplicação do procedimento de obrigação de pagar quantia.

A regulamentação pormenorizada dos atos de expropriação também demonstra a valorização da propriedade privada e como o procedimento acaba por atravancar a tutela do exequente. Nesse caso, seria preferível uma menor regulação em busca de maior efetividade, como ocorre em relação à tutela de outras obrigações, que prezam pela atipicidade do procedimento⁸¹¹. A possibilidade de convenções processuais acerca do procedimento adquire um papel relevante na busca por uma tutela mais efetiva da relação processual executiva, desburocratizando e, até mesmo, desjudicializando atos executivos.

⁸¹⁰ “A melhor interpretação é a de que os embargos de terceiro podem ser opostos independentemente do prévio depósito da coisa, mas o magistrado somente poderá conferir-lhes o efeito suspensivo de que trata o art. 678 do CPC se tiver havido o prévio depósito da coisa. Aplica-se-lhes então, neste caso, e por analogia, o que diz o art. 919, § 1º, do CPC.” DIDIER JR, Fredie. Curso..., cit., vol. 5, p. 1105

⁸¹¹ RODRIGUES, Marcelo. Fundamentos..., cit., p. 230.

8.4.1 Etapas da tutela executiva de pagar quantia

Em relação à tutela executiva de pagar quantia contra devedor solvente, pode-se identificar, assim como nos demais casos, duas etapas: a) a etapa de cumprimento voluntário, em que se permite ao executado, após citado ou intimado, que possa cumprir espontaneamente a obrigação e b) a etapa do cumprimento forçado da obrigação, com a expropriação de bens do executado, fase que se inicia com a penhora e avaliação de bens e vai até a satisfação do crédito do exequente⁸¹².

8.4.1.1 A etapa do cumprimento voluntário

Inicialmente, a lei prevê a possibilidade do executado cumprir voluntariamente a obrigação. O rito é diferente a depender da natureza do título executivo.

Se for título judicial, inicia-se o cumprimento de sentença por meio de requerimento do exequente, informando que a obrigação não foi cumprida. Pode ocorrer por meio de simples petição ou por petição inicial, a depender do prosseguimento da fase executiva se dar no mesmo processo ou se for necessário o ajuizamento de uma ação autônoma.

De qualquer forma, a primeira fase do cumprimento de sentença não se altera: o executado será intimado ou citado para cumprir a obrigação no prazo de 15 dias. Se nesse prazo não houver o cumprimento voluntário da obrigação, o débito será acrescido de multa de 10% sobre o valor atualizado do débito, além de 10% a título de honorários advocatícios (art. 523, § 1º, do CPC).

Algumas questões são tormentosas nesse ponto: i) o prazo o pagamento voluntário é contado em dias úteis ou corridos? e ii) qual a natureza da multa legal?

A primeira questão envolve saber a natureza desse prazo: se de direito material (cuja contagem seria em dias corridos) ou de direito processual (em dias úteis, diante do art. 219 e parágrafo único, do CPC). Embora o cumprimento da obrigação diga respeito ao direito material, pois envolve a satisfação do crédito, no caso, se o adimplemento ocorrer nessa etapa processual, por gerar efeitos relevantes no processo de execução em andamento, deve-se considerar que a contagem desse prazo deve ser em dias úteis, e não corridos⁸¹³. Após o

⁸¹² DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., cit., p. 529 e 530.

⁸¹³ Nesse sentido, o entendimento recente do STJ: [...] 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, previsto no art. 523, caput, do Código de Processo Civil de 2015, possui natureza processual ou material, a fim de estabelecer se a sua contagem se dará, respectivamente, em dias úteis

referido lapso temporal, caso não haja o adimplemento da obrigação, tem-se três consequências: i) a incidência automática da multa referida e dos honorários advocatícios (este valor direcionado ao advogado do exequente), independentemente de decisão judicial a respeito, por ser decorrente da lei; ii) início da contagem do prazo para que o executado apresente a sua defesa - impugnação ao cumprimento de sentença; e iii) início da prática de atos executivos, com a penhora de bens do executado.

Acerca da multa de 10% sobre o valor do débito atualizado, existe uma controvérsia acerca da sua natureza jurídica: se seria uma medida coercitiva ou uma medida punitiva. Ao que parece, o intuito da multa é que o executado se sinta estimulado a cumprir a obrigação espontaneamente, tendo, portanto, um viés coercitivo. A parte exequente e o Estado esperam que o executado efetivamente cumpra com a obrigação. Caso não o faça, haverá a incidência da multa, não com um viés punitivo, mas como consequência pelo descumprimento da obrigação, tal como também ocorre com a incidência das *astreintes*⁸¹⁴.

ou corridos, a teor do que dispõe o art. 219, caput e parágrafo único, do CPC/2015. 2. O art. 523 do CPC/2015 estabelece que, "no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver". 3. Conquanto o pagamento seja ato a ser praticado pela parte, a intimação para o cumprimento voluntário da sentença ocorre, como regra, na pessoa do advogado constituído nos autos (CPC/2015, art. 513, § 2º, I), fato que, inevitavelmente, acarreta um ônus ao causídico, o qual deverá comunicar ao seu cliente não só o resultado desfavorável da demanda, como também as próprias consequências jurídicas da ausência de cumprimento da sentença no respectivo prazo legal. 3.1. Ademais, nos termos do art. 525 do CPC/2015, "transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação". Assim, não seria razoável fazer a contagem dos primeiros 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário do débito em dias corridos, se considerar o prazo de natureza material, e, após o transcurso desse prazo, contar os 15 (quinze) dias subsequentes, para a apresentação da impugnação, em dias úteis, por se tratar de prazo processual. 3.2. Não se pode ignorar, ainda, que a intimação para o cumprimento de sentença, independentemente de quem seja o destinatário, tem como finalidade a prática de um ato processual, pois, além de estar previsto na própria legislação processual (CPC), também traz consequências para o processo, caso não seja adimplido o débito no prazo legal, tais como a incidência de multa, fixação de honorários advocatícios, possibilidade de penhora de bens e valores, início do prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, dentre outras. E, sendo um ato processual, o respectivo prazo, por decorrência lógica, terá a mesma natureza jurídica, o que faz incidir a norma do art. 219 do CPC/2015, que determina a contagem em dias úteis. 4. Em análise do tema, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF aprovou o Enunciado n. 89, de seguinte teor: "Conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC". 5. Recurso especial provido. REsp 1708348/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma do STJ, j. em 25.06.2019. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC/2015*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 726; MEDINA, Execução..., cit., p. 398; BUENO, Comentários., cit., p. 216-217. Em sentido contrário, SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 523. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1505. "Mas, cuidando-se de prazo para "pagamento", em rigor não há atividade preponderantemente técnica ou postulatória a exigir a presença - indispensável - do advogado. Depende quase que exclusivamente da vontade ou situação do próprio executado. Daí porque o prazo de 15 dias há de fluir de modo interruptivo, e não apenas em dias úteis."

⁸¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários, cit., p. 212: "A multa de 10% ora prevista no *caput* do art. 523 é (continua a ser) *coercitiva*, no sentido de que sua finalidade é convencer o executado de que a melhor solução que existe para ele é pagar o que é pretendido pelo exequente, e, por isso mesmo, não se confunde com os

Havendo o cumprimento da obrigação, haverá a extinção do cumprimento de sentença, nos termos do art. 924, II, do CPC. Se houver pagamento parcial, o cumprimento de sentença seguirá pelo saldo, acrescido da multa referida e dos honorários de advocatícios (art. 523, § 2º, do CPC). No caso de não pagamento, o procedimento continua, com o início da prática de atos expropriativos (art. 523, § 2º, do CPC), iniciando-se, assim, a segunda etapa do cumprimento de sentença, do cumprimento forçado da obrigação.

No caso do título executivo extrajudicial, os atos iniciais são um pouco diversos. A ação se inicia mediante uma petição inicial, que deve estar acompanhada do título executivo extrajudicial e da planilha de cálculo atualizada, sob pena de emenda à petição inicial. O executado será citado para cumprir a obrigação no prazo de 3 (três) dias, contados da citação (e não da juntada do mandado ou do aviso de recebimento, conforme indica o art. 829, do CPC), também em dias úteis⁸¹⁵.

Havendo o pagamento, beneficia-se o executado da redução na verba honorária de metade (ficando fixada em 5% do valor da causa), conforme art. 827, § 1º, do CPC, tratando-se, como já visto anteriormente, de uma medida coercitiva “premial”. Se não houver pagamento, seguem-se os atos expropriativos.

Em não havendo o pagamento, algumas possibilidades se abrem ao executado: i) realizar a denominada “moratória legal”⁸¹⁶, nos termos do art. 916, do CPC; ii) requerer, no prazo de 15 dias, contados da juntada aos autos do comprovante de citação (art. 231, do CPC), apresentar a sua defesa (embargos a execução); iii) não agir, seguindo-se a segunda etapa do procedimento executivo.

honorários de advogado, também fixados no mínimo de 10% (sobre o débito) para a etapa do cumprimento de sentença. Dada a natureza *coercitiva* da multa, nada há de errado em entendê-la cumulável com multas que apresentam caráter diverso, de cunho sancionatório, tais quais as penas devidas por eventual litigância de má-fé do executado e que, de acordo com o § 2º do art. 77, assumem as vestes de atos atentatórios à dignidade da jurisdição.” Em sentido parcialmente diverso, sustentado haver natureza híbrida (coercitiva e punitiva), GAJARDONI, Fernando et al. *Processo...*, cit., p. 727.

⁸¹⁵ DIDIER JR., Fredie et al. *Curso...*, vol. 5, cit., p. 779. Sustentando ser de natureza material esse prazo, em distinção ao prazo do art. 523, do CPC, com contagem em dias úteis: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XVII. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 95-96.

⁸¹⁶ Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial: Lei 11.382, de 03 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 216: “O novo art. 745-A institui uma espécie de moratória legal, como incidente da execução de título executivo extrajudicial por quantia certa, por meio do qual se pode obter o parcelamento da dívida. A medida tem o propósito de facilitar a satisfação do crédito ajuizado, com vantagens tanto para o executado quanto para o exequente. O devedor se beneficia com o prazo de espera e com o afastamento dos riscos e custos da expropriação executiva; e o credor, por sua vez, recebe uma parcela do crédito, desde logo, e fica livre dos percalços dos embargos do executado. De mais a mais, a espera é pequena - apenas seis meses no máximo -, um prazo que não seria suficiente para solucionar os eventuais embargos do executado e chegar, normalmente, à expropriação dos bens penhorados e à efetiva satisfação do crédito ajuizado.

O art. 916, do CPC, permite que o executado, no prazo de defesa, pode requerer o pagamento do débito de forma parcelada, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei, quais sejam: a) reconhecer o crédito exequendo; b) efetuar o depósito de trinta por cento do valor atualizado do débito mais custas processuais e honorários do advogado; c) pagar o saldo restante em seis prestações, mensais e sucessivas, acrescidas de juros de um por cento ao mês. Sobre a “moratória legal”, trata-se de um direito potestativo do executado⁸¹⁷, ao qual pode se opor o exequente caso demonstre que não foram preenchidos os requisitos legais para a concessão do parcelamento. Uma vez ouvido o exequente, o juiz defere ou não o requerimento do executado, decisão que pode ser impugnada por meio de agravo de instrumento (art. 1015, parágrafo único, do CPC). Caso haja o inadimplemento da obrigação assumida pelo executado, as consequências são as seguintes: i) vencimento antecipado da dívida; ii) incidência de multa de dez por cento em relação ao saldo devedor; iii) impossibilidade de apresentar embargos à execução, diante da aceitação da valor da dívida; iv) prosseguimento dos atos executivos. Por disposição legal expressa (art. 916, § 7º, do CPC), não pode ser aplicada a referida disciplina ao cumprimento de sentença, o que se revela, em verdade, um grande contrassenso no sistema codificado, pois a perfectibilização dos atos executivos de expropriação levam, na maioria das vezes, mais que seis meses (período máximo de parcelamento da dívida, no caso)⁸¹⁸. O afastamento da restrição legal é permitida por convenção processual, resguardando o interesse das partes (efetividade do processo *versus* menor onerosidade)⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Esse entendimento não é pacífico na doutrina. Entende ser um direito potestativo do executado, por exemplo, MEDINA, Execução, cit., p. 399; DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 916. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 1288. Já entendendo que não seria um direito potestativo, tem-se, por exemplo, MARTINS FILHO, Marcos Simões. Art. 745-A do CPC: “favor legal” à custa do credor? *Revista de Processo*, vol. 170, 2009, versão eletrônica; BARONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 244, 2015, versão eletrônica; ABELHA, Marcelo. Manual..., cit. p. 579, os quais sustentam, basicamente, que poderia haver abuso de direito no requerimento do executado ao requerer o parcelamento do débito.

⁸¹⁸ “Não nos parece firme ou segura a presunção absoluta desenhada no art. 916, § 6º, de que tal medida seria um *estorvo* ou *complicador* da tutela jurídica satisfazia tempestiva iniciada pelo cumprimento de sentença. Aquele que opera diuturnamente com a tutela executiva sabe que, regra geral, o *cumprimento de sentença para pagamento de quantia* não termina com pagamento espontâneo e quase sempre é necessário recorrer aos atos executivos instrumentais e finais da cadeia executiva, cujos procedimentos estão descritos no Livro do Processo de Execução. Enfim, ser portador de um título executivo judicial e iniciar um *cumprimento de sentença* não significa, como num passe de mágica, que tudo correrá rapidamente e que a satisfação se aproxima. Em nosso sentir, foi uma tolice do legislador a vedação, e, se possível, deve ser afastada em prol do interesse do exequente.” ABELHA, Execução, cit., p. 578. A jurisprudência tende a manter a restrição: “[...] Descabe a pretensão de parcelamento, porquanto se trata de cumprimento de sentença, conforme vedação do §7º do art. 916, do CPC. Precedentes desta Corte. Decisão mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” AI 0027291-09.2019.8.19.0000 - 6ª CC do TJRJ - Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves - j. em 18.09.2019.

⁸¹⁹ Assim SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 526. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 1518.

Esses são, portanto, os atos iniciais do procedimento executivo no caso de obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente. Passa-se à segunda fase, que é a de expropriação dos bens do executado.

8.4.1.2 A etapa do cumprimento forçado da obrigação: a expropriação de bens do executado

A segunda fase do procedimento é comum tanto ao cumprimento de sentença quanto ao processo de execução. Assim, as normas do Livro II do CPC são aplicáveis ao cumprimento de sentença (art. 771, parágrafo único, do CPC). Busca-se, por meio da execução forçada, a prática de atos de expropriação podendo, também, o magistrado valer-se de outras medidas coercitivas indiretas (típicas ou atípicas).

Para a expropriação de bens do executado, o desenho procedimental é o seguinte: i) inicialmente, ocorre o ato de penhora, com o consequente depósito da coisa penhorada e avaliação do bem; ii) posteriormente, solucionados eventuais questionamentos acerca da penhora ou da avaliação, busca-se a transferência do bem, que pode ocorrer por meio de: a) adjudicação, normalmente ao próprio exequente mas a outros legitimados também; b) alienação, que pode ocorrer por iniciativa particular ou por meio de leilão judicial; e c) constituição de renda sobre os frutos do bem. Uma vez efetivada a alienação, o valor é revertido ao exequente e seu advogado, após o pagamento das despesas com o leilão, se for caso. Se for suficiente para saldar o débito integralmente, a execução será extinta por sentença (art. 924, II, do CPC), que declara que houve o cumprimento da obrigação; caso contrário, a execução prosseguirá, com a busca de outros bens do executado para satisfazer o saldo devido.

Passa-se, agora, à breve análise, sem a menor pretensão de exaustão, das referidas etapas, com o fim de fincar premissas para a conclusão acerca da (im)possibilidade de estabelecer convenções processuais sobre o tema.

8.4.1.2.1 Da penhora, depósito e avaliação

A penhora é um ato executivo de apreensão de bens do executado ou responsável que servirão à atividade expropriativa. Dessa forma, individualiza-se a responsabilidade patrimonial que antes recaía sobre o conjunto de bens do executado e passa, com a

penhora, a recair somente sobre o(s) bem(ns) objeto(s) de penhora⁸²⁰. A finalidade da penhora é dupla: a) individuar e apreender os bens que se destinam aos fins da execução; e b) conservar os bens para que não se deteriore, pereçam ou sejam alienados no curso da execução⁸²¹. Por se realizar no curso do processo executivo, a natureza jurídica da penhora é de ato executivo, não tendo natureza cautelar, pois a conservação do bem é uma consequência do ato de apreensão e depósito de bens⁸²².

Arnaldo Marmitt⁸²³ identifica cinco espécies de penhora: i) penhora de nomeação; ii) penhora de coerção; iii) penhora preventiva; iv) penhora filhada ou real e v) penhora no rosto dos autos.

O primeiro tipo é o que permite ao executado a indicação de bens à penhora, em observância ao princípio da menor onerosidade da execução⁸²⁴. No segundo caso, a penhora independe da nomeação de bens pelo executado, sendo consequência do cumprimento da ordem de penhora determinada pelo magistrado. Pode ocorrer pelo oficial de justiça ou por indicação do exequente. A penhora preventiva é “a que se realiza com anterioridade sobre as demais que incide sobre um mesmo bem do mesmo devedor. Feita em primeiro lugar, tem a força de prevenir o juízo, fazendo com que nele se processe o concurso de credores.”⁸²⁵ A penhora filhada ou real é aquela em que o bem é retirado da posse do executado (ou responsável) e fica em custódia do juiz, com o intuito de se evitar a destruição do bem ou sua dissipação. Já a penhora no rosto dos autos acontece quando o executado possui créditos a receber em outra demanda judicial, de modo a converter os valores a serem recebidos em ativos para o cumprimento da obrigação.

⁸²⁰ Na lição de Leonardo Greco: “A penhora é o ato executório consistente na apreensão de bens do devedor suficientes para conservá-los durante todo o processo de execução, a fim de que sobre eles recaiam os subsequentes atos executórios, para com eles ou com o produto da sua transformação em dinheiro efetuar-se o pagamento do crédito do exequente.” GRECO, O Processo..., vol. 2, cit., p. 305.

⁸²¹ LIEBMAN, Processo..., cit., p. 123.

⁸²² Nesse sentido, LIEBMAN, idem, p. 124. AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de processo de ejecución civil*. tomo II. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 1551. Também: “Conquanto providência de natureza instrumental, no sentido de que constitui pressuposto para atos ulteriores, a penhora representa ato executivo, e, portanto, ato dotado de eficácia satisfativa. Criticando aqueles que valorizam elemento “cautelar” (rectius: conservativo) do ato, observou-se que, às evidências, “o fim imediato não é o de conservar”, na penhora, o que seria próprio da pretensão à segurança (tutela provisória cautelar na terminologia do NCPC), e sim o de transformar bens no objeto da prestação devida.” ASSIS, Araken. Manual..., cit., versão on line.

⁸²³ MARMITT, Arnaldo. *A Penhora*. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2003. p. 9-12.

⁸²⁴ “A penhora de nomeação realiza-se por interferência e escolha do devedor. A lei confere-lhe o direito de apresentar os bens dentre os de seu acervo patrimonial, em que deseja que recaia a penhora, atendendo às suas conveniências.” MARMITT, idem, p. 9

⁸²⁵ MARMITT, idem, p. 10.

O objeto da penhora são bens - do executado ou responsável - corpóreos ou incorpóreos, móveis, semoventes ou imóveis, que tenham apreciação econômica⁸²⁶. Estão excluídos os bens que são considerados impenhoráveis, como já visto anteriormente, no item acerca da responsabilidade patrimonial.

A penhora gera efeitos materiais e processuais. Em relação aos efeitos materiais, ocorre: i) a alteração do título de posse do executado ou responsável, que antes era possuidor pleno e como o depósito do bem, passará a ter posse indireta ou direta (caso ele mesmo seja nomeado depositário - art. 840, § 2º, do CPC); ii) indisponibilidade relativa do bem penhorado, pois a transferência ou oneração do bem pode caracterizar fraude à execução⁸²⁷; e iii) reflexos penais, configurando crime a fraude à execução (art. 179, do CP). São efeitos processuais: i) individualizar os bens do executado que servirão para a satisfação do crédito do exequente; ii) conservação dos bens penhorados, para permitir a satisfação do crédito do exequente; iii) criar preferência caso haja outras penhoras sobre o mesmo bem (é a regra *prior tempore, potior iuris*); e iv) permite que o magistrado conceda efeito suspensivo à defesa do executado. A concessão de efeito suspensivo à defesa do executado depende de penhora de bens (arts. 525, § 6º e 919, § 1º, do CPC).

A lei estabelece, também, uma ordem preferencial de bens para penhora, considerando a liquidez dos bens (art. 835, do CPC)⁸²⁸. É possível que não seja observada a referida ordem,

⁸²⁶ De acordo com Montero Aroca e Maties: “Podríamos decir que la regla general es que todos bienes y derechos que tenga una efectiva existencia pueden ser embargados, pero que al mismo tiempo existe una série de excepciones, las cuales responden a razones distintas que atienden a la no patrimonialidad, no alienabilidad y no embargabilidad.” Idem, p. 1553.

⁸²⁷ Em sentido parcialmente diverso: “O terceiro efeito da penhora é tornar inoponível ao exequente eventual ato de disposição que o devedor venha a praticar em relação ao bem penhorado. A penhora não acarreta a indisponibilidade do bem, nem torna nula a sua alienação ou oneração posterior, mas simplesmente esses atos não prejudicarão a sujeição do bem aos atos executórios subsequentes. Os atos de disposição de bem penhorado serão simplesmente ineficazes em relação ao processo de execução, cujos atos seguirão incidindo sobre esse bem, apesar da sua ulterior alienação.” GRECO, O processo..., vol. II, cit., p. 307.

⁸²⁸ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV – veículos de via terrestre; V – bens imóveis; VI – bens móveis em geral; VII – semoventes; VIII – navios e aeronaves; IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X – percentual do faturamento de empresa devedora; XI – pedras e metais preciosos; XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII – outros direitos. § 1º. É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto. § 2º. Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento. § 3º. Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

diante das circunstâncias do caso em concreto⁸²⁹. Outro dispositivo relevante é o que determina que em havendo execução de garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, configurando um negócio processual típico⁸³⁰. É uma consequência processual da celebração do contrato com garantia real⁸³¹.

Ainda como um princípio orientador da penhora está o da utilidade, expresso no art. 836, do CPC. A penhora deve ser útil para a satisfação do crédito do exequente, de modo que se o valor dos bens penhorados for insuficiente para a satisfação de todo o débito ou se o valor do bem for absorvido pelas próprias despesas do processo, não deve ser levada a efeito a penhora. Da mesma forma, se o valor do bem penhorável for muito elevado em relação ao débito, ou se for de difícil alienação, ou apresentar elevados gastos de conservação, também não deverá ser levada a efeito a penhora, pois a sua utilidade será diminuta em relação ao objetivo da execução⁸³².

⁸²⁹ "O inc. I atine à penhorabilidade de dinheiro, que se mantém como primeira espécie de bens penhoráveis. Aliás, não poderia ser diferente, dado que se está cogitando de execução por quantia certa, cuja finalidade é a satisfação de crédito pecuniário do exequente. Nesse contexto, merece, desde já, comentar o § 1.º que estabelece que *"É prioritária a penhora em dinheiro; nas demais hipóteses, o juiz pode alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto"*. Bem se vê que, por força do texto legal, *prioritariamente* (e não *preferencialmente*) a penhora recairá em dinheiro; a ordem dos *demais* bens penhoráveis, elencados nos incs. II a XIII, poderá ser alterada à luz das particularidades do caso concreto. Diante dessa redação, a literalidade da norma parece conferir um caráter absoluto para a penhora de dinheiro, circunscrevendo a liberdade do juiz para alterar a ordem somente nas demais hipóteses. Trata-se de raciocínio diverso daquele sedimentado pela Súmula 417 do STJ: *"Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto"*. Não concordamos com tal raciocínio. A interpretação dos dispositivos legais não pode se dar em função apenas de sua literalidade, nem tampouco de forma isolada do sistema normativo como um todo. A nosso ver, mesmo a penhora em dinheiro, conquanto tenha caráter prioritário, pode ser flexibilizada. 2.1. A ordem legal estabelecida para a penhora deve ser ajustada de forma a conciliar, no caso concreto, os princípios da *máxima utilidade da execução* em favor do exequente e o da *menor onerosidade* ao executado, com vistas a buscar uma execução equilibrada e proporcional." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT. 2016. versão on line.

⁸³⁰ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XIV. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. p. 200.

⁸³¹ Vale destacar a crítica de Marcelo Abelha Rodrigues: "A incompreensão do dispositivo decorre do fato de que, erradamente, ele determina, por exemplo, o credor que estabeleceu com o devedor uma hipoteca em seu favor se torna refém de uma regra que atenta contra o direito material. Ora, se o executado tem dinheiro que pode ser objeto de penhora, porque razão o exequente será obrigado a penhorar o bem dado em hipoteca? Não tem o menor cabimento esta proteção indevida ao executado. O que deveria ser uma faculdade do credor/exequente, executar a garantia específica que tomou em seu favor, passa a ser uma armadilha traiçoeira pelo Código, pois bem sabemos que o artigo 902 prescreve que *"no caso de leilão de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de arrematação, oferecendo preço igual ao do maior lance oferecido"*. Lendo este dispositivo percebemos que o termo *"a penhora recairá"* é uma cilada para o credor/exequente se lembrarmos que *"considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação."* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos...*, cit., p. 235. Nada impede, contudo, que se renuncie a essa norma, permitindo que a penhora recaia sobre outro bem do executado, com a concordância das partes.

⁸³² MARMITT, op. cit., p. 15.

A formalização do ato de penhora, por meio de sua documentação, registro e depósito também é regulada pela lei, assim como o lugar em que deve ser realizada a penhora. Há, inclusive, a previsão de negócio processual típico no art. 840, § 2º, do CPC, ao prever que o bem pode ser depositado em poder do executado quando “*anuir o exequente*”.

São reguladas, nos arts. 847 e 848, do CPC, as hipóteses de modificação da penhora, que podem resultar em convenção processual, sempre que houver concordância com o requerimento de substituição da penhora. São variadas as hipóteses de substituição, variando desde a efetivação do princípio da menor onerosidade (art. 847, § 1º, do CPC) até o princípio da utilidade da penhora (art. 848, III, IV e V, do CPC, exemplificativamente). Interessante destaque, no ponto, consta do art. 848, II, do CPC, em que menciona a não observância da convenção processual em que se estabeleceu que a penhora recairia sobre determinado bem⁸³³.

A avaliação dos bens penhorados também está regulada nos arts. 870 a 875, do CPC, definindo-se a atribuição, a priori, do oficial de justiça, salvo quando a avaliação de conhecimentos especializados, hipótese em que o magistrado deverá nomear um avaliador, o qual procederá à avaliação do bem. Importa ressaltar, também, a convenção processual típica consistente na concordância com a estimativa de avaliação feita pela outra parte (art. 871, I, do CPC), caso em que não haverá avaliação, salvo se o juiz tiver fundada dúvida acerca do real valor dos bens.

Existem, também, as denominadas “penhoras especiais”, assim denominadas por possuírem alguma peculiaridade que as diferenciam das regras gerais. São elas: i) penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira; ii) penhora de créditos; iii) penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes; iv) penhora de percentual de faturamento de empresa; e v) penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

É importante traçar linhas gerais a respeito.

8.4.1.2.1.1 Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira

É um dos grandes avanços da técnica executiva, possível graças aos avanços da tecnologia. Por meio da denominada “penhora *on line*”, é possível o bloqueio, até o valor da dívida exequenda, dos ativos financeiros que forem encontrados, em qualquer instituição bancária, cuja titularidade seja do executado. A determinação, que é feita sem se dar prévia

⁸³³ ZANETI JR., Comentários..., cit., p. 222.

notícia ao executado, para não frustrar a medida, é cumprida por meio de um sistema eletrônico (chamado de BACENJUD) que está interligado com as instituições financeiras que operam no país.

Uma vez cumprida a determinação, o executado é intimado da penhora e tem o prazo de cinco dias para impugnar a penhora sob dois argumentos: i) impenhorabilidade dos valores penhorados; ii) penhora excessiva de ativos financeiros. Em se tratando de conta com titularidade conjunta, também é necessário intimar o terceiro, que poderá opor embargos de terceiro com o fim de liberar a sua cota-parte.

Comprovadas as alegações do executado o juiz, mesmo sem a oitiva das outras partes, pode determinar o desbloqueio dos valores, ou, se rejeitada a impugnação (ou se esta for inexistente), converte-se o depósito em penhora. Verifica-se, assim, que a penhora de ativos financeiros e valores depositados em instituições financeiras é um ato complexo, pois envolve uma série de etapas que devem ser observadas, desde a ordem do juiz, indisponibilidade dos valores penhorados, eventual impugnação da penhora realizada e conversão da indisponibilidade em penhora.

Há, por fim, certa discussão acerca da possibilidade do juiz agir de ofício, para determinar a indisponibilidade de valores, já que o art. 854, do CPC, utiliza a expressão “a requerimento do exequente”, dando a entender que não poderia o juiz agir de ofício. Não há, porém, óbice, para a atuação do magistrado, pois o primeiro ato que se pretende realizar é o de indisponibilidade dos valores⁸³⁴.

8.4.1.2.1.2 Da penhora de créditos

Nos arts. 855 a 860, do CPC, está regulada a penhora sobre créditos. Não houve aqui, um aperfeiçoamento nas regras relativas à penhora de créditos havendo, praticamente, uma repetição dos dispositivos do CPC/73.

Assim, o art. 855, do CPC, determina que havendo a penhora de créditos, o devedor do executado deve ser intimado para que não pague ao seu credor e ao executado, credor do

⁸³⁴ Nesse sentido: “Não se pode deixar de notar, ainda, o termo “a requerimento do exequente”, dando a entender, ao menos numa interpretação literal, que esta providência deve ser necessariamente requerida pelo exequente, vedando-se a atividade de ofício. Tal interpretação não se sustenta. Tratando-se da indisponibilidade um primeiro ato visando à posterior penhora, pode (*rectius* deve) o juiz agir de ofício, de forma a garantir o ato posterior de penhora, de ordem pública.” WAMBIER, Teresa et. al. (Coord.). Primeiros ..., cit., versão on line.

terceiro, para que não pratique ato de disposição de crédito. Um ponto relevante é que tal penhora recai sobre um crédito que não se sabe se existente.

Caso o crédito seja representado por um documento, deve-se proceder à apreensão do título que representa o crédito. O terceiro pode: i) confessar o crédito - nesse caso, o crédito estará confirmado; ii) silenciar acerca do crédito, devendo-se entender que o silêncio implica na confirmação do crédito; e iii) negar a existência do crédito. Na última hipótese, ter-se-á o incidente para apurar a existência, ou não, do crédito, designando-se audiência para tal fim, com a oitiva do terceiro e do executado.

Após solucionado eventual questionamento acerca da existência do crédito, o exequente ficará sub-rogado nos direitos do executado até o limite do crédito, o que implica em sucessão processual ou, caso prefira, pode requerer a alienação judicial do direito penhorado, manifestando a sua vontade no prazo de 10 (dez) dias a contar da data de realização da penhora. É possível uma conciliação ampla, envolvendo terceiros que não constam do título e com objeto diverso ao previsto⁸³⁵.

Há, ainda, uma regra acerca da penhora no rosto dos autos. Assim, em sendo o executado credor em outra demanda judicial, é possível que esse crédito seja penhorado para o pagamento de dívidas. A desistência da execução, contudo, dependerá da concordância do exequente a quem a penhora favorece⁸³⁶.

8.4.1.2.1.3 Da penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas

O art. 861, do CPC, regula o intrincado procedimento para penhora das quotas ou ações de sociedades personificadas (sociedades anônimas de capital fechado). A discussão acerca da penhora de quotas ou ações em sociedades personificadas esbarra na manutenção da *affectio societatis*⁸³⁷, de modo a evitar que um terceiro - no caso o exequente - pessoa que é totalmente

⁸³⁵ ZANETI JR., *Comentários...*, op. cit., p. 240.

⁸³⁶ [...] 1. Havendo penhora no rosto dos autos, não cabe homologação de pedido de desistência da execução sem a audiência da beneficiária da constrição. 2. Recurso especial provido. REsp 1418549/DF - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti - 4ª Turma do STJ - j. em 06/05/2014

⁸³⁷ É um conceito que se refere à personalidade dos sócios, ou seja, “a *pessoa* do sócio é importante para o bom desenvolvimento dos negócios sociais, e não apenas o aporte de recursos materiais que ele realiza.” COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 382

alheia ao quadro societário possa nele ingressar e desestabilizar o equilíbrio da sociedade⁸³⁸. Por tal razão, essa regra não se aplica à sociedade anônima de capital aberto, pois as ações penhoradas serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores (art. 861, § 2º, do CPC).

Trata-se de uma hipótese residual de penhora, tanto que, no rol do art. 835, do CPC, esse bem se encontra na nona posição. Inclusive é preferencial à penhora de quotas e ações a penhora de lucros do sócio devedor⁸³⁹.

As quotas, na perspectiva da sociedade, se configuram como o aporte inicial que os sócios contribuem ou prometem contribuir para a sua atividade. Já para o sócio, as quotas são a medida de sua participação societária, sendo bem integrante do patrimônio de cada sócio, que pode aliená-la ou onerá-la, caso atendidas algumas condições⁸⁴⁰. O prazo pode ser estendido se não for possível obter os elementos necessários para a realização do balanço, sendo certo que essa medida pode demorar algum tempo, diante das variáveis que devem ser ponderadas para a realização do balanço.

Realizada a penhora de quotas é necessário apresentar, em um prazo de três meses, um balanço especial que possa avaliar o valor da referida quota ou ação (art. 861, do CPC c/c art. 1031, do CC). O prazo pode ser estendido se não for possível obter os elementos necessários para a realização do balanço, sendo certo que essa medida pode demorar algum tempo, diante das variáveis que devem ser ponderadas para a realização do balanço. É importante ressaltar, nesse ponto, que a fixação de valores das cotas ou ações no contrato ou estatuto social não pode vincular terceiros, que da pactuação não participaram⁸⁴¹.

Após, as quotas ou ações devem ser oferecidas aos demais sócios, com observância do direito de preferência que a eles assiste, a qual depende de cláusula expressa no contrato

⁸³⁸ Nesse sentido, a doutrina de Luis Alberto Reichelt e Alessandra Mattos: "A penhora de quotas de sociedades personificadas não é um tema fácil de ser abordado, por entrelaçar dimensões situadas no plano do Direito Material e do Direito Processual. Nela fundem-se reflexões das mais complexas situadas no âmbito do Direito Societário, em especial no que tange ao impacto exercido pela *affectio societatis* como fator a justificar o entrelaçamento dos sócios em torno de uma atividade empresarial, e do Direito Processual Civil, com ênfase na preocupação constante com a efetividade da providência em questão no contexto da execução por quantia certa contra devedor solvente." REICHELT, Luis Alberto; MATTOS, Alessandra. Penhora de quotas de sociedades personificadas e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 3. set.-dez., 2017, p. 220.

⁸³⁹ AgInt no AREsp 1295996/MA, rel. Min. Lazaro Guimarães, 4ª Turma do STJ, j. em 18.09.2018. Nesse sentido, o Enunciado 387 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "a opção entre fazer a execução recair sobre o que ao seu sócio couber no lucro da sociedade, ou na parte em que lhe tocar em dissolução, orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa."

⁸⁴⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 80.

⁸⁴¹ A respeito, REsp. 1.335.619/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma do STJ, j. em 03/03/2015.

social⁸⁴². Em não havendo interesse dos sócios, a sociedade poderá adquirir as quotas ou ações sem redução do capital social e com utilização de reservas, mantendo-os em tesouraria ou, então, se procederá à dissolução parcial da sociedade, liquidando as quotas ou ações, com o depósito em juízo do valor apurado.

Não havendo interesse dos demais sócios no exercício do direito de preferência, não havendo aquisição de quotas ou ações pela sociedade ou a liquidação seja excessivamente onerosa para a sociedade, pode haver o leilão judicial das quotas ou ações. É uma medida residual que busca preservar a função social da empresa⁸⁴³, embora, em conformidade com a jurisprudência do STJ, seja possível a alienação ou adjudicação das quotas, tal circunstância não implica na admissão do terceiro adquirente como sócio da sociedade (o que dependeria da concordância dos demais)⁸⁴⁴, permitindo a liquidação da quota com a dissolução parcial da sociedade⁸⁴⁵. Essa medida, porém, especialmente em se tratando de sociedade de pessoas, deve ser evitada diante do potencial danoso que pode causar à preservação e continuidade da empresa⁸⁴⁶.

Pode haver a nomeação de um administrador para efetivar a liquidação das quotas, a qual deverá ser submetida à aprovação judicial, após manifestação dos interessados para garantir o exercício do contraditório. O prazo de três meses para a liquidação das quotas poderá ser ampliado pelo juiz quando o pagamento das quotas ou ações liquidadas i) superar o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; ou ii) colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade (art. 861, §§ 3º e 4º, do CPC).

Verifica-se, assim, o quão complexo pode ser a penhora de quotas ou ações de sociedades de pessoas, de modo que ela deve ser evitada, sempre que houver outra forma de satisfazer o exequente.

8.4.1.2.1.4 Da penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes

⁸⁴² REICHELTL; MATTOS. Penhora..., cit., p. 230.

⁸⁴³ ZANETI JR., Comentários..., cit., p. 244; NEVES, Comentários..., cit., p. 339.

⁸⁴⁴ SILVA, Jorge Vicente; POPP, Carlyle. A arrematação ou a adjudicação das cotas sociais penhoradas e suas consequências jurídicas. *Revista de processo*. vol. 55, jul.-set., 1989, versão eletrônica.

⁸⁴⁵ REsp 522820/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma do STJ, j. em 22/10/2013: “[...] 4. A respeito da affectio societatis, abordada nas instâncias ordinárias, os efeitos da adjudicação relativamente à composição da sociedade deverão ser resolvidos entre os adjudicantes e os atuais sócios à luz das cláusulas do contrato social ou, na pior das hipóteses, mediante dissolução, parcial ou integral, da sociedade para que o credor transforme as quotas adquiridas judicialmente em pecúnia ou em outros bens de seu interesse. Precedentes.

⁸⁴⁶ REICHELTL; MATTOS. Penhora..., cit., p. 232.

Outro tipo de penhora especial é aquele que recai sobre o estabelecimento (comercial, industrial, agrícola...) e semoventes. Também é um tipo de penhora residual, seja pela necessidade de garantir a preservação da função social da empresa, seja pelas dificuldades de cuidado com os semoventes.

A lei prevê a nomeação de um administrador-depositário que deve apresentar, em 10 dias, um plano de administração. Apresentado o plano, as partes são intimadas para se manifestar e o juiz decide se homologa ou não o plano apresentado.

Há previsão de uma convenção processual típica no art. 862, § 2º, do CPC, em que as partes podem i) ajustar a forma de administração; e ii) nomear depositário. Essa convenção processual, para surtir efeitos, depende da homologação do juiz, por meio de decisão interlocutória (e não despacho)⁸⁴⁷. O juiz, contudo, não tem ingerência decisória a respeito do objeto da convenção celebrada pelas partes⁸⁴⁸.

A função do administrador-depositário é zelar para que a empresa siga com a sua atividade, gerando lucros, os semoventes se mantenham cuidados e alimentados, as plantações continuem sendo cultivadas e os edifícios em construção sejam terminados⁸⁴⁹.

Em relação à penhora de edifícios em construção sob o regime de incorporação imobiliária, não poderá a penhora recair sobre as unidades já negociadas (art. 862, § 3º, do CPC), conforme já dispõe a Sumula 308 do STJ, que objetiva resguardar os direitos dos adquirentes. Se for necessário, é possível o afastamento do incorporador da administração do empreendimento, devendo assumir o seu lugar uma comissão de representação dos adquirentes ou, caso tenha sido financiada por uma instituição financeira, essa assuma a responsabilidade do empreendimento.

A penhora sobre bens, valores ou empresa que preste serviço público objeto de concessão ou autorização do poder público também é de caráter residual, devendo o exequente demonstrar que não há outros meios de satisfação do crédito. De qualquer forma, a penhora não poderá recair sobre bens que possam atrapalhar a prestação do serviço público diante da necessidade de continuidade da prestação do serviço público.

Caso ocorra a penhora, nomeia-se um administrador-depositário que deve apresentar um plano de administração e pagamento da dívida. Na eventual hipótese de penhora sobre os

⁸⁴⁷ NEVES, Comentários..., cit., p. 341.

⁸⁴⁸ NEVES, Comentários..., cit., p. 341.

⁸⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários ao artigo 862. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 1229.

bens, antes da adjudicação ou alienação, o ente que outorgou o serviço público deve ser intimado para se manifestar. O intuito é “ofertar ao ente público a oportunidade de remediar a situação e evitar a paralisação, ainda que temporária, do serviço prestado.”⁸⁵⁰

Ainda, nesse ponto, há uma regra sobre a penhora de navios ou aeronaves, permitindo que eles continuem operando até a alienação, mas desde que tenham seguro usual contra riscos de operação. É uma medida para evitar a deterioração/perda do bem e permitir a funcionalidade do bem até eventual alienação (art. 864, do CPC). Eventualmente, se o sinistro ocorrer, a seguradora deverá ser intimada para depositar o valor do prêmio, subrogando-se o exequente no valor da indenização. Esclarecem Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas que esse seguro também pode ser estendido para outros bens, quando a própria circulação do bem penhorado cause risco potencial à higidez da penhora, como no caso de veículos automotores⁸⁵¹.

8.4.1.2.1.5 Da penhora de percentual de faturamento de empresa

Antes regulada de forma insuficiente no CPC revogado, o atual ressalta que a penhora de percentual de faturamento de empresas é, também, residual. É preciso demonstrar que: i) o executado não possui outros bens passíveis de penhora; ii) que os demais bens eventualmente penhoráveis são de difícil alienação; ou iii) os demais bens penhoráveis do executado são insuficientes para saldar o crédito exequente.

O objetivo é resguardar a função social da empresa e sua preservação, não sendo possível que a penhora inviabilize as atividades empresariais.

A lei não estabelece um percentual de quanto poderá vir a ser penhorado⁸⁵² e nem qual a base para a incidência do referido percentual⁸⁵³, o que deverá ser analisado casuisticamente,

⁸⁵⁰ Idem, p. 1230.

⁸⁵¹ Idem, p. 1231.

⁸⁵² É um aspecto que deve ser analisado pelo juiz, quando determinar a penhora do faturamento da empresa ou pode ser estabelecido pelas partes, via convenção processual. A jurisprudência é bastante variável a respeito do tema.

⁸⁵³ A incidência da penhora pode ocorrer em relação ao faturamento bruto, faturamento líquido ou receita. A respeito, explica Cássio Cavalli: "Com o objetivo de precisar a delimitação do instituto da penhora de faturamento, a doutrina busca distinguir as noções de receita, lucro e faturamento. Com efeito, receita consistiria em ingresso de numerário em razão da operação da empresa; o lucro consistiria no valor obtido quando subtraídas as despesas da receita; enquanto o faturamento seria a receita bruta. Esta concepção de faturamento, entretanto, permitiria ao juízo da execução que penhorasse toda a receita da empresa devedora, o que se afiguraria pouco razoável. Por isto, aqui entram as noções decorrentes do princípio da menor onerosidade da execução e da preservação da empresa, que contribuem para a delimitação do instituto da penhora de

com o norte da função social da empresa, não podendo tornar inviável o seu funcionamento (art. 866, § 1º, do CPC)⁸⁵⁴. O STJ, por sua vez, estabeleceu os requisitos que devem ser observados para a ocorrência da referida penhora: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador; e III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial⁸⁵⁵.

O administrador-depositário deve prestar contas mensalmente, depositando em juízo as quantias recebidas, acompanhadas de balancetes. O controle do levantamento dos valores é pelo pelo juiz, mediante requerimento do exequente instruído com planilha com o abatimento de tais quantias do valor em execução. Se aplicam, a esse título, as normas relativas à penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

8.4.1.2.1.6 Da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel

faturamento.” CAVALLI, Cassio. O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa. *Revista dos Tribunais*, vol. 926, dez., 2012, versão eletrônica, item 3.

⁸⁵⁴ A respeito, as seguintes decisões: [...] 1. A jurisprudência desta Corte Superior é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (art. 655-A, § 3º, do CPC) e que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial. 2. A ausência de imposição de limite legal no dispositivo que permite a penhora do faturamento da empresa executada não pode conduzir à conclusão de que se deva penhorar a integralidade dos numerários de que dispõe, pois figura também como interesse público o livre exercício da atividade econômica no território brasileiro, de onde advém a geração de empregos, receita e riqueza, em nada interessando, nem mesmo ao FISCO, o fechamento das empresas, ainda que para adimplir o Erário. 3. O Tribunal de origem, soberano na apreciação das circunstâncias fáticas, deferiu a penhora limitando-a à fração de 10% dos valores depositados na conta-corrente da empresa executada, com vistas à função social da empresa e à continuidade de suas atividades, levando em consideração sua precária situação financeira. 4. Nesse contexto, para rediscutir as premissas fáticas firmadas pela Corte de origem, faz-se necessário o reexame dos elementos probatórios da lide, tarefa essa soberana às instâncias ordinárias, o que impede o reexame na via especial, ante o óbice da Súmula 7. 5. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no REsp 1588496/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma do STJ, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016. [...] 1. O Tribunal a quo entendeu que a oferta de imóvel inexistente à penhora constitui em litigância de má-fé. Esclareço que modificar tal conclusão, de modo a acolher a tese da recorrente, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. 2. A penhora de faturamento da empresa só pode ocorrer em casos excepcionais, que devem ser avaliados pelo magistrado à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da Execução, obedecendo o que preceitua o art. 866 do CPC e desde que não existam outros bens penhoráveis e a constrição não afete o funcionamento da empresa. 3. Dessarte, correta a decisão da Corte regional que fixou a penhora sobre o faturamento da empresa no percentual de 5% "como forma de equilibrar a relação de forças entre as partes da execução fiscal, de modo a preservar a atividade empresarial desenvolvida e permitir que, ao menos uma parte do débito tributário, seja revertido para os cofres públicos". 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. REsp 1696970/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma do STJ, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017.

⁸⁵⁵ Nesse sentido, REsp 1815514/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma do STJ, j. em 15/08/2019. Na doutrina, v. SCHEIBLER, Juliana Luisa; CUNHA, Guilherme Antunes da. A penhora do percentual de faturamento da empresa e os critérios adotados por Tribunais na definição do percentual. *Revista de processo*, vol. 301, mar., 2020, versão eletrônica.

Nesse ponto, alterou-se, em relação ao CPC/73, a nomenclatura de usufruto de móvel ou imóvel, o que permite que desfaça eventual confusão entre o usufruto como instituto de garantia, regulado pelo direito privado, da penhora de frutos e rendimentos, que possui natureza processual do ato, indicando que a constrição se opera sobre frutos e rendimentos de bem móvel ou imóvel.

A penhora que recai sobre frutos e rendimentos de bem móvel ou imóvel e deve ser aplicada quando for mais eficiente no recebimento do crédito e menos gravoso para o executado, o que demanda uma análise casuística.

Há bens que são capazes de produzir outros bens, os quais se denominam frutos e são classificados em naturais (que derivam do bem sem que haja necessidade de atuação humana), industriais (que são produzidos por meio de intervenção humana) e civis (que são decorrência de uma particular utilização econômica do bem e que coincidem com rendimentos financeiros pelo gozo do bem concedido a outra pessoa, como a locação do bem)⁸⁵⁶. Por exemplo, é possível fazer recair a penhora sobre o aluguel de um imóvel de alto valor, já que a sua aquisição, em leilão judicial, provavelmente será de baixa procura e a possibilidade de haver uma alienação por um valor abaixo do que efetivamente valeria caso a alienação fosse feito em ambiente diverso, justificando, à luz da menor onerosidade, a penhora dos frutos do bem⁸⁵⁷.

Uma vez determinada a penhora de frutos e rendimentos, o juiz nomeia “administrador-depositário”, conforme menciona o art. 868, do CPC, o qual terá os poderes de administração do bem e à fruição de seus frutos e utilidades, perdendo o executado o uso e gozo do bem até que o exequente seja pago do principal, dos juros, das custas e honorários advocatícios.

Para ter eficácia em relação a terceiros, em sendo bem móvel, bastará a publicação da decisão em Diário de Justiça, embora tal medida mereça críticas, já que não a medida é ineficaz, pois não há costume da leitura do Diário de Justiça para se informar acerca de penhora de bem. É necessário, por conseguinte, intimação dirigida especificamente ao terceiro que tem a posse do bem⁸⁵⁸. Em se tratando de bem imóvel, a norma determina que será necessário averbar, junto ao Registro de Imóveis, a decisão que deferiu a penhora. Tal medida permite eficácia *erga omnes* à decisão, mas pode ser ineficiente em relação ao terceiro

⁸⁵⁶ PERLINGIERI, Manuale..., cit., p. 226.

⁸⁵⁷ MAZZEI; MERÇON-VARGAS, idem, p. 1234.

⁸⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Execução e recursos*. Comentários ao CPC de 2015. vol. 3. Rio de Janeiro: Método. 2017. p. 360.

possuidor do bem, o qual, se existente, deverá ser intimado pessoalmente para não efetivar mais os pagamentos ao executado⁸⁵⁹. Por fim, é recomendável que haja tal averbação em outros órgãos, em se tratando de bens móveis, com o fim de garantir publicidade ao ato de penhora (v.g., DETRAN, no caso de veículos, Junta Comercial, no caso de penhora de cotas, etc.).

O administrador-depositário pode ser o exequente ou o executado, mediante acordo da parte contrária (o que implica em negócio processual), ser escolhido pelas partes (também uma convenção processual) ou nomeado pelo juiz, que escolherá um profissional qualificado para desempenhar a função.

O administrador nomeado estará investido nos poderes que dizem respeito à administração e à fruição dos frutos e rendimentos. Deverá apresentar um plano de administração e prestar contas periodicamente (cuja periodicidade será definida pelo magistrado). A forma de administrar será submetida à análise do juiz que, após ouvir as partes, decidirá a forma como ocorrerá a administração. Se houver acordo a respeito, entre as partes, tem-se mais um negócio processual típico, cabendo ao juiz, tão somente, homologar o acordo para que este surta efeitos.

Em sendo o imóvel locado ou arrendado, não havendo administrador, o pagamento ocorre diretamente ao exequente. A lei também determina que exequente ou o administrador poderá celebrar locação do móvel ou do imóvel, ouvido o executado (e o exequente também, quando celebrado o contrato pelo administrador).

O pagamento é feito diretamente ao executado, que imputará o valor recebido da dívida existente. A quitação do exequente será por termo nos autos.

A referência aos contratos de locação ou arrendamento é exemplificativa, podendo o administrador celebrar qualquer contrato oneroso que contribua com a geração de frutos ou rendimentos⁸⁶⁰.

8.4.1.2.2 Da adjudicação ou alienação do bem penhorado

Como se pode verificar, a regulação maior do procedimento executivo está, justamente, na etapa da execução forçada e nesse ponto, é possível perceber quão importante se revela a penhora do dinheiro, pois agiliza e muito o procedimento executivo. A penhora de

⁸⁵⁹ GAJARDONI, Fernando. *Execução...*, cit., p. 360.

⁸⁶⁰ GAJARDONI, Fernando et al. *Execução...*, cit., p. 363.

determinados bens pode revelar uma logística bastante complexa para a sua efetivação e satisfação do credor. Um exemplo é a penhora de quotas sociais do executado, em que é necessário resguardar o direito de preferência na aquisição das quotas dos demais sócios e, em caso de negativa, deve ser feita a liquidação da quota e posterior dissolução parcial da sociedade. É preciso se fazer uma perícia contábil específica para definir o valor atual da quota, o que demonstra que se trata de um procedimento bastante custoso e demorado. Da mesma forma, a penhora de faturamento da empresa, em que se deve nomear um administrador que ficará encarregado de recolher os valores e depositá-los em conta judicial para esse fim. Até mesmo a penhora de um bem imóvel pode ser bastante complexa, pois a alienação judicial requer a expedição de edital, convocação de interessados a participar do leilão que pode ser frustrado, por não aparecerem interessados.

Não por outra razão que a preferência para a realização da penhora é sobre o dinheiro (art. 835, I e § 1º, do CPC), embora possa o juiz determinar que a penhora recaia sobre outro bem, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Uma vez realizada a penhora e discutidas eventuais questões apresentadas pelas parte, parte-se para a satisfação dos direito do credor, por meio da transmissão dos bens penhorados. Nesse aspecto, há quatro opções: a) a adjudicação do bem penhorado; b) a alienação por iniciativa particular; c) alienação por meio de leilão judicial; e d) apropriação de frutos e rendimentos de bens (art. 825, do CPC).

Na adjudicação, o bem penhorado passa a ser de propriedade do exequente ou, então, dos legitimados previstos no art. 876, § 5º, do CPC, quais sejam, os indicados no art. 889, II a VIII⁸⁶¹, os credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, o cônjuge, o companheiro, os descendentes ou os ascendentes do executado. Existe, aqui, uma ordem que deve ser seguida pelo magistrado, de primeiro oferecer ao exequente o bem penhorado para, somente diante da sua recusa, passar-se aos demais meios de expropriação, embora seja possível a adjudicação até o início do leilão ou, em sendo ele infrutífero, poderá haver nova

⁸⁶¹ São eles: "II – o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal; III – o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais; IV – o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais; V – o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução; VI – o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; VII – o promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; VIII – a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado."

oferta ao credor para que ele, caso queira, adjudique o bem. Um ponto negativo, nesse aspecto, é que o valor da avaliação é o de adjudicação, sendo que se inferior ao valor da dívida, a execução seguirá pelo saldo remanescente; caso contrário, o adjudicante deverá depositar em juízo a diferença que será revertida ao executado. Outro ponto que não estimula a adjudicação é que o exequente pode participar do leilão, embora concorra com demais interessados em igualdade de condições, mas pode arrematar o bem por valor inferior ao de avaliação. Deverá, contudo, depositar a diferença se o valor do bem for superior ao da dívida (art. 892, § 1º, do CPC).

Não havendo a adjudicação, passa-se a alienação do bem, que pode ocorrer de forma particular ou mediante leilão judicial. A alienação por iniciativa particular é uma tentativa de desjudicializar a execução, pois delega para terceiro, um particular, a incumbência de alienar o bem penhorado⁸⁶², embora devendo observar os balizamentos determinados pelo juiz, conforme expõe o art. 880, § 1º, do CPC. Da mesma forma, a formalização da alienação ocorrerá por termo nos autos, mediante a assinatura do juiz, adquirente e exequente, bem como do executado, se presente, havendo a expedição do título aquisitivo do bem: se móvel, a ordem de entrega e se imóvel, a carta de alienação e o mandado de imissão na posse (art. 880, do CPC). Trata-se de uma etapa do ato de expropriação, que tem natureza processual⁸⁶³.

⁸⁶² Sobre o tema, manifesta-se a doutrina: "A Lei 11.382/2006, entretanto, além das particularidades supra-referidas, denota também especificidade no que diz respeito ao instituto por ela inserido no art. 685-C do CPC, que guarda relação com uma "desjudicialização" moderada do processo de execução, consubstanciada na transferência à parte, no caso o exequente, da prerrogativa de promover a venda do bem penhorado na hipótese de restar frustrada a primeira modalidade de expropriação, qual seja, a adjudicação em favor do próprio exequente ou das pessoas indicadas no art. 685-A, § 2.º, do CPC, relegando a tradicional hasta pública para um terceiro momento, conforme se denota da redação do art. 647 do CPC. Nesse diapasão, o novel instituto sinaliza, embora de forma não muito acentuada, para a "despublicização" da execução ao outorgar ao particular a possibilidade de promover, por sua iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, a venda do bem penhorado, quando, até então, a alienação do bem constricto encontrava-se atrelada ao agente oficial ou ao leiloeiro nomeado pelo Juízo. Da mesma forma, exsurge da alteração legislativa, a modificação parcial das tradicionais fórmulas de equilíbrio entre os princípios da iniciativa da parte e do impulso oficial. Evidentemente que essas mudanças, sobretudo no que se refere à outorga ao particular de atos, até então realizados pelo agente oficial ou por leiloeiro de confiança do Juízo, decorrem, como não poderia deixar de ser, da própria incapacidade do Estado em gerir com a efetividade e celeridade esperadas todas as fases da execução, principalmente quando já não guardam relação com os atos judiciais propriamente ditos, mas, sim, especificamente, com os atos finais da execução consubstanciados na expropriação." SAUSEN, Dalton. Da alienação por iniciativa particular. *Revista de Processo*, vol. 158, abril, 2008, versão eletrônica.

⁸⁶³ A respeito: "A expropriação é um ato essencialmente processual. Note-se que a perfectibilização do negócio somente ocorre com a assinatura do termo de alienação pelo juiz, pelo adquirente e pelo exequente. Trata-se de ato jurídico processual que produz seu principal efeito no campo do direito material (a transferência da propriedade), o que nada há de irregular, nem contribui à transmutação da sua natureza. A confirmação legal disso está na desnecessidade de o executado assinar o termo. Ademais, se fosse o ato de direito privado, a formalização da alienação de bens imóveis dar-se-ia necessariamente através de escritura pública (art. 108 do CC/2002) e jamais mediante termo nos autos (art. 685-C, § 2.º, do CPC)." SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Primeiras palavras sobre a alienação por iniciativa particular. *Revista de Processo*, vol. 163, ano 33, setembro, 2008, p. 197.

Caso a tentativa de alienação por iniciativa particular seja frustrada, busca-se a venda judicial do bem, por meio de leilão virtual ou presencial. Por meio de um leiloeiro vinculado ao Poder Judiciário, procede-se à tentativa de venda do bem penhorado, observando uma série de balizamentos legais.

Expede-se um edital, chamando os interessados, onde constam as condições básicas acerca do bem a ser alienado. Deve constar do edital o valor de avaliação do bem, o valor mínimo de arrematação, condições de pagamento e comissão do leiloeiro, bem como eventuais ônus ou processos judiciais que recaiam sobre o bem objeto de leilão. Além disso, deve constar a data, local e horário do leilão, em sendo este presencial, ou o sitio e o período em que se realizará o leilão, em sendo ele virtual (art. 886, do CPC).

A lei também prevê a intimação de alguns sujeitos que possam ter algum interesse no leilão, os quais devem ser intimados com ao menos 5 dias de antecedência do leilão⁸⁶⁴. O magistrado, na condução do processo, deve perceber se há algum outro terceiro interessado, que não somente os indicados nos arts. 799 ou 889, do CPC, que deverá ser intimado da penhora ou do leilão do bem penhorado, devendo, assim, proceder a tal ato.

⁸⁶⁴ São eles: i) o executado, para permitir a remição da execução, com o pagamento integral do débito; ii) do coproprietário, inclusive cônjuge /companheiro, do bem indivisível em que tenha sido penhorada a fração ideal, com o fim de garantir a preferência na aquisição da cota-parte (art. 1322, do CC); iii) do titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso e direito real de laje, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais (art. 889, III, do CPC); iv) do proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso ou proprietário da construção-base, no caso do direito real de laje, quando a penhora recair sobre tais direitos reais, com o fim de consolidar a propriedade do bem (art. 889, IV, do CPC); v) do credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução, com o fim de executar o seu crédito e opor embargos de terceiros, para evitar que o valor arrecadado com a venda seja revertido ao credor sem observar o direito de preferência conferido pelo direito real de garantia (art. 889, V, do CPC); vi) do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada (art. 889, VI, do CPC), para que possa exercer o seu direito de adjudicação do bem; vii) do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada, permitindo também o exercício do direito de adjudicar o bem; viii) da União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado, devendo a intimação ser dirigida ao ente público responsável pelo tombamento do bem (art. 889, VIII, do CPC), permitindo eventual exercício do direito de preferência (art. 892, § 3º, do CPC); ix) aos sócios, no caso de penhora de quota social ou de ação em sociedade anônima de capital fechado, quando a penhora recair em favor de exequente que não compõe o quadro societário, com o fim de permitir a adjudicação de quotas e manter a *affectio societatis* (art. 799, VII, do CPC); x) o possuidor do bem penhorado, caso seja conhecido, a fim de que possa sustentar a função social da posse (art. 674, do CPC). Além desses indicados, especialmente no art. 889, do CPC, outros terceiros podem, eventualmente, possuir algum interesse em participar do processo ou estar ciente da penhora e alienação do bem, se justificando a intimação para i) resguardar o exercício do direito de preferência; ii) permitir a adjudicação do bem penhorado; iii) resguardar a finalidade pública afeta ao bem ou direito atribuído a determinado sujeito; iv) manter o exercício da posse sobre o bem ou, ainda; v) dar ciência a terceiro sobre quem irá se relacionar a partir de então; vi) outras situações previstas em lei

A ausência de intimação leva à ineficácia do ato perante aquele que deveria ter sido intimado e não foi. Não se trata, portanto, de caso de invalidação da alienação, mas sim ineficácia em relação a quem foi preterido pela ausência de intimação do ato⁸⁶⁵.

Ainda, no art. 890, do CPC c/c art. 497, do CC, encontram-se restrições acerca de quem pode participar do leilão judicial. São casos de ausência de legitimidade, pois a lei estabelece restrições a esses sujeitos para participarem da venda judicial, com o intuito de resguardar os interesses do exequente e do executado. Assim, qualquer pessoa que estiver na livre administração de seus bens pode oferecer lance no leilão, a não ser os seguintes: i) os tutores, os curadores, os testamenteiros, os administradores ou os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade; ii) os mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; iii) o juiz, o membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, o escrivão, o chefe de secretaria e os demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender a sua autoridade, com o objetivo de resguardar a “imagem da Justiça”⁸⁶⁶; iv) os servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; v) os leiloeiros e seus prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados, buscando evitar a ingerência que este teria em tal tipo de negócio; e vi) os advogados de qualquer das partes (art. 890, do CPC).

Realizado o leilão, não pode haver lance que ofereça preço vil, considerado aquele que é inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital ou, não tendo sido fixado

⁸⁶⁵ [...] 3- A não observância do requisito exigido pela norma do art. 698 do CPC/73 para que se proceda à adjudicação ou alienação de bem do executado - prévia identificação dos credores com garantia real ou com penhora anteriormente averbada - enseja sua ineficácia em relação ao titular da garantia, não contaminando a validade da expropriação judicial. Precedentes. 4- O executado não possui interesse em requerer a nulidade da arrematação com fundamento na ausência de intimação de credores com garantia real ou penhora anteriormente averbada, pois a consequência jurídica derivada dessa omissão do Juízo é a decretação de ineficácia do ato expropriatório em relação ao credor preterido, não gerando repercussão negativa na esfera econômica do devedor. 5- Hipótese concreta em que, ademais, o acórdão recorrido constatou que não havia registros de garantia real ou de penhora que pudessem inviabilizar a arrematação por ausência de cumprimento ao art. 698 do CPC. 6- Recurso especial não provido. REsp 1677418/MS - Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ª Turma do STJ - j. em 08/08/2017.

⁸⁶⁶ Em síntese, “o juiz não pode arrematar na comarca onde exerce a jurisdição, pouco importando se a execução se processa em outra vara, bem assim os serventuários da justiça; dentro da mesma linha de raciocínio, aos desembargadores é vedado arrematar em todo o território estadual, sobre o qual exercem a função jurisdicional”. Essa tese acabou sufragada pelo STJ: todos os servidores “lotados na circunscrição em que se realizará a alienação” encontram-se impedidos de licitar. Mas, esse mesmo órgão do trabalho admitiu que Juiz do Trabalho licitasse em processo da Justiça Federal. A tese jurídica desse último julgado não é correta.

Identidade de razões impede os cônjuges casados pelo regime da comunhão de bens, haja vista os interesses patrimoniais comuns, de arrematar. Em certo caso, o STF anulou arrematação realizada por mulher de serventuário da justiça. ASSIS, Araken. Manual..., cit., versão online.

tal preço, o valor de cinquenta por cento da avaliação. Em havendo a alienação por preço vil, a mesma é considerada nula, e deverá ser desfeita, ainda que já assinado o respectivo auto (art. 903, § 1º, I, do CPC).

A lei regula, também, os procedimentos relativos ao pagamento do preço de arrematação, a hipótese de concorrência de pretendentes (havendo, nesse caso, licitação entre eles), a possibilidade de pagamento em prestações, podendo apresentar a sua proposta por escrito, bem como definindo as consequências do inadimplemento (art. 895, do CPC), embora a preferência é pelo pagamento a vista.

Se não houver o pagamento do preço no prazo estabelecido, o juiz imporá a pena de perda da caução, voltando os bens a novo leilão, não podendo, no novo leilão, participar o arrematante e o fiador remissos.

A arrematação é lavrada por meio de auto, com a especificação do(s) bem(ns) arrematado(s), expedido, após o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante, bem como realizado o pagamento da comissão do leiloeiro e das demais despesas da execução, a ordem de entrega de bem móvel ou a carta de arrematação de bem imóvel.

A arrematação é a aquisição de bens por meio de leilão judicial, pondo fim ao ato de expropriação. A sua natureza jurídica é de negócio jurídico por meio do qual o Estado, no exercício de seu poder jurisdicional, transfere ao arrematante o bem penhorado mediante o pagamento de preço⁸⁶⁷. É uma forma derivada de transferência do domínio do bem mas não se confunde com o contrato de compra e venda por ser um negócio jurídico de Direito Público, em que há intervenção estatal na referida “intermediação”. Nesse ponto, embora permaneça a garantia contra a evicção (art. 447, do CC) quando não informado ao adquirente (no edital) que havia alguma discussão acerca da titularidade do bem ou mesmo servia como garantia a outra obrigação, não há garantia em relação aos vícios redibitórios (ocultos) que o bem eventualmente possuía. É semelhante a um caso de venda “no estado em que se encontra”.

Em princípio, a arrematação, uma vez assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, será considerada perfeita, acabada e irretratável, mesmo que os embargos a execução ou a ação ajuizada para invalidar a arrematação, permitindo-se que o executado busque a reparação pelos prejuízos sofridos. É uma medida de tutela da boa-fé do arrematante, para estimular a participação e efetivação dos leilões judiciais.

⁸⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Execução e recursos*. Comentários ao CPC de 2015. vol. 3. Rio de Janeiro: Método. 2017. p. 441.

Há, porém, casos de i) invalidação; ii) ineficácia; iii) resolução e iv) resilição da arrematação.

A invalidação ocorre quando a arrematação foi realizada por preço vil (art. 891, do CPC) ou conter algum outro vício. A gravidade do vício deve levar ao prejuízo para algum dos envolvidos no processo de arrematação. Além disso, o vício deve ser intrínseco ao ato do leilão (p. ex., a arrematação se deu por pessoa sem legitimidade, o executado não foi intimado no prazo previsto em lei, etc.)⁸⁶⁸.

Já a ineficácia se refere à intimação de terceiros que possam ter algum interesse no bem que está sendo leiloado. Assim, embora reste válida a arrematação, não surtirá efeito em relação a quem não teve a sua intimação realizada.

A resolução da arrematação ocorre quando o preço não foi pago ou se a caução não foi prestada pelo arrematante. Nesse caso, não havendo o cumprimento das condições aceitas pelo arrematante, há duas opções ao exequente: i) pedir a resolução da alienação, conforme prevê o art. 903, § 1º, III, do CPC; ou ii) executar o valor em face do arrematante ou seu fiador, se houver⁸⁶⁹. A resolução ocorre, portanto, por requerimento do exequente, sendo que o valor dado em caução será revertido para o pagamento da dívida do executado e o(s) bem(ns) voltará(ão) ao leilão judicial (art. 897, do CPC).

Esses pedidos podem ocorrer em até 10 (dez) dias úteis após o aperfeiçoamento da arrematação por meio de simples petição. Em havendo invalidade, e se tratando de matéria de ordem pública, o juiz pode agir de ofício para declarar a invalidação do ato. Em verdade, antes desse prazo não é possível ao juiz expedir a carta de arrematação. Assim, em verdade, enquanto não for expedido esse documento, pode ser requerido o desfazimento da arrematação por meio de simples petição⁸⁷⁰. Após a prática do ato de expedição da carta de arrematação, a impugnação à arrematação deverá ser feita por meio de ação autônoma, conforme o art. 903, § 4º, do CPC, não havendo mais os denominados embargos à arrematação.

Por fim, ainda pode haver a resilição unilateral (desistência) da arrematação pelo arrematante em três casos: i) quando, em 10 dias do aperfeiçoamento da arrematação, este descobrir a existência de ônus real ou gravame sobre o bem que não estava constando do

⁸⁶⁸ Nesse sentido, o Enunciado n. 542, do FPPC: "Na hipótese de expropriação de bem por arrematante arrolado no art. 890, é possível o desfazimento da arrematação."

⁸⁶⁹ GAJARDONI, Fernando et al. *Execução...*, cit., p. 452.

⁸⁷⁰ GAJARDONI, Fernando et al. *Execução...*, cit., p. 452. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Artigo 930. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 1275.

edital; ii) se antes da expedição da carta de arrematação ou ordem de entrega, o executado alegar uma das hipóteses do art. 903, § 1º, do CPC; ou iii) se for citado para responder à ação prevista no art. 903, § 4º, do CPC, desde que apresente a desistência até o momento de apresentar a sua resposta.

Após, com o pagamento do valor de arrematação ou com a adjudicação do bem, haverá a satisfação do crédito do exequendo, extinguindo-se o processo com resolução do mérito, por meio de sentença.

Esse é, em resumo, o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente. Passa-se, agora, à análise das convenções processuais que podem ser estabelecidas nesses ritos.

8.5 Convenções processuais atípicas nos ritos comuns de obrigação de entrega de coisa, obrigação de fazer e obrigação de não fazer

No curso do CPC/2015 previram-se algumas convenções processuais típicas ao regular os procedimentos executivos. Assim, em relação à obrigação de entrega de coisa, podem ser convencionados: i) o prazo para entrega da coisa; ii) o valor estimado da coisa objeto da obrigação; iii) quem deve concentrar a coisa incerta (se credor ou devedor).

Ainda quanto à obrigação de entrega de coisa, é importante salientar que, em se tratando de propriedade fiduciária entre pares⁸⁷¹, não regida pela Lei de Mercado de Capitais, o credor não poderia se valer do célere procedimento da busca e apreensão de bens, reintegração de posse (no caso de imóveis), reivindicatória, de execução, etc⁸⁷². Porém, por meio de convenção processual, seria possível atrair as regras do procedimento para a tutela do direito de crédito do fiduciário previstas pelo Dec. 911/69, estendendo-se, também, à execução de créditos decorrentes da propriedade fiduciária⁸⁷³. Prazos, desnecessidade de

⁸⁷¹ “Não se conclua [...] que às demais entidades jurídicas e mesmo as pessoas físicas seja vedada a celebração do contrato fiduciário. Como se observou, a alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio fiduciário, regulada por lei especial. Por outras palavras, é correta a realização do contrato para a transmissão de propriedade de um bem de qualquer natureza. O fiduciante permanece com a posse do bem, transferindo a propriedade resolúvel ao fiduciário.” RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 1312. Da mesma forma, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 730-731.

⁸⁷² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 1314 e segs.

⁸⁷³ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC: direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 691-752; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos...*, cit., versão eletrônica, item 11.

intimação, expedição imediata de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse podem ser convencionados entre as partes, não havendo, a priori, restrição quanto ao controle da validade da convenção.

Já em relação à obrigação de fazer ou não fazer pode-se convencionar: i) o prazo para cumprimento da obrigação; e ii) o valor da multa no caso de descumprimento da obrigação, a sua periodicidade, a promessa de não executar, a possibilidade de levantamento da multa, no caso de cumprimento provisório da decisão, antes do trânsito em julgado, etc.

São múltiplas as hipóteses de convenções relativas ao procedimento que podem ser estabelecidas entre as partes, considerando o interesse das partes na tutela executiva da referida obrigação.

O esquema-tipo legal, de etapa para cumprimento voluntário da obrigação e outro para execução forçada pode ter a primeira fase suprimida, para já constar, na convenção, a citação para cumprir e a aplicação de medida executiva. Também seria viável pré-estabelecer valor eventual de indenização, no caso de conversão da obrigação em perdas e danos. Dessa forma, adequam-se os interesses do exequente com a busca da menor onerosidade para o executado. Em se tratando de obrigação fungível, seria poderia escolher o terceiro que cumpriria a obrigação no lugar do executado e como seria o regime de ressarcimento, na hipótese. Nesse caso, porém, haveria necessidade de anuência do terceiro para que o pacto surtisse efeitos em relação a ele.

Quanto à obrigação de entrega de coisa, é importante salientar que, em se tratando de propriedade fiduciária entre pares⁸⁷⁴, não regida pela Lei de Mercado de Capitais, o credor não poderia se valer do célere procedimento da busca e apreensão de bens, reintegração de posse (no caso de imóveis), reivindicatória, de execução, etc⁸⁷⁵. Porém, por meio de convenção processual, seria possível atrair as regras do procedimento para a tutela do direito de crédito do fiduciário previstas pelo Dec. 911/69, estendendo-se, também, à execução de créditos decorrentes da propriedade fiduciária⁸⁷⁶. Prazos, desnecessidade de intimação,

⁸⁷⁴ “Não se conclua [...] que às demais entidades jurídicas e mesmo as pessoas físicas seja vedada a celebração do contrato fiduciário. Como se observou, a alienação fiduciária em garantia é uma espécie de negócio fiduciário, regulada por lei especial. Por outras palavras, é correta a realização do contrato para a transmissão de propriedade de um bem de qualquer natureza. O fiduciante permanece com a posse do bem, transferindo a propriedade resolúvel ao fiduciário.” RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 1312. Da mesma forma, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 730-731.

⁸⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 1314 e segs.

⁸⁷⁶ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.).

expedição imediata de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse podem ser convencionados entre as partes, não havendo, a priori, restrição quanto ao controle da validade da convenção.

Esses aspectos, por conseguinte, relativos ao procedimento para tais execuções podem ser objeto de convenção processual.

8.6 Convenções processuais atípicas no rito da obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente

Em relação ao rito da obrigação de pagar quantia certa contra devedor solvente, é preciso levar em consideração as variadas etapas do procedimento.

A primeira etapa é da satisfação espontânea da obrigação. É possível, nesse ponto, alterar os prazos para cumprimento voluntário. É possível, também, prever, em relação aos títulos executivos extrajudiciais, multa pelo descumprimento da obrigação, nos moldes do art. 523, do CPC. Autoriza-se o aumento (ou redução) do percentual que incide sobre a multa prevista no artigo acima mencionado.

Da mesma forma, poderia ser convencionada alguma sanção premial no caso de cumprimento da obrigação no prazo legal/contratual, desde que não envolva direitos ou a esfera jurídica de terceiros. Mas pode envolver uma redução nas consequências do inadimplemento - nos juros moratórios, correção monetária, etc., ou então, aplicação da moratória legal ao cumprimento de sentença, não obstante a restrição legal já mencionada e debatida⁸⁷⁷. É possível estender, para o cumprimento de sentença, a aplicação da “moratória legal”, inclusive modificando seus requisitos. A criatividade aqui permite múltiplas modalidades de convenções.

Pode-se convencionar, também, acerca da intimação do executado para o cumprimento de sentença ou execução. É viável estabelecer que a intimação pode ocorrer por correio eletrônico, por aplicativo de mensagens (Whatsapp ou telegram, por exemplo)⁸⁷⁸ ou mesmo rede social.

Repercussões do novo CPC: direito civil. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 691-752; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos..., cit., versão eletrônica, item 11.

⁸⁷⁷ A respeito, AURELLI, op. cit., p. 55: “O § 7º determina que o parcelamento não se aplica ao cumprimento de sentença. Então, a primeira questão que surge é saber se poderia ser celebrado negócio jurídico processual para aplicá-lo ao cumprimento de sentença. A resposta deve ser positiva. Não há, no sistema, nada que impeça a avença, entre as partes, de possibilitar o parcelamento no âmbito do cumprimento de sentença.”

⁸⁷⁸ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., versão eletrônica, item 12.

Da mesma forma, é possível a exclusão de alguma modalidade de intimação, de modo a facilitar o ato de comunicação. Por exemplo, estabelecer que não haverá intimação pessoal por meio de oficial de justiça. Ainda, pode-se estabelecer como serão realizadas as intimações para algum ato específico⁸⁷⁹.

No cumprimento de sentença, seria possível convencionar que a penhora antecederia o ato de intimação, na esteira do CPC português⁸⁸⁰.

É, contudo, inválido o pacto que dispense a intimação do executado da penhora, diante da necessidade de ciência do ato, como consequência do contraditório⁸⁸¹. A referida dispensa dificultaria eventual alegação de penhora incorreta ou algum questionamento em relação à avaliação do bem. Mesmo que se pense na hipótese de que tais aspectos também tenham sido convencionados, é possível que haja violação ao contraditório, devendo a cláusula ser invalidada. Assim, pode-se concluir que é possível convencionar acerca das formas de comunicação processual, mas não excluir simplesmente as intimações. O mesmo ocorre em relação à intimação de terceiros, tal como determinado pelo art. 890, do CPC. Não é possível, assim, convencionar a dispensa da intimação dos terceiros, pois haveria frontal violação ao princípio do contraditório e o dever de informação e transparência.

Uma outra questão a respeito do procedimento executivo se refere à possibilidade de convencionar acerca do arresto liminar do art. 830, do CPC, permitido que quando o réu não é encontrado para citação, mas há bens penhoráveis que foram identificados pelo oficial de justiça, impossibilitando a sua ocorrência. O TJ/SP, em decisão relativamente recente, entendeu que essa convenção seria inválida por dizer respeito à tutela provisória, que seria uma prerrogativa do magistrado, além de ter alterado o momento de citação do processo, violado o devido processo legal⁸⁸². A decisão não se revela correta, ao menos sob a ótica do

⁸⁷⁹ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., versão eletrônica, item 12.

⁸⁸⁰ "Ao invés, sendo o título uma decisão judicial, da qual constasse uma obrigação líquida ou liquidável por simples cálculo aritmético, a execução para pagamento de quantia certa seguiria a forma sumária. Nesta verificava-se que a penhora antecedia a citação do executado. Consequentemente, não pode dizer-se que haja uma ordem necessária entre os atos de citação e de penhora." COSTA E SILVA, Paula. Garantias do executado. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 1, mar.-jun. 2010. p. 8.

⁸⁸¹ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., versão eletrônica, item 12

⁸⁸² Negócio Jurídico Processual. Existência de limites prescritos explícita e implicitamente pelo próprio modelo de atuação estatal jurisdicional. Necessidade de observância da disciplina constitucional de distribuição de competência legislativa, da força normativa dos princípios e dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral. Impossibilidade de convenção relacionada a normas de ordem pública e de aplicação cogente, a exemplo de pressupostos de existência e validade do processo. Autorização para convenção sobre os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes. Vedada extensão a atos, poderes e deveres do julgador. Admissível controle judicial das convenções. Invalidade da estipulação que difere o contraditório e altera o momento de formação do processo com a citação da parte contrária, bem como faz aplicar tutela provisória de

arresto liminar, eis que a natureza jurídica desse ato não é cautelar, mas sim executivo⁸⁸³, podendo as partes convencionarem a respeito para afastar a sua incidência.

8.6.1 Pactos relativos à penhora e avaliação

Os atos de expropriação iniciam-se pela penhora. Além das convenções processuais acerca da penhorabilidade de bens impenhoráveis ou da impenhorabilidade convencional, é possível que outros pactos sejam estabelecidos em relação à penhora.

Poderia ser determinada a obrigação do executado, com o fim de se manifestar nos autos, indicar, previamente, a lista de bens penhoráveis. Essa medida permitiria a localização de bens do executado de forma mais célere, facilitando o desfecho favorável da execução⁸⁸⁴.

No CPC/2015, medida semelhante se encontra no art. 774, V, estabelecendo com sanção pelo descumprimento da ordem a incidência de multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Não entende-se que haveria restrição ao contraditório caso fosse estabelecido pelas partes que a defesa do executado dependeria da apresentação da referida lista de bens do executado, pois em um processo cooperativo, deve o executado auxiliar o Poder Judiciário, não sendo possível sonegar ou desviar bens que seriam, teoricamente, penhoráveis, com o fim de frustrar a execução.

Uma das convenções que podem ser estabelecidas é o pacto que altera a ordem da penhora de bens. Como já mencionado anteriormente, o art. 835, do CPC, estabelece uma ordem preferencial de penhora, o qual, todavia, pode vir a ser modificado, especialmente, por meio de convenções processuais. A ordem do referido dispositivo é preferencial e não se configura como norma cogente.

Apontam-se, inclusive, quatro hipóteses que podem alterar a ordem preferencial de penhora: i) o pedido de penhora de outro bem que não observe a ordem prevista no referido dispositivo, não sendo essa escolha abusiva, implicando em menor onerosidade ao executado

urgência de natureza cautelar. Decisão mantida. Agravo não provido. AI 2143515-35.2018.8.26.0000, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, j. em 13.08.2018.

⁸⁸³ Assim, “a natureza jurídica é tão indiscutível que a doutrina chama o arresto executivo de pré-penhora ou de penhora antecipada, nomenclatura também usada pela jurisprudência. Tal nomenclatura corrobora o correto entendimento de que as regras da penhora, especialmente as que versam sobre impenhorabilidade, são aplicáveis ao arresto executivo.” NEVES, Comentários..., cit., p. 101; CARVALHO FILHO, Antônio. Comentários ao art. 830. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.) *Comentário ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1092.

⁸⁸⁴ Fala-se, a respeito, de um dever de transparência patrimonial do devedor. V., sobre o tema, RAGONE, Álvaro Pérez; ÁLVAREZ, Oscar Silva. El imperativo de transparência patrimonial del deudor como requisito para una ejecución civil eficiente. *Civil Procedure Review*, v. 1., n. 1, mar.-jun., 2010, p. 75 e segs.

(art. 805, do CPC); ii) o estabelecimento de uma garantia real (art. 835, § 3º, do CPC) ou, então, por meio de convenção processual atípica (art. 190, do CPC); iii) a substituição da penhora por fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento (art. 835, § 2º, do CPC); e iv) no caso de exercício de direito de retenção enquanto este durar, não podendo promover a execução de outros bens antes da ser executado o bem que se acha em seu poder (art. 793, do CPC)⁸⁸⁵. Assim, verifica-se que a ordem de penhora estabelecida pelo CPC não é absoluta, podendo ser mantido o sentido do Enunciado de Súmula n. 417 do STJ: "Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto." Poderia haver alguma discussão em relação à penhora de dinheiro, que constitui a primeira tentativa na penhora de bens do executado e possui inúmeras vantagens que se sobressaem em relação aos demais bens indicados no referido dispositivo legal, diante das facilidades para o bloqueio e diminutos custos no processo expropriativo, o que justificaria a indisponibilidade da penhora on line⁸⁸⁶. Porém, como mencionado acima, a indisponibilidade dessa regra, se assim se entender, não seria suficiente para afastar a norma prevista em convenção processual.

Assim como é possível estabelecer que a penhora deverá recair sobre um determinado bem, também pode-se estabelecer um conjunto de bens que podem ser objeto de penhora, a despeito da ordem preferencial indicada no referido dispositivo legal. Pode-se, também, afastar o disposto no art. 835, § 3º, do CPC, que é uma regra posta em favor do exequente, mas que pode redundar na frustração da execução, caso o bem dado em garantia seja de difícil liquidez. Nada obsta, também, que seja definido que a penhora recaia sobre criptomoedas, como por exemplo, os bitcoins⁸⁸⁷.

É possível convencionar, também, acerca de penhoras especiais. Assim, em relação à penhora por bloqueio de valores depositados em contas bancárias, pode-se indicar qual(is) a(s) conta(s) que deve recair a penhora⁸⁸⁸⁻⁸⁸⁹. É viável indicar um percentual para bloqueio

⁸⁸⁵ DIDIER JR.; CABRAL, cit.

⁸⁸⁶ TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana et al. (coords.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017. p. 559; ZANETI JR., *Comentários...*, cit., p. 199.

⁸⁸⁷ Sobre o tema, v. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da penhora de criptomoedas no processo de execução brasileiro. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 70-90, jan.-jun. 2018; VITORINO, Dhávila Beatriz. A plausibilidade do bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, vol. 6, jan.-mar., 2020.

⁸⁸⁸ Inclusive, sobre o tema, o CNJ editou a Resolução n. 61 de 2008, que permite a qualquer pessoa natural ou jurídica requerer o cadastro de conta única para bloqueio de valores junto ao sistema BACENJUD (art. 4º). Nesse caso, há necessidade de manter a conta com saldo para bloqueio, sob pena de redirecionamento da

(que não a totalidade) ou então, em caso de conta conjunta, e com a expressa concordância da cotitular, que recaia a constrição sobre todo o valor ali encontrado, e não somente 50% que seria do devedor⁸⁹⁰ evitando, também, eventual oposição de embargos de terceiro para discutir a titularidade dos valores⁸⁹¹.

Da mesma forma, esse raciocínio pode ser aplicado em relação à penhora de faturamento da empresa, determinando, por exemplo, o percentual a ser aplicado caso seja determinada a penhora, bem como designar um administrador-depositário de comum acordo. Podem definir a forma como será realizado o depósito do percentual arrecadado, derogando as normas estabelecidas no CPC para essa hipótese⁸⁹². Eventual invalidade poderia ser indicada no percentual estabelecido para a penhora, pois se este for elevado, inviabilizando a preservação da empresa, deverá ser invalidada pelo Juiz. O mesmo pode ser aplicado em relação à penhora de créditos ou do estabelecimento empresarial (indicando, previamente, bens que possam ser penhorados e, eventualmente, permitindo o seu funcionamento nomeando-se o executado como depositário).

No que se refere à penhora de quotas e ações de sociedade simples ou empresária, convenções que digam respeito à esfera jurídica de terceiro dependeriam da sua anuência para

execução a outras contas do executado: Art. 7º A pessoa natural ou jurídica que solicitar o cadastramento de que trata esta Resolução obriga-se a manter valores imediatamente disponíveis em montante suficiente para o atendimento das ordens judiciais que vierem a ser expedidas, sob pena de redirecionamento imediato da ordem de bloqueio, pela autoridade judiciária competente, às demais contas e instituições financeiras onde a pessoa possua valores disponíveis. Art. 8º Caso seja insuficiente o saldo encontrado na conta única cadastrada na forma desta Resolução: I - a autoridade judiciária requisitante da ordem frustrada comunicará, em cinco dias, o fato a uma das autoridades indicadas no art. 5º a que estiver vinculada; II - a autoridade responsável pela gestão do Sistema Nacional de Cadastramento de Contas Únicas, no âmbito do tribunal superior comunicado (art. 5º), instaurará procedimento administrativo para oitiva do titular da conta única frustradora da ordem judicial de bloqueio, no prazo de cinco dias, após o que, no mesmo prazo, decidirá pela manutenção ou cancelamento do cadastramento respectivo; III - a autoridade que decretar o cancelamento do cadastramento de conta única comunicará o outro tribunal superior e efetivará, eletronicamente, a exclusão do respectivo beneficiário. § 1º A parte interessada, no prazo assinalado no inciso II, poderá demonstrar o erro da instituição financeira mantenedora da conta única indicada ou apresentar as justificativas que reputar plausíveis, devendo instruir sua defesa com os documentos que tiver. § 2º Após o período de 6 (seis) meses, contados da data do cancelamento do cadastramento da conta única, poderá o respectivo titular postular o seu recadastramento, indicando a mesma conta ou outra. § 3º A reincidência no não atendimento das exigências de manutenção de recursos suficientes ao acolhimento dos bloqueios pelo sistema BACENJUD importará em novo descadastramento pelo prazo de um ano, sendo facultado à parte postular novamente seu recadastramento. § 4º O terceiro descadastramento da parte terá caráter definitivo.

⁸⁸⁹ Nesse sentido, AURELLI, *Análise...*, cit., p. 62, entendendo, contudo, que não pode haver convenção para alterar o procedimento para a efetivação da penhora on line, pois deve ser observado o estabelecido pela lei processual, inclusive em relação à responsabilização da instituição financeira.

⁸⁹⁰ Essa é a presunção estabelecida pela jurisprudência. Exemplificativamente: AC 0016996-56.2009.8.19.0001 - Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga - 17ª CC do TJ/RJ - j. em 06/11/2019.

⁸⁹¹ TEMER; ANDRADE, cit., p. 560; ZANETI JR., cit., p. 115.

⁸⁹² DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Julia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios Jurídicos Processuais em Contratos Empresariais. Revista de Processo*, vol. 279, maio, 2018, versão eletrônica.

surtir efeitos em relação a estes. Direitos dos sócios podem ser estabelecidos no próprio contrato social, como a renúncia ao direito de preferencia para a aquisição das quotas ou ações (embora essa convenção diga respeito ao direito material, propriamente, tendo influência indireta na relação jurídica processual). Da mesma forma, as normas do art. 861 e parágrafos, do CPC, podem ser objeto de convenção processual, para regular a forma de aquisição de quotas ou ações pela sociedade social, sem redução do capital social (inclusive por meio de regulação no contrato/estatuto social). Pode haver, também, acordo para nomear administrador para proceder à liquidação da quota/ação⁸⁹³ com a anuência deste.

A doutrina indica, também, a possibilidade de estabelecer que a regra que trata do seguro garantia ou fiança bancária, que exige um acréscimo de 30% sobre o valor da dívida, que tem o intuito de fazer frente aos gastos com custas judiciais e honorários advocatícios. Seria possível autorizar tal modalidade de garantia sem o referido acréscimo, ou, talvez, com um acréscimo menor que o indicado no dispositivo legal. Tal cláusula permitiria uma penhora parcial por meio desses instrumentos, o que não ocorre pela estrutura do CPC⁸⁹⁴.

Ainda no que diz respeito à penhora que recai sobre os bens que foram dados em garantia real, é importante ressaltar que no direito brasileiro, é vedado o pacto comissório, nos termos dos arts. 1.365 e 1.428, do CC. Por meio dessa cláusula, autoriza-se o credor a apropriar-se do bem objeto de garantia caso a mesma não seja cumprida. Por conseguinte, o simples inadimplemento da obrigação permitira que o credor se tornasse proprietário do bem que foi dado em garantia, independentemente da verificação de seu justo preço. Trata-se de norma que busca resguardar a paridade e boa-fé entre credor e devedor, havendo, aqui, um limite às convenções processuais relativas às garantias reais.

Há, contudo, que se permitir o denominado pacto marciano, que consiste na aquisição do bem objeto de garantia pelo credor, desde que seja feita - tal aquisição - pelo preço justo⁸⁹⁵. A principal diferença entre o pacto comissório e o pacto marciano está no fato de que a aquisição ocorre, após avaliação realizada por terceiro imparcial, pelo preço atual do bem, com as consequências que serão decorrência dessa aquisição: i) se o valor do bem for superior à dívida, deverá o credor pagar a diferença ao devedor; ii) o abatimento do valor do bem no montante da dívida, de modo que o devedor permanece obrigado pelo saldo e iii) a extinção

⁸⁹³ AURELLI, Análise..., cit., p. 61.

⁸⁹⁴ TEMER; ANDRADE. cit., p. 560.

⁸⁹⁵ PERLINGIERI, Manuale..., cit., p. 353. Na doutrina pátria, v., por todos, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017.

da obrigação, quando o valor do bem for equivalente ao da dívida. Nesse sentido, não haveria óbice para a pactuação do pacto marciano, permitindo a alienação do bem objeto de garantia observando os postulados da lei de mercado⁸⁹⁶, o que faz com que essa cláusula acabe afastando a tutela jurisdicional.

Seria viável, também, estabelecer uma cláusula estipulando um benefício de ordem ou privilégio convencional - pacto de prelação - sobre bens de um devedor comum e demais credores⁸⁹⁷. Por meio desse pacto, em havendo um devedor comum, deve ser, primeiramente, executado outro devedor e, depois, poderia haver o direcionamento da execução para o devedor comum. Como explica Carnelutti, o privilégio está relacionado com uma qualidade ou modalidade de ação executiva; trata-se de uma qualidade processual do crédito e não substancial do credor. O devedor segue obrigado a cumprir com as obrigações convencionadas, mas o credor privilegiado tem um acesso mais rápido ao crédito, sendo que o quirografário acaba ficando com o resto do valor arrecadado, após o pagamento da obrigação do credor privilegiado⁸⁹⁸.

Também seria possível a convenção no sentido de primeiramente executar bens de terceiros e, se não forem suficientes para quitar a obrigação, aí sim reverter a execução aos pactuantes. Essas convenções são, em verdade, enquadradas como *pacta de non exequendo*, como se analisou no capítulo referente a essa modalidade. Nesse exemplo mencionado, fica obstada a execução em face do devedor se não houver a comprovação de que a execução contra terceiros foi infrutífera. Não se afeta, de forma alguma, o direito de crédito, mas sim sua exigibilidade que fica condicionada ao evento indicado pela convenção⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ “O pacto marciano promove a aquisição do bem pelo credor por seu preço justo, fruto de avaliação objetiva. Pela *lex commissoria*, muito diversamente, não há proporcionalidade entre o valor do débito e o valor da coisa a ser apropriada pelo credor. No marciano, de outro giro, a proporcionalidade se impõe categoricamente na aferição do justo valor da coisa, razão pela qual se conferem disciplinas antagônicas entre os dois: ao comissório, ilicitude; ao marciano, sem a objeção central da iniquidade do desequilíbrio em favor do credor, licitude. Por outras palavras, ao não promover equilíbrio entre o montante da dívida e o valor do bem cuja propriedade se transfere ao credor, sendo este usualmente superior àquele, considera-se a *lex commissária* mecanismo fértil a gerar injustiças, pois a extinção da obrigação se opera mediante a transferência da propriedade independentemente da devolução do *superfluum* ao devedor ou ao terceiro que tenha oferecido o bem em garantia. De outro turno, no pacto marciano há o arbitramento do preço justo pelo qual será entregue ao credora propriedade do bem dado em garantia.” MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pactos comissório e marciano em perspectiva dinâmica: projeções nos negócios jurídicos com escopo de garantia. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.) *A reforma dos direitos reais: a caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo. 2020. p. 18.

⁸⁹⁷ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., item 10.

⁸⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. In: BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè. 2006. p. 284-285.

⁸⁹⁹ DIDIER JR.; CABRAL. Negócios..., cit., item 10.

O benefício de ordem convencional também poderia ser estabelecido, de modo que antes de excutir os bens do devedor, primeiramente deveria ocorrer a excursão de bens dos codevedores. Assim, na esteira do benefício de ordem do fiador ou dos sócios nas sociedades empresárias, a convenção poderia estabelecer esse direito por ser uma questão de natureza patrimonial. Da mesma forma, se o benefício de ordem pode ser renunciado, também pode, por exercício da autonomia da vontade, criar benefício de ordem entre os codevedores.

Da mesma forma, pode-se imaginar convenções para alterar as normas relativas à substituição da penhora, previstas nos arts. 847 e 848, do CPC. Pode haver, também, renúncia ao direito de requerer a substituição, buscando maior celeridade ao procedimento executivo. Não haveria óbice, também, de permitir a alienação antecipada do bem penhorado a despeito das hipóteses legais⁹⁰⁰.

As regras sobre depósito também podem ser alteradas por meio de convenção processual, indicando local diverso dos mencionados no art. 840, do CPC havendo, inclusive, a previsão de um negócio processual típico ao dispor a respeito do depósito em poder do executado, desde que haja anuência do exequente (art. 840, § 2º, do CPC). O depositário também pode ser escolhido pelas partes, em se tratando de penhora de faturamento da empresa e outros, configurando um negócio processual típico (art. 862, § 2º, do CPC). Também é possível indicar outro local para depósito, diverso do que prevê o CPC. Por exemplo, não haveria óbice em dispor que caso haja penhora de valores depositados ou constantes de aplicação financeira, permanecem depositados no referido fundo de investimento, ao invés de serem transferidos para uma conta judicial⁹⁰¹.

No que se refere à avaliação de bens, vários acordos diversos são viáveis, pois a avaliação deve atender aos interesses das partes. Quanto maior for o valor de alienação do bem, melhor para o exequente e para o executado, pois será mais fácil alcançar a satisfação da obrigação, como menor risco ao executado de ainda restar algum saldo a ser quitado por ele. Na lição de Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral⁹⁰²:

De fato, a avaliação mais correta tecnicamente é tanto do interesse do exequente como do executado, a fim de que se consiga vender o bem pelo maior valor possível na alienação judicial. Se o valor de avaliação for muito baixo, corre-se o risco de o leilão não ser exitoso ou o bem ser alienado em valor insuficiente para a satisfação do crédito. De outro lado, um valor muito excessivo em relação ao preço médio de mercado pode afastar os licitantes, levando também à inviabilidade da alienação.

⁹⁰⁰ TEMER; ANDRADE, *idem*.

⁹⁰¹ DIDIER JR.; CABRAL, *idem*.

⁹⁰² *Idem*, *ibidem*.

Assim, é viável estabelecer a flexibilização de praticamente todas as normas por meio de convenção processual.

É possível indicar o avaliador, não deixando esse encargo para o oficial de justiça (art. 870, do CPC) e nem por perito nomeado pelo juízo. É uma espécie de nomeação consensual de perito (art. 371, do CPC), mas com fins de avaliação do bem penhorado. É possível que seja nomeado não somente uma pessoa natural, de confiança das partes, mas uma sociedade empresária especializada. Essa medida, inclusive, objetiva retirar da esfera judicial a tarefa de avaliação, o que pode levar à morosidade e onerosidade do procedimento⁹⁰³.

Da mesma forma, a remuneração do perito e o rateio de despesas para a avaliação pode ser convencionada por negócio processual, assim como outros critérios para correção monetária, com indicação de índices escolhidos pelas partes⁹⁰⁴, limitando a atuação do perito avaliador. Há limites, contudo, nessa regulamentação: é preciso, como indica o art. 473, III, do CPC, de que o método adotado seja "predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou".

Pode-se, também, dispensar a avaliação, aceitando-se o valor consensual atribuído ao bem que eventualmente fora objeto de contrato⁹⁰⁵, conforme previsto, por exemplo, no caso de alienação fiduciária de bens imóveis (Lei 9.514/97), que estabelece que o instrumento de garantia deve indicar o valor do bem, para efeito de venda em leilão ou mesmo para fins de dação em pagamento ao fiduciário, bem como os critérios para sua atualização. É uma medida que busca acelerar o procedimento, garantindo a ele uma maior efetividade.

A dispensa à impugnação da avaliação ou a impossibilidade de ocorrer uma segunda avaliação (art. 873, do CPC) também pode ser convencionada entre as partes, havendo, contudo, uma possibilidade de afastamento da referida regra no caso do art. 873, III, do CPC, quando o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem na primeira avaliação. Nesse caso, devem ser aplicadas as normas relativas à realização de segunda perícia, nos moldes do art. 480, do CPC (art. 873, parágrafo único, do CPC). Seria, nesse ponto, uma possibilidade específica de controle da referida convenção processual pelo magistrado.

⁹⁰³ ZANETI JR., Comentários..., cit., p. 259.

⁹⁰⁴ DIDIER JR.; CABRAL, idem; TEMER; ANDRADE, idem, p. 562.

⁹⁰⁵ Leonardo Greco já alertava para diferentes formas de avaliar o bem penhorado, independentemente do ato de avaliação, considerado protelatório e inútil: "Quando o bem tiver valor cadastral para efeito de cobrança de tributos, este deve servir de base para a arrematação na 1.ª praça. Em outros casos, o devedor deve ser obrigado a indicar o valor dos bens, sob pena de ter de aceitar o valor que lhe atribuir o credor." GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, v. 94/1999, versão eletrônica.

Porém, por estar na esfera de disponibilidade das partes, sem que haja, em princípio, violação a direito de terceiros ou violação à norma indisponível, deve ser residual a intervenção judicial nessa hipótese, devendo ser estimulado o estabelecimento de convenções processuais nessa seara, por ser medida de celeridade e economia processual.

Veja-se que esses pactos auxiliam para que se alcance uma gestão eficiente⁹⁰⁶ do processo de execução, facilitando e agilizando os procedimentos em se tratando de, principalmente, de pagar quantia.

8.6.2 Pactos relativos à adjudicação e alienação de bens

Após a penhora e avaliação de bens, nos termos do art. 875, do CPC, prossegue-se com os atos expropriativos, que consistem, basicamente, na adjudicação ou, caso frustrada essa etapa, a alienação do(s) bem(ns), como já mencionado anteriormente.

Aqui também se terá uma esfera fértil para a ocorrência de convenções processuais. É possível definir que a parte credora não poderá adjudicar o bem eventualmente penhorado. Ou então, podem estabelecer outra forma prioritária para a expropriação dos bens, como a

⁹⁰⁶ Nesse sentido, esclarece Pedro Henrique Nogueira: “A atipicidade negocial (CPC/15, art. 190) é compatível com a estipulação convencional, entre exequente e executado (ou credor e devedor), de medidas que visem simplificar e abreviar a execução, fazendo com que a expropriação e, conseqüentemente, a satisfação do crédito exercendo aconteça o mais brevemente possível. São autênticos *acordo de procedimento para gestão eficiente da execução*. As partes podem, através de um negócio jurídico, suprimir atos ou etapas do procedimento executório. A execução passaria a ser disciplinada negocialmente, tendo previsão de um *trâmite abreviado*, com a supressão ou até mesmo a antecipação de atos processuais. Essa abreviação pode compreender: a) escolha prévia do bem a ser penhorado (evitando dúvidas ou discussões futuras sobre o que penhorar); b) escolha prévia do depositário dos bens penhorados (o próprio art. 840, § 2º do CPC/15 prevê ser possível ao exequente anuir para que o executado seja o depositário); c) avaliação prévia do bem a ser penhorado, com indicação expressa do respectivo valor de comum acordo entre as partes, dispensando, assim, a prática do ato processual de avaliação; d) dispensa de intimação do exequente e do executado sobre a avaliação feita consensualmente; e) escolha do meio expropriatório a ser utilizado pelo credor (embora na execução o exequente não necessite de nenhum acordo para exercer a escolha da forma de expropriação, a pactuação traz a vantagem de vincular desde logo o executado à escolha e até dispensar a realização de algumas intimações, especialmente no caso de opção pela adjudicação, como previsto no art. 876, § 1º, do CPC/15).” NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais no processo executivo brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 534-535.

alienação particular dos bens penhorados, ou excluir alguma modalidade expropriativa (como a venda em hasta pública)⁹⁰⁷.

É possível definir, também, que não há necessidade de intimação do executado caso o exequente opte pelo exercício do direito de adjudicação do bem (afastando o disposto no art. 876, § 1º, do CPC). Não é possível, porém, a dispensa da intimação de terceiros eventualmente interessados na adjudicação, conforme dispõe o art. 876, § 5º, do CPC, eis que se trata de esfera jurídica de terceiro que não participou da convenção processual, embora seja possível regular a modalidade de intimação.

A possibilidade de alienação particular dos bens foi inicialmente prevista pela Lei 11.382/2006, na esteira das reformas processuais mencionadas no capítulo I. Embora já prevista no art. 52, VII, da Lei 9.099/95, faltava um dispositivo geral que permitisse a alienação por iniciativa particular no âmbito das execuções em geral. Como indicado por Leonardo José Carneiro da Cunha, a medida busca garantir maior efetividade ao processo de execução, por eliminar as dificuldades da alienação por hasta pública, além de estar em conformidade com o princípio da menor onerosidade da execução⁹⁰⁸ e a sua utilização deve ser estimulada por meio de convenções processuais. O CPC português também tem a referida previsão nos arts. 832 e 833.

É possível convencionar todos os aspectos da referida alienação. Conforme indica o art. 880, § 1º, do CPC, o juiz deve indicar os principais aspectos da alienação, como o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, as garantias e, se for o caso, a comissão de corretagem. Nada impede que tais condições sejam estabelecidas pelas partes, por meio de convenção processual. Na verdade, é salutar que assim seja, pois as partes tem melhores condições de avaliar, por exemplo, o preço mínimo de venda, quais condições serão aceitas para realizar o negócio etc.

De acordo com o art. 880, do CPC, o corretor ou leiloeiro público são indicados pelo juiz, preferencialmente entre aqueles cadastrados junto ao Tribunal. Porém, se não houver

⁹⁰⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro, cit., p. 537.

⁹⁰⁸ A medida destina-se a agilizar a efetivação do processo de execução, eliminando os entraves e as dificuldades de uma alienação por hasta pública, podendo ser muito mais eficiente na busca da realização prática do princípio da menor onerosidade (art. 620, CPC). Sendo possível a alienação por iniciativa particular, o juiz deve autorizá-la, ficando a cargo do exequente, do executado ou de uma terceira pessoa idônea. A única exigência é a de que a celebração do negócio seja concretizada em juízo, até a data do leilão ou praça. Vale dizer que, realizada a hasta pública, já não é mais possível a alienação por iniciativa particular. Enquanto não realizado o leilão ou praça, o exequente, ou o executado, ou uma terceira pessoa idônea pode encetar, desde que previamente autorizado pelo juiz, todos os atos pertinentes com o pretendo comprador, aperfeiçoando e ultimando o negócio em juízo. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A alienação por iniciativa particular. *Revista de Processo*, vol. 174, 2009, versão eletrônica.

nenhum cadastrado, a lei permite que o exequente indique o corretor/leiloeiro. Indica-se, assim, a possibilidade de estabelecer uma convenção indicando o corretor ou leiloeiro. Essa possibilidade é confirmada pelo art. 883, do CPC, ao tratar da possibilidade de indicação do leiloeiro judicial pelo exequente.

No caso de alienação por leilão judicial, uma multiplicidade de convenções processuais pode ser estabelecida. Assim, o que normalmente é estabelecido pelo juiz, como o preço mínimo, condições de pagamento e garantias a serem prestadas pelo arrematante (art. 885, do CPC), pode ser objeto de convenção pelas partes.

Existe, porém, uma esfera de normas que não podem ser objeto de negociação processual, pois estão relacionadas com direitos de terceiros e garantias processuais mínimas.

A primeira esfera dessas normas diz respeito à comunicação da venda judicial (edital), o qual, de acordo com o art. 886, do CPC, chama interessados a participarem do leilão, indicando as condições do bem e da transação⁹⁰⁹. Como o objetivo do leilão judicial é atrair a maior quantidade de interessados que possam oferecer um lance que efetivamente possa levar à arrematação do bem, não é possível convenção que dispense a publicação do edital do leilão. Além disso, o edital não pode prescindir de informações básicas acerca do certame e do bem objeto de alienação judicial. Assim, pelo princípio da publicidade, resta impossibilitada qualquer convenção que objetive dispensar a publicação do edital.

Além disso, existem as normas, já mencionadas anteriormente, a respeito das intimações do leilão, seja ao executado, seja a terceiros interessados. Tal norma é encontrada no art. 889, do CPC, dispondo acerca das referidas intimações. Aqui também não é possível estabelecer convenção processual dispensando o referido ato processual, seja por afetar o direito à informação, quanto diz respeito a esfera jurídica de quem não participou da convenção processual.

Ainda, acerca das restrições em celebrar convenções processuais estão as hipóteses de ausência de legitimidade, previstas no art. 890, do CPC. Trata-se de norma que busca proteger os interesses do executado e do exequente, evitando que as pessoas ali elencadas possam se

⁹⁰⁹ Art. 886. O leilão será precedido de publicação de edital, que conterà: I – a descrição do bem penhorado, com suas características, e, tratando-se de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros; II – o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado; III – o lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes e, tratando-se de créditos ou direitos, a identificação dos autos do processo em que foram penhorados; IV – o sítio, na rede mundial de computadores, e o período em que se realizará o leilão, salvo se este se der de modo presencial, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização; V – a indicação de local, dia e hora de segundo leilão presencial, para a hipótese de não haver interessado no primeiro; VI – menção da existência de ônus, recurso ou processo pendente sobre os bens a serem leiloados.

locupletar de alguma posição de vantagem, prejudicando os interesses das partes. Aqui, portanto, não é possível afastar por convenção tais regras, até mesmo porque também se refere à esfera jurídica de terceiro. Da mesma forma, não seria válida a cláusula que não permitisse a alegação de invalidade da arrematação caso esta fosse realizada por uma das pessoas indicadas no art. 890, do CPC.

Por fim, ainda na esteira das questões relativas à arrematação que não podem ser objeto de convenção está no art. 891, do CPC. Com efeito, a referida norma se refere à venda por preço vil, invalidando a alienação que for feita por preço vil, que é aquele inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital ou, não tendo sido fixado o preço mínimo, seja inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

Nesse ponto, também há garantia relativa à menor one a impedir que a arrematação ocorra a um valor muito inferior ao da avaliação, o que potencialmente geraria prejuízo tanto para o exequente (que talvez não consiga alcançar o valor integral do débito) e para o executado (que verá um bem do seu patrimônio ser alienado por um valor inferior ao que efetivamente vale e, provavelmente, não será suficiente para a quitação do débito).

É uma medida, portanto, de proteção para o direito das partes envolvidas na execução. Porém, por se tratar de questão relativa ao patrimônio do executado, não haveria impedimento para convencionar outros padrões de preço vil, diversos do estabelecido no dispositivo legal⁹¹⁰.

Com exceção, por conseguinte, das restrições acima mencionadas, há uma seara bastante ampla para a celebração de convenções processuais em relação à arrematação de bens, especialmente em relação às condições da alienação em hasta pública. A possibilidade de parcelamento, as garantias a serem aceitas, as formas de pagamento, etc. a criatividade das partes permite que a fase final da expropriação de bens do executado pode vir a ter um ganho em efetividade e celeridade.

⁹¹⁰ Nesse sentido: “Podem as partes convencionar, contudo, a possibilidade de que a arrematação ocorra em preço inferior, por se tratar de direito de crédito, patrimonial, que admite autocomposição.” TEMER; ANDRADE, cit., p. 564.

CAPÍTULO 9 - CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA DEFESA DO EXECUTADO

9.1 Generalidades

O direito de defesa do executado é decorrência do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB). A defesa do executado foi alterado já à luz do CPC/1973. Tais modificações ressignificaram o processo de execução, resgatando a concepção de um processo sincrético em que a execução passaria a ser, na verdade, uma fase do processo. Essa

perspectiva alterou, também, a defesa do executado, permitindo que esta fosse realizada nos próprios autos - diversamente do que ocorre com o processo de execução cuja defesa é feita por meio de embargos do devedor.

Normalmente, a defesa do executado pode ser exercida de quatro formas: i) por meio de impugnação ao cumprimento de sentença; ii) via embargos à execução; iii) por meio de exceção (ou objeção) de pré-executividade; ou iv) por meio de ações autônomas.

A evolução dos meios de defesa do executado ajuda a explicar que a exceção de pré-executividade e as ações autônomas, tendencialmente, devem reduzir a sua importância. O sistema de defesa do executado foi aperfeiçoado no CPC/2015. Assim, não se fala mais em garantia do juízo para o recebimento da defesa, o que permite que o executado, mesmo quando não tenha bens penhoráveis, possa defender-se em sede executiva.

Analisa-se, a seguir, os mecanismos de defesa do executado em sede executiva.

9.2 A defesa no cumprimento de sentença

Em se tratando de execução de título executivo judicial, a defesa do executado ocorre por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. A natureza jurídica da impugnação é alvo de discussões na doutrina, não havendo uniformidade sobre o tema⁹¹¹, mas deve ser analisada por ter reflexos na discussão da presente tese.

9.2.1 A natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença

Para alguns autores, a impugnação (assim como os embargos do devedor) teriam simplesmente natureza de *defesa*⁹¹², pois por meio desta o executado não demanda nem reage,

⁹¹¹ Assim Marcelo Abelha Rodrigues: “A rigor, é um remédio ímpar, porque agrega uma *pretensão* à desconstituição do procedimento executivo, que usa como suporte, para tanto, matéria de defesa.” RODRIGUES, Manual..., cit., p. 542.

⁹¹² BUENO, Comentários, cit., p. 234; SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 525. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 1512; DIDIER JR., Fredie et al. Curso..., vol. 5. cit., p. 547; CÂMARA, Alexandre. Novo..., cit., p. 401; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo...* vol. 2., cit., item 4.5.2.1; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual contemporâneo*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 320.

ele resiste, se opondo à execução. Haveria pretensão do executado de reagir à pretensão executiva, o que configura o cerne da exceção, meio de defesa, portanto.

Para outros, seria uma ação incidental do executado contra o exequente, através da qual o executado exerce pretensão em face do Estado, com o intuito de impedir o prosseguimento da execução⁹¹³.

Por fim, o terceiro entendimento é aquele que defende que a natureza do instituto depende da alegação apresentada, podendo ser ou defesa ou ação. Assim, podem ser agrupados os argumentos da impugnação em: i) questões relativas à admissibilidade da execução ou à ausência de pressupostos processuais (art. 525, § 1º, II, III, V e VI, do CPC); ii) a validade e adequação dos atos executivos (art. 525, § 1º, IV, do CPC); e iii) relativos à existência do processo ou ao próprio direito contido no título (art. 525, § 1º, I, VII e § 12º, do CPC)⁹¹⁴.

Os dois primeiros casos, por não aumentarem o objeto litigioso da demanda, teriam natureza de defesa, por serem uma exceção oposta ao prosseguimento da execução. A última hipótese, em relação à nulidade da execução por falta de citação e situações supervenientes à sentença de extinção da obrigação corresponderam a pedido realizado pela parte executada, aumentando o objeto litigioso, tendo natureza jurídica de ação⁹¹⁵.

Assim, a impugnação poderia veicular ora matéria de defesa, ora de ação, dependendo do conteúdo a sua natureza jurídica. Embora não isenta de críticas, pois o aumento do objeto

⁹¹³ ASSIS, Araken de. Manual..., cit., p. 1641 e segs.; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 48.

⁹¹⁴ MEDINA, Execução..., cit., p. 564-565; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 835.

⁹¹⁵ Na lição de Leonardo Greco: "Há dois casos de desconstituição da coisa julgada, no inciso I do caput e no § 1º. A hipótese do inciso I é perfeitamente cabível. Neste caso, a impugnação terá o caráter de uma ação de nulidade, a meu ver, meramente declaratória, uma *Nichtigkeitsklage*, como diriam os alemães. Já a hipótese do § 1º me parece inconstitucional, como o parágrafo único do art. 741, pois a pretexto de assegurar o primado da Constituição, despreza sem qualquer limite razoável o direito fundamental à segurança jurídica, que também é constitucional. Mas se não tivesse esse vício, seria também uma ação declaratória de nulidade. A inexigibilidade do título é a falta de um pressuposto processual da execução, falta de um requisito substancial do título. Nesse caso, a impugnação não é uma ação, mas apenas uma exceção processual, ou seja, um meio de arguição de uma defesa processual, que acarretará a extinção da execução, mas não impedirá a sua repropositura, desde que atestada a sua exigibilidade. Penhora incorreta ou avaliação errônea são também nulidades processuais e, nesse caso, a natureza da impugnação também é de exceção processual. A mesma natureza tem a impugnação nos casos dos incisos IV e V (ilegitimidade das partes e excesso de execução), sendo que, no caso do inciso IV, a ilegitimidade das partes não se refere à fase de conhecimento, mas à própria execução, se, porventura, esta tiver sido promovida por quem não tenha legitimidade para fazê-lo ou contra quem não possa responder pela dívida. Nas hipóteses do inciso VI, o direito de crédito do exequente terá se extinguido após a sentença ou a prescrição tê-lo-á tornado uma simples obrigação natural, de modo que a impugnação terá a natureza de uma ação declaratória da inexistência da dívida ou da sua definitiva inexigibilidade." GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, 2006, n. 36, p. 81.

litigioso também poderia ocorrer na contestação⁹¹⁶, quando o réu apresenta alegação de mérito indireta⁹¹⁷, em verdade a pretensão exercida pelo roeu pretende afastar os efeitos ação, tanto que ha necessidade de resguardar o contraditório, por meio de réplica, e garantir a produção de provas pelo réu, já que, a priori, será dele o ônus de provar tais fatos (art. 373, II, do CPC), de modo que tais críticas são inundadas no ponto.

9.2.2 Processamento da impugnação ao cumprimento de sentença

Trata-se de uma petição direcionada aos próprios autos do cumprimento de sentença em que o executado impugna determinados aspectos da execução, que são determinados pelo legislador. A cognição judicial será limitada pois trata-se de uma fase do processo, que se segue após a fase de conhecimento (ou liquidação, a depender do caso).

Diante do sistema preclusivo incidente no processo civil, a defesa do réu deve se concentrar, na fase de conhecimento, na contestação. A não ser questões cognoscíveis de ofício pelo juiz ou supervenientes à sentença, outras defesas não podem mais ser alegadas na fase de cumprimento de sentença. Assim, ocorre uma limitação horizontal em relação às matérias que podem ser alegadas pelo executado na impugnação.

Ressalte-se que a impugnação pode dizer respeito a questões meramente processuais (penhora de bens, ilegitimidade da parte, etc.) e/ou de questões de direito material (pagamento, prescrição, etc.)

Ocorre, porém, que alguns atos executivos serão realizados após o prazo para a impugnação, como a penhora e avaliação do bem. Para tanto, o legislador já prevê a possibilidade de alegar tais questões por meio de simples petição, desde que no prazo de quinze dias após a intimação do ato.

O prazo para a impugnação ao cumprimento de sentença é de 15 dias úteis, contados após o término do prazo para o cumprimento voluntário da obrigação. Aplica-se o disposto no art. 229, do CPC, em relação ao prazo, que diz respeito a executados com advogados distintos, de diferentes escritórios de advocacia.

⁹¹⁶ GAJARDONI, Fernando et al. *Processo...*, cit., p. 738-739.

⁹¹⁷ No conceito de Leonardo Greco, a defesa de mérito indireta são compostas pelos “*fatos impeditivos, modificativos ou extintos do direito do autor*”. São fatos que geram uma situação jurídica diversa daquela exposta pelo autor, subtraindo desta os efeitos que o autor pretende. São matérias dedutivas a título de defesas indiretas, porque não repelem as alegações do autor, mas aduzem outras provas que lhes retiram as consequências jurídicas: o pagamento, a novação, a compensação, a transação, a prescrição e a decadência.” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. II. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2015. p. 63

Para a defesa do executado não se exige a garantia do juízo, de modo que a impugnação pode ser apresentada independentemente de penhora ou caução. Ao mesmo tempo, a impugnação não tem efeito suspensivo. Pode haver a concessão de efeito suspensivo à impugnação caso sejam preenchidos alguns requisitos: i) requerimento do executado; ii) garantia do juízo; e iii) indicação de fundamentos relevantes e que o prosseguimento da execução é manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 525, § 6º, do CPC). A concessão do efeito suspensivo impede, somente, a prática de atos de alienação dos bens. Pode haver, também, por parte do exequente, uma contracautela para que haja o prosseguimento da execução com a prática de atos de expropriação.

As alegações que podem ser trazidas pelo executado dizem respeito a questões não sujeitas à preclusão e aquelas que forem supervenientes à sentença objeto de cumprimento. Penhora indevida, avaliação de bens penhorados, excesso de execução, etc. podem ser alegadas pelo executado na impugnação ao cumprimento de sentença⁹¹⁸.

Há, ainda, uma restrição em relação à alegação de excesso à execução. Nesse caso, deve o impugnante indicar o valor que entende correto, mediante a comprovação por planilha de cálculo. Caso não observada essa imposição, há duas consequências: se esta for a única alegação da impugnação, a mesma será rejeitada; se houver outras alegações, essa - de excesso - não será apreciada pelo magistrado.

Embora não haja previsão legal a respeito, uma vez recebida a impugnação, a parte exequente é intimada para se manifestar sobre as alegações do executado, no prazo de 15 dias, sendo que após, o juiz passa à instrução do feito. Pode ser necessária a realização de um exame pericial, da oitiva de testemunhas, do depoimento pessoal das partes, etc. Após a instrução, o juiz decide se acolhe ou rejeita a impugnação. No caso de rejeição da

⁹¹⁸ Art. 525. [...] § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – penhora incorreta ou avaliação errônea; V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença. [...] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica. § 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. § 15. Se a decisão referida no § 14 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

impugnação, é cabível o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do CPC). Se for acolhida a impugnação, o recurso cabível depende do resultado no processo: se extinguir a execução, será um caso de sentença e recorrível por apelação, se não houver a extinção da execução, é cabível o recurso de agravo de instrumento.

9.3 A defesa por embargos à execução

Na ação de execução, no caso de título executivo extrajudicial, a defesa do executado é feita por meio de embargos à execução. Trata-se de uma ação incidental à execução e não uma resposta nos moldes da contestação ou da impugnação ao cumprimento de sentença. O legislador manteve os embargos como sendo ação incidental⁹¹⁹⁻⁹²⁰, mas essa orientação do legislador não é suficiente para definir a natureza jurídica dos embargos.

Para identificar a sua natureza jurídica, deve-se analisar as questões que podem ser objeto de alegação por parte do embargante, tal como ocorre em relação à impugnação ao cumprimento de sentença.

De acordo com o art. 917, do CPC, podem ser objeto de alegação: i) a inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; ii) penhora incorreta ou avaliação errônea; iii) excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; iv) retenção de benfeitorias necessárias e úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa; v) incompetência absoluta ou relativa do juízo de execução; e vi) qualquer matéria que poderia ser alegada no processo de conhecimento.

Esse último aspecto se refere às defesas que podem ser formulados no processo de conhecimento, o que amplia o que pode ser discutido em sede de embargos à execução,

⁹¹⁹ “O art. 917 do CPC/2015 tem por finalidade, sobretudo, indicar as possibilidades de defesa do executado via (ação de) embargos à execução. A opção do legislador segue a linha excessivamente zelosa da redação conferida ao art. 745 do CPC/1973: de um lado, indica matérias cuja arguição em sede de embargos é possível, ao passo que, de outro, atribui ampla possibilidade para o executado defender-se. Melhor seria, no entanto, que o artigo adotasse redação mais sucinta e limitasse a afirmar, como outrora já ocorreu, que o executado poderá deduzir como defesa, em sede de embargos à execução, toda e qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir em processo de conhecimento.” DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 917. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro. 2015. p. 1290.

⁹²⁰ Na lição de Liebman: “Embora em todos esses casos o devedor esteja substancialmente em posição de defesa, visando obstar o prosseguimento da execução, pelos motivos que acabam de indicar-se, é a ele que cabe tomar a iniciativa da discussão e do exame da matéria litigiosa que possa surgir. É ele que deve promover o processo incidente de cognição em que o juiz pode tomar conhecimento de suas alegações. Os embargos do executado são, pois, ação, em que o executado é autor e o exequente é réu; mais precisamente, a ação incidente do executado visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória.” LIEBMAN, Processo..., cit., p. 216. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 3. São Paulo: RT. 2015. p. 108-109.

ressalvados, contudo, algumas restrições relacionadas, por exemplo, com títulos de crédito (que decorrem da incidência do princípio da abstração⁹²¹ e da inoponibilidade⁹²²).

Tal possibilidade resulta do fato de que em se tratando de execução de título executivo extrajudicial ainda não houve qualquer cognição judicial prévia para a formação do título executivo. É a primeira possibilidade do executado exercer a sua defesa no processo judicial.

Adota-se, aqui, a visão híbrida da defesa do executado por meio de embargos, que pode veicular matéria de exceção, ou seja, defesa propriamente dita, ou de ação de conhecimento, o que ocorre quando veicula objeto litígios distinto daquele que se encontra em curso na execução⁹²³.

Os embargos do devedor são apresentados por meio de uma petição inicial, dirigidos, como regra⁹²⁴, ao juízo da execução, sendo que, em relação à alegação de excesso de execução, a lei impõe o mesmo ônus ao embargante como ao impugnante (no caso de cumprimento de sentença): deve o executado indicar o valor que entende devido, juntamente com a planilha de débito (art. 917, § 3º, do CPC), sob pena de i) rejeição liminar dos embargos (quando for a única alegação dos embargos), extinguindo-se os embargos sem resolução do mérito ou ii) não apreciação da referida defesa, caso haja outros argumentos nos embargos (art. 917, § 4º, I e II, do CPC).

Os embargos à execução também não tem efeito suspensivo *ex lege*, mas o juiz pode conceder este efeito caso preenchidos os requisitos exigidos pela lei: i) requerimento do embargante; ii) caução ou garantia do juízo; e iii) indicação de fundamentos relevantes e que o prosseguimento da execução é manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 919, do CPC). O efeito suspensivo não impede os atos de substituição, de reforço ou redução da penhora e avaliação de bens (art. 919, § 5º, do CPC). Não há previsão, como na impugnação ao cumprimento de sentença, do exequente requerer o prosseguimento da execução, mesmo com a concessão do efeito suspensivo, mas com a oferta de uma caução.

⁹²¹ “[...] o título de crédito, quando posto em circulação, se desvincula da relação fundamental que lhe deu origem.” COELHO, Fabio..., vol. 1. cit., p. 401.

⁹²² “[...] o executado, em virtude de um título de crédito não pode alegar, em seus embargos, matéria de defesa estranha à sua relação direta com o exequente, salvo provando a má-fé dele. São, em outros termos, inoponíveis aos terceiros defesas (exceções) não fundadas no título.” COELHO, Fabio..., vol. 1, cit., p. 402.

⁹²³ MEDINA, Execução..., cit., p. 405-406.

⁹²⁴ Exceção é o caso de execução por carta, em que os embargos à execução podem ser opostos no juízo deprecado ou no juízo deprecado, porém o julgamento ocorrerá pelo juiz deprecado, salvo no caso de as alegações se restringirem a vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação de bens efetuadas no juízo deprecado (art. 914, § 2º, do CPC).

O prazo para a oposição de embargos à execução é de 15 (quinze) dias, contados nos termos do art. 231, do CPC. No caso de litisconsórcio, com exceção de cônjuges ou companheiros, cada um tem o prazo independente para a oposição dos embargos, contando-se o prazo da juntada do respectivo comprovante de citação. Nos embargos à execução não se aplica o prazo em dobro do art. 229, do CPC.

Apresentados os embargos à execução, o magistrado poderá rejeitar liminarmente os embargos quando: i) eles forem intempestivos; ii) nas mesmas hipóteses de inépcia da petição inicial iii) nos casos de improcedência liminar do pedido (arts. 330 e 332, do CPC, respectivamente); iv) forem manifestamente protelatórios (caso, inclusive, em que será considerado ato atentatório à dignidade de justiça, com incidência da multa prevista no art. 774, parágrafo único, do CPC), ou seja, desprovidos de plausibilidade do direito alegado⁹²⁵; e v) não recolhimento das custas no prazo de 30 dias⁹²⁶.

Nesses casos, o juiz prolata uma sentença, extinguido o processo sem (ou com, no caso da improcedência liminar do pedido) resolução do mérito.

Não sendo caso de rejeição liminar dos embargos, o juiz recebe os embargos, manifesta-se, eventualmente, sobre a concessão de efeito suspensivo e determina a citação do embargado (exequente). Este poderá apresentar resposta aos embargos no prazo de 15 dias, seguindo-se, posteriormente, o julgamento do(s) pedido(s) ou a instrução do feito, caso seja necessário. Após a produção das provas necessárias, o juiz julgará a demanda, por meio de sentença, já que se trata de uma ação incidental.

Saliente-se que o sistema recursal dos embargos à execução segue as normas aplicáveis ao processo de conhecimento. Assim, as decisões interlocutórias serão recorríveis por meio de agravo de instrumento (quando previsto no art. 1.015 e incisos do CPC) ou por meio de apelação (nos demais casos), não sendo aplicável, assim, o disposto no art. 1.015, parágrafo único, do CPC.

9.4 A exceção de pré-executividade

⁹²⁵ ZANETI JR., cit., p. 349.

⁹²⁶ “[...] 1. “Cancela-se a distribuição da impugnação ao cumprimento de sentença ou dos embargos à execução na hipótese de não recolhimento das custas no prazo de 30 dias, independentemente de prévia intimação da parte.” (REsp 1361811/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Corte Especial, julgado em 04/03/2015, DJe 06/05/2015). 2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Enunciado n. 83 da Súmula do STJ). 3. Agravo interno desprovido. AgInt no AREsp 1030096/RS - Rel. Min. Marco Buzzi - 4ª Turma do STJ - j. em 17/04/2018 - DJe 25/04/2018.

Trata-se de um mecanismo de defesa que foi elaborado quando a defesa do executado exigia que houvesse a garantia de bens por parte do executado. Com o fim de evitar a manutenção de execuções injustas (em que, por exemplo, o crédito estava prescrito, houve o pagamento, etc.), entendeu-se que seria possível apresentar uma defesa, por simples petição, em que o executado alegaria ou alguma matéria de ordem pública ou alguma questão cuja prova independe de dilação probatória, seja por ser uma questão de fácil percepção ou podendo ser comprovada por meio de documento.

É uma forma que se revela útil e permitia o exercício do direito de defesa mas, por ser uma construção doutrinária e jurisprudencial a sua utilização acabava sendo bastante restrita, ao não ser possível a dilação probatória. Para tanto, o executado deveria se valer dos mecanismos tradicionais de defesa (no caso, os embargos à execução).

Leonardo Greco⁹²⁷ disserta sobre o anacronismo do modelo de defesa do executado à luz do CPC/73, que teria permitido a origem de outros meios de defesa, como a exceção de pré-executividade:

A análise da disciplina dos embargos do devedor no Direito Brasileiro, especialmente se comparada com a de institutos equivalentes em outros sistemas jurídicos, põe de imediato à amostra as graves deficiências de que se ressente. De um lado, criam eles injustificável obstáculo ao acesso à Justiça pelo devedor, que não pode se defender, nem mesmo para alegar nulidade absoluta ou o pagamento da dívida, sem o pesado ônus da imobilização de parte do seu patrimônio, através da penhora ou do depósito. De outro lado, o seu indiscriminado efeito suspensivo, pouco importando se a matéria alegada tem ou não razoável fundamentação, tem transformado a sua propositura em habitual instrumento procrastinatório. Essas deficiências, aliadas aos prazos preclusivos para a sua propositura, acabaram criando, à margem da lei, meios informais de impugnação de atos executados, as chamadas *exceções ou objeções de pré-executividade*, utilizadas com maior ou menor frequência pelos advogados e aceitas com maior ou menor generosidade pelos juizes, colocando por terra toda a pureza sistemática engendrada no Código de 73, que em vão tentou separar a atividade propriamente executória e a atividade cognitiva incidente em acoas autônomas, em procedimentos autônomos e em atuações independentes.

Atualmente, o sistema de defesa do executado é bastante simplificado, como anteriormente mencionado, de modo que o cabimento da exceção de pré-executividade fica restrito a: i) intempestividade dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença; e ii) defesa nos embargos à execução, pois o art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80 ainda exige a garantia do juízo para a defesa do executado⁹²⁸. O próprio CPC menciona que é possível discutir

⁹²⁷ GRECO. O processo..., vol. II, cit., p. 583-584.

⁹²⁸ Defendendo a necessidade de uma interpretação sistemática do CPC/2015 e da Lei 6.830/80, para entender que não deve mais haver a exigência de garantia do juízo para a defesa na execução fiscal, veja: TIBURCIO, Antonio Augusto. A desnecessidade de garantia como condição de admissibilidade dos embargos à execução

questões que são supervenientes ao prazo de embargos, por simples petição, como, por exemplo, penhora ou avaliação incorreta (arts. 525, § 11º e 917, § 1º, do CPC)⁹²⁹.

Como se verifica, o espaço para se valer da exceção de pré-executividade é bastante reduzido, devendo ser utilizado para casos específicos, ainda sendo utilizado para questões de ordem pública e que não dependam de dilação probatória (ou seja, possam ser comprovadas documentalmente).

9.5 Defesas heterotópicas

Além dos meios acima mencionados, é possível que a defesa do executado seja feita por ações autônomas, seja de forma preventiva, seja após o prazo para a apresentação de embargos ou impugnação (essa hipótese é mais difícil, pois poucas são as ações que se prestam a discutir um título executivo judicial). Chama-se heterotópicas pois não estão previstas no âmbito do procedimento executivo mas sendo exercidos fora deste.

Tais ações são prejudiciais à execução pois objetivam, normalmente, a desconstituição do título executivo ou a sua adequação aos limites da obrigação contida no título executivo⁹³⁰. Dentre as ações que podem ser ajuizadas se encontram: ação rescisória, *querella nullitatis* (ambas para impugnar título executivo judicial); ação declaratória (de inexistência da relação jurídica, de falsidade do documento, etc), ação de consignação em pagamento; ação de exigir contas; ação de anulação; ação de modificação ou revisão de cláusulas contratuais; ação de revisão ou exoneração de alimentos; ação para suspensão da exigibilidade de crédito tributário, etc.

De acordo com o art. 784, § 1º, do CPC, a propositura de qualquer ação para questionar o crédito não obsta o ajuizamento da execução mas é possível a concessão de tutela provisória - art. 294 e segs., do CPC - para suspender o prosseguimento da execução, caso preenchidos os requisitos legais para tanto.

O maior cuidado que se deve ter em relação às ações autônomas diz respeito à burla das regras dos embargos à execução, havendo entendimento de que somente é possível a

fiscal: o conflito entre o art. 16, § 1º, da LEF e o art. 914, do CPC de 2015, à luz da Constituição. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo Tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 67-102.

⁹²⁹ O CPC/2015, na visão de Marcelo José Magalhães Bonizzi, segue sem qualquer previsão legal acerca desse instituto. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Primeiras impressões sobre a tutela do executado no Novo CPC. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 292.

⁹³⁰ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas; defesa heterotópica*. 2. ed. São Paulo: RT. 2005. p. 149.

defesa heterotópica do executado após o esgotamento do prazo de quinze dias para os embargos se tiver por conteúdo fatos supervenientes ou questões que escapam à preclusão⁹³¹.

9.6 Convenções em relação à defesa do executado

Um primeiro aspecto importante em relação às convenções sobre a defesa do executado é ter em consideração que elas podem veicular estrita matéria de defesa ou ter natureza de ação. Nessa senda, assim como ocorre em relação à exigibilidade judicial de uma pretensão executiva, no caso do *pactum de non exsequendo*, a reação a esse exercício também pode ser objeto de convenção, a fim de excluir a possibilidade da defesa do executado.

Além da correlação entre o direito de ação e o direito de defesa, necessário para compreender o argumento, é preciso ter em mente que a atuação das partes no processo está orientada pelo princípio da disponibilidade.

No processo de conhecimento, uma vez que o réu não apresenta contestação, ele será considerado revel⁹³² e, a depender dos interesses envolvidos na causa, ou de algumas circunstâncias processuais (art. 345, do CPC), a revelia gera consequências que levam à presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora (art. 344, do CPC). As causas que levaram à ausência de resposta do réu são múltiplas, mas o fato é que a omissão da parte ré gerou consequências para o processo.

A revelia, na execução, não gera esse efeito porque já há uma presunção de que o executado não satisfaz a obrigação exequenda, de modo que o Estado praticará os atos satisfativos. Além disso, a defesa pode se restringir a discutir a validade dos atos executivos, não se questionando acerca da obrigação em si ou do título executivo.

Portanto, defender-se ou não, em qualquer processo, e na execução não é diferente, é uma faculdade da parte executada, o qual decide se pretende atuar ou não. Se o executado pode fazer isso no curso do processo, também poderá convencionar a respeito previamente, pois se a demanda é facultativa, a defesa também é⁹³³.

⁹³¹ DIDIER JR. et al., Curso... vol. 5, cit., p. 816.

⁹³² A revelia é uma situação processual específica derivada da ausência de contestação independentemente do réu ter comparecido ou não ao processo. Inclusive, no CPC/2015, mesmo o revel pode comparecer ao processo e produzir provas, desde que o faça no momento processual adequado. Sobre o tema, v. ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 505 e segs.; LUCCA, Rodrigo. Disponibilidade..., cit., p. 338 e segs.; BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 191 e segs.

⁹³³ LUCCA, Disponibilidade..., cit., p. 339. Em sentido contrário: “Nula é a renúncia preventiva do devedor à oposição de mérito. Na verdade, o Estado, que realiza por seus próprios órgãos a execução, tem um interesse

Assim, impor, por exemplo, a garantia do juízo para que possa ser possível o exercício do direito de defesa soa a cláusula abusiva. Mas é preciso fazer uma análise da engenharia contratual, pois tal cláusula pode ter alguma compensação em outra cláusula mais favorável ao devedor (como, por exemplo, a previsão de suspensão da execução com a apresentação de defesa do executado).

É possível, por sua vez, estabelecer outros prazos para a apresentação de defesa (seja ampliando, seja reduzindo). Fala-se, inclusive, em estabelecer um calendário processual, indicado a data para a apresentação da defesa⁹³⁴.

Além de convencionar acerca da (im)possibilidade de se defender na execução, é possível regular outros aspectos da defesa. Definir que a execução terá efeito suspensivo, a despeito de garantia do juízo; ou que a defesa somente será possível após a garantia do juízo, são cláusulas que podem ser convencionadas, afastando as exigências legais para a defesa do executado.

Pode-se, também, impedir por meio de convenção que o exequente ofereça contracautela para o prosseguimento do cumprimento de sentença mesmo que tenha sido deferido o efeito suspensivo à impugnação (art. 525, § 10, do CPC). Por outro lado, também é possível estender esse direito (de oferecer a contracautela para que haja o prosseguimento da execução) em relação à execução de título executivo extrajudicial. O valor da caução também pode ser estabelecido pela própria convenção processual.

O procedimento para julgamento dos embargos ou da impugnação também pode ser regulado por meio de convenção processual, mas sempre tendo como norte o exercício do contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

próprio, atinente à ordem pública, em evitar que se exerçam atos de execução contra quem não deve; e, pois que esse perigo só se pode evitar por iniciativa do devedor, a possibilidade de que ele proponha suas razões representa um princípio fundamental inviolável para o ordenamento da execução. Tanto é perigosa a arma de que dispõe o credor com o título executório, que o forra ao ônus da cognição, que o corretivo de admitir o devedor a provocá-la se oferece como garantia intangível de justiça. Assim como não se concebe um negócio abstrato sem a possibilidade de uma *condictio*, igualmente não se pode figurar um título executório sem a faculdade de fazer oposição.” LIEBMAN, Embargos..., cit., p. 165-166.

⁹³⁴ Nesse sentido: “Em nosso sentir, poderiam as partes, no cumprimento de sentença, ou no processo de execução, celebrar negócio jurídico para estabelecer um calendário de prática de atos no processo executivo, inclusive de forma diferenciada do quanto estabelecido em lei? Em nosso sentir, a resposta é positiva. Sim, é perfeitamente possível a calendarização no processo executivo.” AURELLI, Análise..., cit., p. 59-60.

O Código de Processo Civil de 2015, ao adotar um modelo cooperativo de processo, permite que haja uma revalorização da vontade das partes no âmbito processual. A possibilidade de estabelecer convenções processuais atípicas é a chave para que esse diálogo permita que os interessados na prestação jurisdicional possam definir os caminhos que devem ser percorridos para tanto, seja modificando o próprio procedimento, seja regulando situações jurídicas processuais.

O processo de execução, embora ainda vinculado com a reserva de jurisdição estatal e refratário a medidas que importem na desjudicialização dos procedimentos executivos, teve uma abertura à regulação dos interesses das partes por meio do estabelecimento de convenções processuais. Embora ainda com uma tradição estatalista, a cláusula geral do art. 190, do CPC abriu a porta para que a autonomia das partes pudessem regular aspectos da execução a qual, na maior parte das vezes, se refere a direitos de natureza patrimonial. Esse aspecto permite que o processo de execução o ambiente mais adequado para a celebração dos mais variados tipos de convenções processuais.

Além disso, a simbiose entre o procedimento executivo e a tutela do direito material faz com nem sempre as convenções sejam puramente processuais, mas tangenciem, de alguma forma, o direito de crédito do exequente.

As vantagens do estabelecimento de convenções processuais na execução dizem respeito à gestão mais eficiente do procedimento, permitindo que as medidas executivas possam ser adaptadas às necessidades das partes, em um equilíbrio entre o princípio da efetividade e o da menor onerosidade para o executado.

Outro aspecto que recomenda a utilização de convenções processuais no procedimento executivo é a previsibilidade e alocação de custos do processo. Ao invés do credor se aventurar em um processo de execução que não se sabe qual será o resultado, a existência de um acordo processual pode trazer maior segurança e certeza na recuperação do crédito, ao passo que para o executado se previne o ingresso repentino no seu patrimônio e até mesmo um abalo nas relações creditícias do executado, como a inclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

Pode ser um mecanismo de aumento do contraditório na relação processual executiva, pois estimula a solução cooperativa do processo. A visão de que o processo de execução é um processo sem contraditório encontra-se superada, sendo certo que um mecanismo para garantir o contraditório e a cooperação processual é por meio de acordos processuais.

Em se tratando de devedor em situação de insuficiência financeira, a realizar de acordos processuais permite que o executado possa se programar para fazer frente às suas obrigações, sem levá-lo à ruína financeira.

Caso realizado no curso do processo, a convenção processual permite uma gestão compartilhada do tempo processual, com uma maior probabilidade de cumprimento do acordo e satisfação do direito material, velando pela duração razoável do processo.

As convenções processuais também são um mecanismo importante na redução da tensão entre os interesses contrapostos no procedimento executivo: em relação ao exequente, com a efetividade do processo - garantindo a tão esperado satisfação do direito - e ao executado, a menor onerosidade em relação aos meios executivos aplicáveis e, tudo isso, com o diálogo e cooperação esperadas no processo judicial.

Como se pode ver, são muitas as vantagens da execução negociada.

Porém, a autonomia privada das partes não é irrestrita, mas encontra limites nos termos do próprio artigo 190, do CPC, cabendo ao juiz exercer o controle de validade da convenção. Tal controle observa dois aspectos específicos: um subjetivo e outro objetivo.

Na perspectiva subjetiva, é preciso que se observe se um dos contratantes se encontra em situação de vulnerabilidade (que pode ser de natureza material ou processual) e se essa circunstância de fato contribuiu para o desequilíbrio entre os contratantes. Outro aspecto dessa análise subjetiva diz respeito à previsão da cláusula em um contrato de adesão, configurando abusividade na convenção.

Em relação ao objeto, é preciso que este seja lícito e, considerando a multiplicidade de critérios apontados pela doutrina pátria para limitar a autonomia das partes, como “interesse público”, “ordem pública processual”, etc., não são critérios seguros para que se possa estabelecer um controle de validade da convenção.

Por isso, entende-se que a análise do objeto deve levar em consideração os seguintes aspectos: i) a regra *in dubio pro libertate*, através do qual se houver dúvida em relação à validade do pacto, ele deve ser conservado; ii) a conservação do ato processual a não ser que haja prejuízo, somente se invalidando o acordo processual caso haja prejuízo a uma das partes; iii) custos e transferência de externalidades, não sendo possível dispor sobre situação jurídica de terceiros; iv) garantias mínimas, das quais quatro se demonstram essenciais: a) acesso à justiça; b) contraditório; c) tempestividade da tutela judicial e d) boa-fé e cooperação.

Essa é a chave para definir os limites das convenções processuais na execução, sendo que o juiz, ao exercer o controle de validade dos acordos deve levar em consideração esses

aspectos. Se um deles não for preenchido, o pacto deve ser considerado inválido, aplicados a regra legal.

A utilização desses critérios e a sua aplicação em diversos aspectos do procedimento executivo comprova que são relevantes as possibilidades da execução negociada.

Desde o *pactum non exsequendo*, que afasta a exigibilidade judicial da pretensão executiva e somente pode ser estabelecida por prazo não superior ao prazo prescricional, ao direito de defesa do executado, a convenção processual pode ser celebrada em relação a variados aspectos do procedimento executivo.

Por meio de convenções também é possível que se incorpore questões relativas ao direito digital - títulos virtuais, penhora de moedas criptografadas, etc. - de forma a atualizar o procedimento executivo às transformações virtuais.

Pode ser um mecanismo importante para se buscar a desjudicialização de variados atos executivos, como, por exemplo, a preferencial prática de atos de alienação particular de bens penhorados, a atribuição do valor de avaliação por convenção das partes, etc.

A criatividade humana permite a customização dos procedimentos de modo a melhor adequar a execução às necessidades das partes.

É importante que o instrumental teórico e prático que o CPC/2015 trouxe possa ser utilizado em toda a sua potencialidade e que, não obstante a cultura jurídica pátria ainda seja de um paternalismo estatal, o que pode dificultar a utilização das convenções processuais. Enquanto não houver a mudança cultural na utilização do referido instrumental, as potencialidades da novel legislação ficarão sub-utilizadas.

Entende-se, por fim, que a tese restou demonstrada no curso do trabalho, pois o processo de execução é o ambiente ideal para a realização de acordos processuais dispositivos e acordos processuais obrigacionais, apresentando grande potencialidade como mecanismo de efetividade processual, observados, porém, os limites indicados para o controle da validade dos pactos.

Que o processo possa valorizar a autonomia das partes com o fim de que alcançar a tão pretendida efetividade, num balanceamento suave com os direitos e garantias individuais e processuais.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2010.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.
- AFFONSO, Filipe José Medon. Diálogos entre direito civil e processual civil em matéria de negócios jurídicos: em busca da construção de um ordenamento unitário. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.
- ALBERT, Lee A. Standing to challenge administrative action: an inadequate surrogate for claim for relief. *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 3, janeiro, 1974,, disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=5004&context=fss_papers, acesso em 22 de janeiro de 2019
- ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano*. Milano: Giuffré. 1940.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr. 2015.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.) *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- ALMEIDA, Lilia Bilati de et al. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005, acesso em 05 de janeiro de 2020.
- ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 6. ed. Milano: CEDAM. 2011.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da penhora de criptomoedas no processo de execução brasileiro. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 70-90, jan.-jun. 2018.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, vol. 47, 1987.

ALVIM, Arruda. Análise das principais inovações do sistema e da estrutura do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 3, 1976.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. versão eletrônica.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: RT. 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.

ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale. Catania: Tipografia Università. 1979.

ANDOLINA, Italo. *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè. 1982.

ANDRADE, Andre Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor - o momento em que se opera a inversão e outras questões.. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 48, out-dez, 2003, versão eletrônica.

ANDRADE, Cassio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, vol. 948, out., 2014, versão eletrônica.

ANDREWS, Neil. *Andrews on civil processes*. vol. II. Cambridge: Intersentia. 2013.

ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O registro da penhora e a reforma do CPC. *Revista de Processo*, vol. 80, 1995, São Paulo, versão on line

ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea*. Tese (Doutorado). Universidade de Cagliari. 2015.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011

ARAGÃO, Evaristo; MEDEIROS, Maria Lucia L. C. de. A fraude de execução e o terceiro adquirente. SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: RT. 2001.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Napoli: Jovene. 1934.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Artigo 785 [comentário]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. A Penhorabilidade de Imóvel de Família de Elevado Valor e de Altos Salários. Disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/6025-a-penhorabilidade-de-imovel-de-familia-de-elevado-valor-e-de-altos-salarios>. Acesso em 27 de agosto de 2019

ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. Disponível em: https://www.academia.edu/214098/A_INTERVENÇÃO_JUDICIAL_E_O_CUMPRIMENTO_DA_TUTELA_ESPECÍFICA. Acesso em 21 de fevereiro de 2019

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT. 2019.

AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011.

AROCA, Juan Montero; MATÍES, José Flors. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo II. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch. 2013.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, 1977, versão eletrônica.

ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. *Revista de Direito Privado*. vol. 4, out.-dez., 2000, versão eletrônica.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 111, p. 18-37, jul-set., 2003, versão eletrônica.

ASSIS, Araken de. *Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar*. <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20384%20-%20Doutrina%20Civil.pdf>, acesso em 12 de outubro de 2019.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. vol. II. tomo I. 2. ed. São Paulo: RT. 2016.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT. 2016.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: RT. 2013.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

ATHAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, vol. 244, junho, 2015, versão eletrônica.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm. 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Análise e limites da celebração de negócios jurídicos processuais. na execução por título extrajudicial e/ou cumprimento de sentença In: MARCATO, Ana et al (org.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Juspodivm. 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 271, set., 2017. versão eletrônica.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, vol. 163, set., 2008, versão eletrônica.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

BALESTRA, Luigi. Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. *Iurisprudenza commerciale*, ano XLI, parte 1, 2014, Giuffrè.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. vol. III. Milano: Giuffrè. 1948.

BARBI, Marcelo; ANDRADE, Juliana Melazzi. A criação de título executivo extrajudicial eletrônico por negócio processual. *Revista Magister*, n. 84, maio-jun., 2018, p. 49-63.

BARBOSA, Rafael Dinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. *Revista de processo*, vol. 230, abr., 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de Direito Processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva. 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de processo*, v. 11, n. 44, out.-dez., 1986, versão eletrônica.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Limites à atuação do postulado da “maior coincidência possível.” *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva. 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, vol. 105, jan.-mar., 2002, versão eletrônica.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Observações sobre a estrutura e terminologia do CPC após as reformas das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. *Revista de Processo*, vol. 154, 2007, São Paulo, RT.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva. 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

BARIONI, Rodrigo. Cumprimento de sentença: primeiras impressões sobre o projeto de alteração da execução de títulos judiciais. *Revista de Processo*, vol. 134, ano 31, abril, 2006, p. 57-58

BARONI, Rodrigo. O parcelamento do crédito do exequente no Novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 244, 2015, versão eletrônica

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e o poder público*. Salvador: Juspodivm. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; EHRHARDT JR., Marcos. Da (im)possibilidade de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência através da tomada de decisão apoiada. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, vol. 27, jul.-set., 1982, versão eletrônica.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, n. 600, out.-dez., 1990, versão eletrônica.

BELANTE, Marco. Il patto di rinuncia preventiva all'impugnazione di una sentenza futura. *I contratti*, vol. 19, 2012.

BENEDUZI, Renato Resende. "Forum non conveniens". In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Parte geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2016.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 132, abr-jun 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Atlas. 2014.

BERIZONCE, Ricardo Omar. Las estructuras cooperativas y consensuales de normatividad: hacia la superación de la "cultura del litigio"? *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2017.

BERMUDES, Sérgio. *CPC de 2015: inovações*. vol. 2. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*: anotações segundo o novo Código Civil. vols. 1, 2 e 3. Campinas: LZN. 2003.

BIANCHINI, Mariagrazia. Remissione del debito (storia). *Enciclopedia del Diritto*. vol. XXXIX. Varese: Giuffré. 1988.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Dissertação (Mestrado). PUC/SP. São Paulo. 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa nos contratos. *civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

BOGDAN, Michael. The Brussels/Lugano *lis pendens* rule and the “italian torpedo”. In: *Scandinavian Studies in Law*. 2007. Disponível em: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-4.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

BOLFER, Sabrina Ribas. *Anti-suit injunctions e Arbitragem Comercial Internacional*. Dissertação de Mestrado. Curitiba. PUC-PR. 2005.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; Nogueira, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor*: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Artigo 930. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

BONE, Robert G. Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness, *Boston University Law Review*, vol. 83, jun., 2003, p 509-511.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2016.

BORGES, Ronaldo Souza. A inversão do ônus da prova nas ações consumeristas à luz da garantia do devido processo legal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 101, ano 24, 2015, versão eletrônica.

BOVE, Mauro. *L'esecuzione forzata ingiusta*. Giappichelli: Torino. 1996.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm. 2018.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*, vol. 248, 2007, versão eletrônica.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2014.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Dissertação (Mestrado). UFSC. Florianópolis. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. X. São Paulo: Saraiva. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

BURDESE, Alberto. Patto. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 12. Torino: UTET. 1965.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. O papel do juiz diante das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. *Revista de processo*, vol. 276, fev., 2018, versão eletrônica.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de processo*, vol. 277, mar., 2018, versão eletrônica.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, ano I, numero 1, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf, acesso em 21 de janeiro de 2019

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm. 2016

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zona di interesse”. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2, p. 29-56, jul-dez, 2015, versão eletrônica.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese para o concurso de professor titular de direito processual civil da UERJ. Rio de Janeiro. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. Disponível em <<https://www.academia.edu/s/c5f292f743?source=news>>, acesso em 31 de janeiro de 2020.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. *Revista de Processo*, vol. 241, março, 2015, versão eletrônica.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco. 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem publica processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, 2008, vol. 160, versão eletrônica.

CADIET, Loic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, aug.-dec., 2012, p. 3-35.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emanuel. *Droit judiciaire privé*. 9. ed. Paris: LexisNexis. 2016.

CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF. 2010.

CAHALI, Youssef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT. 1999.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais*: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do

Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, ano 19, vol.74, abr-jun, 1994, p.82-97.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n.2, jul.-set., 2010.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*, vol. 142, 2006, São Paulo, versão eletrônica.

CARNAÚBA, Daniel Amaral; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O regime das obrigações *propter rem* e as despesas condominiais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-regime-das-obrigacoes-propter-rem/>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil e procedimentos executivos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “Cumprimento da Sentença”, conforme a Lei n.º 11.232/05. Parcial Retorno ao Medievalismo? Por que não?”. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 38, São Paulo

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. In: BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè. 2006.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização de medidas inominadas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

CARVALHO, Fabiano. Artigo 791 [comentário]. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016.

CARVALHO FILHO, Antônio. Comentários ao art. 830. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.) *Comentário ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2016.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 807, jan., 2003, versão eletrônica.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Juspodivm. 2018.

CASTRO, Amílcar de. *Do procedimento de execução*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina. 2017.

CAVALLI, Cassio. O princípio da menor onerosidade e a penhora de faturamento de empresa. *Revista dos Tribunais*, vol. 926, dez., 2012, versão eletrônica.

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil litigation in a comparative context*. 2. ed. Saint Paul: Wes Academic. 2017.

CHINE, Giuseppe; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di Diritto Civile*. Roma: Neldiritto Editore. 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. São Paulo: Saraiva. 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Jovene: Napoli, 1928.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesse processual: de Chiovenda ao CPC 2015. *Revista de Processo*, vol. 281, p. 47-70, jul, 2018, versão eletrônica.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

COHN, E. J. Joint Tortfeasors. Accord and Satisfaction. Covenant not to sue. *The Modern Law Review*, vol. 11, n. 2, abril, 1948, p. 230-232. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/1090390.pdf?refreqid=excelsior%3Abe2440b0d5800b4778defcd5788249d1>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

COLE, Sarah Rudolph. Managerial litigants? The overlooked problem of party autonomy in dispute resolution. *Hastings Law Journal*, vol. 51, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. vol. II. Bologna: Il Mulino. 2011.

CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências de seu descumprimento*. Curitiba: Juruá. 2017.

CÔRTEZ, Estefânia. Negócios jurídicos processuais: mecanismo apto à atribuição de exequibilidade a um título. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020.

CÔRTEZ, Estefânia Freitas. *Negócios jurídicos processuais: o acordo processual que atribui a exequibilidade de documento*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. População em situação de rua: contextualização e caracterização. *Revista Virtual Textos & Contextos*, n. 4, ano IV, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdp/ wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>, acesso em 09 de outubro de 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Savador: Juspodivm. 2018.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra editora. 2009.

COSTA E SILVA, Paula. Garantias do executado. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 1, mar.-jun. 2010. p. 3-19.

COSTA E SILVA, Paula. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.) *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: B de F. 2014.

CRAMER, Ronaldo. Art. 105 [comentários]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

CRISTOFARO, Giovanni de. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XLII, 1996, parte 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT. 2001.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 1. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A alienação por iniciativa particular. *Revista de Processo*, vol. 174, 2009, versão eletrônica.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

DALL'AGNOL Jr. Antonio Janyr. Nulidades processuais - algumas questões. *Revista de Processo*, n. 67, jul-set. 1992, versão eletrônica.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press. 1986.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, vol. 47, jul-set., 1987, p. 24-42, versão eletrônica

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *William & Mary Law Review*, v. 63, n. 2, 2001.

DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2004.

DE VILLA, Vittorio. "Pactum de non petendo". *Nuovo Digesto Italiano*. vol. 10. Torino: UTET. 1939.

DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 917. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro. 2015.

DELL'AQUILA, Enrico. Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus. *Il foro padano*, vol. 27, 1972, Milano.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *Revista de Direito Privado*, vol. 63, jul-set., 2015, versão eletrônica.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC: direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 20. ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de relações jurídicas. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaoocomocomplexodesituacoesjuridicas1.pdf>>, acesso em 17 de fevereiro de 2020

DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa de legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 232, jun., 2014, p. 69-76, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Lisboa: Coimbra Editora. 2010.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, maio, 2009, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva. 2005.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 187, jul., 2011, p. 256-260, versão eletrônica

DIDIER JR., Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*, vol. 174, ago., 2009, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie. Tópicos sobre a última reforma processual (execução por quantia certa) - parte 2. *Revista de Processo*, vol. 148, ano 32, junho, 2007, São Paulo, p. 145-152.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, jan, 2018, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 5. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*, vol. 267, p. 227-272, maio, 2017, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Julia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios Jurídicos Processuais em Contratos Empresariais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio, 2018, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie; MÂCEDO, Lucas Buril de. Alienação (judicial ou extrajudicial) de bem por sociedade diferente da credora que compõe grupo societário: um bom exemplo de negócio jurídico executivo sobre legitimidade. *Revista de Processo*, vol. 301, março, 2020, versão eletrônica.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Execução*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 314.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. 14. ed. Salvador: Juspodivm. 2020.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. vol. II. 9ª ed. Madrid: Tecnos. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2019.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadro. *Da aplicabilidade do negócio jurídico processual na recuperação judicial de empresas*. Dissertação de Mestrado apresentada junto à PUC/SP. São Paulo. 2018.

DURO, Cristiano. *Execução e democracia: a tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm. 2018.

EIRITZ, Misa K. Should intellectual propriety owners just do it? An examination into the effects of Nike's covenant not to sue. *Berkley Technology Law Journal*, vol. 29, 2014, disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2037&context=btlj>, acesso em 10 de janeiro de 2019

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

EXPÓSITO, Gabriela. Natureza negocial dos provimentos judiciais. In: MARCATO, Ana et al. (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2018.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*, vol. 58, p. 7-32, abril-junho, 1990, versão eletrônica.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do objeto das convenções processuais. In: MARCATO, Ana et al. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2017.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT. 2017.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. *Desjudicialização do processo de execução*. O modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá. 2015.

FARINA, Angelo. *Pactum de non petendo: profili critici e ricostruttivi*. Disponível em https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/554181/971377/phd_unimi_R10863.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2018

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 4. ed. New York: Aspen. 2004.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. VII ed. Padova: CEDAM. 1994.

FENSTERSEIFER, Tiago. *O direito a ter direitos efetivos: as dimensões normativas e eficácia do direito fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita de titularidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) à luz do atual regime constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública brasileira*. Tese (Doutorado) PUC/RS. Porto Alegre. 2016.

FERNÁNDEZ, Sonia Cano. *Los terceros en el proceso de ejecución*. Madrid: Marcial Pons. 2014.

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso de Processo de Execução*. 13ª ed. Coimbra: Almedina. 2010.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. Tese. Doutorado em Direito. PUC-SP. 2016.

FILARDI, Hugo. Cumprimento de sentença: comentários sobre a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*, vol. 149, ano 32, julho, 2007, p.139-156.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Art. 6º [comentários]. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

FOLLIERI, Luigi. *Esecuzione forzata e autonomia privata*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2016.

FORNICIARI, Michele. *Presupposti processuali e giudizio di merito: l'ordine di esame delle questioni nel processo*. Torino: Giappichelli. 1996.

FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal. 2017.

FREITAS, José Lebre de. *A acção executiva depois da reforma*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

FRENCH, Susan F. Can covenants not to sue, covenants against competition and spite covenants run with land? Comparing results under the touch or concern doctrine and the restatement third, property (servitudes). *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 38, n. 2, 2003, p. 276. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/20785731.pdf?refreqid=excelsior%3Af0c5edfcfdde2076d5ef567fdf7adc28>, acesso em 08 de janeiro de 2019.

FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine. *Journal du Droit International*, n. 4, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Execução e recursos*. Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo*: Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, Denver, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GALLO, Filippo. Sulla assertita sopravvivenza del “pactum de non petendo” nel diritto civile italiano. *Il foro italiano*. vol, 83, n. 5, 1960.

GARVEY, Stephen. Can Shaming Punishments Educate?. *The University of Chicago Law Review*. vol. 65, p. 743. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4980&context=uclrev>, acesso em 22 de fevereiro de 2019

GAUDEMET, Yves. L’ordre public: propos introductifs. *Archives de philosophie du droit*. tome 58. Paris: Dalloz. 2015.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13, jan.-mar., 1995, versão eletrônica.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT. 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. El proceso como situación jurídica. vol. III. Madrid: Marcial Pons. 2015.

GÓES, Gisele Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese (Doutorado). PUC/SP. São Paulo, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; GOUVEA, Alex Lamy de. A proteção jurisdicional dos direitos da personalidade nos casos de urgência: a tutela inibitória no Novo Código de Processo Civil. In: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e et al (coord.). *Relações e influências recíprocas*

entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Juspodivm. 2017.

GRANT, Gilmore. *The death of contract*. 2ª ed. Columbus: Ohio State University Press. 1995.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, v. 94, abr.-jun., 1999, versão online.

GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética. 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. I. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. II. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2015.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 1, n. 1, 2007.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, 2006, n. 36.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, v. 136, São Paulo, 2006, versão eletrônica.

GUEDES, Jefferson Carús. Artigo 679 [comentário]. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT. 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Título executivo como representação documental típica do crédito: resposta a José Miguel Garcia Medina. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

GUZMAN-ANDREU, Federico; COURTIS, Christian. *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*.

Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Convenções processuais sobre a competência: análise da cláusula de eleição de foro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020.

HENRIQUES, Duarte G. Third-Party funding: a protected investment? *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 57, abril-junho, 2018, versão eletrônica.

HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: REE, C.H. van; UZELAC, A. (coords.). *Enforcement and enforceability - tradition and reform*. Antwerp: Intersentia. 2010.

HESS, Burkhard; JAUERNIG, Othmar. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 30ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2015.

HILL, Flávia Pereira. Comentários à execução de obrigações de fazer e não fazer no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, jan.-jun, 2015, p. 165-194.

HILL, Flávia Pereira. *O direito processual transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI: os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o direito processual civil e a concepção de um título executivo transnacional*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico. 2013.

HILL, Flavia Pereira. Uns mais iguais que os outros: em busca da igualdade (material) de gênero no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 13, vol. 20, n. 2, maio-ago, 2019.

IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LII, n. 2, p. 347-365, junho, 1998.

KAPELIUK, Daphna; KLEMENT, Alon. Changing the litigation game: an ex ante perspective on contractualized procedures, *Texas Law Review*, maio, 2013, p. 5-6.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The evolution of a multi-door courthouse. *Catholic University Law Review*. vol. 37, 1988.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, maio-jun., 2015, versão eletrônica

LAMY, Eduardo de Avelar. Artigo 679 [comentário]. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA. 1978.

LEBORGNE, Anne. *Droit de l'exécution*. 2. ed. Paris: Dalloz. 2014.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! *Revista de Processo*, n. 244, jun., 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIEBMAN, Enrico. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. vol. 1. Milão: Giuffrè. 1980.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no Projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 91, 2014, versão eletrônica.

LIPIANI, Julia. *Os negócios jurídicos processuais como ferramenta de garantia do exercício da liberdade pelo processo*. Dissertação (Mestrado). UERJ. Rio de Janeiro: 2019.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho procesal civil*. 4.ed. Barcelona: Wolters Kluwer. 2015.

LONGO, Giovanni Elio. Esecuzione forzata. *Novissimo Digesto Italiano*. v. VI. UTET.

LLOPIS-LLOMBARD, Marco de Benito. I contratti processuali. 2013. Disponível em https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali, acesso em 10 de dezembro de 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2004.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo 2. Salvador: Juspodivm. 2020.

LUDOVICI, Gianluca. L'acquiescenza anticipata alla sentenza: l'accettazione della sentenza anteriormente alla sua pronuncia (con conseguente rinuncia preventiva all'impugnazione della stessa) può configurare un negozio giuridico processuale plurilaterale a carattere aleatorio. Disponível em <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/277/Ludovici%20I.pdf>, acesso em 09 de janeiro de 2019.

LUSTOSA, Paulo Franco. *Bem de família: renúncia e disposição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org). *Execução*. Salvador: Juspodivm. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de Processo Civil. In.: FREIRE, Alexandre et al. (org.). *Novas tendências do processo civil*. vol. III. Salvador: Juspodivm. 2014.

MADAIME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Curitiba: Juruá. 2008.

MADUREIRA, Cláudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. 5. ed. Paris: Defrénois. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT. 2011.

MANZANARES, Raquel Castillejo. Processo civil y principio dispositivo. In: MANZANARES, Raquel Castillejo et al. *Tratado sobre la disposición del proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-CONTROLE-DO-PODER-EXECUTIVO-DO-JUIZ.pdf>, acesso em 11 de fevereiro de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. La ruptura del principio de tipificad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño, p. 17. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/?s=la+ruptura+del+principio>, acesso em 12 de fevereiro de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: RT. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 3. São Paulo: RT. 2015.

MARMITT, Arnaldo. *A Penhora*. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT. 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese (Doutorado). UERJ, Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 27, vol. 116, mar-abr, 2018, versão eletrônica.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2. ed. São Paulo: RT. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, n. 6, abr-jun., 1993, versão eletrônica.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018

MARTINS FILHO, Marcos Simões. Art. 745-A do CPC: “favor legal” à custa do credor? *Revista de Processo*, vol. 170, 2009, versão eletrônica.

MATOS, Cecilia. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 11, jul.-set., 1994, versão eletrônica.

MAUNSBACH, Lotta. Litigation agreements in swedish law. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do Código de Processo Civil de 2015. In: EHRHARDT JR., Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Repercussões do novo CPC: direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários ao artigo 862. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

MAZZOLA, Marcelo. As incursões do novo CPC na lei de locações. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/as-incursoes-do-novo-cpc-na-lei-de-locacoes/>, acesso em 10 de setembro de 2019.

McCONNELL Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*. New York: Oxford University Press. 2000.

MEDINA, José Gabriel Garcia. *Execução*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 247, p. 231-246, set., 2015, versão eletrônica.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT. 2012.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo. *Revista de Processo*, vol. 272, p. 419-439, out., 2017, versão eletrônica.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, UERJ. 2011.

MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao “non factibile”*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm. 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. versão eletrônica.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 3, 4 e 5. São Paulo: RT. 1974.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: RT. 2015.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela (org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas. 2014.

MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. 75 *George Washington Law Review*, vol. 461, 2007.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pactos comissório e marciano em perspectiva dinâmica: projeções nos negócios jurídicos com escopo de garantia. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.) *A reforma dos direitos reais: a caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo. 2020.

MOREL, René. *Traité élémentaire de procédure civile*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932.

MOSCHELLA, Ignazio. *Pactum de non petendo*. *Dizionario Pratico di Diritto Privato*. v. 5. Milano: F. Vallardi 1939.

MOSMANN, Maria Victoria. Convenciones procesales en Argentina: introducción a la teoria de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press. 2004.

NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. Nulidade dos negócios jurídicos e conhecimento de ofício pelo juiz: entre o Código Civil e o novo Código de Processo Civil. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (coord.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Forum. 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NERY JR., Nelson. Aspectos do processo civil no Código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 1, mar., 1992, versão eletrônica.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT. 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. versão eletrônica.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito – RIBD*, n. 10, p. 6.184-6.185, Lisboa, 2012. Disponível em: <http://migre.me/1l3c0>, acesso em 10 de novembro de 2018.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de direito do consumidor*, vol. 42, abr.-jun, 2002, versão eletrônica.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XVII. São Paulo: Saraiva. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

NEVES, José Roberto de Castro Neves. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, vol. 19, n. 76, out-dez, 2010, versão eletrônica.

NOCERA, Ivan Libero. La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione. *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*. ano XCI, vol. 5, 2016, Wolters Kluwer.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no Projeto de Código de Processo Civil. In: ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (org.). *Projeto de Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm. 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese (Doutorado). UFBA. Salvador. 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. vol. 2. Salvador: Juspodivm. 2010.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 20, out.-dez, 1996, versão eletrônica.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: Juspodivm. 2020.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

ORLANDI, Mauro. “*Pactum de non petendo*” e *inesigibilità*. Giuffrè: Milano. 2000.

PANTOJA, Fernanda Medina. Protocolos pré-processuais. Fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo civil brasileiro. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro. UERJ. 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, set.-out., 207, versão eletrônica.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A adequação do procedimento às necessidades do caso concreto e os desafios da jurisdição contemporânea: os reflexos da expansão da autonomia privada no processo civil. Tese (Doutorado). UERJ. Rio de Janeiro. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 43, n. 285, nov., 2018, versão eletrônica.

PEIXOTO, Ravi. O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*, vol. 279, p. 381-415, maio, 2018, versão eletrônica.

PEKELIS, Alexander H. Legal Techniques and Political Ideologies: a comparative study. *Michigan Law Review*, vol. 41, n. 4, fev., 1943.

PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. t. I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 1. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. III. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial e contratual, sob a perspectiva da atividade dos meios executivos (art. 139, inciso IV - CPC/2015) - uma proposta de sistematização. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Art. 190 [comentários]. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

PÉREZ, Manuel Merelles. *La mediación como herramienta en el proceso de ejecución civil*. Malaga: Editorial Lei 57. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. Bologna: Zanichelli. 1975.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi di diritto civile*. Napoli: ESI. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 9. ed. Napoli: ESI. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PERRONE, Cláudia. A vulnerabilidade do consumidor para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. In: MARQUES, Claudia Lima; REICHEL, Luis Alberto (org)., *Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC*. São Paulo: RT. 2017.

PETHECHUST, Eloi; DIAS, Luciana Drimel. A intervenção judicial como técnica adequada à efetividade dos provimentos judiciais. *Revista de Processo*, vol. 229, p. 283-303, mar, 2014, versão eletrônica

PEYRANO, Jorge W. Estado de situación del instituto de los negocios jurídicos procesales. *Revista de Derecho Procesal: los contratos y el negocio jurídico procesal*. Santa-fé: Rubinzal-Culzoni, 2017.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual contemporâneo*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 1982.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil*. Salvador: Juspodivm. Salvador: Juspodivm. 2016.

RAGONE, Álvaro Pérez; ÁLVAREZ, Oscar Silva. El imperativo de transparência patrimonial del deudor como requisito para una ejecución civil eficiente. *Civil Procedure Review*, v. 1., n. 1, mar.-jun., 2010, p. 50-99.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 17 ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2018.

REBELO, Maria Paulo. *A admissibilidade de negócios processuais no processo do trabalho*. Tese (Doutorado). UFBA. Salvador. 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Tese (Doutorado). PUC/SP. São Paulo. 2019.

REICHEL, Hans. *Il "pactum de non petendo"*. Paccini Editore: Pisa. 2018.

REICHELT, Luis Alberto. Considerações sobre o prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário da sentença (art. 475-J do CPC). *Revista de Processo*, vol. 165, nov., 2008.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, vol. 162, ago, 2008, versão eletrônica.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. *Revista de Processo*, vol. 281, jul., 2018, versão eletrônica.

REICHELT, Luis Alberto; MATTOS, Alessandra. Penhora de quotas de sociedades personificadas e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 3. set.-dez., 2017, p. 219-237.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. vol. 1.2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1957.

RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2007.

RESNIK, Judith. Failing Faith: adjudatory procedure in decline. *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 550-551.

REZENDE, Diogo. *A contratualização do processo*. São Paulo: LTr. 2015.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a ordem pública processual, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm. 2019.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Gazeta Jurídica: Brasília. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico. 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva. 2003.

RUSCELLO, Francesco. “Pactum de non petendo” e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, 1976, n. 2, parte seconda.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina. 1988.

ROQUE, André Vasconcelos. A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. VII, 2011, item 2.

ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro. UERJ. 2014.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, vol. 279, maio, 2018, versão eletrônica.

ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. t. 1. 3. ed. Torino: UTET. 2004.

SANTOS, Adriana de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antonio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 116, mar-abr, 2018, versão eletrônica.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 1. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 3. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. vol. IV. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1966.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação à decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

SARGENTI, Mario. “Pactum de non petendo” e remissione del debito. *Foro Padano*, vol. 40, 1959, Milano.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM. 2000.

SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. *Revista de Processo*. vol. 271, set., 2017, versão eletrônica.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Primeiras palavras sobre a alienação por iniciativa particular. *Revista de Processo*, vol. 163, ano 33, setembro, 2008, p. 196-220.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2018.

SCHEIBLER, Juliana Luisa; CUNHA, Guilherme Antunes da. A penhora do percentual de faturamento da empresa e os critérios adotados por Tribunais na definição do percentual. *Revista de processo*, vol. 301, mar., 2020, versão eletrônica.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas. 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva. 2018.

SCHWARTZ, Fábio. O protagonismo da Defensoria Pública na proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, ano 29, n. 27, 2017.

SÉGRE, Gino. Sull'efficacia del pactum de non petendo. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, vol. 1, Milano.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 523. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 525. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016.

SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 526. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT. 2016

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT. 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao artigo 513. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Behron. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm. 2018.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

SILVA, João Paulo Hecker da. Execução e Cumprimento de sentença arbitral. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. versão eletrônica.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nos contratos e nas relações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*. 3. ed. São Paulo: RT. 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1995.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT. 2016.

SOARES, Lara Rafelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. In: MARCATO, Ana et al. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm. 2017.

SORABJI, John. *The crisis of legal aid and alternative solutions*. IAPL Seoul Conference. 2014.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O CPC de 2015 e a atividade executiva: qual o peso que o novo Código pode ter na busca de uma execução “mais civilizada”? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira. (org.) *Diálogos sobre o Código de Processo Civil: críticas e perspectivas*. 2019. versão online.

SOUZA, Arthur César de; FERNANDES, Og. *Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Almedina. 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negocio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina. 2017.

STIRN, Bernard. Ordre public et libertés publiques. *Archives de philosophie du droit*. tome 58. Paris: Dalloz. 2015.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) - versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, fev. 2017, versão eletrônica.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, vol. 284, p. 139-184, outubro, 2018, versão eletrônica.

TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos, Especificidades técnicas do direito litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, abr.-jun., 2005, versão eletrônica.

TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. Disponível em <<https://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini>> , acesso em 15 de abril de 2019.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*. n. 28, São Paulo, 1982, versão eletrônica.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana et al. (coords.). *Negócios processuais*. vol. 1. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria geral do processo: em conformidade com o Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

THEODORO JR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide. 1987.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Leud. 2002.

THORNBURG, Elizabeth. Designer Trials. *Journal of Dispute Resolution*. 2006. Disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/14>, acesso em 10 de março de 2015.

TIBURCIO, Antonio Augusto. A desnecessidade de garantia como condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal: o conflito entre o art. 16, § 1º, da LEF e o art. 914, do CPC de 2015, à luz da Constituição. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo Tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. “Pactum de non petendo” parcial. *Revista de Processo*, vol. 280, jun 2018, p. 19-39, versão eletrônica.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non metendo reinterpretado*. Dissertação de Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro. 2019.

VACARELLA, Romano. *Título esecutivo, precetto, opposizioni*. Torino: UTET, 1983.

VENTURELLI, Alberto. La remissione “convenzionale”. *Obbligazione e contratti*, vol. 8, fasc. 10, 2021.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, vol. 251, jan., 2016, versão eletrônica.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma. 2017.

VILLEY, Michel. Esort et decadence du volontarisme juridique. *Archives du Philosophie du Droit*, v. 3, Paris, 1957,

VOGT, Fernanda. A tomada do procedimento pela vontade: as convenções processuais e o princípio da atipicidade na execução civil. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019.

VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional: um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo II. Salvador: Juspodivm. 2020.

VITORINO, Dh vila Beatriz. A plausibilidade do bitcoin garantir o juízo de execução no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, vol. 6, jan.-mar., 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do Processo. *Revista dos Tribunais*, vol. 855, jan., 2007, São Paulo.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2000.

WEINSTEIN, Jack B. Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n.11, 1996.

YARSHELL, Flavio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. vol. 1. tomo I. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

YEAZELL, Stephen C. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Wolters Kluwer, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Segurança executiva e tutela executiva - o princípio *nulla executio sine título* como instrumento de garantia do executado ao devido processo legal. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XIV. São Paulo: Thomson Reuters. 2018.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. *Revista de Processo*, vol. 235, p. 121-147, set., 2014, versão eletrônica.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 6. ed. São Paulo: RT. 2014.

ZAVASCKI, Teori. *Processo de execução. Parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT. 2004.