

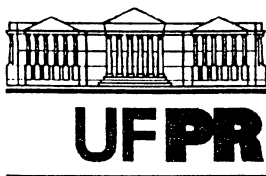
EDSON RIBAS MALACHINI

AÇÕES AUTÔNOMAS DO DEVEDOR

Tese apresentada para doutoramento
em Direito na Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Professor Doutor LUIZ
GUILHERME MARINONI.

CURITIBA
2001



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80.020-300 Curitiba - Paraná - Brasil
Fone/Fax: (41) 310-2685 - site: www.ufpr.br/direito - e-mail: posjur@barigui.ufpr.br

PARECER

A Comissão Julgadora da tese apresentada pelo doutorando em Direito **Edson Ribas Malachini**, sob o título "**Ações Autônomas do Devedor**", após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Professor Doutor Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni - 9,0 (nove inteiros)

Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha - 9,0 (nove inteiros)

Professor Doutor Ovídio Araújo Baptista da Silva - 9,0 (nove inteiros)

Professor Doutor Francisco Duarte - 9,0 (nove inteiros)

Professora Doutora Mariulza Fernandes Franco - 9,0 (nove inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito** ao candidato **Edson Ribas Malachini**.

É o parecer.

Curitiba, 08 de junho de 2001.

SUMÁRIO

Resumo	5
<i>Abstract</i>	6
Introdução	7
1. A sentença do art. 795 do Código de Processo Civil	10
2. Exclusão de qualquer <i>ação</i> ao executado que não embargou?	12
3. Inexistência de julgamento implícito sobre o crédito	14
4. As hipóteses do art. 794, I a III, do Código de Processo Civil	18
5. A existência de ação para se alegar a inexistência do crédito	43
6. Não-previsão legislativa da ação	47
7. Previsões legislativas: o art. 486 do Código de Processo Civil	50
8. O art. 574 do Código de Processo Civil	55
9. O art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil, e o art. 38 da Lei de Execução Fiscal	58
10. Não-citação ou citação nula no processo de conhecimento (e também no de execução)	63

11. Subsistência da ação do executado que não embargou, nesse caso.....	70
12. Jurisprudência do art. 741, I, do Código de Processo Civil.....	71
13. A lição de Liebman.....	73
14. A lição de Pontes de Miranda.....	74
15. Subsistência da ação do executado que não embargou, em geral.....	81
16. Doutrina sobre o tema.....	83
17. Jurisprudência sobre o tema.....	93
18. Doutrina italiana.....	98
19. Doutrina portuguesa.....	105
20. Conclusões.....	113
Bibliografia.....	116

RESUMO

A tese ora sustentada é a de que o suposto devedor não tem apenas os *embargos à execução* para defender-se; estes são apenas *uma* – e a mais eficiente – das ações de que pode valer-se para tanto. Ao lado dela, entretanto, não lhe podem ser negadas *demandas autônomas*, proponíveis antes da instauração do processo executivo, durante seu curso ou, principalmente, após seu encerramento; de modo especial nas hipóteses em que, em se tratando do processo de cognição, caberia *ação rescisória* contra a sentença (*lato sensu*) nele proferida, já que, não havendo julgamento no próprio processo de execução, não há *sentença de mérito* que possa ser objeto de rescisão (Cód. de Proc. Civil, art. 485, *caput*).

ABSTRACT

The thesis for now sustained is that the supposed debtor doesn't just have the embargoes against the execution to defend himself; these are just a – and the most efficient – of the actions that he can use for so much. Beside it, however, they cannot be him denied autonomous demands, able of being proposed before the beginning of the executive process, during its course or, mainly, after its closing; in special way in the hypotheses in that, if the process was of cognition, action would fit to annul (“*ação rescisória*”) the sentence (*lato sensu*) in it pronounced, because, not existing judgement in the own execution process, merit sentence that can be annulled (“*rescindida*”) doesn't exist (Civil Process Code, art. 485, *caput*).

Introdução

A tese ora sustentada é a de que o suposto devedor não tem apenas os *embargos à execução* para defender-se; estes são apenas *uma* – e a mais eficiente – das ações de que pode valer-se para tanto. São os *embargos*, sem dúvida, a defesa *normal* à disposição do suposto devedor, com a importantíssima virtude de causar, com seu *recebimento*, a *suspensão*, total ou parcial, do processo executivo (Cód. de Proc. Civil, art. 739).

Mas tal demanda *incidente* (art. 736), que depende, em regra, da “*segurança do juízo*” (art. 737), não elimina a existência de outras, que podem ser propostas *antes* da instauração do processo executivo (art. 585, § 1º; L. 6.830/1980, art. 38), durante o seu curso e, principalmente, *depois* de seu encerramento – neste caso de caráter restitutivo, quando possível, ou indenizatório, e tanto no caso em que *não foram* opostos embargos à execução quanto no de não terem sido *recebidos*.

Desde logo – afora outras considerações – tem-se de admitir como cabível ação *declaratória* negativa da existência do crédito, ou do próprio *título executivo*, ou de decretação da *nulidade* deste ou do processo, ou de ambos, cumuladas com demandas *restitutórias* ou *indenizatórias* ou seguidas destas – inclusive no caso em que o executado sequer foi *citado* no processo executivo mesmo, ou em que a respectiva citação foi *nula* (aplicação analógica do art. 741, I) –, nas hipóteses em que a *sentença*, proferida que tivesse sido no processo de *cognição*, daria lugar à propositura de *ação rescisória*.

Tal conclusão se impõe porque a sentença que, de acordo com o art. 795, simplesmente declara *extinto* o processo de execução, não é sentença *de mérito*: limita-se a atestar que tal processo chegou ao fim porque foram exauridos os atos materiais (que o caracterizam) para se obter a *satisfação* do exequente (*e.g.*, penhora, alienação do bem em hasta pública, pagamento àquele); não há nela *julgamento* sobre a efetiva *existência* do crédito, de que o título executivo estabelece presunção *iuris tantum*. E também não é sentença de mérito a que rejeita *liminarmente* os embargos, nas hipóteses indicadas no art. 739.

Por isso mesmo não é admissível a *ação rescisória*, proponível apenas contra sentenças (*lato sensu*) *definitivas* (art. 485, *caput*); e, se assim é, tem de admitir-se (como antes se afirmou) outra *ação* (declaratória negativa, de decretação de nulidade, cumuladas com demandas restitórias ou indenizatórias ou seguidas destas), pois é princípio fundamental de nosso sistema jurídico que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (Cód. Civil, art. 75), não se podendo excluir “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Const. Fed., art. 5º, XXXV).

Pense-se, por exemplo, na hipótese em que, depois de encerrado o processo executivo, com a “satisfação” do exequente, ou depois de decorrido o prazo preclusivo para os *embargos*, o executado – que não os opôs porque não tinha prova do pagamento da dívida pecuniária – vem a encontrar o recibo extraviado. Se se tratasse de processo de *cognição*, essa seria hipótese típica de ação rescisória (art. 485, VII), no caso inadmissível apenas por não haver “*sentença de mérito*” (art. 485, *caput*).

Diversa é a situação quando *foram* opostos e recebidos

embargos à execução, afinal rejeitados com apreciação judicial sobre a efetiva existência do crédito, pois nesse caso, evidentemente, houve *juízo de mérito*, e a sentença é *rescindível*. E o mesmo se diga nas hipóteses do art. 794, I, II e III, do Código de Processo Civil, em que o próprio executado *satisfaz* a obrigação, ou em que há *remissão* ou outro fato negocial extintivo do débito, ou *renúncia* ao crédito, ou *transação*, em que há sentença *homologatória* de qualquer desses negócios jurídicos de *autocomposição* do litígio: então cabe ação *anulatória* (art. 486) ou *rescisória* (art. 485, VIII), a primeira *antes* e a segunda *após* o trânsito em julgado da sentença, conforme explicado adiante.

Assim, além da chamada *defesa intraprocessual*, que se constitui em defesa apresentada pelo executado *no próprio processo de execução*, mediante simples *petição* nos autos respectivos, temos de cogitar da possibilidade de possíveis ações autônomas de que ele possa valer-se, antes mesmo do processo de execução, durante este ou, principalmente, após seu encerramento. Disso se trata a seguir.¹

¹ Sobre o tema tivemos oportunidade de escrever trabalho, ainda inédito, feito durante o curso de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tal estudo foi citado, com transcrição de pequeno trecho em nota de pé-de-página, por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em oportuno artigo sobre “A sentença que extingue a execução”, na obra coletiva *Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 395-403. (A citação referida está na nota 12, p. 399.)

1. A sentença do art. 795 do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, no Capítulo II do Título VI do Livro II (“Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução), trata, em dois artigos (794 e 795), “da extinção do processo executivo. Preceitua no art. 794: “Extingue-se a execução quando: I – o devedor satisfaz a obrigação; II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III – o credor renunciar ao crédito.” E a seguir, no art. 795: “*A extinção só produz efeito quando declarada por sentença*”.

Aí fornece o Código a primeira chave para se identificar a natureza jurídica desse pronunciamento judicial: trata-se de *sentença*. E tal identificação está de acordo com a classificação dos pronunciamentos judiciais feita no art. 162, § 1º: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. De fato, com ele se encerra o procedimento executório, e a lei condiciona tal encerramento (“*A extinção só produz efeito ...*”) – que se poderia pensar, não houvesse tal artigo, e dada a característica do processo executivo, que não tem por finalidade um julgamento mas a consumação dos atos necessários à satisfação do credor, se encerrasse com a simples ocorrência das hipóteses previstas no art. 794 (acima transcrito) ou com a exaustão desses atos – a essa *declaração: declaração da extinção*.”

JOSÉ FREDERICO MARQUES escreve que tal sentença, “ao declarar extinta a execução, torna também extinto o vínculo obrigacional que ligava a prestação exigida à responsabilidade patrimonial do devedor”. E completa: “Trata-se, portanto, de sentença

definitiva que incide sobre relação jurídica material, e cujos efeitos se tornam imutáveis, quando houver a coisa julgada.”² Antes havia dito: “A sentença que reconhece satisfeito o crédito e paga a dívida, embora proferida em processo executivo, não deixa de ser sentença de mérito: há, na referida sentença, pronunciamento ou *iudicium* do magistrado, declarando solucionada a lide contida no processo de execução forçada.”³

Aí surge o problema: se se trata de *sentença definitiva* (tradicionalmente definida como a que decide o mérito da causa, pensando-se em termos de processo de cognição), com *efeitos imutáveis* (fazendo, portanto, coisa julgada *material*), ocorre desde logo a indagação: cabe *ação rescisória* dela, nos casos previstos no art. 485 do Código de Processo Civil?

Temos desde logo a resposta de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que, fazendo referência, em nota, aos passos acima, de FREDERICO MARQUES,⁴ afirma:

“No processo de execução não há, em princípio, ‘mérito’ que deva ser julgado, embora também ele, conforme ressalta do art. 795, se extinga mediante sentença (*rectius*: com o trânsito desta em julgado). Só em casos muito especiais proferirá o juízo da execução alguma sentença que se possa reputar ‘de mérito’: assim, v. g., quando indeferir a inicial por verificar, desde logo, a ocorrência de prescrição (arts. 295, n. IV, e

² MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. S. Paulo: Saraiva. Vol. IV, 1. ed., 1976, n. 1.006, p. 315.

³ *Ibidem*, n. 794, p. 77.

⁴ “Entende JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual*, vol. IV, págs. 77, 316, com o apoio de SÉRGIO RIZZI, *Ação resc.*, págs. 15 e segs., que é de mérito a sentença do art. 795, quando a extinção do processo executivo resulta de qualquer dos fatos arrolados no art. 794.”

598) – hipótese excepcional, visto que a pronúncia *ex officio*, aí, fica excluída em se tratando de direitos patrimoniais (art. 219, § 5º), como são em regra os que dão azo a execução no sentido técnico. Sentenças ‘de mérito’, e portanto rescindíveis, poderão todavia surgir em processos *cognitivos* incidentes, ou ‘embutidos’ na execução. Serve de exemplo a que julgue procedentes ou improcedentes os embargos do devedor, a que lhe declare a insolvência ou rejeite o pedido de tal declaração. A liquidação *não* é execução, e a sentença que a julga pode sem dúvida constituir objeto de ação rescisória.”⁵

2. Exclusão de qualquer ação ao executado que não embargou?

Teriam os passos acima, de FREDERICO MARQUES, o sentido de excluir, ao executado que não embargou a execução, e depois de finda essa, o *ius actionis*, para demonstrar a inexistência do *crédito*, supostamente subjacente ao título que embasou a ação executiva? Ou mesmo para demonstrar “falta ou nulidade da citação” no próprio processo executivo – como poderia fazer, nos termos da lei expressa, no caso de ter isso acontecido “no processo de conhecimento”, se nesse “a ação lhe” tivesse corrido “à revelia” (Cód. de Proc. Civil, art. 741, I)?

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. V, 5. ed., 1985, n. 70 e nota 159, ps. 115-116. No mesmo sentido, e com insistência, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. II, 1. ed., 1989, n. 79, ps. 209-210.

Quanto ao primeiro, na ordem da transcrição, não parece que leve a essa conclusão, pois o autor, conquanto aluda a *efeitos imutáveis* e a *coisa julgada* – o que faz pender para esse entendimento –, enfatiza apenas o aspecto, da sentença, que se pode dizer favorável ao executado: o de que ela, “ao declarar *extinta a execução*, torna também *extinto o vínculo obrigacional*”,⁶ com liberação do patrimônio do devedor. Mas a segunda parte do segundo passo transcrito induz efetivamente à conclusão de que se afirma, sem distinções, a existência de *sentença definitiva* (da qual, portanto, derivaria *coisa julgada material*), ao se dizer que “não deixa’ de ser sentença de mérito, por haver” nela “pronunciamento ou *iudicium* do magistrado, declarando *solucionada a lide* contida no processo de execução forçada”.⁷

Ora, se essa é a premissa, temos de admitir a conclusão (aí não expressada)⁸ de que, se se trata de *sentença definitiva* (“de mérito”: art. 485, *caput*), após transitada em julgado é ela atacável por *ação rescisória*.

⁶ Grifou-se.

⁷ Grifou-se.

⁸ Nem expressada em outra sede, quando o autor trata da ação rescisória. Aí escreve ele, tão-somente, que “igualmente será admissível a rescisória, para anular julgamento proferido em processo paralelo ao de execução, que tenha atingido o título executivo” (*Manual*, cit., III, 2. ed., 1976, n. 705, p. 260). Ao falar em “processo paralelo ao de execução” parece querer aludir ao de *embargos do executado*; mas nenhuma palavra aí se encontra sobre a rescindibilidade da sentença do art. 795.

3. Inexistência de julgamento implícito sobre o crédito

Não nos parece, entretanto, que esteja certa essa opinião de FREDERICO MARQUES.⁹ Entendemos, com BARBOSA MOREIRA, que não existe, aí, *sentença de mérito*. Como antes mencionado, a sentença do art. 795 do Código de Processo Civil se limita a declarar *extinta a execução*; ou, diríamos melhor: o *processo de execução*.

Nenhuma apreciação nela se faz sobre o *mérito da causa*; nem há mérito que possa ser apreciado em processo executivo em sentido estrito. Mesmo que se trate de *título executivo extrajudicial*, não há qualquer julgamento em tal processo; uma vez estabelecida, como foi entre nós (a exemplo do que já se fizera havia tempo nas legislações europeias que têm influenciado o nosso direito), a equiparação entre o título executivo extrajudicial e o judicial (a sentença, *lato sensu*), a execução (*rectius*: a ação executiva) tem por base unicamente um desses títulos já estabelecidos. O processo executivo não tem por fim, como é cediço, a *cognição*; pode ela ocorrer incidentalmente, com relação a questões surgidas no curso desse processo; pode (e deve) até o juiz examinar a *admissibilidade* da ação executiva, verificando sobre as respectivas condições e os pressupostos processuais (o que sempre lhe cumpre fazer de ofício): mas não se apresenta, em qualquer dessas

⁹ Aliás, esse autor mesmo – após dizer que “o art. 794 está para o processo de execução como o art. 269, para o processo de conhecimento”, e que “neste último fala o texto em extinção do processo com julgamento de mérito” – reconhece que essa linguagem “não pode ser empregada para o processo

hipóteses, a questão do *mérito* da ação executiva em si; ou seja, não se discute, nem pode ser objeto de decisão, a efetiva existência ou não do *crédito* que teria dado lugar à formação do título executivo. Esse, desde que se encontre formalmente perfeito, é bastante para que o processo se inicie e prossiga até seu final, com a satisfação do credor; e nisso consiste o processo de execução: na prática de todos os atos materiais que conduzam a essa efetiva satisfação. Para usar uma imagem expressiva de CARNELUTTI, enquanto o processo de cognição, “dito em poucas palavras, *transforma o fato em direito*, o processo executivo, ao invés, *transforma o direito em fato*”.¹⁰ Esse autor, aliás, lembra o passo de GIAN ANTONIO MICHELI,¹¹ segundo o qual “o processo executivo opera mediante uma transformação física do mundo exterior”.¹²

Só haverá, efetivamente, julgamento sobre a existência ou não do crédito, inclusive com possível apreciação da própria relação jurídica causal, subjacente ao título, se o executado tomar a iniciativa de iniciar um novo processo – esse, sim, de cognição –, que provocará a suspensão do processo executivo até o respectivo julgamento: o de *embargos à execução*. Aí, de fato, haverá julgamento de mérito da causa, porque aí, sim, se discutirá e se decidirá se o crédito invocado pelo exequente realmente existe ou é mera aparência decorrente do

executivo, em que não há julgamento do litígio” (*Manual*, cit., IV, n. 1.004, p. 313).

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958, n. 176, ps. 283-284.

¹¹ “*Execuzione forzata*, no *Commentario del codice civile*, de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli e Soc. ed. del ‘Foro italiano’, ao art. 2910, pág. 362.” (Nota do original.)

¹² CARNELUTTI, *Dir. e Proc.*, cit., *loc. cit.*, p. 284, nt. 1.

título; mas isso se verifica, como é evidente, *em outro processo*, conexo embora ao de execução, mas que com ele não se confunde, absolutamente. Por outro lado, quando de título judicial se trata, também não há falar em julgamento do mérito – se não houver oposição de embargos do executado, com base nas hipóteses mais restritas do art. 741 do Código de Processo Civil –, pois que a existência do crédito, de que resultou a sentença condenatória, já foi apreciada no processo cognitivo anterior.

Não se pode considerar, pois, que ocorra um *julgamento implícito* de mérito, no processo executivo, quando não são opostos embargos; isto é, um julgamento implícito em que se afirme a real existência do crédito. Não: quando não há a oposição do executado por essa forma, simplesmente se procede à execução, com base no título executivo suficiente, com a prática de todos os atos processuais necessários para dar ao suposto credor a satisfação que tal título lhe assegura, enquanto não for desconstituído. A teoria do julgamento implícito, já de si inaceitável (cf. os arts. 165 e 458 do Cód. de Proc. Civil, exigindo a fundamentação de todas as decisões), mais insustentável se torna ainda em face do texto expresso da Constituição Federal, a impor que sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX). Não há, assim, com o simples fato de se levar até às últimas conseqüências o processo executivo, a “declaração” (implícita) – capaz de fazer coisa julgada material – de que o executado (por não ter embargado) efetivamente deve o que o título, apresentado pelo suposto credor, aparenta ele dever. A conclusão jurídica que se pode tirar de tal situação é mais simples: meramente, como dito, se procedeu à execução até o final porque a ela não houve oposição. (Se essa tivesse havido teria ocorrido uma

paralisação temporária do processo executivo, para examiná-la, após o que – tendo havido, aí sim, julgamento de mérito sobre a efetiva existência do crédito – ele prosseguiria ou a paralisação se tornaria definitiva.) Como antes anotado, a sentença do art. 795 tem valor meramente formal: limita-se a declarar que, tendo sido realizados todos os atos necessários (para a satisfação do suposto credor) no processo executivo, ele *está extinto*. (Veja-se a redação do artigo: “A *extinção* só produz efeito quando *declarada* por sentença.”)

Nesse sentido, é interessante anotar que a novíssima *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, Lei n. 1, de 7 de janeiro de 2000, em vigor desde 8 de janeiro de 2001 (cf. nota 118, *infra*), traduzindo justamente a idéia de *simple encerramiento* do processo de execução (que o Código brasileiro pretende expressar com a “sentença” do art. 795), com espírito bem mais prático e atenta à ordem natural das coisas, especialmente à estrutura e função próprias do processo de execução, que consiste essencialmente na realização de *atos materiais* que alteram o mundo exterior (em contraposição à predominância dos atos intelectuais próprios do processo de cognição), limita-se a *marcar* o pressuposto *de fato* para que aquele processo se considere *terminado*, qual seja “a completa *satisfação* do credor executante”: “*Artículo 570 (Final de la ejecución) – La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante.*”

4. As hipóteses do art. 794, I a III, do Código de Processo Civil

4.1 Diferente é a situação, naturalmente, quando se trata dos casos previstos no art. 794, I, II e III, do Código de Processo Civil. Nesse artigo, transcrito no início (n. 1, *supra*), se prevêm as hipóteses de o devedor *satisfazer a dívida* ou obter, *por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total dela*,¹³ ou de o credor *renunciar ao crédito*.

A primeira hipótese corresponde, no processo de conhecimento, à do *reconhecimento da procedência do pedido* (art. 269, II); a segunda, à da *transação em geral* (art. 269, III); e a terceira à da *renúncia, genérica, ao direito sobre que se funda a ação* (art. 269, V).

No segundo e no terceiro casos sobrevém *sentença homologatória* do juiz, que se incorporará na sentença do art. 795; o primeiro apresenta mais sutileza. Não nos parece que, na prática forense, os juízes costumem *homologar* expressamente, na sentença

¹³ Conforme a lição de PONTES DE MIRANDA, “no art. 794, II, devia-se ter dito: ‘o devedor obtém, por transação, ou pela remissão, ou por outro qualquer meio, a extinção da dívida’ (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973]. Rio de Janeiro: Forense. Tomo XI, 1. ed., 1976, *sub* art. 794, p. 566 – no original está, por evidente lapso, “... de extinção da dívida”). Esse trecho foi também citado por BARBOSA MOREIRA (Notas sobre a extinção da execução, *in* *Temas de Direito Processual* – 5ª série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, ps. 169-175, nota 8, p. 173), com a mesma observação quanto ao lapso de redação. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. Porto Alegre: Fabris. Vol. II, 1. ed., 1987, n. 569, p. 1.088.

extintiva, o pagamento (*lato sensu*) feito pelo executado, isto é, a satisfação da obrigação por ato próprio dele (prestação): entrega da coisa, realização ou abstenção do ato, pagamento da dívida pecuniária. (Quando se trata da execução por quantia certa o Código chama a tal pagamento “remição da execução” – art. 651.) Entretanto, a sentença de extinção da execução (art. 795) contém, substancialmente, tal homologação, pois tem por pressuposto o reconhecimento, pelo juiz, da validade e eficácia da prestação do devedor para satisfazer ao credor, com o conseqüente fim do processo. Há aí, insito na sentença declaratória da extinção, o reconhecimento, pelo Estado-juiz, de que a prestação do devedor produz satisfação juridicamente equivalente (de fato, melhor, porque processualmente mais econômica), *homóloga* à que seria alcançada com a atividade executiva sub-rogatória dele, Estado. E se o executado pretende anular tal ato jurídico (a prestação, o adimplemento, ato de direito material inserto no processo e tornado, assim, também de direito processual) – porque, por exemplo, foi causado por erro, dolo, coação –, fazendo cair com isso a sentença que, declarando extinta a execução, o homologou, poderá fazê-lo mediante a ação anulatória do art. 486, ou mediante ação rescisória (art. 485, VIII), conforme adiante se expõe.

Em sentido parcialmente coincidente, FREDERICO MARQUES (em seqüência ao passo transcrito na nota 9, *supra*) escreve: “Mas fácil é verificar que os n.s I, II e III do art. 794 correspondem, respetivamente, aos ns. I, III e V do art. 269”; e acrescenta que “não há correspondente aos ns. II e IV do art. 269, no art. 794”. Ora, pensamos, como antes afirmado, que a hipótese do art. 794, I (em que “o devedor satisfaz a obrigação”), corresponde, sim, à do n. II (reconhecimento da procedência do pedido) do art. 269, e não

à do n. I (acolhimento ou rejeição do pedido) desse artigo. Essa corresponde, *grosso modo*, à de exaurimento do processo executivo, com sua consecução até à satisfação do credor, pela atividade jurisdicional substitutiva e não por ato próprio do executado; aquela corresponde à situação em que tal atividade se tornou dispensável porque, por esse ato próprio do executado, tal satisfação já foi alcançada. Aliás é o referido autor mesmo quem (contraditoriamente, a nosso ver) o afirma, ao dizer que “o reconhecimento do pedido (art. 269, n. II), na execução, somente pode ocorrer com o pagamento ou satisfação do título executivo”, o que se enquadraria no art. 794, n. I.

Essa passagem de FREDERICO MARQUES foi citada também por BARBOSA MOREIRA,¹⁴ conquanto de maneira genérica (ao dizer que aquele autor “pôs em correlação o art. 794 com o art. 269”), sem fazer a distinção e a crítica aqui feita – o que se explica, aliás, pelo fato de o segundo, igualmente, identificar, no art. 794, I, a previsão das *duas* hipóteses de *satisfação* do exequente: a do pagamento pelo executado e a de exaurimento dos atos executivos. De fato, BARBOSA MOREIRA, ao mostrar, magistralmente, que o art. 794 (como, de resto, o art. 795) provém, mais remotamente, do Projeto Carnelutti, de 1926, para a reforma do Código de Processo Civil italiano (não aproveitado), e diretamente do Código do Vaticano (*Codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano*), de 1946, fortemente influenciado por aquele,¹⁵ diz que “a dicção da nossa

¹⁴ *Notas*, cit., nt. 11, *in ob. cit.*, p. 175.

¹⁵ *Idem*, ps. 169-170. Cf. os outros dois interessantíssimos (e reveladores) ensaios, na mesma obra e volume (*Temas*, 5ª série, cit., ps. 189-199 e 201-215): *Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano como fonte storica*

lei”, no art. 794, I, “como as dos modelos, é injustificavelmente restritiva”; e explica:

“Para que se satisfaça o credor, basta que ele receba o que lhe é devido – pouco importando, é claro, a natureza da prestação: importância em dinheiro, outra coisa, fato. Não é preciso que *o devedor*, pessoalmente, preste. Em regra, aliás, isso na realidade quase nunca sucede; nem por outro motivo costuma ensinar-se que a execução visa a satisfazer o credor independentemente da colaboração do devedor, e até contra a vontade deste, quando necessário. Se, na execução por quantia certa, se apreenderam e depois se alienaram em hasta pública bens do devedor suficientes para que o credor fosse pago com o produto, seria inexato dizer *que o devedor pagou*. É certo que ele se exonera; não, todavia, em virtude de *ato próprio*, mas da expropriação forçada que sofreu. Mais: pode até acontecer que os bens executados *nem sequer pertencessem ao devedor*, e sim a algum terceiro investido de responsabilidade executória secundária (por exemplo, o adquirente em fraude de execução: art. 592, n. V). Outra hipótese: a remição da execução feita por terceiro – o que de maneira alguma se exclui, apesar da *letra* do art. 651. Na execução de obrigação de fazer, é manifesta, de igual sorte, a possibilidade de conseguir-se a satisfação do credor mediante a atividade de terceiro (arts. 634 e s.), ou até *dele mesmo*, exequente (art. 637), embora à custa do devedor, que de qualquer modo não terá, pessoalmente, cumprido a obrigação.”

E no parágrafo seguinte completa: “Melhor redação seria a que refletisse o fenômeno visto pelo ângulo *do credor* e aludisse à respectiva satisfação, sem especificar a origem desta; v.g.: ‘o credor se satisfaz do crédito’, ou ‘fica satisfeito do crédito’, ou ‘tem satisfeito o crédito’. O texto brasileiro ganharia em ser menos fiel ao

paradigma.”¹⁶

Mas há aí, a nosso ver, erro de interpretação. É significativo que, segundo observou esse autor, “a dicção da nossa lei”, no art. 794, I, é “restritiva” (“injustificavelmente”, para ele) como o são “as dos modelos” em que ela se baseou, ou seja, o Projeto Carnelutti e o Código do Vaticano.¹⁷ “Em ambos”, diz ele, “inicia-se a enumeração pela hipótese de satisfação do credor: ‘*La esecuzione cessa quando il debitore abbia adempiuto al suo obbligo e abbia pagato le spese esecutive*’, rezava o art. 693 do projeto, do qual apenas se afasta o art. 677, 1º, do Código do Vaticano em referir-se a ‘*obbligazione*’ no lugar de ‘*obbligo*’. (...)”¹⁸ Ora, a nosso ver, tanto nestes Projeto e Código, como na lei brasileira, a *mens legis* corresponde sim ao que se disse, nos arts. 693 e 677, 1º, e no art. 794, I, respectivamente. O autor do projeto e os legisladores quiseram, efetivamente, *destacar* a hipótese de *satisfação da obrigação*, feita pelo executado (correspondente à do *reconhecimento* da procedência do pedido no processo de conhecimento – art. 269, II), da outra, em que a satisfação do exequente ocorre apenas pelo exaurimento da prática dos atos executivos. São hipóteses bem diversas, correspondendo a primeira à *remição* (art. 651), no processo de execução de obrigação de pagar quantia; à entrega da coisa (art. 624), no procedimento relativo a essa espécie; e à “satisfação” da obrigação de fazer (“... o devedor será citado para *satisfazê-la* no prazo que o juiz lhe assinar ...” – art. 632) ou de não fazer, esta por um corretivo *desfazimento*, quando isso é possível (art. 642: “... o credor requererá ao juiz que lhe assine prazo

¹⁶ *Notas*, cit., *in ob. cit.*, ps. 172-173. (Os grifos são do original.)

¹⁷ *Idem*, p. 172.

¹⁸ *Id.*, p. 170.

para *desfazê-lo*”); em todas elas, de acordo com o art. 794, I, “o devedor satisfaz a obrigação”. A satisfação do exeqüente se dá, então, por ato do próprio devedor (ou, eventualmente, de alguém por ele); e, ao contrário, quando isso não ocorre, o processo executivo se extinguirá apenas *se e quando* os atos materiais de execução produzam esse resultado: quando forem penhorados bens suficientes para que, “pela entrega do dinheiro”, produto de sua alienação (art. 708, I), pela respectiva “adjudicação” (art. 708, II) ou pelo respectivo “usufruto” (quando se tratar de “bem imóvel ou de empresa” – art. 708, III), se possa fazer “o pagamento ao credor” (art. 708, *caput*); quando tiver êxito a “busca e apreensão” da coisa móvel ou a “imissão na posse” da imóvel (art. 625); e quando se dê, satisfatoriamente, o cumprimento da obrigação de fazer (arts. 633-637) ou o desfazimento da de não fazer (art. 643) por terceiro, ou mesmo pelo próprio exeqüente (art. 637) – e ainda, aí, quando também tiver êxito a execução por quantia certa para cobrança, pelo exeqüente, do custo da realização do fato por terceiro ou por ele próprio (arts. 633, 634 e 643); ou, ainda, quando dê resultado a imposição da “multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação” de fazer ou não fazer (arts. 744 e 745); ou, finalmente, quando alcance seu objetivo a execução para cobrança do “valor da coisa” e ou das “perdas-e-danos” que tenham resultado do descumprimento da obrigação de entrega de coisa, do *facere* ou *non facere* (arts. 624, 627, 633, 638 e 643).

A diferença de situação ressalta quando se pondera que, num caso, a *satisfação* do exeqüente é imediata, por ato do executado, capaz de proporcioná-la. O juiz, nesse caso, só deverá homologar o cumprimento da prestação, isto é, considerá-la *satisfatória* – proferindo, pois, a sentença do art. 795, combinado com o art. 794, I–,

após ouvir o exeqüente, que poderá impugná-la por incompleta ou defeituosa (não há, aí, senão aplicação do princípio do contraditório). Note-se que se o exeqüente *aceita* prestação nessas condições, haverá *transação* (Cód. Civil, art. 1.025, combinado com o art. 794, II), e não “satisfação” pura e simples pelo executado (art. 794, I).¹⁹ No outro caso, tal satisfação fica sujeita às inúmeras vicissitudes acima assinaladas, que podem frustrar, total ou parcialmente, o resultado do processo de execução.

Percebe-se o sistema do Código. No art. 794 só foram incluídos os casos em que há *autocomposição* do litígio: ou por ato unilateral do executado, satisfazendo; ou por ato unilateral do exeqüente, remetindo ou renunciando; ou por ato bilateral das partes, transigindo. São, portanto, hipóteses excepcionais, em que o processo executivo termina não pela prática de todos os atos próprios dele, destinados a produzir a satisfação do exeqüente, mas por um ato que pode *atalhar* esse possivelmente longo caminho, fazendo com que o processo se extinga muito antes. (É claro que não se descarta a hipótese em que tal ato só ocorra no final do processo mesmo.) Ainda assim, as indicações feitas no art. 794 devem ser consideradas exemplificativas, pois não foram indicados outros casos em que há autocomposição das partes, podendo-se mencionar pelo menos a *dação em pagamento* (Cód. Civil, arts. 995 e segs.) e a *novação* (arts. 999 e segs.); aliás é a própria lei que o explicita, ao aludir, no inciso

¹⁹ Não é inteiramente exata, pois, a afirmação de BARBOSA MOREIRA, de que em todos os casos do art. 794, II, a não-subsistência da dívida ocorre *sem* a satisfação do exeqüente (*Notas*, cit., ob. cit., p. 175): no caso da *transação* há satisfação parcial, resultando ela de “concessões mútuas” (Cód. Civil, art. 1.025);

II, a obter “o devedor”, “por transação *ou por qualquer outro meio* a remissão total da dívida”. O que é criticável nessa fórmula é a redação, porquanto, como antes se observou, com PONTES DE MIRANDA (nota 13, *supra*), nela se deveria ter dito: “o devedor obtém, por transação, ou pela remissão, ou por outro qualquer meio, a extinção da dívida”; pois a *remissão* é *espécie* de modo de extinção (Cód. Civil, art. 1.053), ao lado de outros, como os referidos, e não *gênero*, em que se incluíssem todos eles, como o dispositivo parece significar.²⁰

E ficaram igualmente excluídas do âmbito desse artigo as outras hipóteses em que o processo se extingue, com ou sem “julgamento de mérito”, ou, mais exatamente: com ou sem extinção da relação jurídica de direito material. Essas outras hipóteses são: a de julgamento de procedência total dos embargos à execução (art. 740) – inclusive por “pronunciar”, o juiz, “a decadência ou a prescrição”, nos termos do art. 269, IV, combinado com o art. 741, VI –, e a de *desistência* da ação executiva (art. 569). E a elas temos de acrescentar, com o entendimento favorável da doutrina e da jurisprudência, hoje majoritário, todos os casos em que o juiz, *ex officio* ou acolhendo requerimento do executado nos próprios autos do processo de execução (a que denominamos, genericamente, *defesa intraprocessual*), extingue esse processo com ou sem extinção da relação jurídica de direito material (por verificar, *e.g.*, a falta de

e se ele se dá por satisfeito com o recebimento da prestação (ainda que incompleta ou defeituosa), *satisfeito* deve ser considerado.

²⁰ Cf. o trecho que se segue ao transcrito na nota 13, *supra*: “(...) A remissão é um dos meios: a extinção da dívida abrange muitos, como o pagamento, a

pressuposto processual ou de “condição da ação”, especialmente falta do próprio *título executivo*, nulidade insanável, pagamento ou prescrição da pretensão executiva); na primeira hipótese (que corresponde ao art. 269, I e IV para o processo de cognição) haverá, naturalmente, sentença *de mérito*, fazendo coisa julgada material e sujeitando-se à ação rescisória, tal como acontece no julgamento dos embargos à execução.

Essa sistemática do Código nos faz arriscar uma resposta à indagação de BARBOSA MOREIRA, sobre se “o legislador pátrio” ter-se-á “afastado de propósito do modelo” (Projeto Carnelutti – Código do Vaticano), que, em lugar de *renúncia* ao crédito (art. 794, III) indicou, no dispositivo correspondente, a *desistência* da ação executiva.²¹ Uma, como se sabe, é causa de extinção do próprio *direito* material, correspondendo à do art. 269, V, do processo de cognição; a outra é, simplesmente, causa de extinção apenas do *processo* executivo, sem afetar de qualquer modo aquele direito (art. 569, correspondente ao art. 267, VIII). Pensamos que se pode responder que, no *sistema* adotado pelo Código – em que só ficaram no âmbito do art. 794 os casos de *autocomposição* do litígio –, não havia mesmo lugar, aí, para a *desistência*; e nem havia qualquer necessidade de ser ela aí incluída, pois já estava prevista no art. 569. Esse artigo, portanto, conjuga-se, tal como o art. 740, diretamente com o art. 795 – tal como o faz, aliás, o art. 794.

Ficaram excluídas, portanto, as três hipóteses: *a)* a que poderíamos chamar *normal*, em que o processo de execução se

transação, a remissão, em que apenas se *remete* ao devedor o escrito em que se fez devedor.” (*Comentários*, cit., t. XI, *sub* art. 794, p. 566. O grifo é do original.)

²¹ *Notas*, cit., *in ob. cit.*, p. 174.

extingue simplesmente porque atingiu “seu *fim*, em ambas as acepções da palavra: na de *término* e na de *finalidade*”, no dizer de BARBOSA MOREIRA,²² incidindo aí apenas o art. 795; *b*) a que poderíamos chamar de *anormal*, em que ele termina pela *desistência* do exequente (art. 569); *c*) e, finalmente, a que também se pode considerar anormal, em que ele se extingue porque o juiz julga inteiramente *procedentes os embargos à execução*, seja por fundamentos de direito material (havendo então julgamento de mérito e formação de *res iudicata*), seja por fundamentos apenas processuais (simples *extinção* do processo executivo, correspondente à extinção “sem julgamento de mérito” do processo de cognição – art. 267).²³ E temos de acrescentar a esse rol,

²² *Idem*, p. 172. Esse autor adota, aí, conceito de LUIZ MACHADO GUIMARÃES. Preclusão, Coisa Julgada, Efeito Preclusivo, *in Estudos de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Juríd. e Univers. Ltda., 1969, p. 18: “Com o trânsito em julgado da sentença que define a lide, o processo de cognição atinge o seu fim, no duplo sentido desta palavra: chega a seu termo, *finda*, e ao mesmo tempo realiza o seu escopo, a sua *finalidade*, que é a terminação do litígio mediante a força vinculativa da coisa julgada. (...)” (Os grifos são do original.)

²³ É nesse sentido, aliás, o seguinte comentário de PONTES DE MIRANDA (*Comentários*, cit., t. XI, *sub* art. 794, ps. 566-567) – que, aliás, também faz a aludida correlação entre os arts. 794 e 269 –, conquanto incluindo menção um tanto confusa à hipótese do art. 269, I, *verbis*: “(...) Se, nos embargos do devedor, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor, trata-se [*rectius*: trate-se] de título judicial ou de título extrajudicial (art. 269, I) (...)”. Na linha do que se expõe no texto, a hipótese do art. 269, I (“quando o juiz *acolher* ou *rejeitar* o pedido do autor”) deve explicar-se da seguinte maneira: *a*) a de *acolhimento* do pedido, como se disse no n. 4.1, *supra*, “corresponde, *grosso modo*, à de exaurimento do processo executivo, com sua consecução até à satisfação do credor, pela atividade jurisdicional substitutiva e não por ato próprio do executado” – só que, aqui, sem *sentença de mérito*, porque não há nenhum *julgamento* nem, sequer, como nos

hoje, conforme acima visto, a extinção do processo executivo, com ou sem extinção da relação jurídica de direito material, pelo juiz, de ofício ou acolhendo requerimento do executado nos próprios autos (*defesa intraprocessual*).

4.2 ARAKEN DE ASSIS, cuja opinião é valioso apoio à tese fundamental aqui sustentada²⁴ – depois de observar que “se mostra decisivo resolver a contrapartida: a do executado que não embargou a demanda executória e posteriormente descobre que o título é nulo, o

casos do art. 794, *homologação* de ato autocompositivo do litígio; *b*) a de *rejeição* do pedido, no processo cognitivo, corresponde à acima referida pelo autor citado, em que “a sentença acolhe (...) o pedido do autor” *da ação de embargos*, extinguindo, assim, o processo de execução. Em situação paralela está a hipótese do art. 269, IV, por ele também mencionada (“... ou se o juiz declarou a preclusão ou a prescrição da dívida – art. 269, IV”, ou, nas palavras do Código, “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”), em que o juiz acolhe a alegação de prescrição ou caducidade feita nos embargos (art. 741, VI) ou, excepcionalmente, nos próprios autos do processo executivo, mediante *defesa intraprocessual*. Diz ele (com elisão dos trechos já transcritos, a que se fez reparo): “O art. 794 somente cogita da extinção da execução (do processo de execução) em três espécies de extinção com julgamento do mérito. Se (...) houve transação, com a remissão total da dívida (arts. 269, III, e 794, II), ou outro meio de remissão total da dívida (art. 794, II, 2ª parte) (...), ou se o exequente renunciou ao direito sobre que se funda a ação (arts. 269, V e 794, III: ‘o credor renunciar ao crédito’). / O art. 794 somente se referiu à extinção com julgamento do mérito. Não aludiu à sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito; mas incide o art. 267, I-XI, o que se explicita no art. 598: ‘Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento’.”

²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, n. 62, ps. 238-241.

crédito nunca existiu e, por isso, almeja recobrar a despesa”²⁵ –, conclui: “Em realidade, o provimento extintivo da demanda executória, *porque o devedor satisfaz a obrigação*, não exhibe carga declaratória suficiente para redundar na indiscutibilidade do art. 467.”²⁶ E completa, no parágrafo seguinte: “Ao executado é lícito, pois, questionar em ação própria e ulterior, nada obstante a arrematação, a regularidade do procedimento *in executivis*, alvitrou a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul”;²⁷ e em seguida transcreve passo de LIEBMAN adiante reproduzido.²⁸

Concordamos inteiramente com a segunda conclusão acima (a da execução que simplesmente *chegou ao fim*, com a realização dos últimos atos destinados à satisfação do exequente, tal a arrematação), que diz apenas com a sentença do art. 795, em que o juiz se limita a “declarar” que o processo executivo se extinguiu, para que, com esse ato formal, se tenha como certo o respectivo encerramento e, mesmo,

²⁵ *Op. ult. cit.*, p. 239.

²⁶ Grifou-se.

²⁷ Ap. 120126979, 06.02.1991, rel. Araken de Assis (*op. ult. cit.*, p. 240).

²⁸ Cf. n. 16, *infra* (entre as notas 113 e 115). Anote-se que na transcrição por ele feita houve, por evidente lapso, omissão de um “*não*” extremamente importante para o significado do texto. O trecho é este: “(...) Tal não exclui, porém, que o devedor possa ainda alegar contra o credor a inexistência do crédito e, conseqüentemente, a ilegitimidade da execução realizada, sob condição, é claro, de que *não* se lhe hajam anteriormente rejeitado as alegações em seguida à oposição por ele formulada antes. (...)” Alude-se aí, é claro, à *não*-rejeição dos embargos (a *opposizione*) do executado, ou porque não foram opostos ou porque não apreciados no mérito; pois se lhe foram rejeitadas “as alegações” quanto a este – para nós julgamento de *improcedência* (art. 269, I, combinado com o art. 740) – houve, indubitavelmente, formação da *res iudicata*.

possam os autos ser arquivados. Mas nos casos do art. 794 fazemos, aqui, as observações que nos parecem verdadeiras.

Também TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER parece compartilhar do entendimento dos dois autores anteriormente citados, com relação à abrangência do art. 794, I; no entanto, discorda do primeiro por entender que “na sentença que extingue a execução, como regra generalíssima, não há a declaração de que inexistente relação jurídica de direito material entre as partes”.²⁹ Comungando, assim, em igualmente valioso apoio, da referida tese principal aqui defendida³⁰ –

²⁹ A sentença que extingue a execução, *in Processo de Execução e Assuntos Afins*, cit., p. 397.

³⁰ Após concluído nosso trabalho (referido no n. 1, *supra*, nota 1), escreveu essa autora o artigo mencionado na nota anterior, em que lhe acrescentou importantes adendos. Assim é que transcreve exato passo de EDOARDO GARBAGNATI, *verbis* (ps. 399-400): “*Ed in primo luogo, non mi pare che, nel silenzio della nostra legge, sia lecito ritenere che il semplice fatto del compimento dell’esecuzione, senza che l’esecutato si sia opposto, sia produttivo di effetti giuridici analoghi a quelli di una sentenza formalmente passata in cosa giudicata, contenente l’accertamento positivo del diritto del creditore esecutante; non credo cioè, in particolare, che al esecutato, il quale dopo la chiusura del processo di esecuzione svoltosi a suo carico, in base a un titolo esecutivo estragiudiziale, sia in grado di provare l’inesistenza del credito dell’esecutante, sia precluso, per effetto della sua precedente inerzia, l’esercizio di un’azione tendente alla restituzione della summa di denaro conseguita in via coattiva dal preteso creditore*” (Preclusione *pro iudicato* e título ingiuntivo, *in Rivista di diritto processuale*, 1949, vol. IV, parte I, p. 303). Em seguida (p. 400) escreve, em coincidência com o que se diz no texto: “Os embargos são, em nosso entender, o meio ideal para que” o executado “faça este tipo de alegação [de que não devia], e, nesta sede, o devedor tem a vantagem de obter, como efeito da apresentação dos embargos, a suspensão do processo de execução. Mas, em nosso entender, trata-se de matéria que pode ser veiculada por meio de ação autônoma,

concluindo “no sentido de que o pronunciamento judicial que declara extinta a execução não é sentença (no sentido técnico em que a expressão é usada para o processo de conhecimento), não é sentença para fins de rescindibilidade e o é para o efeito de sua apelabilidade e de produzir *coisa julgada formal*, não sendo de mérito (no sentido em que a expressão ‘mérito’ é compreendida no processo de conhecimento)”³¹ –, observa, em nota,³² que “em sentido contrário decidiu o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, ao julgar” a

concomitantemente ao desenrolar-se da execução é mesmo posteriormente ao seu término, já que na sentença que terá extinto a execução não se terá decidido sobre a existência do crédito em si mesmo, mas sobre se este crédito (*tal como constava do título*) terá sido satisfeito.” (Grifos nossos e do original.) E adiante (p. 401) pondera: “O processo, embora *ciência autônoma, com conceito, regras, ‘ambiente’ terminológico, princípios próprios, é instrumento* e nem pode, portanto, servir para criar direitos que as partes já não tenham, em função das suas relações de direito material. É por isso, p. ex., que os erros materiais eventualmente cometidos pelo juiz não ficam acobertados pela preclusão, nem pela coisa julgada. O processo, instrumento que é, não se pode prestar, como regra, a atribuir às partes *mais ou menos* direitos do que aqueles que elas efetivamente tenham.” (Os grifos são do original.) Cf., a esse respeito, CHIOVENDA (*Istituzioni*, cit., vol. I, n. 100, p. 295): “(...) *poi che il processo (a parte i casi di sentenze costitutive, le quali del resto attuano anch’esse un preesistente diritto del attore al mutamento giuridico) non può servire, consapevole il giudice, a fabbricare nuovi rapporti giuridici: esso serve ad accertare e attuare rapporti precostituiti o ad accertare che non furono costituiti*”. Adiante (n. 101, p. 298): “(...) *Il principio che sta a base di tutta questa materia è questo (come si è già visto) che il processo deve servire all’attuazione di diritti esistenti, non alla creazione di diritti nuovi. (...)*” (Cf. *Instituições*, cit., vol. I, n. 100, p. 341, e n. 101, p. 345.)

³¹ O grifo é do original.

³² *Op. ult. cit.*, nt. 18, p. 401.

ação rescisória indicada.³³ Mas no acórdão respectivo se concluiu, na verdade – a nosso ver com inteiro acerto, de acordo com a distinção feita neste tópico –, que “a sentença extintiva de execução por título judicial, por motivo de *pagamento*, não é sentença *meramente formal*, mas sim *material*, comportando, desta forma, *ação rescisória*”.³⁴

³³ V. nota seguinte.

³⁴ Processo n. 91.02.06809-5-RJ, *ação rescisória* julgada pelo Tribunal Pleno em 27.02.1992 (DJU 26.05.1992), por unanimidade, relator o Des. Fed. Alberto Nogueira (grifou-se.) Isso foi reafirmado pelo mesmo Tribunal no julgamento da *ação rescisória*, Processo 89.02.03621-9-RJ, Tribunal Pleno, em 25.04.1991, DJU 29.08.1991, relator o Des. Fed. D'Andrea Ferreira, declarando-se na ementa que “é de mérito a sentença que julga extinta execução *pelo cumprimento da obrigação*, em face do pagamento de quantia tida por defasada” (grifou-se). Em outra oportunidade, concordando também com a tese principal aqui defendida, de que o processo de execução “tem por objetivo apenas a satisfação do crédito líquido, certo e exigível do credor”; e de que, assim, a sentença que extingue tal processo, em princípio, não dá lugar a “ação rescisória”, estendeu, entretanto – a nosso ver equivocadamente – tal conclusão à “sentença que extinguiu a execução pelo pagamento (art. 794 do CPC)” (*ação rescisória*, Processo 1999.02.01.049047-7-RJ, 1ª Seção, 13.04.2000, DJU 08.06.2000, relator o Des. Fed. Ricardo Regueira). Assim também o acórdão que julgou “a autora carecedora da *ação rescisória*” proposta, no Processo 95.02.05322-2-RJ, Tribunal Pleno, 05.12.1996, DJU 27.02.1997, relator para o acórdão o Des. Fed. Paulo Barata, afirmando na ementa que “a sentença que extingue a execução, com base no art. 794, III, do CPC, não é sentença de mérito”. Por outro lado, admitiu e julgou procedente *ação rescisória* no Processo 90.02.22703-5-RJ, Tribunal Pleno, 25.08.1994, DJU 14.03.1995, relator o Des. Fed. Valmir Peçanha, com a seguinte ementa: “*Ação rescisória – Execução fiscal – Débito oriundo de imposto de renda – Decadência inexistente*. I. O juiz pode, de ofício, pronunciar a decadência, desde que constem nos autos da execução fiscal elementos que evidenciem, de forma inequívoca, a ocorrência daquele fenômeno. II. Comprovado que o lançamento foi efetuado no tempo devido, a extinção da execução fiscal pelo reconhecimento da

4.3 Anote-se, aliás, que o entendimento de BARBOSA MOREIRA – salvo quanto ao aspecto acima analisado – está em harmonia com a a opinião que ora expomos, de que nos casos do art. 794 a sentença de extinção do processo executivo, declarando igualmente extinta a relação de direito material entre as partes, *faz coisa julgada material* e está sujeita, portanto, à *ação rescisória* (art. 485, *caput*). De fato, diz ele: “Cabe ressaltar que, em *todos* os incisos do art. 794, há um denominador comum: trata-se, em qualquer deles, de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes. A extinção da execução, aí, é sempre fenômeno consequencial: o processo executivo não há de subsistir porque já não subsiste a dívida, quer com a satisfação do credor (inciso I), quer sem ela (incisos II e III). (...)”³⁵

O ponto de divergência é, como já se frisou, o de que esse autor inclui, no inciso I do art. 794, a hipótese em que a satisfação do exeqüente ocorre não por ato do próprio devedor (ou de alguém por ele, hipótese que também incluímos nessa previsão legal), mas também *pela prática dos atos executivos*, ou seja, pela expropriação que, iniciada pela penhora e continuada pela alienação em hasta pública, conclui-se pelo pagamento àquele, na execução por quantia certa; ou pela busca e apreensão da coisa móvel e sua entrega ao exeqüente, ou pela imissão deste na posse do bem imóvel, na execução para entrega de coisa; ou pela realização do fato por terceiro (arts. 634 e segs.), na execução das obrigações de fazer e de não fazer.

decadência infringiu o art. 173, I, do CTN. III. Pedido que se julga procedente, para rescindir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal.”

³⁵ *Notas*, cit., *in ob. cit.*, p. 175.

Mas, eliminada essa hipótese do rol do art. 794, como fazemos neste tópico, haveria coincidência de enfoques da questão; pois, conquanto ele não o diga expressamente no ensaio aludido, é corolário lógico, de sua afirmação de que se trata “de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes” – e até pela remissão, aí feita, com sua aparente aprovação, à “correlação”, efetuada por FREDERICO MARQUES (cf. nota 14, *supra*), do “art. 794 com o art. 269, onde se contemplam os casos de extinção do processo de conhecimento com julgamento do mérito, ou seja, com decisão que incide sobre a relação jurídica material controvertida” –, o de que a sentença de extinção, nos casos desse artigo, deve ser considerada *de mérito* e é, portanto, rescindível.

De nossa parte, como deixamos claro, ela é efetivamente sentença dessa espécie, como o são as dos incisos II, III e V do art. 269, no sentido em que, no sistema do Código, o processo se extingue “com julgamento de mérito” quando o juiz *homologa* ato de reconhecimento do pedido (= cumprimento da prestação – art. 794, I), transação (art. 794, II) e renúncia ou remissão (art. 794, II e III); e não o é quando ocorre a satisfação do exequente simplesmente porque o processo de execução chegou ao fim e, com a prática do último ato material executivo, ele recebeu a prestação ou seu equivalente *por ato do Poder Judiciário*. Aí, em nosso entender, não se dá nenhuma das hipóteses do art. 794, e sim unicamente a sentença do art. 795, em que o juiz se limita a declarar que, tendo sido praticados todos os atos necessários do processo, este deve encerrar-se. Poder-se-ia, talvez, resumir a questão desta maneira: quando ocorre um dos casos do art. 794, a *homologação* fica subsumida na sentença do art. 795; a sentença declaratória da extinção do processo, aí, é também

homologatória do cumprimento da prestação (= reconhecimento da procedência do pedido do autor – art. 269, II) ou do negócio jurídico de transação, remissão ou renúncia (= art. 269, III e V). Quando não ocorre nenhum daqueles casos, a sentença é meramente *formal*, limita-se a expressar que o processo de execução chegou ao seu fim, “declarando” (art. 795) apenas esse fato.³⁶

4.4 É esse também o entendimento de THEREZA ALVIM. Depois de afirmar a rescindibilidade da sentença homologatória do *reconhecimento* jurídico da procedência do pedido, da *renúncia* ou da *transação*, e de lembrar o art. 794,³⁷ pondera:

“Muito se discute sobre a sentença que põe termo à execução, tida como essencial pelo art. 795 do Código de Processo Civil. Esta *pode ter como conteúdo quer as hipóteses enumeradas no artigo anterior,*

³⁶ Relembre-se, aqui, o que anotamos no n. 3, final, *supra*, citando a novíssima *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, que se limita “a *marcar* o pressuposto *de fato* para que aquele processo se considere *terminado*, qual seja ‘a completa *satisfação* do credor executante’: ‘*Artículo 570* (Final de la ejecución) – *La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante*’”.

³⁷ Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória, in *Revista de Processo* n. 39 (jul.-set. de 1985), ps. 7-15, ps. 14-15: “Como já foi explicitado, a sentença proferida havendo reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia do direito sobre o qual se fundamenta a ação, não julga propriamente o mérito. Está, contudo, elencada como decisão de mérito (art. 269, CPC), podendo, se for o caso, ser objeto de ação rescisória. /.../ O mesmo acontece com a sentença ou acórdão homologatório da transação. (...) / O que realmente importa para a verificação do cabimento da ação rescisória, tratando-se de sentenças homologatórias, é a verificação da existência de uma sentença de mérito trãnsita em julgado, como decorre nitidamente da lei.”

quer outras. Todavia, tratando-se de sentença que extingue a execução, porque *o devedor satisfaz a obrigação*, por o devedor obter, mediante *transação* ou qualquer outro meio, a *remissão* total da dívida ou por o credor ter *renunciado* ao crédito, inegavelmente, *ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material*. Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de *ação rescisória*.”

Conseqüentemente, conclui: “Assim, discordamos da afirmação de que, se a execução não foi embargada, *necessariamentè* inexistente sentença, *só* cabendo ação anulatória, eis que o seu uso está restrito às hipóteses *enquadráveis no art. 486* do Código de Processo Civil.”³⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é predominante nesse sentido,³⁹ podendo ser citados dois acórdãos

³⁸ *Idem*, p. 15 (grifou-se).

³⁹ Embora já tenha a respectiva Primeira Turma julgado que, não só no caso de *autocomposição do litígio* (art. 794), como em todo caso em que o processo de execução foi declarado extinto por ter chegado ao seu resultado final (no caso, tendo havido alienação de bem em hasta pública – art. 795), a desconstituição do processo e da sentença só pode ser feita por *ação rescisória*. O julgamento foi por maioria, com votos vencidos dos Ministros Cesar Asfor Rocha, relator originário, e Garcia Vieira, tendo sido designado relator para o acórdão o Ministro Demócrito Reinaldo; aquele acolhia a ação, proposta originariamente em primeiro grau, para decretação de nulidade do processo executivo, apenas pelo fundamento de não ter sido nomeado curador ao executado revel citado por edital (de acordo, aliás, com a jurisprudência cristalizada hoje, sobre esse ponto específico, na *súmula* 196 do Tribunal). Trata-se do REsp 15.622-SP, julgado em 14.12.1994 (1ª T., DJU 13.03.1995, p. 5256), com esta ementa: “*Processual civil. Execução fiscal. Validade [rectius: invalidade] do processo através de ação. Impossibilidade*. O processo de execução, depois de declarado extinto, por sentença com trânsito em julgado, não pode ser anulado mediante ação ordinária. A desconstituição do

recentes, bastante significativos. Num deles afirmou-se, em ementa:⁴⁰

“Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Cabimento. Processo de execução. Extinção. Cumprimento da obrigação. Decisão de natureza material. À luz da exegese do artigo 467, do Código de Processo Civil, somente as sentenças definitivas, que extinguem o processo com julgamento do mérito, desafiam o cabimento da ação rescisória, por formarem coisa julgada material. A sentença que extingue o processo de execução em razão do cumprimento da obrigação, por alcançar o conteúdo material do direito assegurado no processo de conhecimento, pode ser desconstituída por via da rescisória. Recurso especial conhecido e provido.”

E no outro proclamou-se:⁴¹

“Processual civil. Ação rescisória. Acórdão confirmatório de sentença que extinguiu execução pelo pagamento. Possibilidade. Conteúdo material do julgado. Violação ao art. 485 do Código de Processo Civil não configurada. Recurso não conhecido. 1. Para verificar o cabimento da ação rescisória em uma sentença extintiva de execução, deve se aferir se o provimento jurisdicional produziu efeitos na órbita do direito material, gerando, portanto, coisa julgada material, ou se seus reflexos restringem-se, unicamente, ao âmbito processual, caso em que haveria coisa julgada formal. 2. No caso, julgador monocrático declarou extinta a execução por entender que o INSS já havia feito o pagamento integral do débito, tendo fundamentado sua decisão no artigo

processo executório (incluída a da sentença que o extinguiu), ainda que nulidade tenha existido no seu curso, só se torna juridicamente possível, pela via da ação ‘rescisória’ (artigo 485, V, do Código de Processo Civil). Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos.”

⁴⁰ REsp 147735-SP, 6ª Turma, 23.05.2000, unânime, rel. Min. Vicente Leal, DJU 12.06.2000, p. 139 (grifou-se).

⁴¹ REsp 238059-RN, da mesma 6ª Turma, em 21.03.2000, unânime, rel. Min. Vicente Leal, DJU 10.04.2000, p. 144 (grifou-se).

794, I, do Código de Processo Civil, que dispõe extinguir-se a execução quando ‘o devedor satisfaz a obrigação’. 3. A decisão que extingue execução pelo pagamento reveste-se de conteúdo material, sendo, portanto, atacável pela ação rescisória. 4. Recurso especial não conhecido.”

4.5 Conquanto o Código fale, no art. 269, II, III e V, em extinção do processo (de conhecimento) “com julgamento de mérito”, não há aí propriamente *julgamento*, mas simples verificação, pelo juiz, sobre os requisitos legais para que as partes possam realizar esses atos de disposição de direitos: se se trata de direitos disponíveis, se são elas capazes, etc.⁴² No expressivo dizer de PONTES DE MIRANDA, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que devia ser”. E adiante:

“Quem cataloga, classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo e menos do que ser o mesmo. A homologação pode ser simples julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma, ou sobre estarem satisfeitos pressupostos de fundo e de forma, ou sobre simples autenticidade.”

Mais adiante completa: “Quando se homologa algum ato, reputa-se esse ato o homólogo do ato *in abstracto*, que se tem por

⁴² Nesse sentido ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Extinção do processo e mérito da causa, in Saneamento do Processo* (Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda). 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1989, ns. 2 e 3, ps. 18-22, esp. p. 22, anotando que “melhor se abrigariam essas espécies díspares” (do art. 269, I a V) “sob a designação de extinção do processo com *resolução* do mérito do que debaixo da adotada pelo Código [‘com julgamento de mérito’]. Porque resolução ocorre em todas; verdadeiro julgamento, só em algumas”.

modelo, ou idéia.”⁴³ E, para BARBOSA MOREIRA, “a sentença é homologatória quando se limita a imprimir a ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse – isto é, a *equiparar* um ao outro, sem nada acrescentar à substância do primeiro”.⁴⁴

A solução a adotar aí será, pois, a mesma que se adote para resolver o problema das sentenças homologatórias de *reconhecimento*, de *transação* e de *renúncia* no processo de conhecimento. E sabemos que existe, nesse caso, séria controvérsia, quando se cuida de tentar invalidar a sentença que declarou a extinção do processo com base nesses negócios jurídicos processuais: para alguns a hipótese é de *ação rescisória*, com base no art. 485, VIII (com interpretação integrativa do dispositivo), enquanto para outros é caso da *ação anulatória* do art. 486; havendo ainda quem admita a possibilidade de emprego de um ou de outro desses remédios, conforme haja, ou não, transitado em julgado a sentença homologatória.⁴⁵

Não vamos aqui entrar no exame dessa árdua controvérsia, que por si só merece tratamento em ensaio próprio, pois isso nos desviaria do objetivo deste estudo, que é o de examinar precipuamente a sentença que, de acordo com o art. 795, declara a extinção do processo executivo quando ele vai até o seu final, propiciando a satisfação do suposto credor como resultado dele próprio (da prática dos atos

⁴³ *Comentários*, cit., VI, 1. ed., 1975, *sub* art. 486, ps. 344 e 345 (grifos do autor e nosso – cf. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 38, 1, ps. 410 e 411).

⁴⁴ *Comentários*, cit., n. 93, p. 159.

⁴⁵ Cf., quanto à última posição, BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., n. 93, ps. 160-162.

materiais de sub-rogação, praticados em lugar daqueles que o suposto devedor deveria praticar para adimplir a obrigação), e não de atos de disposição das partes – adimplemento pelo próprio devedor (= reconhecimento da procedência do pedido), transação (com “remissão total da dívida”) ou renúncia ao crédito. Entretanto, pronunciamos-nos em favor da solução dada ao problema da dicotomia – ação anulatória, ação rescisória – por BARBOSA MOREIRA, que, a nosso ver, foi quem melhor o examinou. Tal solução, procurando conciliar as duas normas (arts. 485, VIII, e 486) e evitar a dualidade de remédios para a mesma situação processual, aplica ao caso, por analogia, o regime do art. 352 para a confissão; ou seja: cabe a ação anulatória quando proposta ainda no curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória, só cabendo, após, a ação rescisória.⁴⁶

⁴⁶ *Ibidem*, p. 161. Esse autor informa (nota 243) ser de acordo com essa solução SÉRGIO RIZZI (*Ação Rescisória*, 1979, ps. 90, 167); e completa: “... Quanto aos atos estranhos à área de incidência deste último dispositivo [art. 485, VIII], como não há cogitar de rescindibilidade da sentença homologatória por vício *do ato homologado*, deixa de pôr-se o problema da conciliação das normas: a ação anulatória do art. 486, *via única de ataque*, será exercitável sem outras restrições que as porventura estabelecidas em regras específicas.” E, após esclarecer que havia optado pela solução da duplicidade de meios impugnativos na 1. edição dos *Comentários* (*ib.*, nota 242, p. 160), aduz as razões que o levaram (desde a 2ª edição) a adotar o entendimento indicado no texto: “Tal construção revela-se insatisfatória em mais de um aspecto. *Primo*, a dualidade de remédios só se explicaria se fossem diferentes os resultados atingíveis com o uso de cada qual. Na verdade, porém, as conseqüências práticas seriam as mesmas, se viesse a julgar-se procedente quer o pedido de rescisão fundado no art. 485, n. VIII, quer o pedido de anulação baseado no art. 486: na primeira hipótese, desconstituir-se-iam a sentença homologatória e o ato homologado (cf., *supra*, o comentário n. 85 ao art. 485); na segunda, desconstituir-se-ia o ato homologado e, em virtude disso,

Nesses casos, de autocomposição do litígio, haverá igualmente *sentença homologatória* do juiz, declarando extinto o processo executivo, por ato jurídico das partes, tal como ocorre no processo de conhecimento; o art. 795, aí, conjuga-se ao art. 794, I a III, e ao art. 269, II, III e V (art. 598).⁴⁷ Assim, a solução a adotar é, como já se

cairia a sentença homologatória (*infra*, comentário n. 97). Acresce que são *diversos* os prazos decadenciais num caso e noutro, o que significaria que, mesmo *já precluso* o prazo para o exercício da rescisória, subsistiria para o interessado a possibilidade de provocar, por via indireta, através da ação do art. 486, a queda da sentença homologatória trânsita em julgado; mas isso não se harmonizaria com a sistemática do ordenamento, preocupado em assegurar de maneira definitiva, após o biênio do art. 495, a estabilidade da *res iudicata*. (...) Objeção que se poderia suscitar, a respeito dos atos compreendidos no âmbito do art. 485, n. VIII, é a de que a construção acima sugerida torna diminuta a utilidade da ação anulatória, pois normalmente será pequeno o espaço de tempo entre a prática de atos como a renúncia à pretensão, ou o reconhecimento do pedido, ou a transação, e o trânsito em julgado da sentença que os homologue. Assim sucederá, sem dúvida, no comum dos casos, e o inconveniente prático é inafastável, embora o seu peso tenha acabado por nos parecer menor que o dos argumentos oponíveis a outras soluções. De qualquer sorte, sempre se concebem hipóteses em que o referido lapso de tempo não seja tão breve, como, *v. g.*, a de reconhecer o réu *apenas parcialmente*, na resposta, o pedido do autor: aí, prossegue o feito em seus trâmites normais, em relação a toda a matéria não abrangida pelo reconhecimento, e na decisão final é que se tirarão, quanto à parte reconhecida, as devidas conseqüências.” (*Ib.*, ps. 160-162; os grifos são do original.)

⁴⁷ Cf. CELSO NEVES (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. VII, 1. ed., sem data, n. 162, p. 336): “Todos os fatos enunciados no art. 794 ocorrem, ou no plano do direito material, ou no plano do próprio processo executório. Na primeira hipótese, para o processo devem ser trazidos, a fim de que operem a extinção da execução que, entretanto, só produz efeito – isto é, só põe termo final ao procedimento – com a sentença declaratória do fato extintivo. Na segunda hipótese, se a transação se faz por termo nos autos

disse, a mesma que se adote para semelhantes hipóteses ocorrentes nesse processo: a ação anulatória do art. 486 ou ação rescisória (art. 485, VIII), conforme acima visto.

Uma das duas certamente é cabível, de modo que não há pensar que tal situação, ocorrente no processo executivo, ficaria desprovida de remédio jurídico processual, quando houvesse fundamento para invalidar esses atos jurídicos dispositivos das partes e a respectiva sentença homologatória.⁴⁸

4.6 Não sendo esse, porém, como antes anotado, o objeto específico deste ensaio, e feita preliminarmente a distinção explicada, voltemos para o tema que ora efetivamente nos ocupa a atenção, ou

(Código Civil, art. 1.028, I), a *sentença que a homologue* – nesse particular integrativa de forma de negócio jurídico processual – deve declarar, desde logo, extinto o processo executório” (grifos do autor e nosso). E FREDERICO MARQUES: “Isto significa que ao final da execução há uma sentença que, declarando satisfeita a obrigação exigida pelo credor, põe fim ao processo. Ou então sentença homologatória de transação, remição [*rectius*: remissão], ou renúncia” (*Manual*, cit., IV, n. 794, p. 77).

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, indicando as diversas hipóteses em que pode ocorrer a ação anulatória do art. 486, após analisar as de propositura no curso do processo (de conhecimento) e após o trânsito em julgado da respectiva sentença (sendo esta segunda hipótese possível, conforme explicado no texto, n. 4.5 e nota 46, *supra*, *Comentários*, cit., n. 97, letras *a* e *b*, ps. 166-167), afirma, quanto à terceira hipótese: “*c*) A ação anulatória visa ato praticado no processo *de execução*: por exemplo, a renúncia ao crédito (art. 794, n. III). Também nesta hipótese, anulado que seja o ato, retomará sua marcha a execução, a partir do último ato anterior ao que se invalidou. Cairá, naturalmente, a sentença que tenha acaso decretado a extinção do processo executivo (art. 795).” (Pág. 167.)

seja, para o da sentença que simplesmente *declara extinto o processo de execução* porque ele chegou ao fim, tendo sido praticados pelo órgão judicial todos os atos necessários para realizar a satisfação do suposto credor, mediante o bem da vida que a sentença ou o título executivo extrajudicial lhe atribuía, e que não lhe fora proporcionado pelo suposto devedor.

5. A existência de ação para se alegar a inexistência do crédito

Se, como acima procuramos demonstrar, não houve, no processo de execução, *juízo de mérito*, ou seja, julgamento sobre a efetiva existência do *crédito*, afirmada pelo suposto credor com a apresentação do título executivo, isso significa que o suposto devedor tem o direito público subjetivo de provocar um pronunciamento judicial sobre a questão; só poderia ser impedimento a isso a *coisa julgada material* (Cód. de Proc. Civil, art. 267, V, e 301, VI e §§ 1º e 3º).

Não importa que não haja, *in casu*, previsão específica na lei, para essa ação, como há para os *embargos à execução* (arts. 736 e segs.). No caso dos embargos, têm eles uma destinação precisa, que é a de paralisar o processo de execução, primeiro provisória e depois definitivamente, ou a de modificar-lhe o objeto (diminuindo-lhe o valor, por exemplo). Mas se esse meio não é empregado pelo executado – que assim não alcança essa finalidade de fazer cessar a execução –,

o que pode ocorrer por variados motivos, não fica ele impedido de, mesmo após consumada ela, exercer o *ius actionis* para ver reconhecida – agora, sim, definitivamente – a inexistência do crédito que deu lugar àquele processo; procurando obter, com isso, a reposição das coisas no estado anterior, se possível, ou, se não, a indenização cabível. Como há pouco afirmado, no nosso sistema só poderia ser impedimento a tanto a existência de *res iudicata*.

Dir-se-ia que, prevendo o Código de Processo Civil que “o devedor” possa “opor-se à execução por meio de embargos”, no prazo de dez (10) dias estabelecido no art. 738, se ele não o faz estaria precluso seu direito de alegar a inexistência do crédito. Não é isso, porém, o que diz a lei: esse prazo, e essa ação específica – a de embargos –, são estabelecidos para que, em sua expressão literal, possa ele “opor-se à execução” – paralisando-a, como acima visto; e para tanto, aliás, exige-se que o resultado útil do processo executivo esteja garantido (“seguro o juízo”) “pela penhora, na execução por quantia certa” (art. 737, I), ou “pelo depósito, na execução para entrega de coisa” (art. 737, II).

Ocorre no caso, sim, a preclusão; mas ocorre para a oposição de embargos, não para a propositura de uma ação restitutória ou indenizatória. É esse, aliás, o entendimento prevalecente em relação aos embargos de terceiro. Também esses embargos podem ser opostos pelo interessado, nos prazos do art. 1.048, com possibilidade de suspensão do processo principal (art. 1.052) e de manutenção ou reintegração liminar do embargante na posse do bem objeto do ato judicial (art. 1.051); mas se ele perder o respectivo prazo, ou por qualquer outra razão não os opuser, sempre poderá propor outra

espécie de ação concernente ao seu direito.⁴⁹

⁴⁹ Essa parece ser a *communis opinio*. Escreve HAMILTON DE MORAES E BARROS: “O fato de não embargar, como terceiro, o interessado, não quer dizer que perdeu e perdeu para sempre a oportunidade de defender o seu direito. Não mais poderá fazê-lo é pela via sumária dos embargos de terceiro, mas poderá usar a ação que lhe competir, enquanto for possível o seu exercício (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. IX, 1. ed., sem data, *sub art.* 1.048, ps. 299-300). E PONTES DE MIRANDA: “O autor dos embargos de terceiro tem a ação mandamental, que é a dos embargos, preciosa para evitar conseqüências publicísticas dos atos processuais (*e. g.*, venda judicial do bem de terceiro), e a ação própria ou as ações próprias do direito que ele invoca. É nesse sentido que se diz ser remédio ‘voluntário’. Nada lhe obsta propor, prescindindo da força mandamental da sentença proferida nos embargos de terceiro, a ação de reivindicação, ou a anulatória (pauliana), ou outra, que corresponda à sua pretensão, salvo, está claro, alguma preclusão (...)” (*Comentários*, cit., XV, 1. ed., 1977, p. 10); adiante: “*Outras ações que tocam ao terceiro*. – Cumpre que não se confunda a ação de embargos de terceiro com outras ações e exceções que tocam ao terceiro, em sentido amplo, ou à própria parte, em processo nulo de pleno direito: (...) *b*) A ação própria, que *enche*, digamos assim, a ação mandamental de embargos de terceiro. Tal ação é a que se promove como pedido prejudicial ou cúmulo do pedido de mandamento negativo; e poderia ser exercida sem o pedido de mandamento negativo, de si só, e, pois, sem qualquer acessoriedade. Os prazos legais são só para a ação mandamental, que há nos embargos de terceiro; não para a ação prejudicial, se se propõe *principaliter*. Essa se rege por seus princípios próprios. Os embargos de terceiro são remédio jurídico *facultativo*. As preclusões só se referem aos ‘embargos de terceiro’, sobre os quais pode recair a preferência do terceiro. É possível que, além deles, tenha o terceiro duas ou mais ações: uma outra, *pelo menos*, ele tem.” (Págs. 13-15; os grifos são do original.) CLÓVIS DO COUTO E SILVA parece concordar com essa opinião, ao escrever (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. XI, t. II, 1. ed., 1982, n. 484, ps. 442-443): “PONTES DE MIRANDA define os embargos de terceiro como ‘a ação de terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro

direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos' (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, 1977, p. 4). Nessa definição fundem-se as posições do direito processual português (defesa da posse) e do direito espanhol (defesa da propriedade ou de um direito de preferência) numa formulação ainda mais ampla, como defesa de todo e qualquer direito em face de uma constrição judicial, sem, entretanto, excluir a utilização de outras ações, porquanto 'a ação de embargos de terceiro, de conteúdo impugnativo, não é obrigatória ou necessária; fica ao terceiro o uso da ação própria' (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 45). Esse último passo do mestre, aí citado, tem esta seqüência: "(...) Todavia, os prazos para os embargos de terceiro são peremptórios, sem se ter de indagar do momento em que o terceiro teve *conhecimento* do dolo, da fraude ou da simulação, pró ou contra ele, ou se esse conhecimento do vício ocorreu antes ou depois do ato judicial embargável. *Aliter*, porém, quanto ao recurso do terceiro. Na processualística européia, a questão da obrigatoriedade ou da facultatividade da chamada 'oposição de terceiro' (que é a mesma ação de embargos de terceiro do direito brasileiro, e não a de intervenção de terceiro) tem sido questão extremamente renhida. Pela obrigatoriedade, ENRICO GALLUPPI (*Teoria della opposizione del terzo* [Turim, 1895], 270 s.). J. AMIGUES (*De la tierce opposition* [Paris, 1886], 112) e A. TISSIER (*Théorie et pratique de la tierce opposition*, 96 s., 224); contra, A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY (*Grenzen der Rechtskraft* [Limites da Coisa julgada, Leipzig, 1900], 81 s.). Ora, os embargos de terceiro são apenas o exercício da *pretensão ao mandamento negativo*: os prazos legais para os embargos de terceiro referem-se a esse exercício, não ao da *pretensão à constitutividade negativa*, que está à base da ação de impugnação. (Não cabe aqui a crítica, *de lege condenda*, da inclusão de todas as questões de simulação como 'questões de anulação', nem a de poder haver ação declarativa da simulação absoluta, que é sobre *inexistência* da relação jurídica.) / O não-emprego, nos prazos legais, dos embargos de terceiro, não extingue a *exceptio rei inter alios iudicatae*, nem as ações próprias, autônomas, do terceiro. Uma das conseqüências é poder o terceiro impugnar créditos, nos graus superiores da justiça, ainda se já se lhe vedam os embargos de terceiro. Ao meio jurídico faltar, então, o elemento *mandamental negativo* da 'ação': será recorrente do art. 499, que é o 'terceiro prejudicado', ou estará a exercer a

6. Não-previsão legislativa da ação

Dissemos, acima, que não importa que não haja previsão legal para essa ação (que não a de *embargos do devedor*) para aquele que sofreu a execução, declarada extinta pela sentença do art. 795. Está incorporado ao nosso direito positivo, em regra expressa, o princípio de que “*a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*” (Cód. Civil, art. 75); e na própria Constituição Federal, desde a de 1946 (art. 141, § 4º), passando pela de 1967-1969 (art. 153, § 4º), está inscrita a regra de que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (Const. Fed. de 1988, art. 5º, XXXV). A respeito desse postulado constitucional comenta PONTES DE MIRANDA: “Direito individual⁵⁰ está, aí, pelo que pode ser *res in*

exceptio rei inter alios iudicatae, ou outro meio jurídico.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XV, *sub* art. 1.046, ps. 45-46.). E, em harmonia com essas lições doutrinárias, THEOTONIO NEGRÃO refere, em nota (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, nt. 7 ao art. 1.048, p. 542), a jurisprudência: “Findo o processo judicial em que ocorreu a apreensão do bem, são incabíveis embargos de terceiro; o interessado deve deduzir seu direito através de ação própria (*Julgs. do Trib. de Alç. 67/89, Rev. de Proc. 2/351, em. 81*).”

⁵⁰ Na redação constitucional anterior (1967-1969) aludia-se a *direito individual e lesão* desse direito: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. (...)” (art. 153, § 4º, fórmula idêntica à da Constituição de 1946). A Constituição de 1º de outubro de 1988, como se vê da transcrição no texto, em sentido ampliativo da norma, excluiu a

iudicium deducta. Dada a existência do art. 75 do Código Civil, que fez corresponder *ação* a todo direito, a acionabilidade processual dos direitos individuais⁵¹ está assegurada *constitucionalmente*, não só *in abstracto*, como em termos de garantia de *status quo*. (...)⁵² e adiante: “Para que se prevejam a incidência e a invocação do art. 153, § 4º, as leis têm de criar, explicitamente, *ação* ou *recurso*. Se não se criou, explicitamente, a *ação*, ou o *recurso*, há duas espécies: *a*) a do direito certo e, se pode haver liquidez ou iliquidez, líquido, e então a própria Constituição de 1967 precisou caber o mandado de segurança, ou, em se tratando de liberdade de ir, ficar e vir (liberdade física), o habeas-corpus; *b*) a do direito cuja certeza *ainda* não se caracterizou, caso em que há o exame em alguma das ações adequadas, segundo o direito processual. Não pode deixar de haver recurso ou ação. Ou há ação, ou há recurso.”⁵³

Observa CHIOVENDA que “enquanto, pois, o direito de obrigação, mesmo depois do inadimplemento, conserva sua direção *para a prestação do devedor*, o direito de ação aspira a conseguir o bem garantido pela lei, *por todos os outros meios possíveis*; e o processo, no qual se devem tentar esses outros meios possíveis, não se destina a obter o adimplemento da *obrigação*, mas, sim, o conseguimento do bem garantido pela lei com os meios possíveis

qualificação do direito (“individual”) e incluiu, como fundamento da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, também a *ameaça* de lesão.

⁵¹ Cf. nota anterior.

⁵² *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo V, 2. ed., 1971 (com a Emenda n. 1, de 1969), p. 107.

⁵³ *Ibidem*, p. 115.

alheios à obrigação, que se revelou instrumento insuficiente”.⁵⁴

Como lembra ARRUDA ALVIM, o art. 2º do Código de Processo Civil português corresponde ao art. 75 do nosso Código Civil; e enquanto o art. 1º daquele código⁵⁵ “erige o processo civil como o único meio adequado, em regra, à defesa dos direitos”, “o art. 2º, de outra parte, dá a abrangência desse instrumento, que é a maior possível”.⁵⁶ E, de fato, esse art. 2º, sob a rubrica “*Correspondência entre o direito e a ação*”, reza: “A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde uma ação, destinada a fazê-lo reconhecer em juízo ou a realizá-lo coercitivamente, bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da ação.”

Daí falar PONTES DE MIRANDA (referindo-se, com maior precisão, à *pretensão* em vez de ao direito) no “*princípio geral da acionabilidade das pretensões*”, afirmando: “É hoje princípio fundamental do direito, em geral, que a toda pretensão corresponda ação que a assegure. Onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva (...)”⁵⁷. De modo que as espécies ou os casos, em que isso

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. da 2. ed. ital. por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, n. 7, p. 25; cf. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Reimpressão da 2. edição. Nápoles: Jovene. Vol. I, 1960, 160, n. 7, p. 21. (Os grifos são do original.)

⁵⁵ *Verbis*: “[*Proibição da autodefesa*] A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.”

⁵⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, *sub* art. 1º, p. 83. (Grifou-se.)

⁵⁷ Os autores aí citados são: OTTO FISCHER, *Recht und Rechtsschutz* (Direito e tutela jurídica), Berlim, 1889, ps. 65 s.; PAUL ELTZBACHER, *Die*

não se dá, são excepcionais; e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou pretensões mutiladas. (...)”.⁵⁸

7. Previsões legislativas: o art. 486 do Código de Processo Civil

Mas, conquanto desnecessário que a lei preveja especificamente um remédio jurídico processual para que se possa *agir*, ante uma ameaça ou uma violação ao direito subjetivo, ante um óbice à realização de uma pretensão – pois, como visto, a lei material (Cód. Civil, art. 75) e a própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV) garantem que a toda situação jurídica como essa tem de corresponder, necessariamente, uma ação para a defesa do direito, da pretensão –, não se pode dizer que, no Código de Processo Civil, não se encontrem algumas previsões, genéricas embora, aplicáveis ao caso de que ora tratamos.

Unterlassungsklage (A ação de abstenção), Berlim, 1906, p. 81; OTTO GEIB, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung im deutschen Zivilprozess* (Exigência de tutela jurídica e comprovação da pretensão no processo civil alemão), Munique, 1909, p. 29 (cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., ps. 372-382).

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 1. ed., 1970, § 23, 1, p. 110 (cf. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. Reimpressão. Tomo V, 1970, § 622, 1, p. 477).

Seria de lembrar, em primeiro lugar, o art. 486: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.” Desde logo três observações se devem fazer a esse texto legal, consoante o consenso da doutrina: 1^a) onde se lê “atos judiciais” deve-se ler *atos processuais*; 2^a) onde se lê “rescindidos” deve-se ler *anulados*; 3^a) onde se lê [“nos termos da”] “lei civil” deve-se ler, mais amplamente, *lei material*.

Em seguida convém examinar mais de perto a aplicabilidade do texto à situação de que ora tratamos; e primeiramente verificamos que, se se fosse aplicar literalmente, ele não se ajustaria com exatidão ao caso do art. 795. Enquanto o art. 486 fala em “atos judiciais que não dependem de sentença”, o art. 795 reza, enfaticamente, que “a extinção do processo só produz efeito quando *declarada por sentença*”; por outro lado, tal sentença, aí, não é propriamente *homologatória* de ato processual, consoante o conceito já visto dessa:⁵⁹ é simplesmente *declaratória* de que o processo extá extinto.

Na verdade, porém, não se diz, nesse último artigo, que os *atos processuais* não produzem efeito, mas sim unicamente que a *extinção do processo* executivo não o produz senão mediante declaração por sentença; e o que visa o executado, com a propositura da ação restitutória ou indenizatória, não é propriamente a sentença declaratória da extinção do processo de execução, sim os atos processuais executivos em si, na sua materialidade causadora de prejuízo patrimonial a ele (p. ex., a adjudicação ou a arrematação de

⁵⁹ Cf. n. 4.5, *supra*, entre as notas 42e 44.

bem penhorado, ou a entrega de bem móvel apreendido ao exequente, ou a imissão desse na posse de bem imóvel)⁶⁰ – hipótese típica da ação do art. 486, que se dirige à anulação *dos próprios atos processuais* em si, como se procede à anulação dos “atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”, caindo, em consequência, pelo vazio de conteúdo resultante, também a sentença homologatória (quando essa existe).⁶¹

⁶⁰ Isso ocorreria também na hipótese em que se alegasse, *e. g.*, nulidade da arrematação, não por inexistência efetiva do crédito – hipótese neste estudo examinada –, mas por inobservância de requisitos formais para a realização do ato de alienação judicial (caso que a jurisprudência tem admitido reiteradamente como de ação anulatória). Citê-se, a mero título de exemplo: REsp 3.255-BA, 1ª Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira 16.03.1994, RSTJ 72/69.

⁶¹ É o que diz, com inexcusável maestria, PONTES DE MIRANDA: “A sentença de homologação é ato jurídico processual *transparente*. Se é anulado o negócio jurídico da transação, ou outro metido no processo, por alguma das causas que o direito material prevê, cai a homologação, porque a eficácia anulatória, *por dentro* do negócio jurídico global (homologação e negócio jurídico homologado), cinde (rescinde) o ato jurídico envolvente. Aí está a única escusa para se ter dado ao art. 486 a redação que se lhe deu. / Temos, pois, anulação *interior* e consequência rescindente *exterior*. O direito material diz qual a causa de anulação; o direito processual civil aludiu a isso, porque a ele cabe reger o ato jurídico processual envolvente (*Comentários*, cit., VI, *sub* art. 486, p. 350; cf. *Trat. da Ação Resc.*, cit., § 38, 1, p. 412). E BARBOSA MOREIRA, fazendo remissão a esse e a outros passos, escritos originariamente no *Tratado da Ação Rescisória* (reproduzidos, com pequenas alterações, nos *Comentários*, ps. 350, 354, 356, 370), escreve: “Como dizia expressivamente PONTES DE MIRANDA, *Trat. da ação resc.*, 5. ed., pág. 440, ‘ato processual envolvente, a sentença homologatória, se se desconstitui o negócio jurídico transacional, ou outro, é atingida pelo vazio de conteúdo que se estabelece: a sua permanência seria permanência de homologação do nada, porque é o nada que fica após toda desconstituição *ex tunc*’ (cf. págs. 412, 415, 429). Cabe uma ressalva [acrescenta BARBOSA MOREIRA] quanto ao exemplo da transação, que, ao nosso ver, só

Isso é afirmado, a propósito especificamente das hipóteses do art. 794 (de autocomposição do litígio executório) – mas que se aplica perfeitamente ao caso ora examinado, de ataque aos atos processuais que proporcionaram a satisfação do exeqüente (sem ser por atos das próprias partes: adimplemento [= reconhecimento], transação, renúncia), culminando com a declaração de extinção do processo (art. 795) –, por BARBOSA MOREIRA, em passo antes transcrito (*supra*, n. 4.5, nota 48). Indicando, como ali referido, as diversas hipóteses em que pode ocorrer a ação anulatória do art. 486, após analisar as de propositura no curso do processo (de conhecimento) e após o trânsito em julgado da respectiva sentença (nos casos em que esta última hipótese é possível: cf. n. 4.5, nota 46, *supra*),⁶² afirma, quanto à terceira hipótese: “c) A ação anulatória visa ato praticado no processo *de execução*: por exemplo, a renúncia ao crédito (art. 794, n. III). Também nesta hipótese, anulado que seja o ato, retomará sua marcha a execução, a partir do último ato anterior ao que se invalidou. Cairá, naturalmente, a sentença que tenha acaso decretado a extinção do processo executivo (art. 795)”.⁶³

Quanto ao fato de não se tratar de sentença propriamente *homologatória*, não é esse, a nosso ver, aspecto relevante. Desde logo – e tal observação corrobora também as considerações anteriores – se deve lembrar que a exegese literal não é a melhor; a que se deve adotar, precipuamente, é a interpretação lógico-sistemática e

no curso do processo onde se realizou é suscetível de ataque pela ação do art. 486 (*supra*, comentário n. 93).” (*Comentários*, cit., n. 97, nt. 259, p. 167.)

⁶² *Comentários*, cit., n. 97, letras *a* e *b*, ps. 166-167.

⁶³ *Ibidem*, p. 167.

teleológica (a pesquisa da *mens legis*).⁶⁴ E nesse sentido se pode considerar a sentença que *declara extinto o processo executivo* (art. 795), por ter ele cumprido sua função, semelhante (e, aliás, de valor substancial menor) à sentença homologatória de ato jurídico (art. 794), que lhe põe fim (aliás, nessa, além de homologar-se tal ato, deve-se declarar extinto o processo, de acordo com o art. 795); em ambas não existe *juízo* propriamente dito (não há, pois, apreciação do *mérito* da causa), limitando-se elas a verificar: em um caso, que o processo cumpriu sua função, com a prática de todos os atos necessários à satisfação do suposto credor;⁶⁵ no outro, que estavam presentes os pressupostos de fundo e de forma para que o ato de disposição se praticasse. Substancialmente, pois, não se vê nenhuma dificuldade para que o art. 486 se aplique igualmente no primeiro caso – para a anulação de atos praticados no processo de execução que, tendo chegado ao final, foi declarado extinto pela sentença do art. 795, que, então, cairá; e nesse caso não há a limitação decorrente do cabimento da ação rescisória e não da anulatória, após o trânsito em julgado da sentença, pois o art. 485, VIII, não se lhe aplica, por não ser tal sentença de mérito (apenas declara, como visto, extinto o processo executivo) (cf. n. 4.5, nota 46, *supra*).

⁶⁴ *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (cf. PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, na coleção Clássicos do Direito Brasileiro, coordenação de Alcides Tomasetti Jr., São Paulo: Saraiva, 1984, § 14 e nota 2 à pág. 14; FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis* [Caps. III-V do *Tratato di Diritto Civile Italiano*, I, Roma, 1921], trad. port. de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, ns. 6-7, ps. 134-144; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, ns. 33, 124-125, 161-168).

8. O art. 574 do Código de Processo Civil

Não pode deixar de ser lembrado também o art. 574 do Código de Processo Civil: “O [suposto] credor ressarcirá ao [suposto] devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução.” Tal preceito visa sancionar a responsabilidade do exeqüente pela promoção de uma execução que, ao final, se revelou injusta – porque, no dizer do dispositivo, *a obrigação foi, definitivamente, declarada inexistente*; em outras palavras: promoveu-se a execução, com base na presunção decorrente do título executivo, e depois, em exame final e definitivo da situação jurídica, verificou-se que o crédito na realidade não existia, ou não mais existia. Isso pode ocorrer com maior freqüência na execução de título extrajudicial, em que a defesa (*lato sensu*) através dos embargos é mais ampla (art. 745); mas pode verificar-se também na de título judicial, por causa modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença, como o pagamento, por exemplo (art. 741, VI).

Pensamos, com CALMON DE PASSOS⁶⁶ – e já examinamos

⁶⁵ Cf. n. 4.3, final, e nota 36, *supra*.

⁶⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim de. Responsabilidade do exeqüente no novo Código de Processo Civil, *in Revista Forense* n. 246, ps. 167 e segs.

a questão alhures⁶⁷ –, que esse artigo tem em vista principalmente a execução promovida após a sentença que rejeita os embargos do executado, pelo mérito (improcedência) ou por fundamento processual (rejeição *stricto sensu*), na pendência do julgamento de apelação dela – que, não tendo efeito suspensivo (art. 520, V), permite que a sentença de rejeição, tendo eficácia imediata, casse a decisão liminar de recebimento dos embargos (quando *houve* tal recebimento), de modo que a execução, que havia sido suspensa, possa prosseguir até o final. E tal execução, se era, no início, definitiva – por ser fundada em sentença condenatória transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial (art. 587) –, *definitiva* continuará sendo mesmo na pendência da apelação da sentença de rejeição dos embargos, conforme a argumentação acima aduzida (síntese do desenvolvimento feito no estudo referido⁶⁸). Aliás, o art. 574 tem em vista justamente a responsabilidade do exequente pela promoção de execução *definitiva*, pois a regra sobre a responsabilidade provisória já está no art. 588, I, do Código, e não teria nenhum sentido previsão repetitiva para essa hipótese.⁶⁹

Mas se essa é, ao que parece, a principal *ratio iuris* do dispositivo (art. 574), seu texto é evidentemente amplo, incidindo sobre outras situações que correspondam à sua previsão; e basta, para que haja tal correspondência, que *sentença (lato sensu), passada em*

⁶⁷ MALACHINI, Edson Ribas. *Questões Sobre a Execução e os Embargos do Devedor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, ns, 41-46, ps. 174-197.

⁶⁸ *Ibidem*, ns. 30-40, ps. 131-173.

⁶⁹ Cf. *Questões*, cit., loc. cit. na nota 67, *supra*, com remissão à opinião nesse sentido de CALMON DE PASSOS, expendida no ensaio citado (nota 66, *supra*).

julgado, declare inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução.

Por isso é que afirmamos que se pode indicar tal dispositivo como base para a propositura de ação (no caso, *indenizatória*) do executado. Se a execução foi promovida até o final sem que tivesse ele apresentado embargos, não tendo assim, como visto, havido julgamento de mérito – sobre a efetiva existência do crédito –, a inexistência desse poderá vir a ser demonstrada posteriormente, em ação autônoma; e então, “passada em julgado” a sentença que a declarar, o executado – que certamente terá cumulado, à ação declaratória da inexistência do crédito, o pedido de condenação do exeqüente ao ressarcimento dos danos causados pela execução injusta – poderá agora promover a execução dessa sentença contra o primitivo exeqüente; e, caso não tenha feito a cumulação das ações declaratória e condenatória (art. 4º, I e parág. único) – sabido que cumulação de pedidos corresponde a cumulação de ações (cf. art. 301, § 2º) –, poderá, após a sentença definitiva obtida na primeira, promover a segunda (art. 294).

Por outro lado – e, no plano lógico, tal cogitação ocorreria primeiro –, a ação cumulada à declaratória de inexistência do crédito (ou a ação autônoma seguinte a ela) poderá, antes de ser ressarcitória, ser *restitutória*. Naturalmente, quando for possível a restauração do *status quo*, o executado poderá pedi-la e depois promover a execução *in natura* da sentença (por exemplo, a restituição do bem adjudicado ao primitivo exeqüente); e poderá, no caso, invocar analogicamente o art. 588, citado, inciso III, para que sejam *restituídas* “as coisas no

estado anterior”.⁷⁰ Aliás, nesse caso quase sempre haverá cumulação das três ações: a declaratória da inexistência do crédito, a restitutória e a indenizatória, pois a restituição das coisas ao estado anterior só elide parcialmente os prejuízos sofridos com a execução injusta.

9. O art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil, e o art. 38 da Lei de Execução Fiscal

É de lembrar ainda o art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil, e o art. 38, *caput*, da Lei de Execução Fiscal (L. 6.830, de 1980). Em sua redação original estabelecia o primeiro: “A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança”; a Lei 8.953, de 1994, deu-lhe a redação atual, generalizando a regra (que estava, injustificadamente, restrita à execução fiscal), *verbis*: “A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”. O segundo reza: “A discussão judicial da dívida ativa

⁷⁰ Conforme anotam SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (*Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva. 4. ed., 1992, *sub* art. 588, p. 354) e THEOTÔNIO NEGRÃO (*Código*, cit., nt. 5 ao art. 588), segundo julgou o Supremo Tribunal Federal, “definitiva ou provisória a execução na pendência do recurso extraordinário, provido este, não pode ela subsistir” (RE 91.974 [precedentes indicados: RE 92.027 e 89.243], rel. Min. Cordeiro Guerra; *Juriscível*, 109/114, e *Rev. dos Tribs.*, 559/240). O acórdão mandou que (nos mesmos autos, porque a execução havia sido provisória) funcionários restituíssem o que haviam recebido em execução de sentença.

da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei [*rectius*: em embargos à execução], salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos”.

Vemos aí, portanto, claramente indicados na lei outros remédios jurídicos processuais de que se pode valer o suposto devedor do fisco, além dos *embargos* à execução de que cuidam os arts. 16 a 20 da Lei 6.830, de 1980: *ação anulatória do ato declarativo da dívida* (o Código, no art. 585, § 1º, cit., falara, mais impropriamente, em “ação anulatória de débito fiscal”), *mandado de segurança, ação de repetição do indébito* (espécie da ação restitutória, de que já falamos) (L. 6.830, art. 38, cit.).

A jurisprudência tem mencionado ainda, distinguindo-a da *ação anulatória* (da *constituição* da dívida), a *ação declaratória negativa* do débito fiscal, como nestes dois arestos, o primeiro do Supremo Tribunal:⁷¹ “A *ação declaratória negativa* distingue-se da *ação anulatória* de débito fiscal [*rectius*: da *constituição* do débito], pois aquela tem cabimento antes do lançamento, enquanto esta pressupõe o lançamento e tem por objeto anulá-lo. Todavia, em tal caso, o cabimento da ação anulatória não exclui a possibilidade de ajuizamento de declaratória negativa. No caso, a declaratória negativa, de que a autora foi julgada carecedora, era cabível, pois, autuada, recolhera as contribuições questionadas; visava, pois, com a

⁷¹ Cf. nota 6 ao art. 38 da Lei de Execução Fiscal, em THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., ps. 819-820, onde se indica ainda, no mesmo sentido, acórdão na *Rev. de Jur. do Trib. de Just. de S. Paulo*, n. 113, p. 94.

declaratória a certeza jurídica quanto à inexistência da relação jurídica tributária controvertida, possivelmente visando a futura ação de repetição do indébito fiscal”;⁷² “A ação declaratória pressupõe crédito fiscal ainda não constituído definitivamente, uma vez que, se já o estiver, a hipótese será de ação anulatória”.⁷³

Temos aí, pois, claramente previstas na lei, ações alternativas à ação de *embargos à execução fiscal*, algumas anteriores ou concomitantes à execução (mandado de segurança, ação declaratória da inexistência do débito ou anulatória de sua constituição) e outra a ela posterior (ação de repetição do indébito); e é o próprio art. 38 da Lei de Execução Fiscal que estabelece a alternativa entre aquele remédio jurídico processual e esses – conquanto aludindo à discussão do débito “em execução”, quando evidente que queria e deveria referir-se a tal discussão *nos embargos* previstos em seus arts. 16 a 20, que instauram processo de conhecimento incidente, e não no processo de execução propriamente dito, cuja natureza não a comporta. De fato, tal artigo, após declarar que “a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei” [*rectius*: nos embargos à execução previstos nos arts. 16 a 20 desta lei], ressalva a possibilidade de tal discussão em processos instaurados por aquelas outras ações.

Aqui também, como já fizemos ver relativamente aos embargos de terceiro e aos embargos à execução comum, a situação processual será diferente consoante se proponha um ou outro dos remédios judiciais postos à disposição do suposto devedor. Se opuser

⁷² *Rev. Trim. de Jur.*, n. 117, p. 23 (grifou-se).

⁷³ *Rev. dos Tribs.*, n. 591, p. 98.

os *embargos* à execução fiscal (mediante o necessário depósito, fiança bancária ou penhora – L. 6.830, art. 16, I-III e § 1º) obterá a paralisação provisória dela (suspensão) até o respectivo julgamento (cf. L. 6.830, arts. 18 e § 1º, *in fine*, e Cód. de Proc. Civil, arts. 680, 739, § 1º, 741 e 745), paralisação essa que se converterá em definitiva se eles forem julgados procedentes. Da mesma forma, se tomar a iniciativa, propondo ação declaratória da inexistência da dívida fiscal, ou ação anulatória de sua constituição, antes de a Fazenda Pública promover a execução – e neste caso fizer o depósito do valor integral daquela –, estará impedindo a propositura da ação executiva ou a continuação do respectivo processo (cf. L. 6.830, art. 38, cit., *caput*, final).⁷⁴

Por outro lado, se não se adiantar ao fisco nem opuser os embargos à execução, ou não fizer o depósito da suposta dívida ao propor a ação declaratória negativa ou a anulatória, não estará impedido de propor essas – concomitantemente ao processo de

⁷⁴ Cf. nota 8, ao art. 38 da Lei 6.830, em THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., p. 820, em que se cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do antigo Tribunal Federal de Recursos: “O depósito integral do débito, na ação anulatória ou na declaratória negativa de débito fiscal, transfere para estas a discussão em torno da dívida. É o que decorre do art. 38. E, por isso, não pode ser proposta nem prosseguir a execução fiscal (*Rev. Trim. de Jur.*, 121/667; Trib. Fed. de Rec. – 2ª Seção, MS 115.704-RJ, rel. Min. Armando Rollemberg, julg. 24.3.87, negaram a segurança, vot. unân., *D. Just. União*, 18.6.87, p. 12.257, 2ª col., em.)” Nota 9ª: “Súmula 1 do Trib. Fed. Reg. da 3ª Região (SP): ‘Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária’ (*D. Just. Est.* 23.5.90, p. 14, 2ª col.) / Súmula 2 do Trib. Fed. Reg. da 3ª Região (SP): ‘É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário’ (*D. Just. Est.* 23.5.90, p. 15, 1ª col.)”

execução ou após seu término – ou a de repetição do indébito. Nesse caso, entretanto, mesmo propondo a ação declaratória negativa ou a anulatória ainda no curso do processo de execução, evidentemente não obterá sua suspensão; assim, se a execução se consumir antes do julgamento definitivo sobre o débito (como provavelmente ocorrerá), terão elas também caráter restitutivo (mais exatamente: estabelecerão, se procedentes, a premissa para a ação restitutória seguinte).⁷⁵

⁷⁵ Cf. *Súmula* 247 do antigo Tribunal Federal de Recursos: “Não constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6.830, de 1980”; e nota 9, a esse artigo, de THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., p. 820: “Neste sentido: RTJ 112/916, 115/929; STF-RT 596/267, 609/239; STF-RJTJESP 99/388; STF-RP 39/130; STF-Bol. AASP 1.484/123; RTFR 104/15, 126/15, 130/161, 131/133; TJSP-RJTJESP 91/367, un. da jur., 24 votos a 4; TJMG-RT 603/200, julgamento do órgão Superior, unânime, dando pela constitucionalidade do art. 38; RT 570/130, 572/86; RJTJESP 84/268, 89/280, 90/342, 92/288. / Muito explícito: ‘O depósito prévio não é condição essencial à admissibilidade da ação anulatória de débito fiscal e sim providência que inibe a Fazenda Pública de promover a cobrança do crédito tributário, enquanto não decidida (TFR-4. Turma, Ag 55-980-RJ, rel. Min. Armando Rollemberg, j. 4.5.88, v.u., DJU 25.4.89, p. 6.056, 2. col., em. / Contra, exigindo o depósito prévio como condição de procedibilidade: RTFR 97/12, 100/173.’” Sobre essa espécie de execução vede o recente e importante trabalho de SÉRGIO SHIMURA, “Atualidades na Execução Fiscal”, na obra coletiva *Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 361-394; e, particularmente sobre as “ações autônomas que visam discutir a dívida”, o item 23, ps. 392-393.

10. Não-citação ou citação nula no processo de conhecimento (e também no de execução)

10.1 É da maior relevância, ainda, a questão de não ter havido citação, ou ter havido citação nula, não só no anterior processo de conhecimento, em caso de execução de título judicial – objeto da previsão do art. 741, I, para embargos –, mas também *no próprio processo executivo*, em que, apesar de exigir expressamente a citação do executado (arts. 611, *fine*, 614, *caput*, 617), sob pena de nulidade (art. 618, II), não contém o Código de Processo Civil uma previsão específica dessa alegação, como ocorre em relação ao processo de conhecimento – desde logo com o art. 214, § 2º (comparecimento *para alegar* a nulidade) e, revelando a insanabilidade da nulidade processual (mesmo com o trânsito em julgado da sentença, que normalmente tem eficácia sanatória geral dos atos do processo), já por ocasião da execução da sentença, com os embargos do art. 741, I, acima referidos. No caso da falta ou nulidade da citação no próprio processo de execução, esse fundamento para os embargos se subsume na previsão genérica do 741, V, 2ª parte (combinado com o art. 745) – *nulidade* desse processo “até a penhora”.

Instaurou-se controvérsia no caso de ter faltado a citação no anterior processo de conhecimento: para alguns, o caso é de *inexistência* da sentença proferida; para outros, de *nulidade ipso iure* dela. No primeiro caso seria cabível *ação declaratória* da inexistência (jurídica) do processo e da sentença, no segundo *ação decretatória* (constitutiva negativa = desconstitutiva) da respectiva nulidade de

pleno direito (ação *anulatória lato sensu*).⁷⁶

A discussão dessa questão, complexa e relevante, não cabe neste trabalho, pois se constitui também, por si, em tema para ensaio à parte;⁷⁷ por isso limitamo-nos, aqui, a incorporar a este texto dois passos de PONTES DE MIRANDA, que nos parecem sintetizar as razões para a adoção, que fazemos, da tese de ser efetivamente ação para a *decretação da nulidade*,⁷⁸ do processo e da sentença (ação *constitutiva negativa, querela* ou *actio nullitatis*), inclusa na ação mandamental dos *embargos do executado* (art. 741, I) ou proposta autonomamente, a ação para desconstituir a sentença proferida no processo que correu sem a citação, ou com citação nula, do réu.

⁷⁶ Cf., no primeiro sentido, e.g., ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, ps. 152-164, 182-204; e, no segundo, PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, 1. ed., 1976, *sub* art. 741, ps. 90-109, e *passim*: e.g., XI, ps. 81-82; III, 2. ed., 1979, p. 477; VI, 1. ed., 1975, ps. 232-234.

⁷⁷ Basta a leitura dos autores citados na nota anterior, nos locais indicados, entre outros, para que se tenha idéia da complexidade do tema, que exige exame extenso e aprofundado para que seja, quanto possível, completo.

⁷⁸ A maioria dos autores fala, no campo do direito material (mais precisamente, no campo da teoria geral do direito), em *declaração* da nulidade, quando se trata da *nulidade*, em sentido estrito, e em *anulação* quando se cuida da chamada “nulidade relativa” (que melhor se diz *anulabilidade*). Entendemos, procurando fazer, com PONTES DE MIRANDA, a perfeita distinção entre os planos da *existência*, da *validade* e da *eficácia* dos atos jurídicos, que o ato, mesmo nulo, *existe*, e por isso a sentença que lhe reconhece a nulidade – trate-se de nulidade *stricto sensu* ou de *anulabilidade* (“nulidade relativa”) – é sempre *constitutiva negativa* (= desconstitutiva), sendo *declaratória* apenas a que reconhece a *inexistência* jurídica do ato. Assim, falamos, com ele, em *decretação* da nulidade (*lato sensu*), e em *declaração* somente da inexistência jurídica.

Num dos aludidos passos escreve o mestre:

“O momento em que ocorre a perfeição da relação jurídica processual é determinado pelo direito positivo (cf. art. 262). *A priori* constitui-se ela, se do tipo ‘autor-Estado’, quando o juiz defere o pedido do primeiro ato processual (chamado ‘despacho da petição’), ou, se do tipo ‘autor-Estado, Estado-réu’, quando se manda citar o réu (angularidade). A concepção da formação no momento da comparência das partes foi reminiscência romanística. A adoção do despacho da petição como sendo o início da relação teria o inconveniente de desprezar o impulso para a angularidade. No sistema do Código, é o Estado que marca a constituição da relação: *pelo despacho*, se não há outra parte, ou se há de começar *inaudita altera parte*; pelo seu impulso para a citação, se tem de angularizar-se (autor-Estado, Estado-réu) a relação. É por isso que, ordenada a citação e não feita, a angularidade da relação jurídica processual se constitui, embora ineficaz; tanto que se completa, com a comparência, a eficácia (art. 214, § 1º), e – na execução – o executado pode embargar a execução da sentença, pela falta, ou nulidade da citação (art. 741, I). A citação é necessária, seja de cognição, ou executivo o processo, sob pena de invalidade (art. 214), e não sob pena de inexistência. Lendo-se de tal maneira, são acordes os arts. 214 e § 1º, e 741, I. *A angularidade e a própria citação provêm de evolução relativamente recente do Estado*, em atenção aos interesses do indivíduo, às vantagens da defesa e à eficiência social do princípio do processo ‘acusatório’. (...) A relação jurídica processual começa com a iniciativa da parte (art. 262). Depois se angulariza, se é o caso.

As dificuldades de construção da relação jurídica processual, nos sistemas que exigem a citação (**Coeptum esse iudicium a citatione*), se não houve citação e o réu comparece, não são dificuldades de hoje. A solução de, se o juiz prossegue e o réu não comparece, ser a relação tida como relação *nula*, em vez de *inexistente*, tem a vantagem de simplificar a explicação, de evitar a alusão à ‘ratificação’, se o réu comparece: então, a noção de ‘sanação’ basta. Tudo se reduz a tratarem-se no mesmo plano a não-citação e a citação nula, no tocante à constituição da relação

jurídica processual, se o juiz, em nome do Estado, a deu como existente, a a conceberem-se os embargos do devedor como ação mandamental negativa e a *actio nullitatis* como a ação própria contra os processos nulos *ipso iure*.

A *actio* veio após se superar o romanismo do *nullum = non existens*, quando se pensou em nulidade, defeito, eiva, vício.

Aqui, fere-se o ponto mais delicado: a ação de nulidade supõe que a relação exista, posto que nula; a ação rescisória, que exista e valha, porém esteja sujeita à impugnação rescindente.

Se a sentença é nula *ipso iure*, é sentença, porém não vale.⁷⁹

E no outro trecho diz o mesmo autor:

“O art. 741, I, é de grande importância teórica e prática se o compararmos com o princípio de que a instância – a *existentia fluens* da relação jurídica processual e, pois, a angularidade – começa com a citação inicial *válida*. O art. 262 nada tem com a extensão jurídica processual em ângulo, pois o processo civil começou; isto é, quando a citação é *nula*, nem exclui a relação jurídica processual, que começa com a iniciativa da parte, nem a reputa nula (nulidade da extensão jurídica processual). O art. 741, I, é que nos responde a isso: se o réu foi revel, a sentença mesma é nula, e não inexistente; relação jurídica processual existiu, e cai a angularidade com a eficácia mandamental negativa da sentença nos embargos do devedor, ou com a *actio nullitatis*, aplicada à desconstituição da sentença *nula* proferida em processo *nulo*, nulidade da extensão que a *actio* ataca como pedido básico. Tanto relação jurídica processual existia, a despeito da citação nula, que o comparecimento do citado sanaria a nulidade (art. 214, § 1º), e se extingue a *actio nullitatis* do art. 741, I, se os embargos do devedor não forem apresentados no prazo legal. Salvo nulidade *ipso iure* na execução.

A relação jurídica processual começa a existir quando o juiz

⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., VI, ps. 232-233. (Os grifos são do original.)

despacha a petição, princípio que nos deu grande satisfação em vê-lo acolhido pelo legislador de 1973, no art. 262; admitiu ele que houvesse o exercício da pretensão à tutela jurídica, e a relação jurídica processual estabeleceu-se, faltando, se necessária, a angularização (= faltando a extensão da relação jurídica processual, em ângulo). Rigorosamente, o art. 741, I, reporta-se à linha que comporia o ângulo (Estado-réu), porque a relação processual em linha reta (autor-Estado), essa, por vezes, se angularizou a respeito de outras pessoas, de outros réus. O que é nulo é o que se processou no tocante ao réu não-comparecente, que não foi citado, ou foi nulamente citado, como se citado validamente tivesse sido. ÁLVARO VALASCO teve a expressão própria: ‘processus superaedificatus’.”⁸⁰

10.2 E parece-nos que, ao adotarmos o ensinamento acima, o fazemos em companhia da doutrina e da jurisprudência majoritárias,⁸¹

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, XI, *sub* art. 741, ps. 100-101. (Os grifos são do original.)

⁸¹ Como, aliás, anota TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER (defensora da tese da *inexistência* jurídica do processo e da sentença, na hipótese em causa – *Nulids. da Sent.*, cit., p. 200), e o mostra, quanto à jurisprudência (*idem*, *lug. cit.* na nota 76, *supra*), com os acórdãos aí transcritos e comentados. Com relação à doutrina, cf. BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., n. 69 e nt. 152, p. 112; CELSO NEVES, *Comentários*, cit., n. 105, ps. 214 e 215-216; FREDERICO MARQUES, *Manual*, cit., IV, n. 919, p. 233. Contra, considerando inexistentes o processo e a sentença, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 7. ed., 1991, n. 210, ps. 228-230, e n. 345, ps. 362-365), que sofre a crítica de BARBOSA MOREIRA (*Comentários*, cit., n. 69, nt. 152, *in fine*) pela contradição, a nosso ver efetivamente ocorrente, “na medida em que averba de ‘juridicamente inexistente’ a sentença e, não obstante, admite o cabimento de ação rescisória contra ela: o que *não existe* não pode ser objeto de rescisão”. Também VICENTE GRECO FILHO, apesar de considerar “inexistentes”, “simulacros de sentenças ou sentenças

inclusive da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que – conquanto falando geralmente em *declaração* (e não em *decretação*) da nulidade – considera *nulos* o processo, e conseqüentemente a sentença nele proferida, que correu sem a citação, ou com citação nula do réu.^{82 83}

somente na aparência” as proferidas “em processo em que não houve citação”, ressalva (com a mesma contradição) que “não fica, porém, excluída a possibilidade de rescisória para que a parte obtenha a declaração formal de sua ineficácia” (*Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Vol. III, n. 85.2, p. 364). Nessa contradição não incorre TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que, considerando tais sentenças inexistentes, não as considera, conseqüentemente, rescindíveis: “Já as sentenças inexistentes *podem* ser objeto de ação declaratória e não se pode, em nosso sentir, atacá-las por meio de ação rescisória, pois esta tem caráter desconstitutivo, e o que se desconstituiu coisa julgada, que, nestes casos, não se terá formado” (*Nulids. da Sent.*, cit., p. 199).

⁸² Assim é que, em *sessão plenária*, relator o Min. José Carlos Moreira Alves, o Supremo Tribunal proferiu julgamento com a seguinte ementa: “Ação declaratória de *nulidade* de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. – Para a hipótese prevista no art. 741, I, do atual Código de Processo Civil – que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia –, persiste, no direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de *nulidade*, independentemente do prazo para a ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese.” (Rec. Extr. 97.589-6-SC, *Rev. Trim. Jur.* n. 107, p. 778, e *Rev. dos Tribs.* n. 588, p. 245 – grifou-se; no mesmo sentido: *Rev. Trim. de Jurisp.* n. 110, p. 210.) E o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, em 13 de agosto de 1991, relator o Min. Eduardo Ribeiro: “Ação rescisória. Nulidade da citação. – Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado podendo, a qualquer tempo, ser declarada *nula*, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (Cód. de Proc. Civil, art. 741, I). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a *nulidade do processo*, a

partir do momento em que se verificou o vício.” (Rec. Esp. 7.556-RO, dado provimento, v. unân., *D. Just. União* de 02.09.1991, *apud* THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., nt. 28-a ao art. 485, p. 307, e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código*, cit., nt. ao art. 741, p. 439 – grifou-se; cf. *Rev. do Sup. Trib. Just.* n. 8, p. 231 e, à p. 251, o voto do Min. Athos Gusmão Carneiro.)

⁸³ Também falou em *nulidade absoluta*, *nulidade ipso iure*, LIEBMAN, em parecer notório – invocado e transcrito em boa parte, aliás, no aresto do Supremo Tribunal cuja ementa foi reproduzida na nota 82, *supra* –, publicado na *Rev. dos Tribs.* n. 152, p. 443, e na *Rev. Forense* n. 101, p. 293, e incluído em parte nos *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976 (com notas de Ada Pellegrini Grinover), com o título “*Nulidade* da sentença proferida sem citação do réu”; mas com a impropriedade, apontada aliás por BARBOSA MOREIRA (*Comentários*, cit., n. 69, nt. 152, p. 112) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Nulids. da Sent.*, cit., p. 163), de identificar nulidade e inexistência jurídica (cf. *Estudos*, cit., p. 182: “... Só um desses vícios, o maior de todos, a falta de citação, é ainda hoje motivo de *nulidade* absoluta ou de inexistência da sentença”; p. 183: “... [falta] que torna radicalmente *nulo*, juridicamente inexistente o processo, igualmente *nula* e inexistente a sentença proferida”; p. 184: “... declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A *nulidade* pode ser alegada ...”). Em PONTES DE MIRANDA se encontra, por outro lado, a crítica à idéia da citação como formadora da relação jurídica processual: “A afirmação de ENRICO TULLIO LIEBMAN (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 181) [a referência é à 1ª ed., de 1947; na 2ª, de 1976, tal afirmação está à pág. 179], como tantas outras que faz, fora da sistemática do processo, de que com a citação é que se instaura o processo, confunde, gravemente, com a *angularização* da relação jurídica processual a formação ou criação dessa. Há processos *non audita altera parte*; porém, – ainda mesmo onde não se dispensa a audiência da outra parte –, a relação jurídica processual e, pois, o processo precedem à sua angularização, que, essa, sim, depende da citação. A concepção do processo em ENRICO TULLIO LIEBMAN ligava-se ao meado do século XIX (*Comentários*, cit., XI, *sub art.* 741, p. 98).”

11. Subsistência da ação do executado que não embargou, nesse caso

11.1 De qualquer maneira – e voltando agora ao tema central deste estudo –, o que pretendemos aqui demonstrar é a subsistência da ação do executado que não embargou. A digressão acima foi necessária para justificarmos a adoção da doutrina da *nulidade* (e não *inexistência* jurídica) do processo, e da sentença nele proferida, em que não houve ou foi nula a citação do réu não-comparecente (revel). Mas a tese vale tanto para os que, como nós, têm tal processo e sentença como *nulos pleno iure* (devendo, pois, ser desconstituídos em ação de decretação de nulidade), como para os que os têm como juridicamente *inexistentes* (podendo, pois, ser objeto de ação declaratória).

E se tem tal ação o réu que não foi citado, ou que o foi nulamente, no processo de conhecimento, igualmente a tem, sem dúvida, o executado que não foi citado *no próprio processo de execução*. Não há, aí, incidência direta do art. 741, I, mas pode ele ser invocado analogicamente, não para a oposição de *embargos* – que, como acima visto, têm por fundamento os arts. 741, V, 2ª parte (“nulidade” do processo executivo “até a penhora”), e 745 –, mas para a propositura da *actio nullitatis* (que terá por base o art. 618, II, que declara “*nula*” a execução “se o devedor não for regularmente

citado”).⁸⁴

11.2 Quanto à subsistência da ação do executado que não embargou, nesse caso específico (falta ou nulidade da citação, no anterior processo de conhecimento), são expressivos os julgados acima e as lições de LIEBMAN e PONTES DE MIRANDA, como a seguir veremos.

12. Jurisprudência do art. 741, I, do Código de Processo Civil

No acórdão do Supremo Tribunal Federal referido,⁸⁵ o relator, Min. Moreira Alves, argumenta:

“(…) Na demanda em apreço, é preciso salientar, mais uma vez, que o fundamento da pretensão é a *nullidade* processual por *inexistência de citação*. Sob esse argumento, qualquer sentença pode ser rescindida, desde que a rescisória seja intentada dentro de dois anos, contados do seu

⁸⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA: “A falta ou nulidade da citação inicial, essa, se não foi suprida com a comparência, atravessa todo o processo executivo como atravessaria o processo de cognição e resistiria à sanção pela sentença (cf. art. 741, I, pr.). O citado nulamente e o não-citado, que não compareceu, têm a *actio nullitatis*, e essa é uma das ações de nulidade a que havemos de aludir. (...)” (*Comentários*, cit., XI, com. ao art. 741, p. 140.)

⁸⁵ *Supra*, nota 82 (*Rev. Trim. de Jurisp.* n. 107, p. 778, e *Rev. dos Tribs.* n. 588, p. 24 – grifou-se).

trânsito em julgado (arts. 485, V e 495 do diploma processual), ou então o processo correspondente poderá ser *amulado* em embargos à execução, *ex vi* do disposto no art. 741, I, do aludido diploma. Todavia não são esses, técnica e processualmente, os únicos meios de que se dispõe para obter-se a declaração judicial de *nulidade* de um feito, com base naquele mesmo argumento. Ao lado da ação rescisória e dos embargos à execução emerge, embora contraditada, a ação declaratória. Se o prazo das duas primeiras exaure-se, a parte, alegando falta de citação, pode vir a juízo, através da declaratória, para postular a *nulidade do processo*, devendo o magistrado, após a sua devida tramitação, dar ou não pela procedência do pedido.”

Reproduz o acórdão, em seguida, “o magistério do Prof. ENRICO TULLIO LIEBMAN”, no estudo citado, que adiante se verá; e em outro passo pondera:

“Que não é necessária ação rescisória para a declaração de inexistência ou de nulidade de citação, quando ocorre a revelia, di-lo o próprio Código de Processo Civil, ao permitir, em seu art. 741, I, que, em embargos à execução fundada em sentença, o devedor alegue: falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia. Com efeito, transitada em julgado a sentença de mérito, o meio normal de rescindi-la é a ação rescisória. No entanto, o nosso direito positivo, em se tratando de falta ou nulidade de citação, se a ação correu à revelia, não a exige, por entender que, nesse caso, não se trata de rescisão de sentença, que o juiz da execução não poderia fazê-la, incompetente que o é para tanto, mas de *nulidade absoluta da sentença*, que pode ser declarada por meio de embargos à execução ou de ação declaratória, ambos independentemente de observância dos requisitos da ação rescisória. Não se trata – é bem de ver – de exceção à ação rescisória, mas, sim, de hipótese para a qual não é exigível ação dessa natureza, por não se tratar de vício dependente da rescisão, mas de *vício de nulidade absoluta*, e, portanto, insanável. Por isso mesmo é que essa nulidade absoluta, e, conseqüentemente, insanável é atacável,

expressamente, por meio de embargos à execução, independentemente da observância do prazo de decadência da rescisória.”

O Ministro Aldir Passarinho, por sua vez, em seu voto, aduziu:

“Parecem-me válidas as ponderações do Sr. Min. Moreira Alves, porque, se, de acordo com o art. 741 do Código de Processo Civil, é possível, na execução, embargos por falta ou nulidade de citação, no processo de conhecimento, sendo os embargos uma forma de ação de oposição à execução, ela tem natureza, a rigor, declarativa-negativa. É, portanto, perfeitamente compreensível que haja uma ação própria, declarativa-negativa, para o mesmo fim, sendo esta construção absolutamente lógica; supre-se, portanto, uma omissão do Código de Processo Civil, que não prevê exatamente um tipo de ação própria para obter-se a declaração de *nulidade* de uma ação por falta de citação válida.”

13. A lição de Liebman

No erudito estudo aludido, LIEBMAN discorre:

“Cumpre-nos agora indagar as conseqüências desta nulidade. Com efeito, as nulidades dos atos processuais podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo. Ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo.

Há contudo vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa

vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico. ‘A sentença que é per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e por tanto não é necessário ser dela apelado. E é per Direito nenhuma quando é dada sem a parte ser primeiro citada etc.’ (Ord. Liv. III, tít. 75).

Estamos assim em presença de uma nulidade *ipso iure* (...) ⁸⁶, tal que impede à sentença passar em julgado (...) ⁸⁷. E por isso que ‘em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma’, tal se pode também nos embargos à execução (Ord. Liv. III, tít. 87, § 1).’ ⁸⁸

Adiante, após elucidar que “essa doutrina corresponde à mais pura tradição clássica”, em notável síntese sobre a evolução dos remédios jurídico-processuais contra as sentenças injustas e as nulas, ⁸⁹

⁸⁶ “MELO FREIRE, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Liv. IV, tít. 23, § 20” [PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani cum Publici tum Privati*, Conimbricæ (Coimbra), 1791-1793, I-IV; 2. ed., 1827; I, 5. ed., 1859; 1860, II-V; 1861, VII (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., n. 1.462, ps. 428-429)].

⁸⁷ “LOBÃO, *Segundas Linhas*, I, nota 578” [MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1855, I e II (*apud* Pontes de Miranda, *loc. cit.* na nota anterior, n. 34, p. 327)].

⁸⁸ LIEBMAN, *Estudos*, cit., ps. 180-181.

⁸⁹ “O direito romano mais antigo ignorava a apelação da sentença do *iudex*; se esta encerrava defeitos graves, era simplesmente *nula* (*nullius momenti*: Ulp. Dig. 42, 1, 4), e essa nulidade podia ser alegada em qualquer oportunidade, como defesa contra a *actio iudicati* ou como réplica à exceção [no original está, por evidente erro, “execução”] da coisa julgada, e talvez também diretamente com a *revocatio in duplum*. Quando, no processo *extra ordinem*, teve origem a apelação, não se alterou a doutrina da nulidade da sentença: destinada a corrigir as sentenças injustas, a apelação não se tornou necessária para invalidar as nulas, que eram ineficazes de pleno direito (Rubr. Dig 49, 8 e Cód. 7, 64).” [LIEBMAN, *ibidem*,

conclui:

“Como vimos, pois, a exigência prática de dar maior estabilidade aos julgados condicionou, no decorrer dos séculos, a nulidade da sentença, mesmo insanável, à proposição de uma ação de impugnação especial, que em linguagem moderna tomou o nome de rescisória (art. 798 do Código de Processo Civil) [do Cód. de 1939]. Os vícios da sentença se tornaram assim motivos de nulidade *relativa*, ou se se prefere, de anulabilidade. Só um desses vícios, o maior de todos, a falta de citação, é ainda hoje motivo de nulidade *absoluta* ou de inexistência da sentença. Por isso o Código de Processo Civil, apesar de suprimir os antigos embargos de nulidade, permite alegar nos embargos à

p. 181; cf. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. 1.ed. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954. Trad. arg. da *Procedura Civile Romana* (Roma, 1936) por Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin, § 49, ps. 356-364, e § 59, ps. 422-426.] “O direito intermédio recebeu a distinção entre sentenças injustas e nulas e sobre essa base erigiu seu novo sistema: contra as primeiras era sempre possível experimentar a apelação; quanto às segundas, com o objetivo certamente de aumentar a segurança das relações jurídicas, o direito canônico, a legislação estatutária e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial que denominaram *querela nullitatis*, remédio que não era nem um recurso, nem uma ação, mas uma invocação do *officium iudicis* (ALTIMARO BLASIO, *Tractatus de nullitatibus sententiarum* [Venetiis (Veneza), 1705-1727, I-VIII], liv. 1, rubr. 1). Mas as nulidades distinguiam-se em sanáveis e insanáveis; com respeito às primeiras, a querela devia propor-se dentro de prazo breve, igual ao da apelação, de maneira que, na prática, operou-se a fusão entre o remédio especial e o recurso ordinário. Ao contrário, as nulidades insanáveis sobreviviam ao decurso dos prazos e à formação da coisa julgada e podiam alegar-se com a *querela nullitatis* como remédio extremo que, por analogia com uma verdadeira ação, ficava sujeita à prescrição ordinária (ALTIMARO BLASIO, op. cit., rubr. 1, qu. 3, n. 2; SILVA, *Commentaria ad Ordinationes* [Manuel Gonçalves da Silva, ob. cit. na nt. 62, *infra*], Liv. III, tit. 75, n. 2 e segs.).” (LIEBMAN, *ibidem*, ps. 181-182.)

execução a falta da citação inicial (art. 1.010, I) [do Cód. de 1939]. (...) É este o único caso que sobrevive nos nossos dias de sentença ‘que é per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito’.”⁹⁰ E indagando, finalmente, “qual seria, em verdade, o processo adequado para a declaração de tal nulidade”, assevera: “Não há outra resposta que esta: todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório.”⁹¹

14. A lição de Pontes de Miranda

No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA, nos comentários ao art. 741, I, do Código de Processo Civil, ensina:

“A *actio nullitatis* – para as sentenças nulas *ipso iure* – podia (...)”⁹² e pode ser proposta após os dois anos do prazo preclusivo das ações rescisórias e até mesmo depois dos vinte da *actio iudicati*, porque são ações perpétuas as que nascem contra a nulidade de pleno direito (‘in nullitate notoria, quae ex actis apparet’).⁹³

⁹⁰ LIEBMAN, *ibidem*, ps. 182-183. (Os grifos são do original.)

⁹¹ *Idem, ib.*, ps. 183-184.

⁹² MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulyssipone (Lisboa), 1731-1733, I-III; 1741, I; 1742, II-III; 1740, IV (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., n. 2.126, p. 479) – III, p. 130, conforme a citação.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, p. 93.

Se o princípio *Audiatur et altera pars* fosse inexcetuável, ou, pelo menos, não tivesse de sofrer a limitação do art. 741, I, explícita, a sentença, que contém o nome do réu e esse não foi citado, seria inexistente. Mas o art. 214 estabelece a pena de nulidade; portanto, a sentença é, posto que nula a relação jurídica processual. Não importa qual a ação de que se trata, – se declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva. Equiparação da *falta* de citação (citação inexistente) à citação *nula*, mas apenas *no tocante à sentença*. Ambas as sentenças têm eficácia enquanto não se lhes decreta a nulidade *ipso iure*, embora não seja a ação rescisória o único remédio jurídico para a desconstituição delas. Há a *actio nullitatis* e a *exceptio nullitatis*, exercíveis antes da prescrição, bem como os embargos do devedor que são espécie daquela.

Resta saber se, podendo ser proposta a exceção *por via de embargos do devedor* (art. 741, I), o executado fica privado da sua ação de nulidade, ou da ação rescisória. (...) É bem de ver-se que, não sendo a rescisão da sentença pleiteável pelos embargos do devedor, de modo nenhum pode atingir o prazo da pretensão à rescisão o não se ter argüido, nos embargos do devedor, a causa rescindente. O problema verdadeiramente só se põe quanto às nulidades da sentença de cognição, argüíveis nos embargos do devedor, e quanto às nulidades da execução.”⁹⁴

“O art. 741, I, como o art. 1.010, I, do Código de 1939, não é novidade. A falta de citação não era causa de inexistência, mas era-o de ‘nulidade por direito’ (...)”⁹⁵. (...) A sentença, em geral, cobre as nulidades, mas há nulidades que ela não cobre, porque fazem nula a própria sentença: ‘é, de tal qualidade a falta de citação que é insuprível’ (...)”⁹⁶. ANTÔNIO DA GAMA, na Decisão 237,⁹⁷ já o dissera; e

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 94. (Os grifos são do original.)

⁹⁵ “MANUEL ANTÔNIO MONTEIRO, *Tratado Prático Jurídico Cível e Criminal*, ed. de 1765, 7.”

⁹⁶ “MANUEL ANTÔNIO MONTEIRO, *Tratado Prático*, 7.”

GABRIEL PEREIRA DE CASTRO (*Decisiones*, 354⁹⁸) foi extenso a respeito da categoria.”⁹⁹

“Temos a ação declarativa de existência ou inexistência de relação jurídica pós-sentencial entre a pessoa que figura na sentença e o Estado (...)”¹⁰⁰. Só se decide, nela, se existe ou não existe sentença. Temos os embargos do devedor conforme o art. 741, I. Temos a ação rescisória. Temos as impugnativas intraprocessuais (recursos) das sentenças, nas quais, de regra, a *querela nullitatis* se intrometeu e se juntou ao exame da *injustiça* das sentenças.”¹⁰¹

“Resta saber se, para os casos de nulidade *ipso iure* (art. 741, I), também temos a ação autônoma de nulidade, a *actio nullitatis*. Não há texto de lei que explicitamente resolva a questão; porém, não se tire do fato de se haver a querela absorvido no recurso que desapareceu a *ação constitutiva negativa* – que é a ação autônoma – fora dos casos dos arts. 485-495, que são de *rescisão e somente dentro do biênio*. As nulidades do art. 741, I, não podem sanar depois dos dois anos: insanáveis eram; não as sanou a sentença; não as sana o tempo: o que pode dar-se é a preclusão dos prazos de embargos, ou a prescrição da pretensão a executar, que é de vinte anos. Solução contrária sustentou, para o direito italiano, FRANCESCO CARNELUTTI (*Lezioni*, 1931, 298, 311 s.,

⁹⁷ *Decisioinum Supremi Senatus Lusitaniae centuriae*, IV, Ulyssipone (Lisboa), 1578; Antuerpiae, 1699 (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., n. 815, p. 381).

⁹⁸ *Decisiones Supremi Eminentissimeque Senatus Portugalliae*, Ulyssipone, 1699 (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., n. 1.692, p. 446).

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, p. 95.

¹⁰⁰ Cf. ARTHUR NUSSBAUM, *Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse* (Os Atos processuais, seus pressupostos e necessidades), Munique, 1908 (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., Bibl., n. 1.615, p. 440) – p. 19, conforme a citação.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, p. 96. (Os grifos são do original.)

258¹⁰²), mas sem razão, porque uma coisa é o recurso, outra, a ação mandamental do art. 741, I, outra, a ação constitutiva negativa, a *actio nullitatis*, e outra, a *ação rescisória*. O próprio FRANCESCO CARNELUTTI, que negou a *querela nullitatis*, pensou *em casos* em que a sentença não absorve a querela de nulidade, o que se choca, à evidência, com a sua afirmação de que ela não existe no sistema do direito italiano.”¹⁰³

“Na ação mandamental do art. 741, I, está a *querela nullitatis*, ‘por dentro’ do pedido de mandamento negativo, o que melhor explicamos a respeito dos embargos de terceiro. A *actio nullitatis insanabilis*, essa, vai contra a sentença, ainda que não se haja iniciado a execução (eficácia). Tanto a *actio nullitatis insanabilis* como, e com maioria de razão, a ação declarativa de inexistência são *perpétuas*. Quanto às duas primeiras, assim era no direito romano, assim foi, e é no direito canônico, e assim é no direito de hoje. Quanto à *ação de declaração de inexistência*, tal é a regra jurídica geral, pelo menos depois que Bonifácio VIII, no ano 1298, proclamou que a sentença sem publicação (*recitatio*) nem merece o nome (*nomen*) de sentença, nem dela se precisa apelar. O que nunca existiu não passa, com o tempo, a existir. Vale o mesmo para a ‘sentença’ de quem não era juiz.”¹⁰⁴

“(…) O art. 741, I, exclui a *sanatória sentencial*, isto é, a sanatória que é uma das conseqüências da força formal de coisa julgada, a sanatória que resulta da preclusão dos prazos para os recursos contra a sentença. E exclui, acentuando que, se o réu foi revel, a citação nula viciou o processo *ab initio* e em qualquer que seja o grau em que se

¹⁰² *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1920, I; 1922, II; 1923, III; 1925, IV; 1929, V; 1929-1932, VI; 1931, VII. Reimpressão, 1933 (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., XVII, Bibl., n. 439, p. 355).

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, p. 97. (Os grifos são do original.)

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, XI, p. 97. (Os grifos são do original.)

proferiu a sentença. A nulidade persiste. (...)»¹⁰⁵

“(...) A matéria da ação rescisória de sentença nada tem com o art. 741. Rescisão de sentenças ou de atos judiciais em geral só se pede em *ação rescisória*, – não em embargos. A sentença proferida em processo em que não houve citação, nem o réu compareceu, ou a citação foi nula e revel foi o réu, é sentença *nula de pleno direito*, e não só *rescindível*. Por isso mesmo, o revel é autorizado a pedir-lhe a decretação da nulidade, *fora da ação rescisória*, nos simples *embargos do devedor*, ou, antes, em *actio nullitatis*, ou em *exceptio nullitatis*.”¹⁰⁶

“Os embargos do devedor e os embargos de terceiros são ações mandamentais. O prazo, para eles, é *preclusivo*. Se algo, neles, se decide, a eficácia impõe-se segundo os princípios que regem as sentenças de cognição completa. Se não foram opostos, mas alguma ação *podia*, sem exaustão, não ser proposta dentro deles, a preclusão só entende com a ação mandamental; de modo que fica ao interessado propô-la no prazo preclusivo ou prescricional que entenda com essa ação incólume à preclusão da ação mandamental de embargos.”¹⁰⁷

“A nulidade absoluta do art. 741, I, não é peculiar às sentenças com efeito executivo. Todas as outras sentenças podem ser feridas de tal nulidade.

¿Como obter-se a decretação se não ocorre a execução e, pois, não há eficácia executiva que provoque a defesa do executado contra ela? A resposta vale para todas as outras sentenças e também para as sentenças com efeito executivo que ainda não tenham sido levadas à execução. A ação para que se decrete tal nulidade absoluta é *ação de nulidade absoluta da sentença*, pois que a sentença com os vícios do art. 741, I, *existe* e é *nula*. Trata-se de *ação constitutiva* (...) ¹⁰⁸ *negativa*; e

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 101. (Os grifos são do original.)

¹⁰⁶ *Id., ib.*, p. 102. (Os grifos são do original.)

¹⁰⁷ *Id., ib.*, p. 106. (Os grifos são do original.)

¹⁰⁸ PIERO CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravami*, Florença, 1915 (*apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, XVII, Bibl., n. 388, p. 351), p. 14 s., conforme a citação.

não de ação mandamental, nem declarativa (*aliter*, se a sentença não existe, porque então seria declaratória da inexistência da relação de direito público oriunda da entrega da prestação jurisdicional).”¹⁰⁹

“Os embargos do executado, com fundamento do art. 741, I, são a espécie mandamental da *actio nullitatis*; sendo de notar-se que, estando incluído na regra jurídica o caso da *falta* de citação inicial, se subestimou a função do juiz, – donde ser constitutiva negativa, em vez de declarativa negativa, a ação relativa à angularidade deficitária por *falta* (inexistência) de citação inicial.”¹¹⁰

“O legislador levou mais em conta o fato da existência da sentença de conteúdo processual não-verdadeiro, (falou de citação sem ter havido citação) do que a inexistência do conteúdo processual. Essa solução técnica, *de lege ferenda*, não é sem bons fundamentos, mesmo porque aparece a respeito das escrituras públicas.”¹¹¹

15. Subsistência da ação do executado que não embargou, em geral

Vista, portanto, essa espécie particular de ação do executado que não embargou (a *actio nullitatis* decorrente da falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento), voltemos agora a apreciar o tema genericamente, pensando precipuamente na hipótese, inicialmente enfocada, da inexistência efetiva do crédito aparentado

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., XI, p. 106. (Os grifos são do original.)

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 107. (Os grifos são do original.)

¹¹¹ *Id., ib.*, p. 109.

no título executivo.

Vimos longamente a espécie acima, tão expressiva, que tem recebido maior atenção da doutrina e da jurisprudência, por dizer respeito a vício gravíssimo do processo, que contamina insanavelmente a sentença por infringir princípio fundamental do direito processual (*Audiatur et altera pars*).

Mas, voltemos a perguntar: quando isso não ocorre e o suposto devedor deixa de opor seus embargos, no prazo legal, estarão definitivamente fechadas, para ele, as portas da Justiça, mesmo se o crédito, que o título fazia presumir, na realidade não existia?

Suponhamos, para dar um exemplo bem expressivo, a ocorrência, no âmbito do processo de execução, da hipótese de ação rescisória prevista no art. 485, VII, do Código de Processo Civil: “depois da sentença” o sucumbente “obtem documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. A viúva inventariante, *e.g.*, que não opôs embargos à execução movida contra o espólio porque não tinha nenhuma prova do pagamento da dívida feito pelo marido – porque ignorava a existência do documento que o comprovava e talvez o próprio pagamento, ou porque aquele estava extraviado –, vem, após finda a execução ou simplesmente após esgotado o prazo para os embargos, a encontrar tal documento. Aliás com o próprio titular da dívida poderia ocorrer o extravio do documento, levando-o a não animar-se a opor embargos sem qualquer prova, vindo depois, tardiamente, a encontrá-lo.

Estarão eles impedidos de propor, paralelamente ao curso do processo de execução (sem suspendê-lo, pois só os embargos

tempestivamente opostos poderiam fazê-lo), e mais provavelmente após seu encerramento, sua ação restitutória ou indenizatória?

No início falamos de uma alternativa necessária: nos casos que admitem a ação rescisória, ou há lugar para ela ou – se não se pode dela cogitar porque não houve *sentença de mérito* (Cód. de Proc. Civil, art. 485, *caput*) – tem de haver outra ação, outro remédio jurídico processual que assegure “o direito” (Cód. Civil, art. 75), a pretensão restitutória ou indenizatória do executado.

E nesse sentido tem-se pronunciado a melhor doutrina e jurisprudência.

16. Doutrina sobre o tema

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, tratando especificamente da extinção do processo de execução, pondera que a sentença que o declara extinto, de acordo com o art. 795 do Código de Processo Civil, não faz coisa julgada material, a qual diz respeito “ao elemento declaratório das sentenças de mérito, que só podem se localizar no processo de conhecimento”;¹¹² assim, não tendo havido

¹¹² Fazendo remissão, aí, a NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, ps. 500-501; cf. p. 501: “(...) A coisa julgada, porém, é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano das suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas.” Adiante: “(...) Isso mostra que, nessas sentenças

juízo sobre o crédito, e sendo “o resultado da execução em tudo equivalente ao pagamento voluntário da obrigação pelo devedor”, nada impede, de acordo com as lições de LIEBMAN e COUTURE, que invoca, que o executado venha “a juízo, em ação de repetição de indébito” – que “não ataca os atos executivos, nem a eficácia propriamente dita da execução forçada” –, “reclamar a reposição do prejuízo que lhe acarretou uma execução injusta”.¹¹³

E é esta a lição invocada de LIEBMAN:

“Concluída a execução com a entrega ao credor daquilo que lhe pertence, exclui-se definitivamente toda possibilidade de oposição. Tal não exclui, porém, que o devedor possa ainda alegar contra o credor a inexistência do crédito e, conseqüentemente, a ilegitimidade da execução realizada, sob condição, é claro, de que não se lhe hajam anteriormente rejeitado as alegações em seguida à oposição por ele formulada antes. Semelhante ação, que nenhuma relação tem, mais, com o processo de execução, já encerrado, e não se dirige nem contra um ato executivo, nem contra o título, destina-se à restituição das coisas subtraídas com a execução (art. 2.083, Código Civil, e 571, Código de Processo Civil¹¹⁴), ou, pelo menos, se tal não é mais possível, ao pagamento de uma quantia

[condenatórias e constitutivas], o que excede o seu conteúdo declaratório corresponde a atividade jurisdicional *executória* que pressupõe a atividade de cognição anterior, da qual é conseqüência. Mostra, portanto, que a coisa julgada, como *prius* lógico-jurídico da execução, não pode exceder o conteúdo declaratório da sentença. Exato, pois, o relacionamento estabelecido por HELWIG, ao restringir a coisa julgada à eficácia própria da declaração.” Cf. tb. págs. 499 (n. 3, *in fine*), 503-504 (n. 9), 505 (Concls. 6, 7 e 10).

¹¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 2. ed., 1988, n. 964, ps. 1.093-1.094.

¹¹⁴ Códigos Civil e de Processo Civil italianos de 1865.

equivalente a título de indenização.”¹¹⁵

Por sua vez, COUTURE lembra que “os glosadores, a cuja elaboração se deve boa parte da formação histórica do juízo executivo, diziam” que aos sucumbentes no juízo executivo reservam-se os direitos no ordinário (*sucumbenti in iudicio executivo reservantur iura in ordinario*); e que esse conceito, e outro mais geral [*Pronuntiatio iudicis facta in causa summaria super aliquo articulo incidenti, non praeiudicat*],¹¹⁶ “constituem o antecedente dos textos que no direito moderno estabelecem que o decidido no juízo executivo só faz coisa julgada formal e que é permitida sua revisão em juízo ordinário”; e cita como exemplo o art. 940 do Código de Processo Civil uruguaio:¹¹⁷ “Qualquer que seja a sentença que ponha termo ao juízo executivo, fica salvo, tanto ao autor como ao réu, o direito de promover o juízo ordinário; o que não poderão fazer senão depois de

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. Trad. bras., por J. Guimarães Menegale, de *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*. 2. ed. Roma, 1936, n. 140, ps. 210-211. Nota 162: “Conforme CARNELUTTI [*Lezioni*, cit.], V ns. 463 e 464. Também a doutrina alemã é concorde em admitir a sobrevivência de uma ação de enriquecimento: HELLWIG-OERTMANN, *System*, II, págs. 192, 199.”

¹¹⁶ Nota 62 do original: “BARTOLO, comentários à L. 4, *Digesto, de re iudicata*; FASOLUS, *De sumariis cognitionibus*, p. 2; LIEBMAN, *Sobre el juicio ejecutivo*, cit., p. 387.”

¹¹⁷ “Cualquiera que sea la sentencia que pusiere término al juicio ejecutivo, queda a salvo, tanto al actor como al reo, el derecho para promover el juicio ordinario; lo que no podrán verificar sino después de haber concluido aquél.” A 3ª edição dos *Fundamentos* (nota seguinte) data de 1958, e o respectivo prefácio de 1955.

ter terminado aquele.”¹¹⁸ E examina, em seguida, as várias

¹¹⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. Reimpressão, 1977, n. 307, ps. 472-473. Não se esquece neste ensejo, naturalmente, que o direito processual uruguaio, tal como o argentino e, de modo geral (com poucas exceções, entre as quais os Estados Unidos e o Brasil), o dos demais países da América, é de origem espanhola, sofrendo seus Códigos a direta influência da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 e, alguns, a da revisão dessa lei, de 1881; e assim, juntamente com ela, lançando raízes, seu *juicio ejecutivo*, no *processus executivus* do direito comum europeu (autor e ob. cit., n. 14, ps. 23-24). Aliás, como mostrou LIEBMAN, em magistrais estudos (cf. cit. adiante), a *ação executiva* brasileira, do Código de 1939 (arts. 298-301), que instaurava processo com alguma semelhança com tais *juicios* (processo misto de cognição e execução), derivava igualmente daquele processo medieval: “O *processus executivus*, criação do processo medieval italiano, difundiu-se rapidamente em toda a Europa e acabou por desaparecer, mais tarde, nos países em que primeiro vigorou, mas sobrevive ainda nos países sul-americanos, onde chegou através das legislações espanhola e portuguesa.” (Execução e ação executiva [trad. de Vitor Nunes Leal], ensaio publicado originariamente na *Revista Forense* n. 94, p. 214, in *Estudios sobre o Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 36.) Reafirmou-o COUTURE, citando LIEBMAN nos ensaios *Istituti del diritto comune del processo civile brasiliano*, na *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1949, p. 154; *Sobre el juicio ejecutivo*, nos *Estudios en Honor de H. Alsina*, p. 387; e no *Proceso de Execução*, cit.: “(...) Se da en esta materia la curiosa situación de que los países de América Latina conservan aún, através de la originaria filiación española y portuguesa, las fórmulas del proceso común europeo, particularmente italiano. Mientras en Europa estas fórmulas han tendido a desaparecer, aún en su propio país de origen, en América sobreviven tal cual se las fijó originariamente.” (Op. cit., n. 293, p. 451.) (Note-se que a antiga “ação executiva”, do Código brasileiro de 1939, foi, como se sabe, abolida pelo atual Código de Processo Civil, que equiparou os títulos executivos extrajudiciais aos judiciais para a propositura da ação respectiva.) J RAMIRO PODETTI. *Tratado de las Ejecuciones* 3. ed. (ampliada e atualizada por Victor A. Guerrero Leconte). Buenos Aires: Ediar.

1997, a seu turno, anota que, *“como resulta de la resenã que sobre el nacimiento y evolución del juicio ejecutivo en España he formulado en este capítulo, fue este, desde su origen, un proceso contencioso e no ejecución pura o simple procedimiento de ejecución”*; e, cita, nesse sentido, MANUEL DE LA PLAZA (*Derecho Procesal Civil Español*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madri, 1942, t. II, p. 523): *“Nuestro juicio ejecutivo, dice, por su traza, por su disposición, por su contenido, hasta por los efectos de la resolución que en él recae es heredero directo del processus executivus del derecho común”* (n. 16, p. 47). Adiante, falando já sobre o processo argentino, pondera PODETTI: *“Se ha dicho que todos los códigos argentinos de procedimiento civil han seguido a la Ley de enjuiciamiento civil de España de 1855. Ya, en alguna oportunidad anterior, discrepé con ese aserto, haciendo ver cómo algunos de nuestros códigos seguían a la Ley de enjuiciamiento civil de España de 1881. (...) En lo que al juicio ejecutivo se refiere, es evidente que nuestros códigos procesales tienen como fuente común a la legislación española, pero ninguno lo hizo al pie de la letra. (...)”* (n. 41, p. 79). E mais adiante conclui: *“(...) Nuestro proceso ejecutivo es un verdadero ‘juicio’, siempre jurisdiccional, con etapas necesarias de conocimiento (el examen del título por el juez), bilateralidad y posible contienda (cuando el ejecutado excepciona)”* (n. 49, p. 97).

No momento, entretanto, é preciso atentar para a novíssima *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, Lei n. 1, de 7 de janeiro de 2000, publicada no Boletín Oficial del Estado (BOE) n. 7, de 8 de janeiro, ps. 575-728, com correção de erros no BOE n. 90, de 14.04.2000, p. 15278, e que entrará em vigor no dia 8 de janeiro de 2001 (disposição final n. 21). Tal lei, no Livro III, Título I, Capítulo I, arrola juntamente, no art. 517, *“las sentencias y demás títulos ejecutivos”*; no Tít. III, Cap. IV, trata *“de la oposición a la ejecución y de la impugnación de actos de ejecución contrarios a la ley o al título ejecutivo”*, cuidando, no art. 556, da *“oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales y de transacciones y acuerdos aprobados judicialmente”*, e no art. 557, da *“oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales”*. A respectiva *“Exposición de Motivos”*, n. XVII, esclarece: *“En cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto*

puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas. Así, en la oposición a la ejecución, las especialidades razonables en función del carácter judicial o no judicial del título o las que resultan necesarias cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados. /.../ El incidente de oposición a la ejecución previsto en la Ley es común a todas las ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, que tienen su régimen especial. La oposición se sustancia dentro del mismo proceso de ejecución y sólo puede fundamentarse en motivos tasados, que son diferentes según el título sea judicial o no judicial. / Absoluta novedad, en esta materia, es el establecimiento de un régimen de posible oposición a la ejecución de sentencias y títulos judiciales. Como es sabido, la Ley de 1881 guardaba completo silencio acerca de la oposición a la ejecución de sentencias, generando una indeseable situación de incertidumbre sobre su misma procedencia, así como sobre las causas de oposición admisibles y sobre la tramitación del incidente. / Sin merma de la efectividad de esos títulos, deseable por muchos motivos, esta Ley tiene en cuenta la realidad y la justicia y permite la oposición a la ejecución de sentencias por las siguientes causas: pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, siempre que se acredite documentalmente; caducidad de la acción ejecutiva y existencia de un pacto o transacción entre las partes para evitar la ejecución, siempre que el pacto o transacción conste en documento público. Se trata, como se ve, de unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración, como si la ejecución de una sentencia firme pudiera consistir en operaciones automáticas y resultase racional prescindir de todo cuanto haya podido ocurrir entre el momento en que se dictó la sentencia y adquirió firmeza y el momento en que se inste la ejecución. / La oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales, se admite por las siguientes causas: pago, que se pueda acreditar documentalmente; compensación, siempre que el crédito que se oponga al del ejecutante sea líquido y resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; pluspetición; prescripción o caducidad del derecho del ejecutante; quita, espera o

modalidades que esse juízo ordinário posterior pode apresentar, mudando de natureza, de finalidade, de efeitos e até de pressupostos segundo variem as situações aduzidas por seu promovente; analisando-o então como juízo de anulação, de repetição do indevido,

pacto de no pedir, que conste documentalmente; y transacción, que conste en documento público. / Se trata, como es fácil advertir, de un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva. / Porque esta Ley entiende los títulos ejecutivos extrajudiciales, no como un tercer género entre las sentencias y los documentos que sólo sirven como medios de prueba, sino como genuinos títulos ejecutivos, esto es, instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa. / La oposición a la ejecución no es, pues, en el caso de la que se funde en títulos ejecutivos extrajudiciales, una suerte de compensación a una pretendida debilidad del título, sino una exigencia de justicia, lo mismo que la oposición a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales o arbitrales. La diferencia en cuanto a la amplitud de los motivos de oposición se basa en la existencia, o no, de un proceso anterior. Los documentos a los que se pueden atribuir efectos procesales muy relevantes, pero sin que sea razonable considerarlos títulos ejecutivos encuentran, en esta Ley, dentro del proceso monitorio, su adecuado lugar.” E o art. 564 reza: (Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución) – Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda.”

de “revisão do mérito” e de indenização.¹¹⁹

Em campo paralelo, estudando as tutelas “cautelar” e “antecipatória” – distinguindo a cognição, no plano horizontal (quanto à extensão), em plena ou parcial, e no plano vertical (quanto à profundidade) em exauriente, sumária e superficial¹²⁰ –, LUIZ GUILHERME MARINONI diz que quando se fala em cognição *exauriente* “se quer dizer que a lide objeto da cognição não mais será objeto de cognição em outro processo”, sendo característica do processo de conhecimento no qual não há qualquer limitação dela no sentido vertical.¹²¹ E conclui que “ao lado do processo de cognição sumária sempre deve estar predisposto um processo onde a cognição possa ser exauriente. É que em nome do direito à tutela urgente, não podemos, evidentemente, admitir o sacrifício do direito à adequada cognição da lide, que também integra a cláusula do *due process of law*”.¹²²

E DINAMARCO, no campo específico do processo de execução, comenta acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 9 de dezembro de 1981 (2ª Câmara), de que foi relator, com a seguinte ementa: “Ao juiz é vedado julgar o mérito da execução forçada, no próprio processo executivo: ou o executado opõe embargos e a existência do crédito é aferida nessa sede, ou não os

¹¹⁹ *Op. cit.*, ns. 308-312, ps. 474-477.

¹²⁰ Seguindo, aí, a orientação de WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, ns. 19-21, ps. 83-94.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 2.3.1, p. 22.

¹²² Concl. 58, p. 146; cf n. 4.9, p. 124, e *passim*.

opõe e o juiz pratica ilegalidade se julgar a respeito (Cód. de Proc. Civil, arts. 2º e 128)”; e faz, a respeito do problema aqui examinado, estas judiciosas considerações:

“(…) No tocante à existência do crédito em si mesmo, se não forem opostos embargos e a execução prosseguir e o bem penhorado vier a ser efetivamente transferido a outrem, o executado disporá da possibilidade de repetir o valor de que foi desfalcado e do qual fora injustamente desfalcado (Cód. de Proc. Civil, art. 486); não havendo embargos, nem sentença de mérito, inexistente coisa julgada material e a questão da existência do crédito pode perfeitamente ser posta em juízo, por essa via. No tocante aos casos em que o executado não haja sido regularmente citado no processo executivo, ele sequer terá chegado a ser parte nesse processo (a qualidade de parte no processo, como demandado, adquire-se mediante a citação válida; ...¹²³); o resultado é que eventual expropriação será ineficaz perante ele, que poderá desconsiderá-la e a qualquer momento vir a juízo com a sua pretensão ao bem, inclusive pela via petitoria, se for o caso (cfr. Supremo Tribunal Federal, 1ª T., RE 96.696, j. 22.10.82, rel. Alfredo Buzaid, m.v., RTJ 104/826). (...) Se o juiz julgasse o mérito, contra toda a evidência do sistema moderno adotado no direito positivo, aí sim é que poderia o executado vir a ficar irremediavelmente perdido por uma coisa julgada contrária e, ao cabo de dois anos, seguramente intransponível. É que, nos casos de execução não embargada, o executado terá estado ausente e silente, nada trazendo a sustento de uma sentença favorável. O julgamento que fosse dado seria desfavorável a ele na grande maioria dos casos, praticamente em todos. E então, tendo-se julgamento de mérito, sobreviria um dia a coisa julgada material e tudo estaria definitivamente perdido. Vê-se pois, que ao lado das razões históricas e sistemáticas seguidamente invocadas, também na ordem das coisas práticas militam

¹²³ “Cfr. DINAMARCO, *Litisconsórcio*, 2. ed., S. Paulo, RT, 1986, n. 3, pp. 6 ss.”

boas razões em prol da orientação adotada pelos tribunais brasileiros.”¹²⁴

¹²⁴ DINAMARCO, *Execução Civil*, cit., II, n. 79, ps. 208-210. Encerrando essas considerações doutrinárias, é oportuno anotar que a novíssima *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, referida (nota 118, *supra*), prevê interessante “incidente excepcional de nulidad de actuaciones” processuais, frente a “resolução que ponha fim ao processo” e que “não seja suscetível de recurso ordinário nem extraordinário”, *verbis*: “Artículo 228. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones. 1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. / Será competente para conocer de este incidente el mismo tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. / El tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno. / 2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes. / Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya

17. Jurisprudência sobre o tema

Com relação à jurisprudência a respeito dessa matéria, pode-se dizer que vários pronunciamentos dos tribunais têm afirmado que “pode o executado que não opôs embargos à execução ajuizar, com fundamento no art. 486, ação anulatória do título executivo extrajudicial, alegando toda a matéria cabível nos embargos.”¹²⁵

Merece registro especial, entretanto, acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, em 23 de abril de 1991, de que foi relator o Ministro Athos Gusmão Carneiro, com a seguinte ementa:¹²⁶

“Processo de execução. Preclusão *pro judicato*. Coisa julgada

originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de quince mil a cien mil pesetas. / Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”

¹²⁵ THETONIO NEGRÃO, *Código*, cit., notas aos arts. 486 (nt. 4, p. 310), e 680 (nt. 3, p. 416), citando: *Rev. de Jurisp. do Trib. de Just. de S. Paulo* n. 88, p. 41, n. 110, p. 245, n. 124, p. 103; *Bol. da Assoc. dos Adv. de S. Paulo* n. 1.158, p. 42.

¹²⁶ Agr. Reg. no Agr. de Instr. 8.089, de São Paulo, dec. unân., ementa publ. no D. Just. União de 20.05.1991, p. 6.537, e constante também em THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., na mesma nota 3 ao art. 680, p. 416. Atualmente se encontra também a íntegra do acórdão na edição em Cd-Rom do referido *Código*, 4. ed., 1999, nota 3 ao art. 680.

material inexistente.

Inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não foram opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.

Agravo regimental rejeitado.”

Além de ser afirmação da tese pelo mais alto tribunal do País em matéria infraconstitucional, o aresto examinou outra faceta do problema, da maior relevância: a de terem chegado a ser opostos os embargos do executado, sem terem, todavia, sido recebidos ou sido apreciados no mérito.

No caso, propusera-se “ação anulatória” do título executivo extrajudicial, alegando-se falta de causa, porque a cambial “achava-se vinculada a negócio que envolveu direitos hereditários inexistentes”. A petição inicial fora liminarmente indeferida por ter o juiz entendido inviável a ação com base em haver *coisa julgada*, tendo a autora apelado argumentando que a *res in iudicium deducta* não fora apreciada por ocasião da execução, com a rejeição, por inépcia, da petição de embargos, não havendo portanto coisa julgada material mas apenas formal. A apelação fora provida pela Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, com estas razões: “Não há necessidade de ação rescisória, pois a rejeição dos embargos se deu por inépcia da petição que os apresentou, por não conter pedido, não havendo, portanto, julgamento sobre o mérito da defesa ofertada. Isto é autorizado pelo que dispõe o art. 268 do Código de Processo Civil.” A mesma Câmara, após julgada procedente a “ação anulatória”, julgando embargos de declaração sentenciou:

“Tratando-se, inquestionavelmente, de título sem causa, com outro título do mesmo rol, assim julgado definitivamente pela Colenda Quarta Câmara deste Tribunal (...), sua exigibilidade é nenhuma, a despeito do resultado provisório obtido na execução à qual se apegava o recorrente. É preciso não olvidar, entretanto, que o mérito dessa execução jamais foi objetivamente apreciado, face à perda do prazo para oferecimento de embargos, por parte da suposta devedora.”

Negado seguimento ao recurso especial e ao agravo de instrumento, o recorrente, em agravo regimental, alegou a preclusão “do direito de embargar”, com o argumento de que “novos embargos, mesmo sob a forma de ação declaratória, estão impossibilitados, *juridicamente*, tendo em conta os princípios da eventualidade e da preclusão processual”. A nova ação, sustentou, “tipicamente declaratória”, continha tão só matérias próprias dos embargos: era, “em essência, ação de embargos do devedor, a destempo”.

A Quarta Câmara do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo, acolhendo unanimemente o voto do relator, Ministro Athos Carneiro, em que se adotou a argumentação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR acima resumida (n. 16, *supra*):

“A execução não embargada, e assim também aquela em que os embargos não foram recebidos ou apreciados de mérito, é simples *sucedâneo* do *adimplemento*, de molde a resguardar ao executado o direito de acionar o exequente sob a alegação de enriquecimento sem causa e repetição do indébito. (...)”¹²⁷

¹²⁷ (Grifou-se.) Eis o atual teor da nota 3 de THEOTONIO NEGRÃO, *Código*, cit., 4. ed. em Cd-Rom, 1999, ao art. 680: “‘Não sendo embargada a execução, inexistente sentença, não se podendo falar de coisa julgada capaz de impedir a propositura da ação anulatória do lançamento fiscal’ (STJ-2ª Turma, REsp 9.401-0-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. 8.9.93, não conheceram, v.u., DJU

25.10.93, p. 22.469). / Em tais condições, pode o executado que não opôs embargos à execução ajuizar, com fundamento no art. 486, ação anulatória do título executivo extrajudicial, alegando toda a matéria cabível nos embargos (RJTJESP 88/41, 110/245, 124/103, JTJ 166/14, maioria, RTJE 160/176, Bol. AASP 1.158/42). Contra: JTJ 179/25 (execução fiscal), RJTAMG 53/187, maioria. / ‘Não contraria o art. 486 do CPC o acórdão que admite a possibilidade jurídica de desconstituir-se arrematação mediante processo comum, ao destacar que o ato judicial não constitui sentença de mérito, não discutido em embargos’ (STJ-3ª Turma, REsp 21.530-8-MG, rel. Min. Dias Trindade, j. 13.10.92, não conheceram, v.u., DJU 9.11.92, p. 20.367).”

No primeiro acórdão referido acima (cuja íntegra se encontra no *Código cit.*), o Ministro Peçanha Martins relatou que o “acórdão do Tribunal de Justiça local”, “afastando a extinção do processo decretada no primeiro grau, determinou fosse julgado o mérito de ação anulatória de débito fiscal, por entendê-la cabível *na pendência de execução não embargada*”. E, em seu voto, aduziu: “Com rara precisão, o douto Subprocurador-Geral, Dr. Francisco José Teixeira de Oliveira, definiu a questão em seu parecer de fls. 304/306, cujas palavras transcrevo: /.../ Se o executado não embargar a execução, *não há decisão*. Não havendo decisão, *não há que se falar em coisa julgada*, quanto ao ingresso de ação anulatória de débito fiscal. (...) / Equivoca-se, a recorrente, ao alegar que ‘transcorrido o prazo para a formulação dos embargos à execução, não mais pode o devedor valer-se de ação anulatória’. Caso verdadeira essa assertiva, restaria inerte o executado, pois *não poderia nem mesmo ajuizar ação rescisória, perante a inexistência de coisa julgada*: neste caso, a parte ficaria desprovida da prestação jurisdicional, *como garantida no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal*.’ /.../ O eminente Des. Nigro Conceição, no voto vencedor que veio a ser confirmado pela decisão proferida em embargos infringentes, já registrara: / ‘Observe-se, ainda, que a preclusão, normalmente, há de produzir seus efeitos dentro do processo, só ultrapassando seus limites em face da ocorrência de coisa julgada, o que não significa na espécie. / E, nesse particular, já teve o Colendo Supremo Tribunal Federal oportunidade de proclamar: ‘Ação anulatória de Lançamento Fiscal. *Ausência de coisa julgada*. Não embargada a execução de título extrajudicial, segue-se a avaliação, *sem sentença*, razão por que *não se pode falar em coisa*

Um ponto importante, mencionado de passagem no acórdão transcrito, da Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, foi o art. 268 do Código de Processo Civil. De fato, reza esse artigo, em sua primeira parte, que “salvo o disposto no art. 267, n. V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”. Parece-nos, pois, que está certa a orientação aí adotada, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, ao entenderem que, não tendo sido julgado o mérito da causa, isto é, não se tendo decidido sobre a efetiva existência do crédito – que o título executivo faz presumir, até prova em contrário –, não se pode negar aplicação a essa norma legal, que assegura ao autor (no caso, o autor da *ação de embargos do executado* rejeitada por fundamento formal – falta de pressuposto processual ou “condição da ação”, inclusive a oposição no prazo legal) a repositura de sua ação, para que a veja efetivamente apreciada; que lhe assegura, em outras palavras, o próprio direito público subjetivo de ação, que só se exerce em realidade – desde que presentes

julgada no tocante a ação anulatória do lançamento fiscal’ (RTJ 99/1.310, Rel. Min. Soares Muñoz).’ (...) / Adotando os judiciosos fundamentos acima expostos como razão de decidir, não conheço do recurso.” (Decisão unânime; grifou-se.)

No último acórdão supracitado (que igualmente se encontra na íntegra no *Código*, cit.), o Ministro Dias Trindade relatou que a recorrente sustentou “negativa de vigência ao art. 486 do Código de Processo Civil, *por entender que é a ação rescisória a via processual adequada para desconstituir a carta de arrematação*”; e em seu voto ponderou: “(...) No caso ora sob exame o ato que se pretende desconstituir é a arrematação, sob a invocação de vícios processuais, em que se inclui a alegada falta de intimação do adquirente do bem sob constrição. *Não se trata, portanto, de rescindir sentença de mérito da causa*, pois que a tal não se equipara a simples assinatura, pelo juiz, do auto de arrematação, ato que não põe termo ao processo e nem aprecia o merecimento das questões eventualmente postas a desate judicial. (...)” (Decisão unânime; grifou-se.)

os pressupostos legais de admissibilidade – quando o mérito da causa é examinado. O art. 268, pois, compõe, completando os arts. 3º, 267, 295, 329, 463 (com a “*sentença de mérito*” é que “o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”) e 485, o conjunto de normas processuais que tornam efetivo o princípio de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (Cód. Civil, art. 75), a que no início destas considerações se aludiu. A não-aplicação desse artigo, por conseguinte, infringe a própria garantia constitucional de ação (Const. Fed., art. 5º, XXXV), a que igualmente se fez referência inicial.¹²⁸

18. Doutrina italiana

A questão foi discutida na doutrina italiana, especialmente a partir do conceito de preclusão *pro iudicato*, locução cunhada por ENRICO REDENTI (e que acabou por “ficar muito distante da concepção do seu criador”, na exposição de alguns processualistas brasileiros, como observou MANOEL CAETANO FERREIRA

¹²⁸ Após termos escrito o estudo original referido na nota 1, *supra*, verificamos que autorizadas opiniões doutrinárias estrangeiras estão em perfeita sintonia, substancialmente, com o que foi exposto no texto. E também, entre nós, é no mesmo sentido o importante artigo de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tutela processual do direito do executado*, na *Ajuris* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul) n. 61 (julho de 1994), ps. 99-120. Apresentamos os passos mais significativos das primeiras no texto.

FILHO¹²⁹)

“para explicar o ‘resultado prático’ que decorre de certos provimentos jurisdicionais que não implicam e não requerem um *accertamento*, vale dizer, aqueles casos em que não há propriamente uma sentença (e, portanto, nem coisa julgada), mas cujos efeitos práticos são semelhantes aos da coisa julgada. Tal ocorreria, por exemplo, nos casos de *decreto d’ingiunzione*, *licenza per finita locazione* e, hipótese mais compreensível para os brasileiros, execução, fundada em título extrajudicial, não embargada. Neste último caso, após o encerramento da execução, ‘ninguém mais poderá insurgir-se contra o fato praticado para destruí-lo ou infirmá-lo’. Exatamente nestes casos é que se pode falar de preclusão *pro judicato*¹³⁰”.

GIUSEPPE TARZIA assim expõe a magna questão:¹³¹

“Bem mais grave, no silêncio da lei, é o quesito sobre se uma imutabilidade semelhante deva adscrever-se ao ato satisfativo (pagamento ao único credor ou rateio). Parece certo que, tanto que estejam preclusas as oposições à execução e aos atos executivos, e o projeto de distribuição tenha sido aprovado (arts. 542 e 597 c.p.c.), a decisão [*ordinanza*] de pagamento ou de rateio adquire uma irrevogabilidade, análoga à coisa julgada formal. Mas o problema é se essa estabilidade se comunica outrossim ao resultado do provimento ora mencionado, de modo a excluir-se que o devedor, que não apresentou contestação no processo, possa instaurar processo separado para repetição do indébito. É evidente que, negando-se tal possibilidade, se vem a criar, sob este aspecto, um estreito paralelismo entre os processos

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão no Direito Processual Civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1991, ps. 38-39.

¹³⁰ FERREIRA FILHO, *A Preclusão*, cit., nota 83: “REDENTI, E. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 77”.

¹³¹ TARZIA, Giuseppe. *L’oggetto del processo di espropriazione*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1961, ps. 49-52.

de cognição e de execução, se não exatamente – como quer um autorizado crítico dessa concepção¹³² – a atribuir ao provimento satisfativo uma estabilidade ainda maior que a da sentença, para a qual é possível, após o trânsito em julgado formal, a revogação [*revocazione*¹³³]; e, com efeito, a doutrina que seguiu essa direção

¹³² “GARBAGNATI, *Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo*, in *Studi Redenti*, I, p. 469 ss., a pp. 470-75” (nota 114 do original).

¹³³ As hipóteses do recurso de *revocazione* estão previstas, entre nós, como de *ação rescisória*, que abrange, também, hipóteses do recurso italiano de *cassação* (*cassazione*), como se vê da transcrição dos arts. 360 e 395 do Código de Processo Civil italiano [“Copyright©1999 studiocelent@no.it - All Rights Reserved”]: “Art. 360 (Sentenze impugnabili e motivi di ricorso) – *Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d’ufficio (1). Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d’accordo per omettere l’appello; ma in tal caso l’impugnazione può proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. [Articolo così sostituito dalla L. 14 luglio 1950, n. 581. (1) L’alinea del primo comma è stato così modificato dall’art. 59, L. 26 novembre 1990, n. 353.]” “Art. 395 (Casi di revocazione) – *Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l’effetto del dolo di una delle parti in danno dell’altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza. 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell’avversario; 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata**

reportou-se, como termo de comparação, à coisa julgada substancial, ou invocou uma preclusão *pro iudicato*, admitindo a favor do devedor, como único temperamento, uma ação de ressarcimento do dano ou de reparação^{134 135}.

Mas a procedência dessa tese foi posta em dúvida com

sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.”

¹³⁴ “REDENTI, *op. cit.*, III, pp. 198, 317” (nota 116 do original).

¹³⁵ “*Bem più grave, nel silenzio della legge, è il quesito, se una pari immutabilità debba ascrivarsi all'atto satisfattivo (pagamento all'unico creditore o riparto). Sembra certo che, in quanto siano precluse le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, e il progetto di distribuzione sia stato approvato (artt. 542 e 597 c.p.c.), l'ordinanza di pagamento o di riparto acquisisca una irrevocabilità, analoga alla cosa giudicata formale. Ma il problema è, se questa stabilità si comunichi altresì al risultato del provvedimento ora menzionato, onde sia escluso che il debitore, il quale non ha sollevato contestazione nel processo, possa proporre separato giudizio per ripetizione di indebito. È evidente che, negando tale possibilità, si viene a creare, sotto questo profilo, uno stretto parallelismo tra i processi di cognizione e di esecuzione, se non addirittura – come vuole un autorevole critico di questa concezione – ad attribuire al provvedimento satisfattivo una stabilità ancor maggiore della sentenza, per la quale è possibile, dopo il passaggio in giudicato formale, la revocazione; ed in effetti la dottrina, che ha seguito questa direttrice, si è richiamata, come a termine di paragone, alla cosa giudicata sostanziale, ovvero ha invocato una preclusione *pro iudicato*, ammettendo a favore del debitore, come unico temperamento, un'azione di rissarcimento del danno o di riparazione.” (TARZIA, *op. cit.*, ps. 49-50.)*

argumentos de não leve peso. Antes de tudo – observou-se¹³⁶ – ela postula a inaplicabilidade da norma geral sobre o indébito objetivo (art. 2033 c.c.¹³⁷), sem que o ordenamento contenha alguma disposição derogatória; em segundo lugar, expõe um tratamento incompreensivelmente diverso para as duas hipóteses, em que a execução tenha-se desenvolvido com base em um título judicial ou extrajudicial. Nem essas objeções mostram-se facilmente superáveis. De um lado, a coordenação até textual entre o art. 2033 c.c. e os arts. 542 e 598 c.p.c.¹³⁸ se encontra no termo ‘pagamento’, igualmente empregado nas citadas disposições; e, conquanto possa convir-se em que o código civil contemple fundamentalmente a hipótese do pagamento voluntário, não parece, em contrário, que seja possível indicar uma razão suficiente para acolher, no tema que nos concerne, um princípio de todo oposto. De outro lado, a validade destas observações é reforçada pela consideração de que, para o caso de execução em virtude de sentença, a restituição de quanto se tenha conseguido é expressamente prevista pela lei, quando a sentença tenha sido depois cassada ou revogada (arts. 507, 508, 571 c.p.c.

¹³⁶ “GARBAGNATI, *op. loc. cit.*; conf. ALLORIO, *op. loc. cit.*” (nota 117 do original).

¹³⁷ “Art. 2033 (Indebito oggettivo) – *Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti (820 e seguenti) e agli interessi (1284) dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede (1147), dal giorno della domanda (Cod. Proc. Civ. 163)*” [“www.studiocelentano.it”].

¹³⁸ “Art. 542 (Distribuzione giudiziale) – *Se i creditori non raggiungono l'accordo di cui all'articolo precedente o il pretore non l'approva, ognuno di essi può chiedere che si proceda alla distribuzione della somma ricavata. Il pretore, sentite le parti, distribuisce la somma ricavata a norma degli articoli 510 e seguenti e ordina il pagamento delle singole quote.*” “Art. 598 (Approvazione del progetto) *Se il progetto è approvato o si raggiunge l'accordo tra tutte le parti, se ne dà atto nel processo verbale e il giudice dell'esecuzione ordina il pagamento delle singole quote, altrimenti si applica la disposizione dell'articolo 512.*”

1865; arts. 389, 402 c.p.c. vigente¹³⁹): pois não se vê porque deva reconhecer-se ao resultado da execução com base em título extrajudicial uma autoridade maior que aquela que cabe no caso ora indicado.^{140 141}

¹³⁹ “Art. 389 (Domande conseguenti alla cassazione) – *Le domande di restituzione o di riduzione in pristino e ogni altra conseguente alla sentenza di cassazione si propongono al giudice di rinvio e, in caso di cassazione senza rinvio, al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.*” “Art. 402 (Decisione) – *Con la sentenza che pronuncia la revocazione il giudice decide il merito della causa e dispone l’eventuale restituzione di ciò che siasi conseguito con la sentenza revocata (1). Il giudice, se per la decisione del merito della causa ritiene di dover disporre nuovi mezzi istruttori, pronuncia, con sentenza, la revocazione della sentenza impugnata e rimette con ordinanza le parti davanti all’istruttore (2). [(1) Comma così sostituito dalla L. 18 ottobre 1977, n. 793. (2) Comma così sostituito dal D.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857.]*”

¹⁴⁰ Nota 118 do original: “Vigente o código de 1865, LIEBMAN, *Opposizioni di merito* [trad. bras.: *Embargos do Executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968], p. 224, sustentava já a admissibilidade de uma ação de restituição após a conclusão da execução (...)” [“Vigente il codice 1865, il LIEBMAN, *Opposizioni di merito*, p. 224, sosteneva già l’ammissibilità di un’azione di restituzione dopo il compimento dell’esecuzione (...)”]

¹⁴¹ “*Senonchè la fondatezza di tale assunto è stata revocata in dubbio, con argomenti di non lieve peso. Anzitutto – si è osservato – esso postula l’inapplicabilità della norma generale sull’indebito oggettivo (art. 2033 c.c.), senza che l’ordinamento contenga alcuna disposizione derogatrice; in secondo luogo, prospetta un trattamento incomprensibilmente diverso per le due ipotesi, in cui l’esecuzione si sia svolta in base ad un titolo giudiziale o stragiudiziale. Nè queste obiezioni appaiono facilmente superabili. Da un lato, il coordinamento anche testuale tra l’art. 2033 c.c. e gli artt. 542 e 598 c.p.c. si rinviene nel termine ‘pagamento’, egualmente impiegato nelle citate disposizioni; e, se pur può convenirsi che il codice civile contempli fondamentalmente l’ipotesi del pagamento volontario, non sembra, per contro, che sia possibile indicare una ragione sufficiente per accogliere, nel tema che ci riguarda, un principio del tutto opposto. D’altro canto, la validità di questi rilievi è rafforzata dalla*”

Em conclusão, a tese da admissibilidade de um processo de repetição após ultimada a execução (e sempre que não tenha sido emitida uma pronúncia definitiva em seguida a oposição à execução) apóia-se sobre dados positivos não transcuráveis, e mais ainda sobre a ausência de outros dados, que imponham a extensão ao caso dos princípios que governam a coisa julgada substancial.¹⁴² (...)”¹⁴³

considerazione che, per il caso di esecuzione in virtù di sentenza, la restituzione di quanto siasi conseguito è espressamente prevista dalla legge, ove la sentenza sia stata poi cassata o revocata (artt. 507, 508, 571 c.p.c. 1865; art. 398, 402 c.p.c. vigente): giacchè non si vede perchè debba riconoscersi al risultato della esecuzione in base a titolo stragiudiziale una autorità maggiore di quella che compete nel caso ora indicato.” (TARZIA, op. cit., ps. 50-51.)

¹⁴² Nota 119 do original: “Sobre esta última consideração insiste, ao que me parece justamente, ALLORIO, *Nuove riflessioni* cit., p. 18.” [“*Su questa ultima considerazione insiste, e mi pare giustamente, l’ALLORIO, Nuove riflessioni cit., p. 18.*”]

¹⁴³ “*In definitiva, la tesi di ammissibilità di un giudizio di ripetizione ad esecuzione ultimata (e sempre che non sia stata già emessa una pronuncia definitiva in seguito ad opposizione all’esecuzione) si appoggia su dati positivi non trascurabili, e più ancora sull’assenza di altri dati, che impongano l’estensione al caso dei principii che governano la cosa giudicata sostanziale. (...)*” (TARZIA, op. cit., p. 51.)

19. Doutrina portuguesa

Notável síntese da questão se encontra em ARTUR ANSELMO DE CASTRO.¹⁴⁴ Resumindo-a inicialmente na epígrafe ao capítulo – “O problema da oposição à execução como meio único de defesa do executado contra execuções injustas ou como meio com fins próprios ou específicos não excludentes do meio comum da acção de restituição do indevido” –, diz que

“não pode haver dúvida de que a segunda das soluções indicadas é a que necessariamente tem de seguir-se para os casos em que ao executado estiver vedado defender-se por oposição. Ou seja, desde logo no caso, já referido, de falta de documento do facto extintivo ou modificativo,¹⁴⁵ não sendo este exigido pela lei material, como são ainda

¹⁴⁴ CASTRO, Artur Anselmo de. *A acção executiva singular, comum e especial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Edit., 1973, n. 67, ps. 293-302.

¹⁴⁵ O Código de Processo Civil português exige para a *oposição*, no caso de título executivo judicial, a prova do facto extintivo da obrigação *por documento*: “Artigo 813.º (*Fundamentos de oposição à execução baseada em sentença*) – Fundando-se a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes: (...) g) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e *se prove por documento*. A prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio.” “Artigo 815.º (*Oposição à execução baseada noutra título*) – 1. Se a execução não se basear em sentença, além dos fundamentos de oposição especificados no artigo 813.º, na parte em que sejam aplicáveis, podem alegar-se quaisquer outros que seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração. 2. A homologação, por sentença judicial, da conciliação, confissão ou transacção das partes, em que a execução se funda, não impede que na oposição se alegue qualquer das causas que determinam a nulidade ou a anulabilidade desses actos.” A redacção dos artigos acima é a da última versão

agora os casos já considerados de execução de sentença, ou de título extrajudicial não sujeito à regra do artigo 394º, n. 1,¹⁴⁶ do Código Civil. O recurso àquele meio de acção de restituição do indevido, prevista no art. 476º do Código Civil¹⁴⁷ – aplicação do instituto do enriquecimento sem causa –, é então mero postulado do princípio geral da necessidade de conformação do processo em ordem a não alterar o direito material.¹⁴⁸

do Código de Processo Civil português, dada pelo Decreto-Lei 183/2000, de 10 de Agosto, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 2001, não tendo havido alteração, em relação à versão de 1961, quanto à aludida exigência de *prova documental* do fato extintivo para a “*oposição à execução baseada em sentença*”.

¹⁴⁶ “Artigo 394º (*Convenções contra o conteúdo de documentos ou além dele*) – 1. É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objecto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou dos documentos particulares mencionados nos artigos 373º a 379º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneas dele, quer sejam posteriores. 2. A proibição do número anterior aplica-se ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores. 3. O disposto nos números anteriores não é aplicável a terceiros.”[Cód. Civil atualizado até a Lei 59/1999, de 30 de junho – “www.verbojuridico.net ®”.]

¹⁴⁷ “Artigo 476º (*Repetição do indevido*) – 1. Sem prejuízo do disposto acerca das obrigações naturais, o que for prestado com intenção de cumprir uma obrigação pode ser repetido, se esta não existia no momento da prestação. 2. A prestação feita a terceiro pode ser repetida pelo devedor enquanto não se tornar liberatória nos termos do artigo 770º. 3. A prestação feita por erro desculpável antes do vencimento da obrigação só dá lugar à repetição daquilo com que o credor se enriqueceu por efeito do cumprimento antecipado.”

¹⁴⁸ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 293 (grifo do original). Cf. CHIOVENDA (*Instituições*, cit., vol. I, n. 107, ps. 351-352, trechos insertos na transcrição feita na nota 30 ao n. 4.2, *supra*): “(...) o processo (à parte os casos de sentença constitutiva, as quais, afinal, fazem atuar também um direito preexistente do autor à mudança jurídica) não pode servir, ciente o juiz, a engendrar novas relações jurídicas: serve, sim, para certificar e fazer atuar relações preconstituídas ou para certificar que não se constituíram.” “(...) O princípio básico de toda essa

A hipótese já foi objecto da atenção, na doutrina posterior ao Código de 1939, de MANUEL DE ANDRADE, no estudo já citado.¹⁴⁹ Pondo aí a questão sem tomar posição definida, ANDRADE deixa, todavia, entrever a sua inclinação para a mesma conclusão escrevendo: ‘Admitida que fosse a solução (a referida extensão aos títulos extrajudiciais da exigência de documento para os factos extintivos), resultaria a possibilidade de uma solução *injusta*, quer dizer, de uma execução por dívida não existente. Mas *faltaria ainda saber se o executado não poderia repetir em acção por fora o indevidamente pago ao credor* – problema que sempre terá razão de pôr-se quanto às execuções de sentença’.¹⁵⁰

Líquida era, porém, já a solução no domínio do Código de 1876 para DIAS FERREIRA:¹⁵¹ ‘Em todo o caso não fica inibido o executado de pedir depois pelos meios ordinários com auxílio de todo o gênero de prova, admissível em direito, a restituição do que indevidamente pagar ao exequente pelo facto de não lhe serem recebidos, ou de lhe serem julgados, quando recebidos, não provados os embargos por falta de documento comprovativo do pagamento (...)’.

Ainda, e aparte a posição que se tome sobre a questão em geral, pelo menos, de certo modo, igual solução cabe dar – por idêntica razão – nas execuções contra réus citados editalmente, incapazes ou pessoas colectivas quando não deduzam oposição à execução. Se para a execução, e no que a esta diz respeito, a posição do executado tem necessariamente de ser em tais casos igual à de qualquer outro, não parece que o possa ser para o efeito de ficar incontestado o direito do

matéria é o de que (já o vimos) o processo deve servir à atuação de direitos existentes, não à criação de direitos novos. (...)”

¹⁴⁹ “*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 73º, pág. 245, nota 2” (nota 1, p. 294, do original).

¹⁵⁰ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 294 (grifos do original).

¹⁵¹ “*Ob. cit.* [*Código de Processo Civil anotado*, II], págs. 392 e 393” (nota 2, p. 294, do original).

exequente em consequência da simples falta de oposição.¹⁵² De contrário, a situação daqueles interessados não gozaria, quanto à declaração do direito, na execução, das garantias que para esse efeito lhe são asseguradas na acção declaratória – a subordinação da declaração do direito sempre à prova do seu nascimento ou constituição.¹⁵³

A questão pode e deve pôr-se, porém, em tese geral, mesmo não havendo obstáculo processual ao exercício da oposição, podendo sê-lo, ou sendo a causa de oposição de conhecimento superveniente à extinção da execução ou ao pagamento dos credores (v.g., causa de anulabilidade da relação obrigacional ou causa extintiva ou modificativa só ulteriormente conhecidas ou de que só depois se obteve documento).

No âmbito desses casos se apresenta entre nós o enunciado problema – oposição meio privativo ou não privativo de defesa do executado contra execuções injustas; por outros termos, compatibilidade ou não compatibilidade da oposição com a acção de restituição do indevido.

Do problema se tem ocupado a doutrina italiana, onde é largamente controvertido.

Na doutrina menos recente predominou a tese da oposição meio privativo, especialmente por influência de REDENTI,¹⁵⁴ que a defendeu na base da imutabilidade a assinar necessariamente aos resultados do processo executivo (‘o que por processo executivo qualquer das partes tenha obtido, não mais lhe pode ser retirado’), e que definia como *preclusão ‘pro iudicato’* ou, na versão de outros autores, e no intento de referir e ligar essa imutabilidade a um acto judicial da execução concreto, na necessidade de adscrever ao acto satisfativo do credor na execução (a decisão a ordenar o pagamento) irrevogabilidade análoga à do caso julgado, uma vez precludidas as oposições à execução, aos actos

¹⁵² “A própria lei faz a distinção na execução de venda de penhor, art. 1009º, n. 3” (nota 1, p. 295, do original).

¹⁵³ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, ps. 294-295.

¹⁵⁴ “*Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, pág. 135 e *Diritto Processuale Civile*, III” (nota 1, p. 296, do original).

executivos e ao plano de distribuição do produto pelos credores.¹⁵⁵

A tese veio, porém, a encontrar a mais forte oposição na doutrina subsequente, primeiro com GARBAGNATI¹⁵⁶ e sucesivamente por obra de ALLORIO¹⁵⁷ e TARZIA,¹⁵⁸ não só em face dos princípios, como das graves e injustificáveis conseqüências dela resultantes.¹⁵⁹

Dos princípios – Sem dados legais que o autorizem não é possível estender às execuções concluídas efeitos que são próprios só do caso julgado material. E isto, através de meras analogias e dando-se à figura da preclusão um sentido que lhe adultera a essência. Como escreve GARBAGNATI, operando a preclusão só no processo em que se produz, não é lícito estender a esfera da sua eficácia, fora dele sem cair em imissão entre preclusão e caso julgado, imissão transparente na própria fórmula *preclusão 'pro iudicato'*.¹⁶⁰ Daí, sem norma expressa a excluí-la,

¹⁵⁵ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, ps. 295-296.

¹⁵⁶ “*Studi in Onore di Redenti*, I, págs. 469 e segs.” (nota 4, p. 296, do original).

¹⁵⁷ “*Problemi di Diritto*, I, págs. 79 e segs.” (nota 5, p. 296, do original).

¹⁵⁸ “*L' Oggetto del Processo di Espropriazione*, págs. 48 e segs.” (nota 6, p. 296, do original).

¹⁵⁹ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, ps. 296-297.

¹⁶⁰ “Demais, escreve o mesmo autor, *lug. cit.*, estando a essência da preclusão na extinção dum poder processual da parte, ela aparece no caso em exame erigida a fenômeno de direito substancial, vindo afinal a funcionar como presunção *iuris et de iure* da existência do direito do credor, decorrente do simples facto da conclusão da execução, independentemente de ter havido oposição. / Repele, entre nós, a equiparação da situação criada pela execução com o caso julgado, o regime prescrito no artigo 921º, para a falta ou nulidade da citação, atrás exposto, de anulação da execução a todo o tempo salvo usucapião ou prescrição negativa da obrigação de indemnização, regime contrastante com o do caso julgado (sujeito quanto à sua revogação por recurso extraordinário ao prazo máximo de 5 anos), de onde decorre que a execução é, pela lei, tratada em plano igual ao de qualquer acto jurídico extrajudicial.” (Nota 1, p. 297, do original, onde está, linhas acima, por evidente erro, ‘falta *de* nulidade’ = falta *ou* nulidade.)

nada haver que permita negar ao devedor a acção de restituição do indevido, ‘princípio jurídico inconfinado’, ‘generalíssimo’, como frisa a propósito ALLORIO. Seria àquela tese, no dizer do mesmo autor, que cumpriria o ônus da prova de que esse princípio, cedendo diante das particulares regras do caso julgado,¹⁶¹ próprias do processo declaratório, deverá ceder também em razão da estabilidade dos resultados do processo executivo.¹⁶²

Das conseqüências – Elas são apontadas em pormenor por GARBAGNATI, no seu referido estudo.¹⁶³ Ora, algumas não serão de subscrever-se: *sic*, que dum sistema de obrigatoriedade da oposição resulta para o executado modificação da sua posição quanto às regras do ônus do prova, porquanto elas se mantêm as mesmas,¹⁶⁴ ou a sujeição a uma execução de que não tenha tido conhecimento tempestivo.¹⁶⁵ São, porém, inegáveis, como os novos defensores da tese de REDENTI acabam por reconhecer e inaceitáveis, as demais conseqüências apontadas por GARBAGNATI, que começamos por referir, v.g., – ficar o executado sem defesa quando só depois de concluída a execução cheguem ao seu conhecimento as provas da inexistência do crédito ou ocorra o achamento de recibo do pagamento (ou prova doutra causa extintiva da dívida), ou de documento comprovativo da simulação do acto, etc. E tudo isso com o ilogismo de os factos anteriores à sentença poderem encontrar remédio no recurso extraordinário de revisão, nos limites em que ele é admitido, e não o terem na execução os anteriores ou posteriormente ocorridos, tanto na execução de sentença como na de

¹⁶¹ No original está, por manifesto lapso: “... cedendo diante das *particularidades regras* do caso julgado ...”; ou é “*particulares* regras” (como se pôs no texto) ou “*particularidades das* regras”.

¹⁶² ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, ps. 297-298.

¹⁶³ “Pág. 472” (nota 1, p. 298, do original).

¹⁶⁴ “*Supra*, pág. 49” (nota 2, p. 298, do original).

¹⁶⁵ “As regras da falta ou nulidade da citação obstam, entre nós, pelo menos, à possibilidade *legal* de tal conseqüência.” (Nota 3, p. 298, do original.)

outro título.”¹⁶⁶

Adiante, faz ANSELMO DE CASTRO as “considerações finais sobre o problema”, nestes termos:

“A legalidade da acção de restituição do indevido nos casos de conhecimento superveniente à extinção da execução de causa de oposição – isto é, de impossibilidade de a oposição ser deduzida na pendência da execução – parece-nos fora de toda dúvida. Logo aponta para essa solução o facto de a lei admitir a oposição a todo o tempo enquanto o devedor, por desconhecimento do facto, não possa exercê-la,¹⁶⁷ e nada ter o prazo a que a adscrive, como oposição, com esse fim, mas apenas com os fins próprios da execução. E impõe-na, por outro lado, a já considerada razão sistemática de não poder a execução injusta, nessa situação, deixar de ter remédio, quando ele é assegurado pela lei, pelo menos dentro de certos limites, pelo recurso extraordinário de revisão, para o próprio caso julgado. Ainda que se quisesse falar em exigências de estabilidade não só formal, como substancial, da acção executiva, ou dos seus resultados, é óbvio que não poderiam ser levadas para além de tais limites.¹⁶⁸

Diferente, como é óbvio, é o outro caso, de não haver nenhum obstáculo, nem legal, nem real, ao exercício tempestivo da oposição e esta não ter sido deduzida por pura negligência do executado.

¹⁶⁶ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 298.

¹⁶⁷ “Artigo 816º (*Prazo para a oposição*) – 1. Os embargos são deduzidos no prazo de 20 dias a contar da citação. 2. Se a matéria da oposição for superveniente, o prazo conta-se do dia em que ocorrer o respectivo facto ou dele tiver conhecimento o embargante. 3. Não é aplicável à dedução de embargos o disposto no nº 2 do artigo 486º.” [“Art. 486º (*Prazo para a contestação*) – (...) 2. Quando termine em dias diferentes o prazo para a defesa por parte dos vários réus, a contestação de todos ou de cada um deles pode ser oferecida até ao termo do prazo que começou a correr em último lugar. (...)]

¹⁶⁸ *Op. cit.*, ps. 300-301.

Prima facie, parece então impor-se a solução oposta e ter cabimento a observação que MAZZARELA indiscriminadamente faz para todos os casos, de não dever ter lugar a acção de restituição do indevido onde a lei predetermina outros meios que a substituem.

Creemos, porém, que ainda aí a acção de restituição do indevido se deve ter como admissível, por em nada contrariar a execução e os seus fins, nem poder considerar-se excluída pelo meio da oposição, dados os fins próprios e distintos desta. A acção executiva existe para realizar o direito, com tanto se bastando, e não para o declarar; logo, também esse fim não pode ser assinado à oposição, nem impor-se ao executado o ônus de a deduzir. A oposição está instituída, *na e para a execução*, tão-só para os fins que a lei lhe fixa, *quando o executado a queira deduzir*, de suspender ou anular a execução, e não para que em todo o caso seja tornado ou fique certo o direito do credor.

Não há, pois, que fazer da falta voluntária de oposição do executado caso aparte, mas que adstringi-lo ao mesmo regime, como faz a doutrina italiana, ainda que nela se exemplifique especialmente com os casos de impossibilidade de oposição. E nada tem a solução de anômalo, pois está em perfeita coerência e é mesmo a única conforme com a autonomia da acção executiva e com o princípio da auto-suficiência do título.

Para se ter como excluída a acção de restituição do indevido na falta de oposição seria preciso ver-se na acção executiva uma acção declarativa do direito a ela acoplada, de que a oposição à execução funcionasse como contestação, e não o pode ser, por nenhum pedido de declaração do direito comportar o pedido da execução. Ou ver na acção executiva uma *provocatio ad agendum* para declaração negativa do direito do credor, isto é, o exercício de uma acção declarativa provocada. Ora, ninguém dirá que qualquer dessas configurações da oposição à execução possa corresponder aos quadros legais. Repele-as mesmo a não existência na lei de cominação imposta ao executado que não deduza

oposição, sempre exigida para a declaração do direito.^{169,,170}

20. Conclusões

De tudo quanto se expôs, pensamos que se podem formular as seguintes conclusões, como tentativa de síntese da matéria:

1. A sentença do art. 795 do Código de Processo Civil, quando proferida porque foram praticados todos os atos do processo executivo, com a obtenção da satisfação do exequente, não pode ser considerada sentença *de mérito*, por não haver nela nenhum julgamento propriamente dito, mas mera “declaração” de que tal processo, tendo atingido o resultado visado, chegou ao fim.

2. Por isso mesmo, tal sentença não dá lugar a ação rescisória (art. 485, *caput*), o que impõe a conclusão de que o executado que, por

¹⁶⁹ “De resto, concebida à segunda maneira, seria um caso único no quadro geral das acções, onde só existem acções de declaração positiva provocadas (as acções de declaração negativa) e não acções de declaração negativa provocadas. Para ser assim, necessário seria disposição expressa que o dissesse. E duvidamos mesmo que pudesse existir sem incongruência ou sem constituir norma aberrante do sistema.” (Nota 2, p. 302, do original.) “O mesmo alcance haverá, como é óbvio, que atribuir à oposição na execução para entrega de coisa, cujo objecto é, aliás, apenas o investimento jurídico ou material na posse.” (Nota 3, p. 302, do original.)

¹⁷⁰ ANSELMO DE CASTRO, *op. cit.*, ps. 301-302 (grifos do original).

qualquer razão, não embargou a execução, pode propor ação de decretação de nulidade ou de anulação do título ou de atos executivos, assim como ação declaratória negativa da existência do crédito, podendo ser a elas cumuladas ações restitutórias (quando possível) ou indenizatórias (que poderão também ser propostas em seguida àquelas).

3. Tais ações autônomas podem também, eventualmente, ser propostas antes ou no curso do processo executivo, mas sem suspensão dele, salvo na hipótese prevista especialmente na Lei 6.830, de 1980, art. 38, *caput*, parte final, em que o depósito integral do valor do débito impede ou suspende o processo de execução fiscal (Cód. Trib. Nac., art. 151, II, e *Súmula* 112 do STJ).

4. Os *embargos à execução* são apenas uma das ações de que dispõe o suposto devedor. Tal ação, com a mandamentalidade que lhe é própria, tem a virtude de, uma vez recebida, causar a suspensão total ou parcial do processo executivo (art. 739, §§ 1º e 2º), até o julgamento em primeiro grau de jurisdição (art. 520, V), e, no caso de serem os embargos totais (art. 739, § 2º, *a contrario sensu*) e de serem acolhidos integralmente, a de extinguir o mesmo processo.

5. Não há, no processo de execução (inclusive na sentença do art. 795), julgamento “implícito” da existência do crédito (Const. Fed., art. 93, IX; Cód. de Proc. Civil, arts. 165 e 458).

6. As hipóteses do art. 794, I a III, são correspondentes às do art. 269, II, III e V, do Código de Processo Civil, concernentes ao processo de cognição, e nesse caso há, na sentença do art. 795, homologação do ato de autocomposição do litígio, devendo a sentença, portanto, ser considerada *de mérito*. É proponível, nesse

caso, antes do respectivo trânsito em julgado, a ação anulatória do art. 486, e, após tal trânsito, ação rescisória (art. 485, VIII).

7. Mesmo que não existisse nenhuma previsão legislativa não se poderia excluir, ao devedor, ação autônoma para demonstrar a inexistência do crédito, e para pedir as restituições (quando possíveis) ou as indenizações conseqüentes à execução injusta (Const. Fed., art. 5º, XXXV; Cód. Civil, art. 75).

8. Os arts. 486, 574 e 585, § 1º, do Código de Processo Civil, e o art. 38 da Lei de Execução Fiscal (L. 6.830/1980), são previsões legislativas das referidas ações autônomas do suposto devedor.

9. O art. 741, I, do Código de Processo Civil, pode ser invocado analogicamente para a propositura das referidas ações autônomas pelo suposto devedor; e pode sê-lo especialmente na hipótese em que não tenha ele sido citado no próprio processo executivo.

10. A própria impossibilidade de ser proposta ação rescisória conseqüente ao processo executivo, quando não foram opostos embargos do executado ou quando não foram eles recebidos (art. 739, I a III), por não haver sentença *de mérito* (fora das hipóteses do art. 794, I a III), demonstra a existência das referidas ações autônomas do suposto devedor.

11. Tais ações autônomas devem ser admitidas, pois, tanto quando não foram opostos embargos do executado como quando não foram eles recebidos (art. 739, I a III).

BIBLIOGRAFIA

(só das obras citadas diretamente)

- ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória, *in Revista de Processo* n. 39 (jul.-set. de 1985), ps. 7-15.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- A sentença que extingue a execução, *in Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 395-406.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 1. ed. Porto Alegre: 1987. Vol. II; 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; 5. ed., 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. V, 5. ed., 1985; 6. ed., 1993; 8. ed., 1999.
- Notas sobre a extinção da execução, *in Temas de Direito Processual* (5^a série). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, ps. 169-175.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de*

- Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. IX, 1. ed. (sem data).
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil, *in Revista Forense* n. 246, ps. 167 e segs.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.
- CASTRO, Artur Anselmo de. *A acção executiva singular, comum e especial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Edit., 1973.,
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Reimpressão da 2. edição. Nápoles: Jovene. Vol. I, 1960.
- *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. da 2. ed. ital. por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. Vols. I-III.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. XI, t. II, 1. ed., 1982.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. Reimpressão, 1977.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tutela processual do direito do executado*, *in Ajuris* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul) n. 61 (julho de 1994), ps. 99-120.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 2. ed., 1987; vol. II, 1. ed., 1989.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa, *in Saneamento do Processo* (Estudos em homenagem ao

Prof. Galeno Lacerda). 1.ed. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis* (Caps. III-V do *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, I, Roma, 1921), trad. port. de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão no Direito Processual Civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Vol. III.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. Trad. bras., por J. Guimarães Menegale, de *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*. 2. ed. Roma, 1936.

— Nulidade da sentença proferida sem citação do réu, *in Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976 (com notas de Ada Pellegrini Grinover).

— Execução e ação executiva (trad. de Vítor Nunes Leal), *in Estudos sobre o Processõ Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976 (com notas de Ada Pellegrini Grinover).

MALACHINI, Edson Ribas. *Questões Sobre a Execução e os Embargos do Devedor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. S. Paulo: Saraiva. Vol. III, 2. ed., 1976; vol. IV, 1. ed., 1976.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 7. ed., 1991.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977; 22. ed., 1992; 4. ed. em Cd-Rom, Saraiva Data, 1999 (correspondente à 30ª ed. em livro).
- NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. VII, 1. ed., sem data.
- PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* (na coleção Clássicos do Direito Brasileiro, coordenação de Alcides Tomasetti Jr.). São Paulo: Saraiva, 1984.
- PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las Ejecuciones*. 3. ed. (ampliada e atualizada por Victor A. Guerrero Leconte). Buenos Aires: Ediar, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. Reimpressão. Tomo V, 1970.

- *Tratado das Ações*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomos I-VII, 1970-1978.
- *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. Rio de Janeiro: Forense. Tomo VI, 1. ed., 1975; XI, 1. ed., 1976; XV, 1. ed., 1977; XVII, 1. ed., 1978.
- *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tomo V, 2. ed., 1971 (com a Emenda n. 1, de 1969).
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. 1.ed. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954. Trad. arg. da *Procedura Civile Romana* (Roma, 1936) por Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin.
- SHIMURA, Sérgio. *Atualidades na Execução Fiscal, in Processo de Execução e Assuntos Afins*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- TARZIA, Giuseppe. *L'oggetto del processo di espropriazione*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1961.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva. 4. ed., 1992; 6. ed., 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 2. ed., 1988.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.