

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 397.

(ano VII)

(16/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



16/07/2015 Rômulo de Andrade Moreira
» [A AJUFE \(Associação dos Juízes Federais\), a garantia ao duplo grau de jurisdição e a presunção de inocência](#)

ARTIGOS

16/07/2015 Ana Claudia Manikowski Annes

» [Transnacionalidade do crime de tráfico de drogas](#)

16/07/2015 Rodrigo Ramos

» [Apontamentos sobre o ônus da prova no direito processual civil brasileiro](#)

16/07/2015 Luís Eduardo Pimentel Vieira Araújo

» [A audiência de custódia e a tentativa de combater as prisões em flagrante abusivas e desnecessárias no Brasil](#)

16/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Meio Ambiente Espacial e a Proeminência do Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico](#)

MONOGRAFIA

16/07/2015 Mariana May Batista

» [Execução contra a Fazenda Pública: procedimento da execução por quantia certa contra o poder público](#)

A AJUFE (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS), A GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

A Associação dos Juízes Federais do Brasil apresentou ao Senado anteprojeto de lei que reforma o Código de Processo Penal para permitir a prisão de condenados por crimes graves em segunda instância ou pelo Tribunal do Júri ([PLS 402/2015](#)). Com isso, eles aguardariam o julgamento de seus recursos na cadeia.

Segundo o Juiz Sergio Fernando Moro, que ajudou na elaboração do projeto, *"a mudança, mais do que qualquer outra, é essencial para resgatar a efetividade do processo penal que deve funcionar para absolver o inocente e punir o culpado como regra e não como exceção"*.

A proposição é assinada pelos Senadores Roberto Requião (PMDB-PR), Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), Álvaro Dias (PSDB-PR) e Ricardo Ferraço (PMDB-ES).

Para a associação, não é razoável transformar uma condenação criminal, ainda que sujeita a recursos, em um "*nada jurídico, como se não representasse qualquer alteração na situação jurídica do acusado*". A justificativa ainda faz referência ao fato de os termos originais do projeto de lei terem sido concebidos pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. O texto em tramitação no Senado prevê que, nos casos de crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato e lavagem de dinheiro, o condenado seja conservado preso quando não tiverem cessado as causas que motivaram a decretação ou a manutenção da prisão cautelar. A inovação é a possibilidade de decretação da prisão preventiva, se imposta pelo Tribunal de Apelação pena privativa de liberdade superior a quatro anos por esses mesmos crimes, mesmo quando o condenado respondeu o processo em liberdade, "*salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais*".

Pela proposta, a decretação da prisão deverá considerar, entre outros elementos, a culpabilidade e os antecedentes do condenado, as consequências e a gravidade do crime, bem como se o produto dele foi ou não recuperado e se houve ou não reparação do dano. Contudo, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça poderão atribuir efeito suspensivo ao recurso, quando verificado que

este não tem propósito meramente protelatório e levanta questões substanciais que possam levar à revisão da condenação. Regras similares são previstas para a condenação pelo Tribunal do Júri devido à soberania dos veredictos.

Afirmam os Senadores, na parte final da justificativa, que o projeto busca *"um equilíbrio entre os direitos do acusado e os direitos da sociedade, para viabilizar a decretação da prisão para crimes graves como regra a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição"*.

O Ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, considera a medida *"inaceitável, insuportável, um retrocesso inimaginável"*. Para ele, aprovar a execução antecipada *"significa extinguir a presunção de inocência"*. O Ministro Marco Aurélio, vice-decano da corte, reconhece o problema da morosidade da Justiça, mas afirma que a solução é *"afastar a morosidade para ter a culpa formada e o princípio da presunção de inocência mantido. Não vejo como ter-se no campo penal uma execução que não seja definitiva, já que ninguém devolve ao absolvido a liberdade que se tenha perdido. Ele entrará com ação indenizatória contra o Estado? Temos que cuidar desse problema da máquina judiciária."* Fonte: Revista Consultor Jurídico, 29 de junho de 2015, 19h46 (Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/ajufe-apresenta-pl-permite-prisao-condenados-instancia>).

Sabe-se que o direito ao devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º., LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Além destes dois incisos outros há que também compõem o leque de direitos e garantias judiciais estabelecidas na Carta Magna, a saber: *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da casa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e da imagem das pessoas”, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, “nenhuma pena passará da pessoa do acusado”, “individualização da pena”, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, “inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos”, “não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”^[1], “publicidade dos atos processuais”, “direito ao silêncio”, etc.*

Todos estes direitos e garantias^[2] estão estabelecidos taxativamente no texto constitucional, algumas com ressalvas, evidentemente.

Assim, do ponto de vista da Constituição Federal, o devido processo legal pressupõe o contraditório (paridade de armas, a defesa se pronunciar sempre depois da acusação, etc), a garantia da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa), o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas, etc., etc., etc.

“A doutrina é unânime em atribuir a origem da cláusula do devido processo legal ao art. 39 da Magna Carta, outorgada, em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, identificando-a como a “law of the land”. A expressão “due processes of law” foi usada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra. Embora tivesse, originariamente, somente um sentido de luta de um grupo social, os barões, contra o poder do monarca, o alcance do devido processo foi sendo ampliado com o passar do tempo. Trazida para as colônias da América do Norte, embora não referida na Constituição dos Estados Unidos, foi consagrada nas Emendas V e XIV. Nesse país, o devido processo evoluiu de um caráter meramente formal para um substancial, ensejando o controle de constitucionalidade de leis, sempre que estas não respeitassem o substantive due process. Além disso, de uma concepção jusnaturalista, que entendia a garantia como um princípio universal, passou-se a uma compreensão do devido processo como um princípio histórico, consoante os valores sociais vigentes num determinado tempo e lugar.”[3]

Como ensina Alberto Binder, “ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro – e principal – escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito – como direito protetor dos homens livres – das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis.”[4]

Por outro lado, além do texto constitucional e do Código de Processo Penal, devemos nos referir aos pactos internacionais subscritos e adotados pelo nosso Direito Positivo.

Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92, estabelece em suas cláusulas alguns preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal, assim como o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Nestes documentos, **verbi gratia**, encontramos o direito à não auto-incriminação, à “presunção de inocência”, a um julgamento sem dilações indevidas (ver adiante), à ampla defesa (idem), à publicidade do processo, dentre outras.

É bem verdade que a doutrina se debate a respeito da posição hierárquica que ocupam as normas advindas de tratado internacional. Parte dela entende que caso a norma internacional trate de direito ou garantia individual, terá ela **status** constitucional, até por força do referido § 2º.

Fábio Comparato, por exemplo, informa que *“a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o*

sistema jurídico”[5]: é o chamado princípio da *prevalência da norma mais favorável*. [6]

Com a Emenda Constitucional nº. 45, temos uma nova disposição constitucional, contida no art. 5º., § 3º., da Constituição Federal, segundo a qual *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”*

O devido processo legal deve igualmente garantir a possibilidade de revisão dos julgados. A falibilidade humana e o natural inconformismo de quem perde estão a exigir o reexame de uma matéria decidida em primeira instância, a ser feito por juízes coletivos e magistrados mais experientes.

A Constituição Federal prevê o duplo grau de jurisdição, não somente no já referido art. 5º., LV, como também no seu art. 93, III (*“acesso aos tribunais de segundo grau”*) e pressupõe, evidentemente, uma decisão judicial e a sucumbência (prejuízo). Ademais, para recorrer deve-se atentar para pressupostos de natureza subjetiva, a saber: o interesse e a legitimidade.

Em França, segundo Étienne Vergès, *“l’article préliminaire du Code de procédure pénale dispose in fine que ‘toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction’.*” [7]

Há mais de vinte anos, o jurista baiano Calmon de Passos mostrava a sua preocupação com *“a tendência, bem visível entre nós, em*

virtude da grave crise que atinge o Judiciário, de se restringir a admissibilidade de recursos, de modo assistemático e simplório, em detrimento do que entendemos como garantia do devido processo legal, incluída entre as que são asseguradas pela nossa Constituição.”

Neste mesmo trabalho, nota o eminente Mestre que *“o estudo do duplo grau como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como ínsito ao sistema, fica sem fundamentação mais acurada, em que pese ao alto saber dos que o afirmam, certamente por força da larga admissibilidade dos recursos em nosso sistema processual, tradicionalmente, sem esquecer sua multiplicidade.”*[\[8\]](#)

Não esqueçamos que a *“adoção do duplo grau de jurisdição deixa de ser uma escolha eminentemente técnica e jurídica e passa a ser, num primeiro instante, uma opção política do legislador.”*[\[9\]](#)

O duplo grau de jurisdição tem caráter de *norma materialmente constitucional*, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º., 2, h, que todo acusado de delito tem *“direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”*, e tendo-se em vista o estatuído no § 2º., do art. 5º., da CF/88, segundo o qual *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”* Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que *“toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”*

O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser *“algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.”*^[10] Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o *“devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.”*^[11]

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia^[12]. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a

fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito. Como afirma Ada Pelegrini Grinover, “o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de perseguição do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à perseguição criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.”[\[13\]](#)

O Processo Penal é antes de tudo “*um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado.*” Para Alberto Binder, por meio do Processo Penal “*procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa*”[\[14\]](#)

Norberto Bobbio afirmava que os “*direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.*”[\[15\]](#) Por outro lado, continua o filósofo italiano, “*(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em*

certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” [16]

Assim, a norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal (que é indiscutível), tem a missão de tutelar aqueles direitos previstos nas constituições e nos tratados internacionais. Exatamente por isso, o processo penal de um País o identifica como uma democracia ou como um Estado totalitário. Tornaghi com muitíssima propriedade já afirmava que *“a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”*, protegendo *“os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”* [17]

Como dizia Frederico Marques, *“o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais.”* [18] (grifo nosso).

Não há dúvidas que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas *“quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiário de las garantías procesales, expresadas por los principios que responden a nuestras dos últimas preguntas, ‘cuándo’ y ‘cómo juzgar’: la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba e el derecho del acusado a la defensa.”*^[19]

Por tudo quanto exposto, tal proposta, por ferir, a um só tempo, a presunção de inocência e a garantia ao duplo grau de jurisdição, é inconcebível e inaceitável. Uma tal lei seria alvo, certamente, do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade.

NOTAS:

^[1] Segundo Étienne Vergès, *“la présomption d’innocence est un principe qui se rapporte à la charge de la preuve pénale. Sa dimension procédurale semble donc s’imposer au premier abord. Pourtant, depuis la Déclaration des droit de l’homme et du citoyen de 1789, la présomption d’innocence est consacrée au rang des principes fondamentaux consubstantiels du régime démocratique (art. 9º., de la DDHC).”* (Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 53).

^[2] O direito tem um caráter declaratório, enquanto a garantia tutela a sua efetividade. Ex.: o direito à liberdade vem garantido pelo habeas corpus.

^[3] Luciana Russo, *“Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”*, artigo publicado no jornal *“O Estado do Paraná”*, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[4] Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43, na tradução de Fernando Zani.

[5] Apud Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

[6] *“Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.”* (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

[7] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 49.

[8] Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 88.

[9] Moraes, Maurício Zanoide de, Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

[10] Direito, Poder, Justiça e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

[11] Idem, p. 69.

[12] Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, *“(...) a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.”* (Dicionário de Política, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

[13] Liberdades Públicas e Processo Penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

[14] Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25, na tradução de Fernando Zani.

[15] Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

[16] Idem, p. 05.

[17] Compêndio de Processo Penal, Tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

[18] José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

[19] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª ed., 1998, p. 537.

TRANSNACIONALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

ANA CLAUDIA MANIKOWSKI ANNES:
Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeira Instância; graduada pela Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava; pós-graduada em Direito Constitucional pela UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: Este trabalho pretende traçar, sinteticamente, noções gerais sobre a competência do crime de tráfico de drogas a partir da análise da transnacionalidade do delito, apontando as diretrizes que devem ser observadas para tanto, constantes da Lei nº 11.343/2006, tecendo as diferenças com a lei de drogas revogada e com outros delitos cuja competência da Justiça Federal pode ser reconhecida, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tráfico de Drogas. Competência. Transnacionalidade. Lei nº 11.343/2006. Comparação com outros delitos.

INTRODUÇÃO

A transnacionalidade no delito de tráfico de drogas é essencial para se aferir a competência do órgão responsável por processar e julgar o crime.

A Lei nº 11.343/2006, em harmonia com o que dispõe a Constituição Federal, trata sobre a competência da Justiça Federal nos casos em que o crime de tráfico de drogas revelar o caráter transnacional do delito.

Neste trabalho, pretendem-se traçar breves considerações a respeito da competência para processar e julgar o crime de tráfico de drogas, as novas regras instauradas com a Lei nº 11.343/2006, as circunstâncias a serem avaliadas para fins de aferição da transnacionalidade do delito, além de se traçar um comparativo com outros delitos, tais como o tráfico de armas e a importação de medicamentos falsificados, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

1 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Para combater o crime de tráfico de drogas, existem várias convenções internacionais, dentre as quais se pode citar: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, aprovada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, a Convenção das Nações Unidas sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972 e a Convenção Única das Nações Unidas de 1961 sobre os Estupefacientes - Decreto Legislativo nº 5, de 1964.

Portanto, verificada a transnacionalidade do delito, a competência para processar e julgar referido crime é da Justiça Federal. É isso o que também dispõe a Lei 11.343/06:

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

A respeito, imperioso mencionar que a Lei nº 11.343/2006 constituiu inovação em relação à antiga Lei de Drogas, porque esta previa que, nas localidades em que não houvesse Vara Federal, o processo deveria tramitar na Justiça Estadual. Com efeito, dispõe o art. 27 da Lei nº 6.368/76:

Art. 27. O processo e o julgamento do crime de tráfico com exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado, for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.

Sob a égide da lei revogada, o Supremo Tribunal Federal editou a seguinte súmula:

SÚMULA 522

Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete   Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

Esse entendimento não foi modificado com a vinda da Lei não 11.343/2006. Ao contrário, remanesce o posicionamento no sentido de que, apenas quando demonstrada a transnacionalidade do delito,   que a competência para processar e julgar o feito será da Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 70 daquele diploma legal.

2 CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM AVALIADAS PARA FINS DE AFERIR A TRANSNACIONALIDADE DO DELITO

De início,   preciso mencionar que a doutrina tem feito diferencia o entre o caráter transnacional do delito de tráfico de drogas e a internacionalidade do mesmo delito. Com efeito, a transnacionalidade não pressupõe necessariamente o envolvimento de duas pessoas nacionais de estados diversos ou mesmo que sejam atingidos bens jurídicos em Estado diverso do Brasil. A esse respeito, vem a calhar o seguinte entendimento:

O conceito de delito transnacional   mais amplo que o de delito internacional.

A internacionalidade pressupõe transa o criminosa envolvendo agentes de duas ou mais na es soberanas, vinculando as pessoas envolvidas. Tanto isso   exato que, sob a égide da lei antiga, reiteradas vezes se decidiu que a simples origem estrangeira da droga não era suficiente para o

reconhecimento da internacionalidade do crime de tráfico (STF, HC 77.598/PR, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 22-9-1998, DJU de 6-11-1998, RT 760/551). Por outro vértice, para a configuração da transnacionalidade basta que o delito vá além dos limites do território brasileiro, que ultrapasse os limites que envolvem as demarcações do território, o espaço aéreo, águas internas e milhas marinhas, sem que necessite alcançar outra nação soberana, ou, alcançando, sem necessidade de identificação de vínculo entre os agentes envolvidos. Por ter alcance mais dilatado, também envolve a ideia de internacionalidade, que, uma vez identificada, também autoriza a incidência da causa de aumento de pena.

Em outras palavras, será transnacional o delito que ultrapassar os limites da soberania nacional, com ou sem identificação de vínculo entre nacionais e estrangeiros.

A natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido, bem como as circunstâncias do fato, servirão para evidenciar se a hipótese é ou não de delito transnacional.

Basta que a droga seja originária de outro país, sem outros questionamentos, para que se reconheça a majorante da transnacionalidade.

Todo delito internacional será sempre transnacional, mas nem todo delito transnacional pode ser considerado internacional, para os termos da Lei de Drogas.^[1]

Damásio de Jesus (Lei antidrogas anotada. Comentários à Lei n. 11.343/2006. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010), citando Alexandre de Moraes de Gianpaolo Poggio Smanio (Legislação penal especial, 10. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 133), define que:

Crime transnacional é aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país (definição constante da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, art. 3º, n. 2)

Considerando a assertiva de que o crime transnacional possui conceito mais amplo do que a expressão internacional, conclui-se com facilidade que, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, alargaram-se as hipóteses em que deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito de tráfico de drogas.

Não obstante, não se pode reconhecer a transnacionalidade do delito com base em conjecturas ou meros indícios de que o crime é

transnacional. Isso porque a competência da Justiça Federal é prevista constitucionalmente, é portanto, absoluta. Assim, as circunstâncias da transnacionalidade devem estar concretamente e suficientemente demonstradas no processo, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O
TRÁFICO. ART. 70 DA LEI N. 11.343/2006.
INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE
DEMONSTRAÇÃO DA
TRANSNACIONALIDADE DOS DELITOS.
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Nos termos do art. 70 da Lei n. 11.343/2006, quando demonstrada a transnacionalidade dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça Federal.

Todavia, o que se vislumbra da leitura dos documentos que instruem o presente feito é que inexistente qualquer elemento apto a confirmar a eventual origem estrangeira da droga, restando ausente a demonstração da transnacionalidade do delito. O próprio Delegado de Polícia Federal deixou de indiciar os investigados pela prática do crime de

tráfico transnacional de drogas, porquanto não vislumbrou elementos suficientes de sua ocorrência.

A mera constatação de domicílio em região fronteiriça ou de menção a localidades inseridas em região de fronteira não são suficientes para se concluir pela transnacionalidade da conduta, havendo necessidade de comprovação, ou pelo menos a existência de indícios concretos, da origem estrangeira das substâncias ilícitas.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no CC 137.240/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 27/05/2015)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 70 DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE DOS DELITOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

- Nos termos do art. 70 da Lei n. 11.343/2006, quando demonstrada a transnacionalidade dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, a

competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça Federal.

- Todavia, o que se vislumbra da leitura dos documentos que instruem o presente feito é que, nos termos do Relatório expedido pela Polícia Federal, inexistente qualquer elemento apto a confirmar a eventual origem estrangeira da droga, restando ausente a demonstração da transnacionalidade do delito.

- A alegação da existência de suspeita de que um dos participantes da quadrilha tenha parente que possua refinaria de drogas na Bolívia, bem como o fato de que outro comparsa tenha residido naquele país, ou ainda, a proximidade do Município de onde originou o transporte da droga com a fronteira, não são suficientes para se concluir pela internacionalidade da conduta, havendo necessidade de comprovação, ou pelo menos a demonstração de indícios concretos, da origem estrangeira das drogas.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Cáceres - Mato Grosso/MT, o suscitante.

(CC 136.975/MT, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014)

Dito isso, imperioso acrescentar que, para se avaliar a transnacionalidade do delito, algumas circunstâncias devem ser analisadas.

O art. 40, I, da Lei n  11.343/2006 prescreve:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

  esse artigo quem define as diretrizes sobre o que deve ser avaliado para se aferir a transnacionalidade. São elas: a) natureza da substância ou produto apreendido; b) procedência da substância ou do produto apreendido; c) circunstâncias do fato.

Como se vê, referido dispositivo legal deixa uma gama de possibilidades para que o julgador, no caso concreto, avalie a competência para seguimento do feito.

Como já dito, para reconhecer a transnacionalidade do delito, não   preciso coautoria ou participa o de agentes de Estados diversos, conforme se extrai da seguinte doutrina:

Embora a lei tenha substituído a expressão internacional, que constava da lei anterior, por transnacional, assim como se dá para o efeito de reconhecimento da competência da JF, não se exige, para a incidência da causa de aumento, a presença de agentes brasileiros e estrangeiros, ou de conluio entre

eles (STJ, Resp. 593297, Laurita Vaz, 5ª T., u., 9.3.04; TRF3, AC 200860040010312, Cecília Mello, 2ª T., u., 23.11.10)

A literalidade do inciso I art. 40 da Lei 11.343/06 aponta no sentido de que basta para a caracterização do tráfico transnacional a natureza ou procedência da substância ou produto, bem como as circunstâncias do fato (TRF4, AC 20077210000167-2, Penteado, 8ª T., u., 15.8.07), o que confirma a improcedência da tese da necessidade da cooperação internacional, ou seja, de que o tráfico somente seria considerado internacional quando houvesse participação efetiva de agentes do Brasil em cooperação com outros localizados no estrangeiro.^[2]

Também não é necessário comprovar que a droga efetivamente tocou dois Estados diversos. Ao contrário, basta que se demonstre que o agente tinha a intenção de remetê-la para país diverso ou que foi preso na iminência de embarcar para outro país, conforme entendimento do mesmo doutrinador:

Não se exige, tampouco, que a droga tenha efetivamente alcançado o país estrangeiro, sendo suficiente ao reconhecimento da causa de aumento a finalidade de que isso ocorresse (STJ, Habeas Corpus 123761, Arnaldo de Lima, 5ª T., 16.3.10; Tribunal Regional Federal da Segunda Região, AC 200102010334804, André Fontes, 2ª T., u., 10.4.07)

ou o reconhecimento objetivo de que a droga era destinada a território estrangeiro, desde que seja para ele destinado (STJ, Habeas Corpus 16.572, Jorge Scartezzini, 5ª T., u., DJ 19.8.00; STJ, Resp. 593297, Laurita Vaz, 5ª T., u., 9.3.04; Tribunal Regional Federal da Segunda Região, AC 2.665, Dyrlund, 1ª T., u., DJ 21.6.01; TRF3, AC 11213, Ferreira da Rocha, 1ª T., u., DJ 16.10.03; TRF3, AC 20056119001681-3, Cecília Mello, 2ª T., u., 27.2.07), sendo apreendida a substância em vias de ser exportada (TRF3, AC 200461190012270, Ramza, 5ª T., u., 16.6.06).

Nesse ponto, destaca-se que o verbo do tipo imputado ao agente não precisa necessariamente ser o de "importar" ou "exportar" substância entorpecente. Qualquer verbo núcleo do tipo pode sofrer a incidência da causa de aumento e, conseqüentemente, pode ser julgado pela Justiça Federal, conforme segue:

A causa de aumento se aplicará não somente às condutas de importar e exportar a droga, ou seja, fazer a droga entrar nos limites territoriais do Brasil ou fazê-la sair, mas a todas aquelas em que se estiver demonstrado que o destino da droga seja outro país. Assim, um agente preso no aeroporto portando droga, com passagem aérea comprada com destino ao exterior (conhecido como "mula"), responderá pelo delito (na modalidade "trazer consigo") com a presente causa de aumento (...)

Em caso concreto no qual atuamos, o caráter internacional do crime de tráfico restou demonstrado em razão da apreensão, juntamente com a droga, de produtos provenientes do Paraguai, objeto de descaminho, bem como pelo fato de estar a droga no interior de sacolas pretas, tipicamente utilizadas no comércio informal daquele país. Porém, é relevante afirmar, não basta provar que a droga tenha sido produzida em outro país, pois isto, nada obstante demonstre que a droga foi internalizada, não indica a responsabilidade de seu detentor pela internalização.^[3]

É possível, por exemplo, que o caráter transnacional seja reconhecido pelo intuito de transferir a droga de um país para o outro, sem necessidade de efetiva transposição de fronteiras. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. TRÁFICO
TRANSNACIONAL DE DROGAS.
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E
PROVAS. LICITUDE DAS PROVAS
AUTORIZADAS POR JUÍZO APARENTEMENTE
COMPETENTE. ESCUTAS TELEFÔNICAS.
PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS.
POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. O caráter transnacional do delito de tráfico de

drogas, assim considerado quando demonstrado o intuito de transferência da substância envolvendo mais de um país, ficou comprovado por intermédio de provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, qualquer conclusão desta Corte em sentido contrário demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. 2. O STF já decidiu que não há nulidade em medida cautelar autorizada por Juiz Estadual, que posteriormente declina a competência para Justiça Federal, quando evidenciado que na primeira fase das investigações não havia elementos de informação plausíveis no sentido de afirmar a transnacionalidade do tráfico de drogas, que somente ficou demonstrado com o avanço das diligências. 3. A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve observar rigorosamente o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei 9.296/1996. Demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 dias entre cada

uma delas. 4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 113721, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015)

Em relação às circunstâncias do caso concreto, a apuração da transnacionalidade pode advir do local da prisão, se realizado em estrada rota para outro país, por exemplo, do relato de testemunhas, da apreensão de objetos outros que demonstrem que o réu esteve em outro país nos dias anteriores, entre outros. A esse respeito:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDÍCIOS ACERCA DA ORIGEM ESTRANGEIRA DO ENTORPECENTE. TRANSNACIONALIDADE DA CONDUTA.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES.

1. É competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes previstos nos artigos 33 a 37 da Lei n. 11.343/2006, se caracterizada a transnacionalidade do delito.

2. Na espécie, evidencia-se a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas, em face das circunstâncias do evento, do local da prisão do acusado, do relato dos policiais responsáveis pelo

flagrante delito e do depoimento do acusado às autoridades policiais.

3. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DA VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ - SJ/MS, ora suscitado.

(CC 132.133/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 03/06/2014)

Quanto à procedência estrangeira da substância, a jurisprudência nem sempre foi pacífica a respeito, como se extrai do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegação de caracterização da transnacionalidade do delito. Dilação probatória. Inadequação da via eleita. Prisão em flagrante mantida na sentença condenatória. Direito de apelar em liberdade. Fundamentação idônea. Precedentes. Writ denegado. 1. Compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes de tráfico internacional de drogas. Entretanto, nem o simples fato de alguns corréus serem estrangeiros, nem a eventual origem externa da droga, são motivos suficientes para o deslocamento da competência para a Justiça Federal. 2. Somente a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmada a conclusão das

instâncias ordinárias quanto à não caracterização da transnacionalidade do delito, medida incabível na via do habeas corpus. 3. Não configura constrangimento ilegal a sentença penal condenatória que, ao manter a prisão em flagrante delito, veda ao paciente a possibilidade de recorrer em liberdade, com fundamento em uma ou mais hipóteses previstas no art. 312 do CPP. 4. Ordem denegada. (HC 103945, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011)

Porém, diante do dispositivo legal acima mencionado, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, prevalece hoje que a origem estrangeira da droga é, sim, motivação suficiente para o reconhecimento do caráter transnacional do delito.

3 COMPARATIVO COM OUTROS DELITOS

É imperioso mencionar que a sistemática de análise da transnacionalidade do delito no tráfico de drogas não é inteiramente aplicável a outros delitos.

Isso se deve ao fato de o tráfico de drogas ser altamente reprimido e nosso país possuir regramento próprio, pelo qual se permite a consideração das circunstâncias do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 para aferição do caráter transnacional desse crime.

Em relação a outros delitos, porém, deve ser observado o art. 109, V, da Constituição Federal.

É o caso, por exemplo, do tráfico internacional de armas de fogo. A competência da Justiça Federal é aferida em caso de internacionalidade do delito em razão dos tratados firmados pelo Brasil. A esse respeito a doutrina:

Ao incriminar as condutas relativas a armas de fogo, por meio do chamado Estatuto do Desarmamento, o Brasil deu cumprimento a compromissos assumidos no plano internacional ao firmar:

a) a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos, concluída em Washington, em 14 de novembro de 1997 (D. 3.229/99);

b) o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições (D. 5.941/06), que complementa a Convenção de Palermo.[\[4\]](#)

Para o reconhecimento da internacionalidade desse delito, não basta a origem estrangeira das armas e/ou munições apreendidas, conforme tem entendido o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ART. 18 DA LEI N. 10.826/2003. MUNIÇÕES PRETENSAMENTE ORIUNDAS DO PARAGUAI. TRANSNACIONALIDADE DO

DELITO. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. NÃO COMPROVAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

01. Compete à Justiça Federal processar e julgar o delito previsto no art. 18 da Lei n. 10.826/2003 (CR, art. 109, incs. IV e V).

Todavia, "para a configuração do tráfico internacional de arma de fogo não basta apenas a procedência estrangeira do armamento ou munição, sendo necessário que se comprove a internacionalização da ação" (CC 105.933/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 20/05/2010).

02. Não havendo prova segura de que a munição encontrada na residência do investigado foi importada, sem autorização da autoridade competente, caberá à Justiça estadual processar e julgar a ação penal que vier a ser deflagrada em razão desse fato.

03. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Comarca de Ponta Grossa/PR, ora suscitado.

(CC 133.823/PR, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 15/10/2014)

Com base na regra acima mencionada (constante do art. 109, V, da Constituição Federal), verifica-se que o reconhecimento da

competência da Justiça Federal por vezes não se justifica mas, ainda assim, é objeto da jurisprudência tranquila dos tribunais.

É o que ocorre com o crime do art. 273 do Código Penal. Não há qualquer tratado firmado pelo Brasil relativo ao combate do crime de falsificação de documentos, como se extrai do sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores.[\[5\]](#)

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a competência da Justiça Federal para julgar esse crime nos casos em que se comprova que os medicamentos são oriundos de país estrangeiro:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. MANTER EM DEPÓSITO E EXPOR À VENDA PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS SEM O DEVIDO REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. De ordinário, o crime do art. 273 do Código Penal não é cometido "em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas".

Salvo se houver provas ou fortes indícios da transnacionalidade da conduta delitiva ou de conexão instrumental ou probatória com crime da competência

da Justiça Federal, a competência para processar e julgar a ação penal a ele correspondente é da Justiça estadual.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP, ora suscitado.

(CC 127.307/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015)

Nesse ponto, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região já decidiu que a competência advém da semelhança entre esse crime e o de contrabando, quando os produtos são provenientes do estrangeiro, procurando com isso justificar a competência da Justiça Federal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DO ARTIGO 273, §1º-B, DO CP. SUPOSTA IMPORTAÇÃO E REMESSA DE MEDICAMENTOS ESTRANGEIROS VIA POSTAL. MERCADORIAS APREENDIDAS EM PORTO ALEGRE ANTES DE CHEGAR AO SEU DESTINO. SÚMULA 151 DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. Aplica-se o disposto na Súmula 151 do Superior Tribunal de Justiça ("a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho

define-se pela preven o do juízo federal do lugar da apreensão dos bens") ao delito previsto no artigo 273,  1 -B, do Código Penal por se tratar de modalidade especial de contrabando. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 3  Vara Federal Criminal de Porto Alegre/RS para processamento do apuratrio, considerando que a suposta importa o e remessa de medicamentos estrangeiros via postal foi interceptada na Capital, local de apreensão das mercadorias, não chegando ao destino inicialmente previsto. (TRF4 5006727-18.2012.404.0000, Quarta Se o, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 02/07/2012)

Porém, sem descuidar dos precedentes acima, parece claro que a competência federal somente se justificaria no caso da prática desse crime em conexão com outro, da competência da Justiça Federal, nos exatos termos da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça. Afora esses casos, parecem equivocadas as decisões que reconhecem a competência da Justiça Federal apenas pelo fato de os produtos ostentarem origem estrangeira, dada a inexistência de tratado internacional para o combate desse tipo de delito.

CONCLUSÃO

Como visto acima, o crime de tráfico de drogas somente   da competência da Justiça Federal nos casos em que se verifica a transnacionalidade do delito.

A par da regra existente no art. 109, V, da Constituição Federal, para o delito de tráfico de drogas existe regramento próprio para fins de análise da transnacionalidade do delito.

O art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 define as diretrizes sobre o que deve ser avaliado para se aferir a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas. São elas: a) natureza da substância ou produto apreendido; b) procedência da substância ou do produto apreendido; c) circunstâncias do fato.

Vale dizer que esse dispositivo é aplicável apenas para os crimes de tráfico de drogas, sendo que, para outros delitos, tais como o tráfico internacional de armas, deve ser observada a regra geral de competência prevista no art. 109, V, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>; Acesso em 01/07/2015;

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>; Acesso em 25/06/2015;

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/>>; Acesso em: 10/07/2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>; Acesso em: 10/07/2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>; Acesso em: 12/07/2015;

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>; Acesso em: 13/07/2015;

JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada. Comentários à Lei n. 11.343/2006. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010;

MARCÃO, Renato. Tóxicos - Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas Anotada e Interpretada. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

MENDONÇA, Andrey Borges de e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas comentada artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

NOTAS:

[1] MARCÃO, Renato. Tóxicos - Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas Anotada e Interpretada. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

[2] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

[3] MENDONÇA, Andrey Borges de e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas comentada artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008

[4] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

[5] <http://dai-mre.serpro.gov.br/>

APONTAMENTOS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

RODRIGO RAMOS: Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Graduado em Direito pela USP. Juiz de Direito em São Paulo.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise do instituto do ônus da prova no Direito Processual civil brasileiro, incluindo as disposições a ele relativas no Novo Código de Processo Civil. O estudo se concentra nos aspectos práticos e teóricos mais relevantes do instituto, sobretudo com o intuito de situá-lo no atual quadro de evolução da teoria da prova, incluindo a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, mediante um estudo de doutrina, das modificações no Direito Positivo brasileiro e estrangeiro e da jurisprudência atualizada sobre a matéria.

Palavras-chave: Ônus da prova – Dimensões – Distribuição Estática e Dinâmica - Finalidade da Prova – Inversão – Teoria da Carga Dinâmica – Direito Comparado.

Abstract: The present study analyzes the burden of proof under Brazilian procedural civil law, including de New Brazilian Code of Civil Procedure. The study focuses on the most relevant practical and theoretical aspects of the institute, especially in order to situate in the context of current developementes in proof theory, including the theory of dynamic load of the burden of proof, by a study of the doctrine, the legislative changes in Brazilian and foreign law and updated on the matter jurisprudence positive.

Keywords: Burden of proof - Dimensions - Static and Dynamic Distribution - Purpose of Proof – Burden Inversion - Theory of Dynamic Load - Comparative Law – New Brazilian Code of Civil Procedure.

Sumário: 1. Aspectos introdutórios. a. Finalidade da prova. b. Distinção entre ônus e dever. 2. Dimensões objetiva e subjetiva do ônus da prova. 3. Distribuição Estática do ônus da prova. 4. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 5. Inversão do ônus da prova. a. Inversão legal do ônus da prova. b. Inversão convencional do ônus da prova. c. Inversão judicial do ônus da prova. 6. A inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC. a. Análise dos requisitos. B. Momento processual da inversão. 7. A adoção da teoria das cargas dinâmicas no NCP. 8. Bibliografia.

1. Aspectos Introdutórios

a. Finalidade da prova.

A finalidade precípua da prova é permitir ao julgador um juízo de veracidade ou falsidade sobre os fatos em litígio e viabilizar o julgamento. Porém, diante da dificuldade (ou impossibilidade) de se estabelecer que fatos são ou não verdadeiros, o sistema deve satisfazer-se com o juízo de verossimilitude ou de probabilidade, pois é vedado o *non liquet*.

É essa a lição de Calamandrei:

“Todo sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade

que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica.”^[1]

Pode-se dizer que existem basicamente três teorias que visam a explicar a finalidade da prova: 1) estabelecer a verdade, buscando a identidade entre os fatos realmente ocorridos e aqueles considerados no momento do julgamento (teoria material); 2) fixar formalmente os fatos postos no processo, satisfazendo-se com a aparência de veracidade, a partir de uma conformação com os limites cognitivos inerentes ao processo (teoria formal); e 3) produzir o convencimento do juiz (pragmática)^[2].

A teoria pragmática defende que o objetivo do sistema probatório é dar ao julgador suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo e proferir sua decisão^[3]. É a teoria acolhida em nosso sistema, conforme sintetiza Vicente Greco Filho: “*No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz*”^[4].

Podemos concluir, portanto, que o instituto do ônus da prova decorre de um sistema em que a prova tem uma finalidade pragmática e em que a ausência de julgamento não é permitida.

b. Distinção entre ônus e dever

Inicialmente, cabe distinguir ônus e dever. O conceito mais abrangente de ônus é o cunhado por Echandía:

“Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.”¹⁵¹

Arruda Alvim, com a definitividade que lhe é peculiar, complementa:

“A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo seu sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente e em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus é só reflexamente.”¹⁶¹

Dinamarco, por sua vez, baseado na definição de James Goldschmidt, afirma que “ônus são imperativos do próprio interesse e é a

vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los”^[7].

Vê-se, assim, que a parte que não se desincumbe de seu ônus, estará sujeita a ser prejudicada, mas não necessariamente o será, podendo ter sua pretensão reconhecida apesar de sua inércia, seja em razão da aplicação de alguma presunção, seja pela prova produzida pela parte contrária.

Essa é principal distinção entre ônus e obrigação: do ônus decorre a sujeição a um prejuízo, do dever decorre a sanção.

2. Dimensões objetiva e subjetiva do ônus da prova

Podemos analisar o ônus da prova sob o aspecto subjetivo e o objetivo.

No que tange ao aspecto subjetivo, o ônus representa distribuição de encargos entre as partes, cabendo a cada uma provar as alegações que formulou, para tentar convencer o juiz da sua veracidade. É uma regra de conduta dirigida às partes. Em nosso ordenamento, elegeu-se a prefixação do titular do encargo de produzir determinada prova.

No aspecto objetivo, por sua vez, as regras do ônus da prova são dirigidas ao juiz, para orientar o seu julgamento (regra de juízo ou de julgamento), já que ele não pode deixar de sentenciar porque não conseguiu formar a sua convicção (vedação ao *non liquet*).

Predomina o entendimento de que o ônus da prova é, ao menos em essência ou ontologicamente, regra de julgamento e não de atividade^[8].

Barbosa Moreira nos lembra que, quando se trata em ônus da prova, é irrelevante que a parte tenha feito tudo ao seu alcance para produção

da prova ou que, pelo contrário, não tenha realizado nenhum ato para se desincumbir: importa apenas o resultado probatório final a que se chegou e se os fatos foram ou não satisfatoriamente provados:

“não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão julgador sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar.”⁹¹

A conclusão decorre da distinção existente entre ônus e dever; no dever, a impossibilidade de cumprimento elimina a sanção, na medida em que elimina a culpa; no ônus, somente o resultado das atividades realizadas é relevante.

Ao juiz, portanto, cabe a verificação a respeito da suficiência da prova. Sendo ela suficiente, não importa quem a produziu (princípio da comunhão das provas). No caso de insuficiência, contudo, a regra do ônus ganha relevo, pois é a partir da ausência, que é determinado quem deve arcar com a falta da prova.

Disso decorre que a regra do ônus da prova é de aplicação **subsidiária**, cabível somente em caso de subsistir, ao final da instrução, algum fato controvertido que careça de prova, ou seja, ele “*sintetiza o*

problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato”^[10].

Em síntese, tem-se que o ônus da prova é, conforme a lição de William Santos Ferreira, com apoio em Barbosa Moreira, um sucedâneo da prova faltante:

“(...) o sistema probatório não se esgota em meios de prova e procedimentos respectivos, mas inclui importante elemento que é a solução para os casos em que as afirmações fáticas não foram ou não puderam ser demonstradas. Nesses casos, a fim de evitar a fuga do julgamento, como faziam os juízes romanos diante do non liquet instrutório (se reservavam, sob juramento, sibi non liquera não emitir opinião, sendo nomeado outro juiz), existem fórmulas para a solução, daí BARBOSA MOREIRA denomina-las de sucedâneos da prova faltante.”^[11]

3. Distribuição estática do ônus da prova

A respeito da distribuição do ônus da prova entre as partes, foi adotada pelo direito brasileiro ainda vigente a teoria de Carnelutti, revelada no princípio de que *“quem opõe pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos das quais resulta”* ^[12].

Assim é que cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

direito do autor, segundo positiva o artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC), e o art. 370, de idêntica redação, do Novo Código de Processo Civil (NCPC)^[13].

Verifica-se, portanto, a reafirmação da opção legislativa pela concepção estática da distribuição do ônus, realizada *a priori*, em função da posição que as partes ocupam no processo (autor ou réu) e da natureza dos fatos a serem provados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

As partes sempre saberão, assim, de antemão, a quem compete a produção da prova de cada fato, ou melhor dizendo, quem deverá produzir a prova para não se sujeitar às consequências da falta dela.

4. Distribuição dinâmica do ônus da prova

Segundo Márcia Pereira Azario, a teoria das cargas dinâmicas foi originalmente “batizada de *Cargas Probatorias Dinámicas*, surgiu em 1981, publicada no artigo intitulado *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*”^[14], e é de autoria do jurista argentino Jorge Walter Peyrano.

De origem mais remota atribuída ao filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, a teoria dinâmica busca aprimorar as regras da distribuição do ônus da prova, a fim de evitarem-se resultados injustos, mormente considerando casos concretos de impossibilidade de sua produção por uma das partes (prova diabólica, prova de fato negativo absoluto, etc.).

Baseia-a a teoria na premissa de que distribuição apriorística do ônus, pela qual o legislador fez opção na maior parte dos ordenamentos, atrofia o sistema e não soluciona situações em que as partes não têm

condições de produzir a prova que lhes compete, o que, ao final, significa a impossibilidade do exercício do direito material, e que pode representar negativa do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Veja-se que, por exemplo, ao tratar da inversão convencional, o CPC em vigor repudia tal situação (art. 333, parágrafo único, II), mas silencia ao disciplinar a própria distribuição genérica do ônus. Diante de tal perplexidade, surgiu a defesa da distribuição dinâmica.

Na distribuição dinâmica, há um verdadeiro compartilhamento da atribuição de produzir a prova e todos os envolvidos no processo tem o dever de colaborar para que seja prestada uma adequada solução ao caso (princípio da cooperação e da colaboração).

A regra dinâmica da distribuição do ônus da prova está vinculada à ideia de facilidade em sua produção, entendida como a maior possibilidade de ser o litigante capaz de provar aquilo que seja de seu interesse. Por ela, *“a prova incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso concreto, detém as melhores condições de produzi-la”*^[15].

Didier Jr., com apoio em Dall’Agnol Junior, indica as diretrizes de aplicação da teoria:

“i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é

relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse de prova-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.” ^[16]

A aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no direito processual brasileiro em vigor (CPC73) já é tida como possível, apesar de controvertida, a partir de uma interpretação sistemática das normas vigentes, prescindindo de modificação legislativa, com base nos seguintes princípios: a) igualdade (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC); b) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC); c) solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), d) devido processo legal (art. 5º, XIV, CF); e) acesso à justiça [justa e efetiva] (art. 5º, XXXV, CF) ^[17].

A esses fundamentos, acredito poder-se adicionar a teleologia do art. 333, parágrafo único, inc. II, pois, como dito, veda a distribuição estática que impossibilite o exercício do direito.

A maior parte dos autores sempre ressalta, porém, que a teoria não poderá ser aplicada se implicar prova diabólica para a parte que passará a ter o ônus. Ou seja, se a prova não pode ser produzida por nenhuma das partes, deve arcar com a falta dela a parte para quem a lei fixou previamente o ônus.

Alexandre Câmara ^[18] defende que a distribuição dinâmica consiste em um sistema excepcional, a ser empregado exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada, pois

“[o] que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas”.

Pode-se dizer que a teoria já foi acolhida em nossa jurisprudência, em casos específicos. O STJ, por exemplo, tem restringido sua aplicação às relações de consumo^[19]. O TJRS, por sua vez, tem julgados em que a aplica em causas de direito de família^[20].

Há, no direito comparado, algumas legislações que adotaram a teoria dinâmica.

Na Argentina, segundo Azario^[21], a teoria foi adotada no Código Processual Civil e Comercial da Província de La Pampa, em seu art. 360^[22], e no Projeto de Código Civil da República Argentina Unificado com o Código de Comércio, em seu art. 829^[23] e 1619^[24].

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha também acolheu a teoria, lá chamada de regra ou princípio da facilidade probatória, nos seguintes termos:

“Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener pre sente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.” (grifei)

5. Inversão do ônus da prova

Como se disse acima, a regra geral é de que cabe à parte a quem interessa a demonstração do fato o ônus de comprová-lo, princípio estabelecido numa regra de distribuição apriorística do ônus da prova.

A inversão ocorrerá na hipótese de alteração da regra original de distribuição do ônus da prova e poderá ter três origens distintas: legal, convencional ou judicial.

Sob o prisma subjetivo, podemos afirmar que a inversão é feita em favor de uma das partes e em detrimento da outra. Sob o prisma objetivo, podemos afirmar que a inversão do ônus altera as consequências negativas que o juiz atribuirá às partes, quando do julgamento, sendo certo que a falta de provas que levaria normalmente à improcedência, levará, com a inversão, à procedência, e vice-versa.

Cabe aqui observar que, no sistema do ônus da prova, faz-se uso do sistema de presunções, ou seja, os fatos controvertidos presumem-se inexistentes se não forem comprovados durante o processo. Cândido Dinamarco bem observa essa questão:

“É sempre do interesse de cada uma das partes a demonstração de veracidade das alegações factuais que faz e da concreta

ocorrência dos fatos que alega, porque ao fundo da disciplina legal da distribui o do ônus probatório vige a regra segundo a qual alega o não comprovada equivale a fato inexistente – allegatio et non probatio quase non allegatio.”^[25] (grifei)

No caso da inversão do  nus da prova, portanto, o que se inverte, na verdade,   a presun o que do ônus decorre: o fato controvertido presume-se verdadeiro, até que seja provada sua falsidade.

Vê-se, assim, que, nesses casos, a lei permite (ou impõe) ao juiz presumir desde logo a veracidade do fato em favor da parte que   beneficiada pela inversão, cabendo   outra parte a prova do fato contrário (presun o **relativa**).

Assim   que, se a inversão for feita em favor do autor, ele não terá de provar os fatos constitutivos de seu direito (ao menos, dos fatos a respeito dos quais a inversão se operou). Bastará alegá-los e o juiz os terá por verdadeiros, cabendo ao réu demonstrar que não o são.

a. Inversão legal do  nus da prova (ope legis)

A inversão legal   a determinada na lei, que independe de atua o judicial. A própria lei opera a inversão do  nus e da presun o acima aludida.

Didier Jr. observa que não há propriamente inversão, mas exce o   regra genérica de distribui o do  nus da prova^[26], ou seja, o que ocorre   que a lei determina aprioristicamente que o  nus da prova de tal fato será de parte diversa daquela prevista no art. 333, CPC (art. 370, NCCPC).

Um exemplo de inversão legal é a previsão do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que prevê que “[o] ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Antonio Gidi advoga posição similar a de Didier Jr., afirmando que não se trata de inversão, mas de mera atribuição diferenciada, pois “a lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor”^[27].

Nesse caso, alegando um consumidor a incorreção da comunicação publicitária numa ação contra quem a patrocinar, penderá presunção relativa a favor do autor.

Outro exemplo, é o do art. 3º da Medida Provisória n. 2.172-32/2001, *in verbis*:

“Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação.”

Alguns autores vislumbram nos arts. 12 e 14 do CDC, em seus respectivos parágrafos terceiros, outra hipótese de inversão legal, na medida em que os mencionados dispositivos preveem exclusão de responsabilidade se o fornecedor do produto ou do serviço tido provar a

inexistência do defeito. Não se concorda aqui com tal entendimento, pois o dispositivo apenas disciplina o óbvio: se o fornecedor produzir prova de que o defeito não existiu, não haverá responsabilidade.

Interpretar os mencionados textos legais no sentido de que o consumidor está sempre dispensado de comprovar o defeito do produto ou do serviço não parece ter fundamento no sistema, na ordem constitucional e na própria lógica. A inversão do ônus da prova foi prevista no art. 6º do CDC e tem requisitos próprios, os quais, portanto, continuam a ser exigidos nos casos de defeito do produto ou serviço.

b. Inversão convencional do ônus da prova

O art. 333 do CPC, em seu parágrafo único, carrega hipótese de negócio jurídico processual ao prever a inversão do ônus da prova pela convenção das partes, vedando-a quando se tratar de direito indisponível (inc. I) e quando ela tornar excessivamente difícil o exercício do direito (inc. II).

O NCPC em nada alterou a disciplina da matéria, conforme se vê do parágrafo terceiro do art. 370^[28], cuja redação é idêntica à do dispositivo revogado. O legislador cuidou apenas de tornar expresso que *“a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”* (art. 370, §4º), eliminando quaisquer dúvidas a respeito da existência de limites temporais para o acerto sobre a questão.

Sobre a teleologia do inciso II, bem explica Arruda Alvim que admitir a validade da convenção significaria obstar o exercício do próprio direito material, ao afirmar que *“não se reconhece a validade a convenções dificultadoras do exercício de direito, pois isto importaria usar ou erigir o*

processo como elemento contributivo de álea, e, nessa medida, até eventualmente obstativo do exercício do direito” ^[29].

Assim, nenhuma das partes pode assumir contratualmente o encargo de uma prova impossível ou muito difícil. O processo é instituto de direito público e o juiz não pode aceitar convenção que importe *probatio diabolica*, já que o processo é sede de efetivação de direitos e não de perda deles.

Por fim, vale mencionar que às hipóteses de limitação da inversão convencional, o CDC acrescentou uma terceira: é nula a inversão convencional que implique prejuízo ao consumidor (art. 51, VI).

c. Inversão judicial do ônus da prova (*ope judicis*)

A inversão judicial é a determinada pelo juiz, em função da presença dos requisitos previstos em lei.

O principal exemplo de inversão judicial sempre foi o do art. 6º, VIII, do CDC. Com a promulgação do NCCPC, contudo, passará a haver hipótese ainda mais importante, por ser de aplicação mais ampla, que é a do art. 370, §1º, do NCCPC, que consagra a teoria da distribuição dinâmica.

Há, contudo, quem divirja a respeito de tais hipóteses serem de inversão judicial do ônus. Antonio Gidi, por exemplo, defende que a inversão do CDC não é judicial, considerando-a hipótese de inversão legal, pois “*o papel do magistrado é meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo Código de Defesa do Consumidor*”^[30].

Apesar de se tratar de questão meramente semântica, sem maiores repercussões, ousa-se discordar do eminente Professor, por se vislumbrar efetiva intervenção judicial na distribuição, afastando-se uma

distribuição preexistente, estática, colocando-se outra no lugar, na forma e com os temperamentos que o juiz entender cabíveis para o caso concreto. Não se pode falar, assim, que seja algo que se opera *na lei*, ainda que realmente se opere *por ela e em razão dela*.

6. A inversão judicial do art. 6º, VIII, do CDC

a. Análise dos requisitos

A hipótese do art. 6º, VIII, do CDC representou significativa evolução no sistema probatório civil, tendo vindo a proporcionar o desenvolvimento da igualdade material entre as partes e a consagrar o direito do consumidor à facilitação da defesa dos seus direitos.

Vejamos alguns aspectos de cada um dos requisitos.

Inicialmente, tem-se que a hipossuficiência do consumidor, para fins de inversão, não é a econômico-financeira, mas a de dados e informações. Nada há na lei que permita inferir que o legislador pretendeu defender o consumidor pobre. Para essa finalidade, já existem outros instrumentos de proteção, inclusive de índole constitucional, por exemplo, as regras de isenção de custas e a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados.

O CDC pretendeu, como dito, corrigir uma desigualdade existente entre o fornecedor e o consumidor em geral, enquanto partes de uma relação processual, na qual o ônus de afirmar e de provar exige a detenção de informações e dados técnicos disponíveis, quase sempre, somente ao fornecedor, pela própria natureza da relação.

Na linha da lição de Eduardo Arruda Alvim, para ocorrer a inversão, é preciso, assim, que haja *“uma situação concretamente agravada, pois o*

consumidor é, por definição, sempre vulnerável”^[31]. O agravamento concreto mencionado, a meu ver, se dá exatamente em razão da necessidade de informações a ele indisponíveis, fato corriqueiro no cotidiano forense, e que a lei resolveu atribuindo o ônus da prova à parte que pode dele se desincumbir.

Assim, pode-se concluir que a inversão do ônus, na hipótese de hipossuficiência, deverá ocorrer basicamente quando a produção da prova for difícil ao consumidor, por ele depender de conhecimentos técnicos ou de informações que estão em poder do fornecedor.

Portanto, sempre que algum fato não precisar de nenhum conhecimento específico para ser provado, o ônus da prova continuará sendo da parte incumbida pelo art. 333 do CPC (art. 370 do NCPC), ou seja, continuará com o consumidor (em relação aos fatos constitutivos).

A inversão, portanto, não deve ocorrer de forma ampla e genérica. A rigor, nem se poderia falar em inversão, pois a expressão carrega a ideia de mudança ampla de algo entre os polos, não sendo isso o que verdadeiramente deve ocorrer. O ônus se inverte, portanto, de forma pontual e vinculada à viabilidade da prova de cada fato probando.

William Santos Ferreira acentua esse aspecto do instituto, negando a ocorrência de inversão propriamente dita e afirmando haver, na verdade, a inserção de um elemento dinâmico na distribuição do ônus de determinados fatos:

“Rigorosamente não há ‘inversão’ do ônus da prova, mas modificação (elemento dinâmico) do elemento subjetivo da regra estática,

mediante critérios de julgamento estabelecidos na lei, a serem observados pelo juiz e que não atingem todos os fatos probandos ou todos os elementos que os envolvem. Não há ‘inversão’ genérica do  nus da prova.”^[32]

Assim, diante da constata o da hipossuficiência, não pode o juiz decretar que o fornecedor passe a ter o  nus da prova de todos os fatos constitutivos do direito do consumidor. Como dito acima, a inversão   *meio* e deve se dar na medida de sua finalidade.   extensível, assim, exclusiva e exatamente sobre aquilo sobre o que o consumidor seja hipossuficiente para a prova.

A respeito do requisito da verossimilhança das alega es, tem-se inicialmente que verossímil   aquilo que, com base nas regras de experiência, pareça verdadeiro, ainda que não se possa saber se o   ^[33].

Pela previsão legal, sempre que um fato for verossímil, o juiz poderá inverter o  nus da prova em desfavor do fornecedor.

A interpreta o literal, contudo, não   suficiente.

Em sua melhor interpreta o, a hipótese de inversão por verossimilhança vem a atender   exigência de justiça e de realiza o de determinados direitos, modificando os denominados *standards* de prova exigidos por nossa legisla o e determinando que o juiz se convença e tenha fatos como verdadeiros por meio de um juízo de verossimilitude e não de certeza. Por meio dessa hipótese de inversão, elimina-se a certeza, como grau necessário de convic o, e adota-se um módulo diverso, relacionado   aparência de veracidade.

Para poder realizar alteração tão profunda dos paradigmas da prova, o juiz deverá estar diante de uma situação que, de início, se perceba **inesclarecível**, ou seja, *em que nenhuma das partes possa produzir a prova a respeito do fato*.

Isso decorre das seguintes premissas: se a prova é possível, não há razão para dispensá-la; se o autor pode produzir a prova, não há razão para a inverter o ônus; e, finalmente, se o réu tem as melhores condições para tanto, o caso é de inversão por hipossuficiência.

Quando, contudo, nenhuma dessas hipóteses se verificar, a prova for, ao menos aparentemente, impossível de ser produzida e o fato for, por isso, esclarecível, o juiz poderá, a fim de não permitir o esvaziamento do direito material tutelado, considerar o fato provado, com base na hipótese de verossimilhança do art. 6º, VIII, do CDC.

Como se vê, vislumbra-se aqui um forte vínculo dessa hipótese de inversão com a teoria da redução do módulo da prova, de Gerhard Walter, e se entende que é a partir da referida teoria que o instituto deve ser aplicado e compreendido.

Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao tratar da hipótese de verossimilhança das alegações, também assevera que não há aqui verdadeira inversão do ônus da prova, mas uma redução da exigência da prova:

"Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas

de experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova"¹³⁴.

De fato, não se trata aqui propriamente de inversão. A aplicação da verossimilhança, como forma de redução do módulo da prova, somente é cabível quando o juiz vislumbrar situação em que nenhuma das partes seja capaz de produzir a prova; se a prova é impossível, não se está invertendo o ônus verdadeiramente, mas sim imputando-se a uma das partes as consequências da inesclarecibilidade, o que o CDC autorizou que se faça somente em detrimento do fornecedor.

Dessa forma, defende-se aqui a possibilidade de atribuir a chamada *prova diabólica* a uma das partes, o fornecedor, e fá-lo com vistas à proteção do direito material que deve ser concretizado no processo e como forma de se evitar a premiação do fornecedor que deixa de criar mecanismos para verificação dos fatos que envolvem sua atividade.

Como é possível inferir do quanto exposto até o momento, entende-se aqui que os requisitos para a inversão do ônus da prova, previstos no

art. 6º, VII, do CDC, não são cumulativos. Em primeiro lugar, pelo próprio uso da partícula “ou” no dispositivo legal, conjunção dita alternativa, se poderia concluir que não é necessária a presença da hipossuficiência e da verossimilhança, para que se opere a inversão.

Além disso, as hipóteses de inversão são duas e não se confundem. A primeira (hipossuficiência) corrige a distorção de se exigir a prova da parte que tem menos condições de produzi-la. Para tanto, redistribui o ônus para quem pode dele se desincumbir e se baseia nas ideias da teoria da carga dinâmica do ônus da prova. A segunda (verossimilhança) corrige situação em que um direito não poderia ser exercido (processualmente) porque baseado em fato cuja prova nenhuma das partes é capaz de produzir, ou em outras palavras, baseado num fato inesclarecível. A distorção, nesse caso, é corrigida pela atribuição dos efeitos da falta da prova à parte que colocou a atividade danosa à disposição do consumidor, que lucrou com ela e que poderia ter se precavido para tornar o fato passível de esclarecimento, e não o fez: o fornecedor.

Assim, cada hipótese de inversão é autônoma, tem sua utilidade baseada em uma situação processual própria e exige para ser acolhida, a presença de requisitos próprios: a hipossuficiência e a verossimilhança, no primeiro caso; a verossimilhança e a inesclarecibilidade, no segundo.

b. Momento processual da inversão

Uma das questões mais controvertidas na doutrina e na jurisprudência sobre o tema é a do momento adequado para a inversão do ônus da prova. Trata-se, no caso, de determinar-se se além de regra

de juízo, a inversão tratar-se-ia ou não de regra de atividade, isto é, regra dirigida à condução do processo.

Para alguns autores, para os quais prepondera a dimensão objetiva do ônus da prova (regra de julgamento), a inversão deve ocorrer somente no momento da prolação da sentença, pois é neste momento, após a valoração da prova produzida, que o juiz pode imputar à parte que tinha o ônus as consequências de eventual deficiência da prova. Baseia-se esse raciocínio na razão de existir do ônus da prova (evitar o *non liquet* instrutório) e na premissa de que as partes envolvidas no processo têm condições de prever a inversão no momento da sentença.

Entre os autores que defendem a necessidade de decreto prévio da inversão pelo juiz, por sua vez, há consenso de que não se pode surpreender a parte requerida com um prejuízo advindo de um ônus que a lei não lhe atribuía originalmente.

É que, como observa William Santos Ferreira^[35], a distribuição estática existe e influi na conduta das partes; se a distribuição no momento do julgamento será diferente do se previa inicialmente, é necessário alertar a parte, para que ela saiba que poderá sofrer as consequências de sua inércia.

Eduardo Arruda Alvim^[36], com base nesse raciocínio, defende, não só o descabimento, mas a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que dispense o juiz de anunciar a inversão às partes antes de realizar o julgamento, por violação ao princípio do contraditório.

Entende-se aqui que essa é a interpretação mais correta, pois ainda que seja possível às partes imaginar que o juiz pode inverter o ônus, os

princípios da cooperação, da colaboração e da lealdade processuais não recomendam nem permitem que o réu tenha que se pautar por expectativas, ainda mais em se tratando de questão tão relevante como a do direito ao contraditório e à ampla defesa. Em outras palavras, pode-se dizer que a parte tem o direito de saber o que se espera dela, não o dever de adivinhar.

Outrossim, admitir-se que o juiz pode na sentença decretar a inversão e julgar a causa com base nas novas regras de distribuição, é, na verdade, *“simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”*^[37].

Portanto, em função da dimensão subjetiva do ônus da prova, aqui evidenciada de forma mais acentuada, as partes têm o direito de se nortearem previamente de acordo com a distribuição do ônus da prova, seja a legal, seja a judicial, e não poderão ser prejudicadas pela mudança inopinada da distribuição originalmente estabelecida.

Por fim, anotamos que, em termos jurisprudenciais, parece ter havido certa dualidade de posicionamentos do STJ, tendo prevalecido o entendimento de que a dimensão subjetiva do ônus da prova é determinante em caso de inversão e que, portanto, deve haver decisão a respeito da questão antes da sentença, a fim de oportunizar a desincumbência do ônus redistribuído judicialmente.

Neste sentido, podemos citar o julgamento do recurso especial n. 802832/MG, em que se decidiu que *“[s]e o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope iudicis' ocorrer quando do*

juízo da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão)”^[38] e o dos embargos de divergência n. 422.778/SP, em que se decidiu que “a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida ‘preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade’” ^[39].

7. A adoção da teoria das cargas dinâmicas no NCPC

Até a promulgação do NCPC, só havia previsão legal da possibilidade de inversão judicial do ônus da prova para as causas envolvendo relação de consumo. Contudo, como se viu acima, parcela da doutrina já defendia sua ampliação para outras causas, por força do princípio da isonomia e da adequação do processo ao direito material, o que revelava a possibilidade de aplicação da teoria das cargas dinâmicas. Era o pensamento, por exemplo, de Didier Jr., Marinoni e Arenhart, Marcelo Abelha Rodrigues e Eduardo Arruda Alvim. O STJ, contudo, sempre revelou certa resistência em adotar tal posicionamento^[40].

Assim, uma das mais importantes alterações introduzidas no NCPC foi, sem dúvida, a adoção expressa da teoria das cargas dinâmicas para o processo civil em geral, permitindo que a inversão judicial possa ser, agora de forma inequívoca, estendida a quaisquer tipos de relações.

A positivação da teoria das cargas dinâmicas foi feita de forma bastante consentânea com os lineamentos teóricos acima expostos.

O NCPC manteve o sistema carnелutiano (distribuição estática) no centro da disciplina do ônus da prova e atribuiu à teoria dinâmica um caráter nitidamente **subsidiário**, ao qual ela é de todo modo afeita, desde sua concepção por Peyrano e demais autores do Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario^[41].

Assim, a distribuição do ônus continuará sendo, em regra, estática. Passa-se a permitir expressamente, contudo, a modificação das cargas, quando isso se revelar adequado ao caso concreto. A modificação será sempre feita a critério do juiz, a quem competirá anunciar a mudança e oportunizar a desincumbência.

É o que dispõe o §1º do art. 370, *in verbis*:

“Art. 370. (...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Como se vê, o juiz passa a ter o dever-poder de atribuir o ônus da prova de modo diverso ao estabelecido na regra geral, quando estiver diante de peculiaridades da causa relacionadas à (1) impossibilidade ou

(2) excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou (3) à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Quando o juiz o fizer, contudo, deverá fazê-lo por decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), e dar à parte prejudicada a oportunidade de se desincumbir do ônus, tendo adotado o legislador a posição a respeito do momento da inversão que mais bem conserva os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Por fim, diferentemente do que acontece com a hipótese de inversão do CDC, a distribuição dinâmica *“não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”* (art. 370, §2º, NCPC).

8. Referências Bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Ed.Saraiva, 2º volume, 14ª edição.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo: Revista do Tribunais. 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel José Manoel de. Manual de direito processual civil. 16ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

AZARIO, Marcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. p. 121 (<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf>, acessado em 26/9/2013).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”. In: Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (tradução). Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma possível solução”.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL. Curso de direito processual civil, Volume 2, 5ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, tomo I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a ‘reversão’ nas ações de responsabilidade civil. In GUERRA, Alexandre e BENACCHIO. Marcelo. Responsabilidade civil bancária. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Ciência Jurídica, vol. 64, p.24-35, jul./ago./1995.

GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil brasileiro. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2.

LOPES, João Batista e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Dinamização do ônus da prova – a experiência argentina. In: Aspectos polêmicos do agronegócio. Uma visão através do contencioso. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2013, p. 451-462.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Prova. Ed. RT, 2ª edição, 2011.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Revista da AJURIS, n.74.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2001.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. e outros (Coord.). Las responsabilidades profesionales. La Plata: LEP, 1992.

WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense Universitária, 2007.

NOTAS:

[1] CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (tradução). Campinas: Bookseller, 1999, p. 270-271, *apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL. Curso de direito processual civil, Volume 2, 5ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2010, p. 73-74.

[2] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL. op.cit., 2010, p. 74.

[3] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL. op.cit., 2010, p. 74.

[4] GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2, p. 182.

[5] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2001, p. 37.

[6] ARRUDA ALVIM, José Manoel José Manoel de. Manual de direito processual civil. 16ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013, p. 994-995.

[7] DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, tomo I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 782.

[8] Isso não significa que o aspecto subjetivo seja irrelevante. Não o é, como veremos quando falarmos da questão do momento da inversão. No entanto, não se pode negar que a função do ônus está relacionada essencialmente à falta de prova, fato que, a rigor, se verifica ao final da instrução, quando do julgamento.

[9] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “As presunções e a prova”. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75.

[10] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., 2010, p. 78.

[11] FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a ‘reinversão’ nas ações de responsabilidade civil. In GUERRA, Alexandre e

BENACCHIO. Marcelo. Responsabilidade civil bancária. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 363.

[12] AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Ed.Saraiva, 2  volume 14  edi o, p. 348.

[13] “Art. 370. O  nus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto   existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

[14] AZARIO, Marcia Pereira. Dinamiciza o da distribui o do  nus da prova no processo civil brasileiro. Disserta o de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. (<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf>, Acessado em 03/06/2014, p. 121.

[15] PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. e outros (Coord.). Las responsabilidades profesionales. La Plata: LEP, 1992. p. 263, apud AZARIO, Marcia Pereira. Dinamiciza o da distribui o do  nus da prova no processo civil brasileiro. Disserta o de mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. (<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf>, Acessado em 03/06/2014

[16] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., 2010, p. 96.

[17] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., 2010, p. 98.

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma possível solução”, p. 14-15.

[19] “RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE. 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA. 5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (REsp 69309/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688)

“A teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa. Na hipótese dos autos, encontramos um bom exemplo para a aplicação dessa regra probatória, pois apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu, porquanto não seria razoável exigir que o concorrente gravasse o programa a fim de eventualmente produzir prova em juízo. Não lhe cabe fazer essa demonstração apenas com os recursos do telemática, mas também com a simples juntada do registro constante da ata exigida na legislação pertinente.” (REsp

316316/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 12/11/2001, p. 156)

“Quanto à suposta não comprovação do fato, já tive a oportunidade de sustentar que, no processo civil moderno, a doutrina e a jurisprudência têm percebido a insuficiência, em algumas hipóteses, da utilização do critério estático de distribuição do ônus probatório fixado pelo art. 333 do CPC para se julgar uma causa com justiça. Com efeito, consoante observei no julgamento do REsp 1.084.371/RJ (de minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 12/12/2011), em situações em que o julgador está diante de fatos cuja comprovação, pelo autor, seja impossível ou particularmente difícil, enquanto para o réu a produção da prova contrária apresente-se mais simples, o interesse público na justa composição do litígio recomenda que, em regime de solidariedade, colaboração e boa-fé processual, seja do réu, e não do autor, o ônus da produção da referida prova. Trata-se do que se convencionou chamar de teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. Na hipótese dos autos, os autores realmente não apresentam cópia da matéria ofensiva. Contudo, é forçoso reconhecer que páginas da Internet muitas vezes são fluidas, de modo que uma notícia que está no ar num dia, pode ser irrecuperável no outro. Para os autores, portanto, pode ter sido impossível obter cópia da matéria ofensiva. A ré, contudo, na condição de administradora do portal de Internet, teria todas as condições de recuperar a publicação a qualquer momento e poderia tê-la perfeitamente juntado aos autos. Se não o fez, é justo presumir que o conteúdo da reportagem não a beneficiaria.” (REsp 1135543/SP, Rel.

Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 07/11/2012) (caso em que a relação de consumo é discutível)

[20] “Alimentos. Petição inicial. Na demanda de alimentos, a determinação legal para a indicação dos ganhos do réu é para subsidiar a fixação dos alimentos provisórios. A omissão de tal requisito não torna a inicial inepta, pois é ônus do alimentante comprovar seus ganhos, já que se invertem os encargos probatórios. Apelação provida em parte, por maioria, vencido o Relator.” (Apelação Cível Nº 70005993449, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 07/05/2003)

“ALIMENTOS. ÔNUS PROBATÓRIO DO BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE. Em sede alimentar, invertem-se os ônus probatórios. O alimentando, se menor, sequer precisa provar suas necessidades, pois presumidas, a não ser que haja gastos extraordinários. É do alimentante o encargo de provar sua capacidade econômica pois só ele tem acesso a seus ganhos para que o juiz tenha condições de fixar o valor do encargo alimentar. Apelo desprovido.” (Apelação Cível Nº 70004756425, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/12/2002)

[21] AZARIO, Marcia Pereira. op. cit., 2006. p. 134/135.

[22] Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La

distribuição de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de armar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.

[23] Prueba de pago [...] cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”.

[24] “ Responsabilidad Civil. Prueba de los factores de atribución [...] si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”

[25] DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, tomo I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p 783.

[26] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., 2010, p. 82.

[27] GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. Ciência Jurídica, vol. 64, p.24-35, jul./ago./1995, p. 33.

[28] “Art. 370. O ônus da prova incumbe: (...) § 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

[29] ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil. 15ª edição. Ed. RT p. 972.

[30] GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Ciência Jurídica*, vol. 64, p.24-35, jul./ago./1995, p. 29.

[31] ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito Processual Civil*, 5 ed. São Paulo: Revista do Tribunais. 2013, p. 531.

[32] FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a 'reversão' nas ações de responsabilidade civil. In GUERRA, Alexandre e BENACCHIO. Marcelo. *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 367.

[33] FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a 'reversão' nas ações de responsabilidade civil. In GUERRA, Alexandre e BENACCHIO. Marcelo. *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 374.

[34] WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 812.

[35] FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a 'reversão' nas ações de responsabilidade civil. In GUERRA, Alexandre e BENACCHIO. Marcelo. *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 365.

[36] ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito Processual Civil*, 5 ed. São Paulo: Revista do Tribunais. 2013, p. 533.

[37] GIDI, Antônio. "Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38.

[38] Brasil, STJ, REsp 802832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

[39] Brasil, STJ, EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.

[40] Brasil, REsp 716386/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 15/09/2008.

[41] LOPES, João Batista e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Dinamização do ônus da prova – a experiência argentina. In: Aspectos polêmicos do agronegócio. Uma visão através do contencioso. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2013, p. 451-462.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A TENTATIVA DE COMBATER AS PRISÕES EM FLAGRANTE ABUSIVAS E DESNECESSÁRIAS NO BRASIL

LUÍS EDUARDO PIMENTEL VIEIRA ARAÚJO:
Analista em Direito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduação em Direito pela Universidade Fumec. Especialização em Direito Público (Universidade Cândido Mendes) e em Ciências Penais (Universidade Anhanguera)

Resumo: O presente trabalho objetiva tecer considerações acerca da audiência de custódia, prevista em pactos internacionais de direitos humanos e cuja difusão no Brasil vem sendo incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de evitar prisões abusivas e desnecessárias.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça. Prisão em flagrante. Audiência de custódia. Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Introdução

O presente trabalho tem como foco a audiência de custódia, consistente na rápida apresentação do indivíduo preso em flagrante à autoridade judicial, dando-se especial relevo à possibilidade de que o contato direto do juiz com o suposto autor dos fatos conduza a uma análise mais criteriosa da legalidade, da adequação e da necessidade da custódia provisória.

Desenvolvimento

Em 6 de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça – instituição política que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro – lançou no Estado de São Paulo o projeto “Audiência de

Custódia”, que consiste na rápida apresenta o do indivíduo preso em flagrante a um magistrado.

A audiência de custódia já foi implementada nos Estados do Espírito Santo e do Maranhão, além do pioneiro Estado de São Paulo. 10 Estados (Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piaui, Rio de Janeiro e Tocantins) e o Distrito Federal já foram visitados e possuem grupos de trabalho sobre o tema. Outros 11 Estados (Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Pará, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe) sinalizaram interesse na implanta o do projeto. Somente dois Estados brasileiros (Goiás e Mato Grosso do Sul) não se mobilizaram até o momento.

  possível vislumbrar, pela dissemina o do projeto pelo país em curto período de tempo, que estamos diante de uma ideia consistente, cuja efetiva implanta o contribuir  para evitar prisões equivocadas e maus tratos a supostos autores de fatos criminosos.

O objetivo central   simples, mas bem efetivo: a apresenta o do sujeito preso em flagrante a um magistrado evita a prisão de muitos inocentes e a permanência no cárcere de indivíduos que ali não deveriam permanecer, por variadas razões, evitando-se o automatismo e a frieza na tomada de decisões importantes, que tangenciam a liberdade de locomo o.

Releva notar que o aludido projeto foi lançado em um período histórico no qual o Brasil possui a quarta maior popula o carcerária do mundo (atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia), composta em grande parte por presos provisórios (sem condena o definitiva).

Importante destacar, nesse contexto, que a ideia das audiências de custódia vem ao encontro de tratados internacionais de direitos humanos cuja adesão já foi manifestada pelo governo brasileiro.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe em seu artigo 7º, tópico 5, que *“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”*.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, em seu artigo 9º, tópico 3, enuncia que *“qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”*.

Os referidos tratados internacionais avançaram na proteção dos direitos humanos, considerando a importância do contato direto entre o juiz de direito e o indivíduo recolhido em flagrante pelo suposto cometimento de ilícito penal.

A audiência de custódia, além de estar em perfeita consonância com os tratados internacionais anteriormente mencionados, representa importante meio de efetivação prática da Lei n.º 12.403/11, diploma legal que reforçou a excepcionalidade da prisão sem pena no Brasil.

Acerca do tema, transcreve-se lição de Eugênio Pacelli:

“A referida legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP).

(...)

É que assumiu-se em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares”. (2013, p. 493)

No mesmo sentido, leciona Nestor Távora:

“Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’”. (2012, p. 545)

Os artigos 301 e seguintes da lei processual penal brasileira dispõem sobre uma série de mecanismos de controle da prisão em flagrante, tal como sua comunicação imediata ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada; encaminhamento do auto de prisão ao magistrado competente no prazo de 24 horas; entre outras providências.

Atualmente não há, no Código de Processo Penal, previsão acerca da condução do indivíduo preso em flagrante à pessoa do juiz, mas já se vislumbra alteração no referido diploma legal, mormente em face da

tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n.º 554/2011, que visa modificar a redação do artigo 306, daquele diploma processual.

Independentemente da modificação no texto do Código de Processo Penal, certo é que a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça não ofende o princípio da separação de poderes, tampouco o princípio da reserva legal, justamente em virtude da aplicabilidade em nosso país dos tratados internacionais de direitos humanos que já preveem a audiência de custódia.

A propósito, disserta Rômulo de Andrade Moreira:

“Evidentemente, não há falar-se em suposta inconstitucionalidade da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, pois não se fere, em absoluto, o princípio constitucional da reserva legal previsto no texto constitucional, visto que não se está legislando sobre matéria processual, não havendo invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais”. (2015)

Acerca das vantagens da audiência de custódia, dispõem Aury Lopes Jr. e Caio Paiva:

“São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos[12] . Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país,

porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.”

Conclusão

Conclui-se, portanto, que o contato direto do custodiado com o juiz de direito representa importante instrumento de avanço na análise da legalidade, da necessidade e da adequação da medida constritiva, bem como de eventuais maus-tratos e tortura impostos ao suposto autor dos fatos, o que deve contribuir de forma considerável para a diminuição do número de prisões cautelares abusivas e desnecessárias em nosso país.

Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209> Acesso em: 12 jul. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A audiência de custódia, o CNJ e os pactos internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160776698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>> Acesso em: 12 jul. 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIO AMBIENTE ESPACIAL E A PROEMINÊNCIA DO TRATADO SOBRE PRINCÍPIOS REGULADORES DAS ATIVIDADES DOS ESTADOS NA EXPLORAÇÃO E USO DO ESPAÇO CÓSMICO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: É denotável que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. É possível destacar, oportunamente, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico,

notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Espacial. Solidariedade. Reconstrução Axiológica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente Espacial? Uma Contemporânea Ótica sobre o Meio Ambiente; 4 Meio Ambiente Espacial e a Proeminência do Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às

necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade

contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*” [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*” [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação

ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar

o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo^[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal^[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores

foram alçados ao patamar constitucional, assumindo coloca o eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na reda o do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de prote o ambiental são alçadas   categoria de normas constitucionais, com elabora o de capítulo especialmente dedicado   prote o do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda,   observável que o *caput* do artigo 225 da Constitui o Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, d o corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edifica o da ramifica o ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constitui o Federal, o meio ambiente foi i ado   condi o de direito de todos, presentes e futuras gera es.   encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distin o entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preserva o, conserva o e não-polui o. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a A o Direta de Inconstitucionalidade N  1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras

gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnado de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse

preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Meio Ambiente Espacial? Uma Contemporânea Ótica sobre o Meio Ambiente

Em uma visão mais contemporânea, ultrapassando a tradicional caracterização do meio ambiente, é possível fazer alusão a um meio ambiente espacial, cuja área de incidência é o espaço fora da Terra, constituído de corpos celestes. Trata-se de mais um desdobramento imprescindível do ideário de solidariedade que norteia, de maneira geral, os direitos pertencentes a terceira dimensão. Nesta linha de visão, ao se conceber o direito ao meio ambiente espacial ecologicamente equilibrado, materializa-se a premissa que o meio ambiente, enquanto direito inerente à espécie humana, não encontra limitação apenas ao planeta Terra, mas se estende ao espaço. Assim, há que se reconhecer que o acesso ao espaço, suas riquezas e o conhecimento advindo das pesquisas estabelecidas, passam a integrar a rubrica diversificada que está fortemente vinculado à própria realização do ser humano. Há que se destacar, portanto, que a edificação de um meio ambiente espacial é verdadeiro desdobramento de uma realidade contemporânea, pautada pelos avanços científicos e progresso presenciado pela espécie humana.

Todo desenvolvimento tem um preço e, não raras vezes, muito alto. O Universo mostra-se como lugar de inigualáveis (e ainda inimagináveis) riquezas, envolto em mistérios naturais. Daí gera facilmente a cobiça financeira. O que não podemos aceitar é a existência de uma exploração menos científica e mais comercial, uma vez que o Meio Ambiente Espacial não é propriedade privada, mas um lugar a ser compartilhado por todos[16].

Ao lado disso, *“seu desequilíbrio poderá trazer consequências desastrosas às condições climáticas dos planetas, entre eles a Terra, prejudicando no nosso caso as formas de vida”*[17]. Com destaque, as forças que regem os astros estão fora de controle do ser humano, contudo, no que concerne ao ambiente espacial próximo a Terra, o ser humano pode ter responsabilidade por alguns danos. Neste painel, ainda, tal fato decorre da premissa que há uma maciça exploração espacial, sendo que a espécie humana começa a utilizar este espaço outrora inacessível, deixando muito “lixo espacial” ao redor do planeta. Ademais, aludido comportamento coloca em risco não só as espaçonaves tripuladas como as cidades e áreas rurais e naturais com as quedas destes artefatos, inclusive pela radioatividade que pode existir em alguns casos. Aliás, não é possível olvidar que as explorações espaciais já remontam algumas décadas e se iniciaram com o envio das sondas espaciais, seguidos dos satélites artificiais, naves tripuladas e finalmente das estações espaciais.

Ao lado disso, há que se reconhecer que todos os engenhos espaciais são enviados por foguetes e que acabam produzindo quantidade

considerável de lixo, porquanto há a desintegração no caminho e somente alguns pedaços são recuperados. De igual modo, há que se computarem aqueles que se destroçam no espaço propositada ou acidentalmente, deixando milhares de pedaços orbitando entorno do planeta. *“Já estes materiais perdidos, abandonados ou descartados conhecidos como lixos ou detritos da era espacial, que ficam perdidos ao redor do nosso planeta em órbitas descontroladas”*[18]. Além de poluir o ambiente espacial, os destroços que constituem o lixo espacial tornam-se perigosos, pois colocam em risco as naves e satélites artificiais, devido a possíveis colisões. Ora, há que reconhecer que o lixo espacial que muitas vezes acaba caindo na Terra pode causar danos à vida que povoa o planeta. Assim, todo este lixo está poluindo o que chamamos de espaço, gerando a necessidade de definir este novo ambiente, agora utilizado e explorado intensivamente pela humanidade. Tarefa árdua, porém necessária.

4 Meio Ambiente Espacial e a Proeminência do Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico

Conforme preconiza o Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, a exploração e o uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico, e são incumbência de toda a humanidade. O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação, em condições de igualdade e em conformidade com o direito internacional,

devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes. O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, estará aberto às pesquisas científicas, devendo os Estados facilitar e encorajar a cooperação internacional naquelas pesquisas. Explicita o artigo 2º que o espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, não poderá ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio.

Pondera o artigo 3º que as atividades dos Estados-Partes, relativas à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, deverão efetuar-se em conformidade com o direito internacional, inclusive a Carta das Nações Unidas, com a finalidade de manter a paz e a segurança internacional e de favorecer a cooperação e a compreensão internacionais. Os Estados-Partes se comprometem a não colocar em órbita qualquer objeto portador de armas nucleares ou de qualquer outro tipo de armas de destruição em massa, a não instalar tais armas sobre os corpos celestes e a não colocar tais armas, de nenhuma maneira, no espaço cósmico. Todos os Estados-Partes utilizarão a Lua e os demais corpos celestes exclusivamente para fins pacíficos. estarão proibidos nos corpos celestes o estabelecimento de bases, instalações ou fortificações militares, os ensaios de armas de qualquer tipo e a execução de manobras militares. Não se proíbe a utilização de pessoal militar para fins de pesquisas científicas ou para qualquer outro fim pacífico. Não se proíbe, do mesmo modo, a utilização de qualquer equipamento ou instalação necessária à exploração pacífica da Lua e demais corpos celestes.

O artigo 5º, por seu turno, anota que os Estados-Partes do Tratado considerarão os astronautas como enviados da humanidade no espaço cósmico e lhes prestarão toda a assistência possível em caso de acidente, perigo ou aterrissagem forçada sobre o território de um outro Estado-Parte do Tratado ou em alto-mar. Em caso de tal aterrissagem, o retorno dos astronautas ao Estado de matrícula do seu veículo espacial deverá ser efetuado prontamente e com toda a segurança. Sempre que desenvolverem atividades no espaço cósmico e nos corpos celestes, os astronautas de um Estado-Parte do Tratado prestarão toda a assistência possível aos astronautas dos outros Estados-Partes do Tratado. Os Estados-Partes do Tratado levarão imediatamente ao conhecimento dos outros Estados-Partes do Tratado ou do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas qualquer fenômeno por estes descoberto no espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, que possa representar perigo para a vida ou a saúde dos astronautas.

Os Estados-Partes do Tratado têm a responsabilidade internacional das atividades nacionais realizadas no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, quer sejam elas exercidas por organismos governamentais ou por entidades não-governamentais, e de velar para que as atividades nacionais sejam efetuadas de acordo com as disposições anunciadas no presente Tratado. As atividades das entidades não-governamentais no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, devem ser objeto de uma autorização e de uma vigilância contínua pelo componente Estado-Parte do Tratado. Em caso de atividades realizadas por uma organização internacional no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, a responsabilidade no

que se refere às disposições do presente Tratado caberá a esta organização internacional e aos Estados-Partes do Tratado que fazem parte da referida organização. Ao lado do exposto, todo Estado-Parte do Tratado que proceda ou mande proceder ao lançamento de um objeto ao espaço cósmico, inclusive à Lua e demais corpos celestes, e qualquer Estado-Parte, cujo território ou instalações servirem ao lançamento de um objeto, será responsável do ponto de vista internacional pelos danos causados a outro Estado-Parte do Tratado ou a suas pessoas naturais pelo referido objeto ou por seus elementos constitutivos, sobre a Terra, no espaço cósmico ou no espaço aéreo, inclusive na Lua e demais corpos celestes.

O Estado-Parte do Tratado em cujo registro figure o objeto lançado ao espaço cósmico conservará sob sua jurisdição e controle o referido objeto e todo o pessoal do mesmo objeto, enquanto se encontrarem no espaço cósmico ou em um corpo celeste. Os direitos de propriedade sobre os objetos lançados no espaço cósmico, inclusive os objetos levados ou construídos num corpo celeste, assim como seus elementos constitutivos, permanecerão inalteráveis enquanto estes objetos ou elementos se encontrarem no espaço cósmico ou em um corpo celeste e durante seu retorno à Terra. Tais objetos ou elementos constitutivos de objetos encontrados além dos limites do Estado-Parte do Tratado em cujo registro estão inscritos deverão ser restituídos a este Estado, devendo este fornecer, sob solicitação os dados de identificação antes da restituição. No que concerne à exploração e ao uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, os Estados-Partes do Tratado deverão fundamentar-se sobre os princípios da cooperação e de assistência mútua e exercerão as suas atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e

demais corpos celestes, levando devidamente em conta os interesses correspondentes dos demais Estados-Partes do Tratado. Os Estados-Partes do Tratado farão o estudo do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, e procederão à exploração de maneira a evitar os efeitos prejudiciais de sua contaminação, assim como as modificações nocivas no meio ambiente da Terra, resultantes da introdução de substâncias extraterrestres, e, quando necessário, tomarão as medidas apropriadas para este fim. Se um Estado-Parte do Tratado tem razões para crer que uma atividade ou experiência realizada por ele mesmo ou por seus nacionais no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, criaria um obstáculo capaz de prejudicar as atividades dos demais Estados-Partes do Tratado em matéria de exploração e utilização pacífica do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, deverá fazer as consultas internacionais adequadas antes de empreender a referida atividade ou experiência. Qualquer Estado-Parte do Tratado que tenha razões para crer que uma experiência ou atividade realizada por outro Estado-Parte do Tratado no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, criaria um obstáculo capaz de prejudicar as atividades exercidas em matéria de exploração e utilização pacífica do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, poderá solicitar a realização de consultas relativas à referida atividade ou experiência.

A fim de favorecer a cooperação internacional em matéria de exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, em conformidade com os fins do presente Tratado, os Estados-Partes do Tratado examinarão em condições de igualdade as solicitações dos demais Estados-Partes do Tratado no sentido de contarem com

facilidades de observação do vôo dos objetos espaciais lançados por esses Estados. A natureza de tais facilidades de observação e as condições em que poderiam ser concedidas serão determinadas de comum acordo pelos Estados interessados. A fim de favorecer a cooperação internacional em matéria de exploração e uso do espaço cósmico, os Estados-Partes do Tratado que desenvolvam atividades no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, convieram, na medida em que isto seja possível e realizável, em informar ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, assim como ao público e à comunidade científica internacional, sobre a natureza da conduta dessas atividades, o lugar onde serão exercidas e seus resultados. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas deverá estar em condições de assegurar, assim que as tenha recebido, a difusão efetiva dessas informações.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Carla. **Meio Ambiente Espacial – É hora de entender e preservar**. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/sociedade/meio-ambiente-espacial-e-hora-de-entender-e-preservar/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

SANTOS, Antonio Silveira R. dos. **Meio Ambiente Espacial: Considerações**. Disponível em:

<<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/meio-ambiente-espacial-2/>>.

Acesso em 04 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil.

Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente

- Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto

Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 mar. 2013: “*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos

de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[16] MARTINS, Carla. **Meio Ambiente Espacial** – É hora de entender e preservar. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/sociedade/meio-ambiente-espacial-e-hora-de-entender-e-preservar/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

[17] SANTOS, Antonio Silveira R. dos. **Meio Ambiente Espacial: Considerações.** Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/meio-ambiente-espacial-2/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

[18] SANTOS, Antonio Silveira R. dos. **Meio Ambiente Espacial: Considerações.** Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/meio-ambiente-espacial-2/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MARIANA MAY BATISTA

**EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:
PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA
O PODER PÚBLICO**

MARÍLIA
2014

MARIANA MAY BATISTA

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:
PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA O
PODER PÚBLICO

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Luciano Henrique Diniz Ramires

Batista, Mariana May

Execução contra a Fazenda Pública: Procedimento da execução por quantia certa contra o Poder Público / Mariana May Batista; orientador: Prof. Dr. Luciano Henrique Diniz Ramires. Marília, SP: [s.n.], 2014.

88 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Execução por quantia certa. 2. Fazenda Pública. 3. Precatório. 4. Título executivo judicial.

CDD: 341.465

MARIANA MAY BATISTA

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:
PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA O
PODER PÚBLICO

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R.,
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Luciano Henrique Diniz Ramires

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, ___ de _____ de 2014.

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus amados pais, Izabel e Josemar, que sempre acreditaram em mim e são exemplos de vida a serem seguidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Agradeço também aos meus pais, pelo apoio e ajuda.

Ao meu irmão, pelas caronas para a faculdade.

Agradeço ainda, aos meus avôs, tios e demais familiares por compreenderem minhas ausências nos encontros familiares devido à dedicação a este trabalho.

Ao UNIVEM pela excelência de ensino.

Ao Professor Dr. Luciano, pela orientação segura.

A todos os professores que fizeram parte da minha formação, obrigada pelo ensinamento e exemplo ao longo desta jornada.

E por fim, mas não menos importante, agradeço as amigas conquistadas na Faculdade, em especial à Mariana Gomes Castro.

"São os homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis por desnecessárias deixarão de existir. Mas isto, será possível somente, quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós."

Hermógenes

BATISTA, Mariana May. Execução contra Fazenda Pública: Procedimento da Execução por quantia certa contra o Poder Público. 2014. 88 f. Trabalho de curso. (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

A execução em face da Fazenda Pública é regulada pelos arts. 730 e 731 do CPC, que se localiza dentro do código em um capítulo a parte daquele que prevê o cumprimento de sentença por quantia certa (art. 475-I e seguintes do CPC), pois seus bens não sofrem penhora e expropriação, devido à prerrogativa constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a execução por quantia certa baseada em título executivo judicial entre os particulares e contra o Poder Público, verificando as semelhanças e diferenças entre essas execuções, uma vez que o objetivo de ambas é o mesmo – ter satisfeita a obrigação contida no título executivo. Todavia, quando se tratar de quantia devida por particular, este terá seus bens penhorados e expropriados a fim de liquidar a dívida, quando a Fazenda Pública é a devedora, o crédito será quitado por meio do precatório, instituto que também será tratado nesta monografia.

Palavras-chave: Execução por quantia certa. Fazenda Pública. Precatório. Título executivo judicial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg nos EDcl no REsp: Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial

AgRg no REsp: Agravo Regimental no Recurso Especial

Art.: Artigo

CC: Código Civil Brasileiro

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

CTN: Código Tributário Nacional

DJE: Diário de Justiça Eletrônico

ECT: Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos

REsp: Recurso Especial

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

UFESP: Unidades Fiscais do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.....	12
1.1 Histórico da execução em face da Fazenda Pública.....	12
1.2 Conceito de Fazenda Pública.....	13
1.3 Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública.....	14
CAPÍTULO 2 – NOÇÕES GERAIS DA EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL.....	18
2.1 As partes na execução.....	19
2.1.1 Legitimidade Ativa.....	19
2.1.2 Legitimidade Passiva.....	21
2.2 Competência.....	20
2.3 Requisitos necessários para a Execução.....	21
2.3.1 Título executivo.....	21
2.3.1.1 Sentença proferida no processo civil.....	22
2.3.1.2 Requisitos do título executivo.....	24
2.3.2 Inadimplemento do devedor.....	26
2.3.2.1 Causa do inadimplemento.....	27
2.3.2.2 Efeitos do inadimplemento.....	28
2.4 Liquidação de sentença.....	29
2.4.1 Natureza Jurídica da Liquidação.....	31
2.4.2 Liquidação provisória	33
2.4.3 Espécies de liquidação.....	34
2.4.3.1 Liquidação por Cálculo.....	34
2.4.3.2 Liquidação por arbitramento.....	36
2.4.3.3 Liquidação por artigos.....	37
2.5 Das diversas espécies de execução.....	38
CAPÍTULO 3 - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CONTRA DEVEDOR SOLVENTE.....	40
3.1 Pagamento Voluntário.....	41
3.2 Multa.....	43
3.3 Execução forçada.....	43
3.3.1 Requerimento.....	44
3.3.2 Mandado de penhora e avaliação.....	45
3.4 Penhora.....	46
3.5 Defesa do Executado.....	47
3.5.1 Impugnação.....	48
3.5.1.1 Matérias alegáveis.....	49
3.5.2 Exceção ou objeção de pré-executividade.....	53
3.6 Expropriação de bens.....	55
3.6.1 Adjudicação.....	55
3.6.2 Alienação por iniciativa particular.....	56
3.6.3 Alienação em hasta pública.....	58
3.6.4 Usufruto de imóvel ou de móvel.....	62

3.7 Entrega do dinheiro.....	63
CAPÍTULO 4 - DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	66
4.1 Execução por quantia certa fundada em título judicial em face da Fazenda Pública.....	66
4.1.1 Citação e oposição de embargos.....	68
4.2 A defesa da Fazenda Pública: embargos à execução.....	69
4.2.1 Matérias Alegáveis.....	71
4.2.2 Não oposição de embargos e honorários advocatícios.....	73
4.3 Reexame necessário.....	74
4.4 Requisição à entidade devedora.....	76
4.4.1 Regime de precatórios.....	77
4.4.2 Dispensa de precatório.....	79
4.4.3 Sequestro.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como ponto de partida o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Tais artigos estão localizados no Código no Título II - Das Diversas Espécies De Execução; Capítulo IV - Da Execução Por Quantia Certa Contra Devedor Solvente e dentro do capítulo, na Seção III - Da Execução Contra a Fazenda Pública. Portanto, trata de execução por quantia certa contra devedor solvente que é a Fazenda Pública.

Nota-se que são apenas dois artigos que fazem menção a essa espécie de execução, então se deve utilizar também o Capítulo II Dos Embargos à Execução Contra a Fazenda Pública do CPC, a Constituição Federal Brasileira e Leis para melhor entendimento desse instituto.

Em primeiro lugar, devemos saber que a Fazenda Pública, em juízo, tem condições diferenciadas das outras pessoas físicas ou jurídicas, pois está defendendo o interesse da coletividade, por essa mesma razão seus bens não podem ser penhorados, e, estudaremos neste trabalho que o objetivo da execução é a expropriação de bens do devedor. Em decorrência disso, é importante verificar essas prerrogativas processuais da Fazenda para entender como funciona a fase de execução quando ela figura como ré no processo.

Para que ocorra a fase de execução é necessário que o devedor não tenha satisfeito uma obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. Esse título pode ser uma sentença judicial. A sentença não é um ato que põe fim ao processo, somente põe fim a fase condenatória em primeiro grau, não cria novo processo, mas, sim, uma outra fase, recebendo o nome de processo sincrético.

A fase de execução trata-se de um incidente processual, portanto o devedor será intimado para efetuar o pagamento da quantia devida, e sendo preciso, ocorrerá a penhora de seus bens para posterior expropriação, pois seu patrimônio é garantia de seus credores, e o devedor responde com todos os seus bens, salvo as restrições legais.

No caso da Fazenda Pública, ela será citada para opor embargos e não para pagar, somente se não opostos os embargos ou julgados improcedentes é que terá início o pagamento da dívida, que não vai ser através da expropriação, mas, sim, através de precatório, regulado constitucionalmente.

O Estado possui garantias constitucionais, pois representa toda a sociedade, então os bens públicos não são penhoráveis, mas a Fazenda Pública nem por isso deixa de se submeter à execução, quando devedora de título executivo e para que seja efetuado o pagamento da

quantia de que é devedora, o Código de Processo Civil (CPC) estabelece um procedimento especial a ser observado para que o credor tenha satisfeita sua dívida.

Em razão disso, o questionamento que definirá a abrangência da pesquisa são quais as peculiaridades e qual o procedimento utilizado na execução por quantia certa em face da Fazenda Pública.

A Fazenda Pública, por ser um ente que representa toda a sociedade, goza de prerrogativas quando é ré em ações judiciais, além de garantia constitucional quanto à impenhorabilidade de seus bens. Por este motivo, quando é executada a pagar quantia certa, o procedimento a ser utilizado não pode ser o mesmo previsto no Código de Processo Civil para os particulares, assim denomina-se como um rito autônomo.

Os objetivos do presente trabalho são explicar a fase de execução no processo civil, comparando a execução por quantia certa entre particulares e a execução em face da Fazenda Pública e ao final uma síntese sobre o instituto do precatório. Descrevendo as fases do processo de execução em face da Fazenda Pública, verificando como se dá a citação da Fazenda Pública e qual seu prazo para defesa, quais as matérias alegáveis nessa defesa e a explicação da fase de requisição à entidade devedora (precatório).

A razão da escolha do tema deve-se a peculiaridade da execução contra a Fazenda Pública continuar formando um processo autônomo, pois a Lei nº 11.232/2005 consolidou o sistema de que a execução fundada em título judicial é um mero incidente processual. Essa alteração, porém, não vale para a Fazenda Pública, pois a execução contra ela continua regida pelos artigos 730 e seguintes, devendo sempre ser citada para opor embargos.

Daí decorre a importância dos operadores do direito saberem as diferenças do processo de execução entre particulares e da execução contra a Fazenda Pública.

A pesquisa será desenvolvida por meio de bibliografias, realizando pesquisas em livros, artigos de jornais e revistas, sites de internet, monografias, além da consulta de jurisprudências e legislações, exemplificando o atual modelo legal inserido na estrutura normativa brasileira e as posições doutrinárias acerca do tema.

Primeiramente serão apresentadas noções gerais sobre a execução por quantia certa contra devedor solvente, facilitando assim a compreensão do procedimento de execução em face da Fazenda Pública ao apontar as diferenças. Tratará mais amplamente sobre suas fases, que são a citação, oposição de embargos, processamento dos embargos e requisição à entidade devedora. Ao final uma síntese sobre precatórios que é a forma que as Fazendas Públicas utilizam para o pagamento de suas dívidas.

CAPÍTULO 1 – A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Primeiramente devemos saber que a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações recebem a denominação de Fazenda Pública, que deve gozar de prerrogativas processuais para garantir o interesse público, principalmente quando ré nos processos.

Seus bens também gozam de garantias constitucionais, como a impenhorabilidade, em razão disso, as dívidas da Fazenda Pública serão quitadas por meio de precatório, peculiaridade aplicada nas execuções contra ela, que se operam de forma diferente das execuções contra particulares.

1.1 Histórico da execução em face da Fazenda Pública

O primeiro relato que se tem sobre a execução em face do Poder Público é no direito romano no ano de 149 a.C., assim escreveu Magalhães (2003, p. 09-10):

O embrião do processo de execução contra a Fazenda Pública pode ser encontrado na *Lex Calpurnia* (149 a.C.), onde havia a previsão da responsabilidade do Estado Romano pelo ressarcimento dos cidadãos que fossem vítimas de lesão patrimonial causada por magistrados que se apropriassem de bens sob sua administração. Entretanto, o Estado não podia ser demandado em processo judicial comum, somente sendo cabível a interposição de recursos administrativos.

Verifica-se que desde essa época o Estado já era responsabilizado por seus atos, porém sem poder ser demandado judicialmente. Já no Brasil, os bens públicos foram considerados impenhoráveis no ano de 1824. Neste sentido:

A Constituição Imperial (1824) atribuiu à Assembléia Geral a regulamentação sobre a Administração dos bens nacionais e a decretação de sua alienação. Assim, a penhora ficou condicionada à existência de decreto autorizador. Em 10 de abril de 1851, o *Directorio do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda Pública* editou instrução que, em seu artigo 14, estabelecia a impenhorabilidade dos bens da Fazenda Nacional. Posteriormente, os Avisos da Fazenda 120, de 1863, e 395, de 1865, impuseram a impenhorabilidade também aos bens provinciais e municipais, de forma que todos os bens públicos passaram a ser considerados impenhoráveis, o que foi confirmado pela jurisprudência da época. (SILVA, 1998, p. 43-44 APUD HOLZ, 2006, p. 39)

Em decorrência da impenhorabilidade dos bens, essa instrução editada no ano de 1851 trouxe um sistema semelhante ao precatório que conhecemos hoje em dia, para a realização dos pagamentos pela Fazenda Pública, Silva (1998, p. 41 apud SILVA, 1999, p. 30), explica:

O art. 14 da mencionada instrução normativa de 10/04/1851 estabeleceu também que “tendo passado em julgado a sentença contra a Fazenda, extrai-se e leva-se ao cumpra-se da autoridade competente, e é requerida ao procurador Fiscal para pagar; e não tendo esta dúvida, passa-se precatória à tesouraria a favor do exequente”. Após, “estando a sentença coerente, e podendo pagar-se ao credor exequente, a tesouraria paga, e remete ao tesouro cópia da mesma” (ordenação de 10 de setembro de 1846).

Todavia, apesar do pagamento dos créditos devidos pela Fazenda estarem regulamentados, ainda existia insegurança, pois essa regulamentação não era constitucional, é o que confirma Delgado (1994 apud SILVA, 1999, p. 30):

Consta que essa omissão constitucional gerou insegurança para a consumação do direito das partes, por haver criado situações instáveis quanto ao pagamento de quantias certas devidas pela Fazenda Pública, proporcionando a prática da advocacia administrativa e estabelecendo preferências subjugadas a interesses políticos, econômicos e familiares. Na época o Estado atuava sob forte influência pessoal dos seus dirigentes, já que o princípio de obediência à legalidade dos atos administrativos não havia se firmado.

Portanto, quem detinha mais influência tinha seu direito adimplido mais rápido, preterindo as demais pessoas que também tinham o mesmo direito. Foi então a Constituição de 1934 que expressamente trouxe a previsão constitucional do precatório com a exigência da observância da ordem cronológica, sendo mantida atualmente, conforme art. 100 da Constituição Federal.

1.2 Conceito de Fazenda Pública

A expressão Fazenda Pública refere-se às pessoas jurídicas de direito público, que são as descritas no art. 41 do Código Civil Brasileiro (CC), de acordo com Gonçalves (2011, p. 83) são divididas em administração direta, compreendendo a União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e em administração indireta que são as autarquias, as associações públicas, fundações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei. Os órgãos da administração indireta são descentralizados, com personalidade própria para o exercício de atividade de interesse público.

Enquadram-se como “demais entidades de caráter público criadas por lei”, as agências executivas ou reguladoras, pois são consideradas autarquias especiais e com relação às associações públicas, são consideradas de direito público aquelas constituídas na forma da Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005. (CUNHA, 2011, p. 18).

O Dicionário Compacto do Direito (2009) traz que “Fazenda Pública: 1. Designação que em juízo se dá ao Estado ou ao fisco. 2. O poder público, enquanto exercente de atividade financeira.”

O termo Fazenda Pública traduz também a atividade do Estado em juízo, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda, como diz Cunha (2011, p. 15):

O uso freqüente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo: em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em juízo. Daí por que, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo.

Temos, então, que Fazenda Pública é o nome genérico das finanças do ente público e a sua designação quando atua em juízo, fazendo parte deste conceito somente as pessoas jurídicas definidas como de direito público, excluindo-se as de direito privado.

É o que diz Alagasso (2010, p. 2):

Em relação à Administração indireta, verifica-se que as empresas públicas e sociedade de economia mista, por possuírem natureza de pessoa jurídica de direito privado, não integram o conceito de Fazenda Pública, diferentemente das autarquias e fundações, que são pessoas de direito público. Em relação às fundações, há uma ressalva. Somente entra no conceito a fundação pública, excluindo a privada.

Desta forma, não estão englobadas na expressão as sociedades de economia mista, como a Petrobrás e o Banco do Brasil e as empresas públicas como a caixa Econômica Federal, uma vez que seus bens são considerados de natureza privada e, portanto sujeitos à penhora. Contudo a Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos (ECT), que é uma empresa pública, é exceção, tendo os mesmos privilégios que a Fazenda Pública para litigar em juízo, por força do antigo Decreto Lei nº 506 de 20 de março de 1969. (PINHO, 2012, p. 341).

Portanto, Fazenda Pública é a designação para União, Estados, Municípios, suas autarquias, fundações públicas, agências executivas ou reguladoras e a Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos.

1.3 Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

Depois de conceituado o termo Fazenda Pública, faz-se necessário uma explicação sobre os direitos especiais que os entes públicos possuem quando em juízo, para melhor compreensão das diferenças previstas quando a execução é contra a Fazenda Pública.

Essas prerrogativas processuais decorrem da aplicação do princípio da isonomia, com previsão do CPC em seu art. 125, I, que diz que o juiz assegurará às partes igualdade de

tratamento, sendo que, essa igualdade é alcançada conferindo tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, em razão disso, os entes públicos e seus agentes quando partes no processo tem tratamento diferenciado.

Esse tratamento diferenciado se justifica, porque o Estado age de acordo com o interesse público, neste sentido diz Parahyba; Viana (2006, pag. 4277):

Observa-se que esses institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, comumente denominados na doutrina de “prerrogativas”, se originaram em face da necessidade de estabelecer a igualdade na relação processual em que o Poder Público fosse parte, com o objetivo precípua de resguardar o interesse público.

Por interesse público entende-se que é o interesse de que todos compartilham, refere-se aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. (CUNHA, 2011, p. 33).

Nesse contexto é que exsurtem as chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, uma vez que, caso não fossem conferidas determinadas normas especiais, nem fossem criados determinados institutos, o interesse público não receberia a proteção consentânea com o arcabouço principiológico delineado. Observa-se, claramente, que o uso de prerrogativas está relacionado, indissociavelmente, ao atingimento de finalidade pública, o que evidencia seu caráter eminentemente instrumental, afastando, assim, em nosso entendimento, a natureza privilegiadora apontada por muitos. (PEREIRA, 2007, p.85)

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 188 do CPC diz respeito aos prazos processuais, que são maiores em relação aos particulares, sendo que para contestar são computados em quádruplo e para recorrer em dobro, que se justificam devido à burocracia e morosidade existente.

Neste sentido Cunha (2011, p. 42) comenta:

A regra aplica-se a qualquer procedimento, seja ordinário, seja sumário, seja especial, aplicando-se igualmente ao processo cautelar e ao de execução. Somente não se aplica o art. 188 quando há regra específica fixando prazo próprio [...] e no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Federais; ali os prazos para a Fazenda Pública são todos singelos, não havendo contagem em quádruplo, nem em dobro.

Existe privilégio também, quanto aos honorários de sucumbência, que são arbitrados em níveis inferiores, consoante apreciação equitativa do juiz, observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, conforme o §4º do art. 20 do CPC:

§ 4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Em se tratando de pagamento de despesas processuais, de preparo, entre outras taxas o art. 27 do CPC prevê que as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido, não precisando, portanto, adiantar o pagamento. O parágrafo único do art. 488 dispensa o depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória, já o §1º do art. 511 diz que “são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias”.

Outra prerrogativa é o duplo grau de jurisdição, previsto no art. 475 do CPC, que segundo Dinamarco (2002, p. 211-212), “uma sentença proferida em primeiro grau de jurisdição não passa em julgado, nem é exequível, quando contrarie os interesses da Fazenda Pública”.

Aplica-se o duplo grau aos processos julgados com resolução do mérito, quando a sentença é desfavorável à Fazenda Pública. No entendimento de Cunha (2011, p. 207) “esse reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia”.

Para que se efetue essa reanálise o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los, conforme dispõe o §1º do art. 475 do CPC.

A característica inerente à Fazenda Pública mais importante para o estudo do presente trabalho está prevista no art. 100 da Constituição Federal Brasileira (CF), que diz respeito aos precatórios, que é a forma pela qual o Poder Público efetua o pagamento de suas dívidas:

[...] A Fazenda Pública apresenta uma forma particular para o cumprimento de seus débitos pecuniários (art. 100 CRFB), na medida em que os bens públicos, porque se encontram vinculados em princípio a uma finalidade pública, são inalienáveis (art. 100 CC), não sendo passíveis de penhora (art. 649 CPC). (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 704)

Dizemos então que os bens públicos são impenhoráveis e “por tal atributo, diferentemente de um devedor particular, quando o Estado for executado, não poderá ser

colocada à disposição do exequente a opção tradicionalmente adotada pelo direito brasileiro, que é a penhora”. (GALEOTE, 2009)

Assim, também diz Gonçalves (2011, p. 103) “os bens públicos são impenhoráveis. Daí resultam conseqüências importantes, que vão repercutir no procedimento das execuções contra a Fazenda Pública, nas quais não pode haver expropriação de bens”.

Verifica-se que o Poder Público goza de benefícios quando atua em juízo e que seus bens são impenhoráveis, estando respaldado pela nossa legislação, o que se justifica, pois o Estado age em nome de toda a sociedade.

CAPÍTULO 2 – NOÇÕES GERAIS DA EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Inicialmente é preciso uma breve explicação sobre a alteração ocorrida no Código de Processo Civil com o advento da Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Antes da lei havia um processo de conhecimento e após, de posse do título executivo judicial, um processo de execução, necessitando que se realizasse nova citação do devedor. Com as alterações introduzidas pela lei o processo é um só, dividido em fase de conhecimento e fase de execução, é o que explica Gonçalves (2011, p. 546):

Antes da Lei n. 11.232/2005, o processo de conhecimento, de cunho condenatório e o de execução que lhe seguia eram considerados dois processos distintos, com funções diferentes. Isso exigia que o devedor fosse citado para o processo de conhecimento e depois, para o de execução. Após a lei, os dois processos passaram a constituir duas fases distintas de um processo único. O anterior processo de conhecimento condenatório tornou-se fase cognitiva condenatória, e o antigo processo de execução por título judicial tornou-se fase, que o legislador denominou de “cumprimento de sentença”, mas que não deixa de ser a fase de execução. Com isso, basta que o devedor seja citado uma única vez, na fase inicial do processo.

A rigor, a alteração foi mais de nomenclatura do que de estrutura. Tudo aquilo que acontecia antes, da petição inicial até a satisfação do julgado, continua se realizando, com muito poucas alterações. Apenas o que antes se denominava processo de execução passou a chamar-se fase, tornando despicienda nova citação.

Neste mesmo sentido sobre as alterações introduzidas por essa lei Wambier; Talamini (2012, p. 48) dizem:

Além disso, com a Lei 11.232/2005 (em vigor desde 23.06.2006), também as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia passaram a ser executadas na mesma relação processual em que foram emitidas. Depois da fase cognitiva, que resulta na emissão da sentença, e não havendo o cumprimento voluntário da condenação pelo derrotado, tem vez uma fase executiva (que segue, em linhas gerais, os parâmetros típicos do processo executivo do Livro II do Código). Não haverá a instauração de um novo e específico processo para a execução de sentença. Conseqüentemente, não terá vez uma petição inicial executiva, bastando simples requerimento do exequente (art. 475-J, cf. Lei 11.232/2005). Os atos executivos serão praticados dentro do próprio processo em que se proferiu sentença e que fora precipuamente de natureza cognitiva até então. Em conseqüência, tampouco haverá citação do executado. Ele será apenas intimado dos atos de constrição executiva (art. 475-J §1º).

Diante disso a sentença não põe fim ao processo, é o que afirma Marinoni; Arenhart (2008, p. 53):

O processo de conhecimento, instaurado para verificar com quem está a razão diante do litígio, não mais termina com a sentença que fica na

dependência da execução. Agora, o processo de conhecimento prossegue até que a tutela do direito almejada seja prestada, mediante a atividade executiva necessária. Isto porque o processo, ainda que vocacionado à descoberta da existência do direito afirmado, destina-se a prestar tutela jurisdicional à parte que tem razão, o que não acontece quando se profere sentença de procedência dependente de execução.

Por fim, esse processo único, que não terá seu término com a sentença, quando depender de execução para satisfação da obrigação, contendo então duas fases é chamado de processo sincrético e no decorrer deste capítulo veremos como se dá a execução por quantia certa no CPC depois das alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005.

2.1 As partes na execução

As partes na execução são o exequente, representando a parte ativa, conhecido como credor e o executado, que é a parte passiva ou devedor.

2.1.1 Legitimidade Ativa

Como regra geral Gonçalves (2011, p. 24) nos traz que “a execução há de ser promovida por quem figure no título executivo como credor, daí que a legitimidade das partes vai ser, quase sempre, aferida pelo que constar do título executivo”.

O rol com todos os legitimados para propor a execução estão previstos nos artigos 566 e 567 do CPC:

Art. 566. Podem promover a execução forçada:

I - o credor a quem a lei confere título executivo;

II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir:

I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;

III - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Portanto, em regra, o legitimado ordinário constará no título executivo, mas não se exclui outras hipóteses de credor, que estão previstos em lei, tendo legitimidade ordinária superveniente, que decorrem, por exemplo, da sucessão, cessão ou sub-rogação.

2.1.2 Legitimidade Passiva

A legitimidade passiva é verificada no art. 568 do CPC, que traz:

Art. 568. São sujeitos passivos na execução:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

- III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
- IV - o fiador judicial;
- V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Em regra a execução deve ser ajuizada contra o devedor reconhecido no título executivo. Quando morto o devedor, deverão ser demandados o espólio, herdeiros ou sucessores, não podendo ultrapassar as forças da herança. Também é legitimado passivo o novo devedor, que assumiu o débito, com consentimento do credor. (GONÇALVES, 2011, p. 26-27)

Gonçalves (2011, p. 27) diz ainda, que quanto ao fiador e o responsável tributário, embora não figurem no título executivo podem ser demandados em execução.

2.2 Competência

A competência para o cumprimento da sentença fundada em título executivo judicial está prevista no art. 475-J do CPC, que diz que se efetuará no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição.

Neste sentido Pinho (2012, p. 655):

Destaque-se que a competência para a execução será, então, do juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição. Portanto, o juízo que processou a demanda em primeiro grau de jurisdição é o competente para executar a sua própria decisão, mesmo que seja conhecido e promovido algum recurso no Tribunal. Tem-se, aqui, autêntico caso de competência funcional. O juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição tem, outrossim, a função de processar a execução da sua decisão.

Quando a causa for de competência originária dos Tribunais, a execução deverá ser efetuada perante o Tribunal.

Já o parágrafo único do art. 475 do CPC traz outras hipóteses de competência, onde “o exequirente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.”

Concluindo Gonçalves (2011, p. 28) traz:

Surgem, então, três foros competentes para a execução por título judicial comum: o do local em que correu o processo de conhecimento; aquele em que o executado tiver bens, o que pode facilitar a penhora, avaliação e expropriação; e o local do domicílio atual do executado, o que pode facilitar as intimações necessárias.

Cabe ressaltar que a escolha do foro será do credor e não do devedor, mas em regra a execução será processada no mesmo juízo que prolatou a sentença na fase de conhecimento.

2.3 Requisitos necessários para a Execução

São dois os requisitos necessários para a execução: a existência de um título e o inadimplemento do devedor, nas palavras de Didier Junior et al.(2012, p. 92):

Além de ter que atender, genericamente, aos pressupostos de existência, aos requisitos de admissibilidade e as condições da ação, a deflagração do procedimento executivo depende da observância de dois requisitos específicos, a saber: a) a apresentação de um título executivo a partir do qual se possa aferir a existência de um direito a uma prestação líquida, certa e exigível; b) a afirmação, pelo exequente, de que houve inadimplemento do executado quanto ao dever jurídico que é correlato a esse direito de prestação.

Assim também diz Liebman (1980, apud ASSIS, 2013, p.161) que “o título funciona como ‘condição necessária e suficiente da execução’, observado o tradicional princípio *nulla executio sine titulo*. O inadimplemento corresponde à ‘situação de fato’ que pode dar lugar a execução”.

Cabe ainda dizer que o título a ser apresentado deve ser o original, não sendo aceito nem mesmo cópia autenticada, “porque, conquanto a cópia autenticada possa fazer a mesma prova que o original, se o credor a utilizasse, poderia, em tese, ajuizar diferentes execuções, com base no mesmo título, instruindo cada qual com uma cópia”. (GONÇALVES, 2011, p. 570)

Diante disso, a execução será nula se não houver um título executivo, que deve ser certo, líquido e exigível, além de ser exibido o seu original, sendo necessário também o descumprimento da obrigação pelo devedor.

2.3.1 Título executivo

Os títulos executivos podem ser judiciais e extrajudiciais, previstos nos arts. 475-N e 585 do CPC, respectivamente. Para Marinoni; Mitidiero (2011, p. 488) o “título executivo é a representação documental típica do crédito revestida de força executiva”.

De acordo com Neves (2011, p. 789) “o título executivo judicial é formado pelo juiz, por meio de atuação jurisdicional, enquanto o título executivo extrajudicial é formado por ato de vontade das partes envolvidas na relação jurídica de direito material”, sendo que, segundo Gonçalves (2011, p. 569) cumpre ao legislador estabelecer quais são os títulos, pois o rol legal é taxativo.

Conforme o art. 475-N do CPC:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

- II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV – a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Verifica-se no artigo transcrito acima os tipos de títulos executivos judiciais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, os tipos de sentenças e acordos que são emitidos e/ou homologados pelo juiz revestidos de força executiva.

Em suma, a parte condenatória de toda e qualquer sentença – a parte da sentença que determina ao autor ou ao réu o cumprimento de determinada prestação – é, sempre, título executivo. (WAMBIER; TALAMINI, 2012, p.70).

Portanto, título executivo é o documento que reconhece um direito. No próximo item será estudado sobre o título previsto no inciso I do art. 475-N.

2.3.1.1 Sentença proferida no processo civil

O inciso I do art. 475-N do CPC traz que as sentenças proferidas no processo civil que reconhecem a obrigação de fazer, não fazer, entregar ou pagar são títulos executivos judiciais e no caso de não serem cumpridas espontaneamente pelo devedor serão utilizadas para dar início à execução, porém, nem todas as sentenças autorizam a execução. De acordo com Gonçalves (2012, p. 35) no caso de sentenças declaratórias e constitutivas é desnecessária a execução, pois somente reconhecem obrigações e para a execução é preciso que condene o réu a cumprir obrigações, considerando ainda a redação deste artigo imperfeita.

Neste mesmo sentido Marinoni; Mitidiero (2011, p. 488-489) também explicam sobre as sentenças e da necessidade de posterior execução:

A sentença declaratória e a sentença constitutiva não dependem de cumprimento para realizar a tutela do direito do demandante. São sentenças autossuficientes – a prolação da decisão basta para satisfazer o demandante. Já a sentença condenatória, a sentença mandamental e a sentença executiva *lato sensu* são sentenças que dependem de cumprimento para realizar a tutela do direito do demandante. São sentenças não autossuficientes.

Sendo assim, para os autores citados, as sentenças que declaram ou constituem direitos, por si só já produzem efeitos, não necessitando serem executadas, já as sentenças condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu* para efetivamente serem cumpridas precisam de posterior execução.

Todavia, existe posicionamento divergente acerca das sentenças declaratórias e constitutivas:

As sentenças declaratórias e constitutivas também portam, normalmente, eficácia condenatória, pois, com algumas exceções, veiculam condenação do vencido ao pagamento das custas judiciais e dos honorários do advogado do vencedor. E, relativamente a tais verbas de sucumbência, aquelas sentenças de improcedência do pedido do autor e de extinção do processo sem julgamento de mérito, ambas primordialmente declaratórias. (WAMBIER, TALAMINI, 2012, p. 70)

Com este posicionamento também concorda Didier et al. (2012, p. 163), que complementa:

De fato, se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a uma prestação já exigível (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória, proferida com tese no art. 4º, par. ún., CPC, tem força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza “condenatória”. O que importa, para uma decisão judicial seja título executivo, é que haja o reconhecimento da existência de prestar, qualquer que seja a natureza da sentença ou da prestação.

Tem-se, para esses autores, que todos os tipos de sentenças enquadram-se no inciso I do art. 475-N do CPC, pois de alguma forma podem conter uma obrigação a ser cumprida que precise ser executada.

Observamos ainda que a parte condenatória da sentença pode trazer diversos tipos de prestações:

Conforme o tipo de obrigação imposta na condenação, haverá diferentes procedimentos de cumprimento de sentença. Se a obrigação for de fazer, o cumprimento deverá observar o disposto no art. 461 e seus parágrafos, e se for de entrega de coisa, o do art. 461-A. Já se for de pagamento, o procedimento será o previsto no art. 475-I e ss. do CPC. (GONÇALVES, 2011, p. 572)

Portanto, para cada tipo de sentença proferida no processo civil o seu cumprimento se dará de uma maneira, com previsão em dispositivos diversos do CPC, sendo que, para o presente trabalho os títulos executivos judiciais baseados em sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de pagar quantia certa tem maior relevância.

A sentença que reconhece a obrigação de pagar tem eficácia executiva, porque depende de requerimento do credor para a produção do efeito executivo, não podendo optar por forma de execução diversa da prevista em lei, sendo que a sua principal função é a de prestar a tutela pelo equivalente, em dinheiro, ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 111-116)

Extrai-se dessas afirmações que nem toda sentença precisará de atividade posterior, ou seja, ser executada para seu cumprimento. As chamadas sentenças declaratórias e constitutivas, em alguns casos geram efeitos por si só, já as chamadas de condenatórias, como no caso da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, precisam de uma atividade (requerimento) do credor para dar início ao cumprimento do disposto na sentença, que é a forma comum de execução.

2.3.1.2 Requisitos do título executivo

Os requisitos do título são a certeza, liquidez e exigibilidade, conforme dispõe o art. 586 do CPC: “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

Extrai-se da leitura do art. 586 que não é exatamente o título executivo que deve ser líquido, certo e exigível, mas sim a obrigação contida no documento, assim confirmam Marinoni; Arenhart (2008, p. 119): a certeza, liquidez e exigibilidade são atributos da obrigação a ser executada e não propriamente o título. Portanto, são características da obrigação trazida no título a certeza, liquidez e exigibilidade.

Sobre o requisito certeza, Bueno (2011, p. 108) diz:

Obrigação certa é aquela definida, aquela que existe suficientemente para fins da execução, aquela que define, suficientemente, os elementos subjetivos e objetivos da obrigação, isto é, quem é o credor, quem é o devedor, o que se deve, quanto se deve e quando se deve.

Em resumo, “é certa quando não há controvérsia quanto à existência do crédito. A certeza decorre, normalmente, da perfeição formal do título.” (GONÇALVES, 2012, p. 41)

A certeza do título é característica importante, pois o documento expedido pelo judiciário deve estar formalmente correto, a fim de não gerar dúvidas quanto ao seu conteúdo, como por exemplo, quem de fato é o devedor, de qual quantia e qual seu vencimento, entre outras formalidades.

Para Assis (2013, p. 172), dos três atributos do título, apenas a certeza é constante, jamais surgindo posteriormente ao seu nascimento. Faltando liquidez, realizar-se-á a liquidação conforme dispõe o art. 475-A, *caput*, do CPC e faltando atualidade, aguardar-se-á o implemento do termo ou da condição.

A “obrigação líquida é aquela quantificada ou, quando menos, quantificável. Trata-se da possibilidade de verificação do valor da obrigação, de sua obrigação monetária”. (BUENO, 2011, p. 108)

Neste sentido, Gonçalves (2012, p. 41) traz que “a obrigação não deixa de ser líquida por não apontar o montante da dívida, desde que se possa, pelos elementos contidos, no título, e por simples cálculo aritmético, chegar ao valor devido”. Sendo assim, o título não precisa expressar valores quando emitido, porém, deve ser possível calcular o valor utilizando-se os dados constantes no documento.

Segundo Gonçalves (2012, p. 41) “a exigibilidade diz respeito ao vencimento da dívida”, complementando Bueno (2011, p. 108) diz que “obrigação exigível é aquela que é passível de cumprimento porque não sujeita a nenhuma condição ou termo”.

Sobre condição e termo Assis (2013, p. 174) escreveu:

O vencimento do termo, ou da condição, outorga atualidade ao crédito. Termo é fato natural, verificado no próprio título, e por esta razão carece de qualquer prova [...] Ao contrário, a condição, porque evento futuro e incerto, exigirá prova na petição inicial da ação executória.

Então, vencida a condição ou termo, já tendo passado o prazo para pagamento, o título será exigível.

Sobre os requisitos exigidos para a execução do título executivo, o relator Alfeu Machado confirma a sua necessidade no julgamento de uma apelação:

Direito processual civil. Apelação cível. Execução de títulos extrajudicial. Contrato de locação de bens móveis. Ausência de liquidez. Obediência do art. 586 CPC. Sentença mantida. 1. Nos termos do artigo 586, do Código de Processo Civil, "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível". 2. **Para viabilizar a propositura de ação de execução baseada em título executivo judicial, portanto, é imprescindível que nele se verifique a presença dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade**, eis que não subsiste a execução quando falta liquidez ao título que a lastreia. No magistério de Humberto Theodoro Junior, em sua magistral obra, Curso de Direito Processual Civil, vol. II, ed. Forense/RJ, cap. XXIX, pág. 157, item 696-c. 3. Esses requisitos indispensáveis para reconhecer-se ao título força executiva legal, são definidos por Carnelutti nos seguintes termos: “**é certo quando o título não deixa dúvida em torno de sua existência; líquido quando o título não deixa dúvida em torno de seu objeto; exigível quando não deixa dúvida em torno de sua atualidade**”. 4. O título executivo, como condição da ação de execução, deve preencher os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade. **Ausente quaisquer deles, há nulidade absoluta**. E, como se tratam de matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz, podem ser alegadas em sede de exceção de pré-executividade. 6. Reconhecida a violação dos arts. 580, 586 e 618 do CPC pelo acórdão recorrido. 7. Recurso especial provido. (Resp 1235785/RJ, rel. Ministra Nancy Andriighi, terceira turma, julgado em 21/06/2011, dje 30/06/2011) 5. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida.

(TJ-DF - APC: 20120111397649 DF 0038628-69.2012.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 03/07/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/07/2013 . Pág.: 78)

Verifica-se nessa ementa a importância de estarem presentes todos os requisitos do título para dar início à execução, pois faltando um deles haverá nulidade. O relator ainda se utiliza de trechos de livros de renomados autores para confirmar o que já vinha sendo exposto sobre certeza, liquidez e exigibilidade.

Portanto, para se efetuar a cobrança de um crédito o título deverá discriminar uma obrigação que é certa, ou seja, formalmente em ordem, apontando quem é credor e devedor; deve ser líquido, apontando o valor da obrigação ou pelo menos elementos para através de cálculos se chegar ao montante. Deve ainda ser exigível, ou seja, já estar vencido.

2.3.2 Inadimplemento do devedor

O credor de posse do título executivo onde é confirmado que o devedor tem que cumprir a obrigação em seu favor deve esperar o inadimplemento para entrar com a execução, pois pode ser que o devedor cumpra o estabelecido dentro prazo.

É o que diz Gonçalves (2011, p. 566) “enquanto não caracterizado o inadimplemento, o ajuizamento da execução não é necessário, porquanto há a possibilidade de que, na data aprazada, ocorra a satisfação voluntária do débito”.

Neste sentido, o art. 580 do CPC somente autoriza a instauração da execução “caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”. Já o art. 581 do CPC em sua 1ª parte traz que “o credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação”, esses artigos, portanto, dizem a mesma coisa, porém, utilizando palavras opostas, ou seja, é necessário o inadimplemento para dar início à execução.

A continuação do art. 581 autoriza o credor “recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la”, assim, se o devedor não cumprir da forma correta será inadimplente. Nas palavras de Theodoro Junior (2009, p. 143): “para desvencilhar-se da execução e obter a quitação da dívida, é imprescindível que o devedor cumpra a prestação exatamente como a define o título executivo. Caso contrário, será lícito ao credor recusá-la e dar curso ao processo executivo”.

Para Assis (2013, p. 214), o inadimplemento do crédito constante de título judicial deve verificar a sua liquidez e o prazo de espera de 15 dias previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC:

Como pode ocorrer condenação genérica, mantendo-se a iliquidez daí resultante inexistente inadimplemento (*in illiquidis mora non fit*), o qual

pressupõe a prévia liquidação do título (art. 475-A), e, além disso, há o prazo de espera de 15 dias previsto no art. 475-J, caput, no curso do qual o vitorioso não pode executar.

Então, haverá o inadimplemento somente após a obrigação ser líquida e ter decorrido o prazo previsto no art. 475-J do CPC.

2.3.2.1 Causa do inadimplemento

Considerando a causa do inadimplemento, este pode ser imputável ou imputável ao devedor.

O inadimplemento pode ser imputável ao devedor quando as conseqüências podem ser atribuídas a ele, pois agiu com culpa (negligência, imprudência, imperícia) ou decorrente de uma imposição da norma jurídica, na hipótese que a inexecução se dá por caso fortuito ou força maior, porém, ao tempo do evento alheio à sua vontade o devedor já estava em mora ou se responsabilizou por arcar com as conseqüências. Também pode ser imputável ao devedor, quando as conseqüências não podem ser a ele imputadas, normalmente nos casos em que não agiu com culpa e não há norma jurídica que lhe atribua responsabilidade. (DIDIER JUNIOR ET AL., 2012, p. 93-94)

Sobre o inadimplemento ser culpa do devedor ou não também diz Pinho (2012, p. 664):

Diz-se culposo o inadimplemento quando a inexecução decorre de culpa *lato sensu* do devedor; é dizer, quando o não cumprimento do dever jurídico resulta de dolo ou de culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia); trata-se de inadimplemento voluntário.

Diz-se fortuito o inadimplemento quando a inexecução decorre de fato alheio e não imputável ao devedor, como o caso fortuito ou força maior. A distinção tem grande importância, na medida em que o inadimplemento fortuito, em regra, exonera o devedor da necessidade de cumprimento do dever jurídico, salvo se, ao tempo do evento alheio à sua vontade, já estava ele em mora, art. 399, CC, ou se o sujeito expressamente se responsabilizou por arcar com as conseqüências do caso fortuito ou da força maior, art. 393.

Entre os civilistas o que prevalece é que não é preciso investigar se houve ou não culpa do devedor, para configurar o inadimplemento basta que a inexecução do cumprimento tempestivo da obrigação possa ser imputável ao devedor, ou seja, guarde relação com ato ou omissão dele. A culpa do devedor será relevante apenas para fins indenizatórios. (WAMBIER; TALAMINI, 2012, p. 90)

Verifica-se, então, que quanto a causa o inadimplemento pode ser voluntário (imputável), quando há culpa do devedor e em não imputável, quando por razões alheias a

vontade do devedor ele não pode adimplir a obrigação, sendo que quando existir culpa do devedor no descumprimento deverá ainda arcar com indenização.

2.3.2.2 Efeitos do inadimplemento

Os efeitos do inadimplemento podem ser absoluto ou relativo, Didier Junior et al. (2012, p. 94) diz que “é absoluto quando a inexecução do dever jurídico torna a prestação material ou juridicamente impossível, ou ainda a torna inútil para o credor”, como exemplo de impossibilidade é quando a coisa que deveria ser entregue se deteriorou ou se perdeu e no caso de inutilidade é que a prestação deixa de ser interessante para o credor.

Complementando, Wambier; Talamini (2012, p. 89-90) trazem:

Inadimplemento absoluto, concebível nas obrigações específicas (obrigação de entrega de coisa, obrigação de fazer ou obrigação de não fazer), é o que traz consigo a impossibilidade da obrigação e da sua execução específica: implica conversão em obrigação de pagar perdas e danos - obrigação em face da qual poderá por-se novamente a questão do inadimplemento. Por exemplo, se alguém está obrigado a entrega a outrem uma determinada escultura e não o faz na data ajustada e depois ainda deixa que ela se quebre, já não será mais possível a entrega daquela obra de arte. O devedor tornar-se-á então responsável por um ressarcimento em dinheiro ao credor, que cubra o valor da obrigação específica inadimplida e de todos os danos que o inadimplemento gerou.

O inadimplemento absoluto é um descumprimento total da obrigação, gerando a impossibilidade do seu cumprimento, que então deverá ser convertida em dinheiro proporcionalmente à obrigação que devia para que possa ressarcir o credor.

Quando, apesar de estar vencida a obrigação, esta ainda for útil e possível, o inadimplemento será relativo:

O inadimplemento é relativo quando, a despeito do retardamento ou do cumprimento imperfeito do dever jurídico, ainda é possível e útil a prestação. O inadimplemento relativo normalmente decorre da mora do devedor, embora com ela não se confunda [...] afora isso, é possível também cogitar de mora do credor, art. 394, CC. (DIDIER JUNIOR ET AL., 2012, p. 94)

Ainda sobre o inadimplemento relativo, que também é chamado simplesmente “mora”, Wambier; Talamini (2012, p. 90) explicam:

Nesse caso, permanece viável a execução em relação à própria obrigação inadimplida. Usando-se o exemplo anterior: imagine-se que o devedor não entrega na data avençada a escultura, mas ela mantém-se intacta e em seu poder. Note-se que, quando a obrigação é genérica (obrigação de pagamento de quantia), o inadimplemento jamais gera a impossibilidade do cumprimento da obrigação.

Sendo assim, a obrigação não se tornou inútil e ainda pode ser prestada, apesar do atraso no seu cumprimento, viabilizando a execução.

Observamos que, em relação à obrigação de pagamento de quantia, que é o objeto principal desse estudo, não incide os efeitos do inadimplemento, pois mesmo que o devedor atrase o pagamento ele não se tornará impossível de cumprir.

Por fim, verifica-se que o inadimplemento pode ser classificado de acordo com suas causas e efeitos, mas em resumo, o inadimplemento é o não cumprimento do dever jurídico dentro do prazo estabelecido, que acarreta a possibilidade de execução.

2.4 Liquidação de sentença

De acordo com o que foi visto anteriormente, um dos requisitos da obrigação contida no título executivo para que se prossiga na execução é a sua liquidez, que nem sempre estará presente, mas será possível tornar-se líquida calculando o valor do débito. É o que será estudado adiante neste tópico.

Primeiramente, no processo de conhecimento, atingido o provimento jurisdicional que põe fim às controvérsias entre as partes com a resolução do litígio, surge o reconhecimento do vencedor a ter seu direito satisfeito pelo vencido, porém, nem sempre é o que ocorre, surgindo a necessidade de voltar perante o judiciário em busca de novas providências para que o direito sentenciado seja tornado efetivo, que será realizado através da execução. Mas nem sempre essas sentenças condenatórias ensejam a próxima fase imediatamente, pois nem sempre declaram certeza do crédito do vencedor ou não são precisas quanto ao valor da dívida ou a individuação do objeto da prestação, sendo genéricas, sem especificar o bem da vida a ser prestado. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 89)

Verifica-se a existência de sentenças ilíquidas, porque o CPC autoriza no art. 286 formular pedidos genéricos nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito e quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Então somente ao final, com a sentença será possível e necessário proceder a fase de liquidação para se apurar o valor devido.

Por liquidar uma sentença, Neves (2011, p. 913) define que é “determinar o objeto da condenação, permitindo-se assim que a demanda executiva tenha início com o executado sabendo exatamente o que o exequente pretende obter para a satisfação de seu direito.”

Assim, afirma Gonçalves (2011, p. 591), “para que possa haver execução, é indispensável título executivo líquido, que permita a identificação do *quantum debeatur*”, ou seja, a identificação do quanto se deve.

Então, depois de proclamada a sentença, se o objeto a ser prestado for ilíquido, na fase de liquidação será apurada a prestação exata a ser cumprida pelo vencido antes do início da execução, tornando o título líquido.

Por título líquido tem-se que é “aquele que indica a quantidade de bens ou valores que constituem a obrigação”. Como já foi dito, essa obrigação “deve constar do próprio título, podendo, quando muito, exigir cálculos aritméticos para se chegar ao montante”. (GONÇALVES, 2011, p. 591)

Neste sentido, Marinoni; Arenhart (2008, p. 121):

Em regra, apenas os títulos judiciais apresentam problemas quanto à liquidez da obrigação, não sendo rara a situação em que o juiz não tem condições de determinar, de pronto ou de modo definitivo, a exata extensão do valor devido por conta de certa obrigação. Isto acontece nos casos em que a lei admite pedido indeterminado (art. 286 do CPC), o que poderá gerar sentença “genérica”, em que não é expressa a indicação exata do valor devido. Em tais casos, tem-se sentença ilíquida, que necessitará, para ser cumprida, de anterior liquidação, o que se faz por meio de incidente capaz de especificar o objeto da prestação ou o seu valor (art. 475-A e ss., do CPC). Tal incidente é uma fase que segue à sentença, inaugurada através de requerimento de liquidação, do qual a parte deve ser intimada na pessoa do seu advogado (art. 475-A, § 1º).

Portanto, quando a sentença não determinar o valor devido terá início mais uma fase do processo, através do requerimento de liquidação, devendo-se intimar a parte contrária na pessoa de seu advogado, sendo que, para Theodoro Júnior (2009, p. 90) é imprescindível que o conteúdo do título seja líquido, especificando a quantidade, a coisa ou o fato devidos, pois o juiz executivo não vai julgar, vai apenas realizar o conteúdo do título.

Temos ainda, de acordo com Gonçalves (2011, p. 592) “que a liquidação pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor”. O devedor tem legitimidade, pois tem interesse em pagar para obter a extinção da obrigação, fazendo-se necessária a apuração dos valores devidos.

Na liquidação não pode haver modificação da sentença, nem rediscussão do que nela foi decidido, haverá, no entanto, a possibilidade de atualização monetária desse valor no decorrer da execução, o que não se confunde com modificar, mas adequar o valor nominal da moeda. (GONÇALVES, 2012, p. 52)

Conclui-se que, quando o pedido for genérico a sentença trará uma obrigação ilíquida que dependerá da fase de liquidação para apurar o quanto se deve, podendo essa liquidação

ser realizada através de requerimento tanto do credor como do devedor, intimando o advogado da parte contrária e somente após a identificação do montante, ou seja, quando houver a liquidez da obrigação terá início a fase de execução, lembrando que essa fase procedimental não pode modificar a sentença, mas apenas apurar os valores devidos.

2.4.1 Natureza Jurídica da Liquidação

Verificando-se o art. 475-H do CPC temos que: “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”, portanto, resta claro qual o recurso cabível, porém, não é mencionada qual sua natureza jurídica, gerando interpretações doutrinárias sobre sua natureza ser interlocutória ou de sentença.

Para Gonçalves (2011, p. 592) “a lei é expressa ao atribuir-lhe natureza de decisão interlocutória e não mais de sentença”, confirmando essa natureza Bueno (2011) diz que “trata-se de decisão interlocutória não porque o art. 475-H prescreva o cabimento do agravo de instrumento para a hipótese (que é consequência), mas porque sua função processual, a despeito de seu possível conteúdo, é o de encerrar uma fase do processo (que é a causa)”. Portanto a decisão é interlocutória não só porque a lei atribui o agravo como recurso cabível, mas também porque não realiza um novo julgamento e sim apenas uma decisão que põe fim a uma fase do processo.

Já o entendimento de Neves (2011, p. 919), que é minoritário na doutrina, é de “que essa decisão tem natureza jurídica de sentença, excepcionalmente recorrível por agravo de instrumento”, que para Wambier; Talamini (2012, p. 118) essa natureza de sentença se justifica porque ela veicula uma resolução de mérito de modo que se enquadra no conceito de sentença dos arts. 162 §1º e 269, “então, sentença que é, seria apelável, não fosse a expressa ressalva art. 475-H”.

Então, para essa corrente minoritária a decisão de liquidação resolve o mérito nos moldes de uma sentença, porém, o mais acertado é a posição majoritária da doutrina, que decorre da interpretação da lei, já que o recurso cabível é o agravo de instrumento que é o recurso utilizado para recorrer das decisões interlocutórias e a decisão de liquidação encerra uma fase de um processo, a decisão de liquidação é interlocutória.

Vencida essa discussão, há também controvérsias na doutrina quanto a sua natureza ser de caráter meramente declaratória ou constitutiva, para Didier Júnior et al. (2012, p. 117-118) “esse problema não tem muita importância prática”, mas escreve sobre o assunto:

De fato, tem ela caráter constitutivo, na medida em que tem por função tornar líquida uma prestação até então ilíquida. Com isso, promove,

claramente, uma alteração na sua situação jurídica, o que é típico das decisões constitutivas, permitindo que o credor possa, agora sim, inserido nesse novo *status* jurídico, efetivar o título que lhe certifica um direito de prestação. Esse caráter constitutivo existe em qualquer decisão judicial, na medida em que constitui a norma jurídica individualizada.

Mas a decisão que encerra a liquidação tem também uma forte carga de declaração visto que dispõe sobre a existência e o modo-de-ser de uma relação jurídica pré-existente. Essa afirmação do modo-de-ser da relação jurídica já certificada judicialmente parece ser a sua característica preponderante, podendo-se dizer que, por isso, a decisão que encerra a liquidação é declaratória.

Extraímos que para esse autor a fase de liquidação tem caráter constitutivo, pois esse caráter está presente em qualquer decisão judicial, mas também tem caráter declaratório, sendo que é a sua característica preponderante.

Na afirmação de Gonçalves (2011, p. 592-593) a decisão que encerra a liquidação não pode ser de natureza condenatória, porque a fase de liquidação já pressupõe prévia condenação e a razão está com aqueles que atribuem à liquidação natureza meramente declaratória, essa conclusão advém da interpretação do art. 475-N CPC que considera título executivo judicial a sentença civil, sem exigir que seja líquida.

Entende-se que a natureza condenatória está presente na sentença que julga o litígio inicial entre as partes e não na decisão de liquidação, que será somente declaratória, devido ao seu teor ser de declarar o valor líquido da prestação.

Ainda sobre esse ponto Neves (2011, p. 921) esclarece as posições doutrinárias:

Parcela doutrinária entende que a natureza da decisão da liquidação de sentença é *meramente declaratória*, porque por meio dela somente se declara o valor da obrigação. Nesse entendimento, a quantificação da obrigação já se encontra no título executivo, ainda que a sua plena definição dependa de atos processuais a serem praticados durante a fase procedimental de liquidação. A natureza meramente declaratória fundamenta-se na idéia de que a sentença condenatória já é um título executivo, sendo que existe uma incerteza jurídica a respeito do *quantum debeatur*, incerteza essa afastada pela decisão que julga a liquidação.

Outra parcela doutrinária entende pela natureza *constitutiva* da decisão que quantifica a obrigação, afirmando que, além de simplesmente declarar o valor, a decisão gera uma nova situação jurídica, tornando o incerto em certo. Antes de a decisão ter sido proferida, a situação jurídica não permitia o desencadeamento dos atos executivos, e após a sua prolação houve uma modificação nessa situação jurídica, considerando-se que por meio dela passou a ser possível o cumprimento de sentença.

Portanto, conclui-se que ambas as posições estão corretas, no sentido que quando constitui estará tornando possível a próxima fase do processo, pois modificada a situação jurídica e quando declara estará esclarecendo o quanto se deve para que não reste dúvida. Sendo assim, a decisão da liquidação apresenta natureza constitutiva e declaratória.

2.4.2 Liquidação provisória

Nosso ordenamento jurídico permite que seja realizada a liquidação de sentença na pendência de recurso, chamada de liquidação provisória, prevista no art. 475-A, §2º do CPC: “a liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes”. É permitida, pois quando prolatada a decisão o credor já pode executá-la provisoriamente e para isso a sentença deve ser líquida ou então para ganhar tempo adiantando fases do processo.

A Lei 11.232/2005 introduziu uma novidade possibilitando que a liquidação de sentença seja realizada ainda que no processo exista recurso pendente de julgamento que tenha sido recebido no efeito suspensivo. (NEVES, 2011, p. 917)

Gonçalves (2011, p. 593) traz a justificativa:

A idéia parte do pressuposto acertado de que a liquidação não se confunde com a execução, e de que nela ainda não é tomada nenhuma providência concreta satisfativa. Mesmo que a execução não possa ter início, será possível promover a liquidação, com o que se ganhará tempo; enquanto o recurso tramita, no órgão *ad quem* poderá ter curso a apuração do *quantum debeat*.

Assim também dizem Marinoni; Mitidiero (2011, p. 456-457):

A parte interessada pode requerer a liquidação da obrigação ainda que a sentença condenatória se encontre sujeita à apelação com efeito suspensivo. O que a interposição de recurso com efeito suspensivo obsta é a obtenção da tutela ressarcitória, isto é, a realização do direito de crédito estampado na sentença. Nada impede que simplesmente acelere a outorga de liquidez à obrigação mediante o início da fase de liquidação.

Nesse sentido, não existe óbice em realizar a fase de liquidação enquanto há recurso para ser julgado no efeito suspensivo, porque somente agilizará as fases do processo não sendo tomada nenhuma medida executiva contra o devedor, porém, cabe ressaltar que de acordo com Neves (2011, p. 917-918) “o demandante assume todos os riscos de começar a liquidar uma sentença que poderá ser modificada pelo recurso pendente de julgamento.

Sobre os riscos assumidos pelo demandante na liquidação provisória:

Essa liquidação é feita por conta e risco de quem a propuser, já que haverá o risco de reversão do julgamento, com a perda das despesas até então realizadas com a liquidação. Por isso, cumpre ao requerente ponderar os prós e contras dessa liquidação antecipada. Se ele acha, por exemplo, que são remotas as possibilidades de acolhimento do recurso, valerá a pena dar início à liquidação, com o que haverá considerável ganho de tempo; mas se o risco de provimento é grande, talvez não valha a pena. (GONÇALVES, 2011, p. 593)

Existe a previsão legal para que o credor realize a execução provisória enquanto tiver recurso pendente de julgamento mesmo que no efeito suspensivo, porém, deve estar ciente de que caso o recurso seja julgado procedente, modificando a decisão inicial, ele deverá arcar com os custos que teve para efetuar a liquidação.

Segundo o art. 475-A, §2º do CPC, a liquidação provisória será processada em autos apartados, o que não irá modificar sua natureza de fase do processo, é o que nos traz Neves (2011, p. 918):

A liquidação será atuada em autos em apenso, decorrência lógica da existência de um recurso pendente de julgamento, o que fará com que os autos principais estejam no respectivo tribunal aguardando julgamento. Mesmo desenvolvendo-se em autos próprios, a liquidação de sentença continuará a ser uma mera fase procedimental, ainda que excepcionalmente, nesse caso, ela se desenvolva concomitantemente com a fase cognitiva em sede recursal.

Portanto, o interessado deverá formar autos próprios para que a liquidação se inicie enquanto o processo aguarda julgamento no Tribunal, mesmo em autos apartados a liquidação provisória continua sendo fase do processo e após o julgamento do recurso, se não houver outros impedimentos, poderá ser dado início à execução.

2.4.3 Espécies de liquidação

As espécies de liquidação estão previstas no Capítulo IX - Da Liquidação de Sentença, do Código de Processo Civil, que são: liquidação por cálculo (art. 475-B), por arbitramento (art. 475-C e 475-D) e liquidação por artigos (art. 475-E e 475-F), os quais serão exemplificados a seguir.

2.4.3.1 Liquidação por Cálculo

De acordo com o art. 475-B: “quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”, em outras palavras Marinoni; Arenhart (2008, p. 125) explicam que “quando a apuração exata do *quantum* depender apenas de cálculo aritmético, deverá o credor elaborá-lo privadamente, apresentando ao juiz o detalhamento das operações feitas (somas, multiplicações, aplicação de índices de juros etc.) e o resultado final.”

Tem-se que é chamada de liquidação por cálculo porque depende de contas – somas, multiplicações etc – para apurar o valor devido e isso será feito pelo credor que apresentará ao juiz a chamada memória de cálculo.

Por se tratar de simples cálculos e pela leitura do art. 475-B que remete o credor a requerer o cumprimento de sentença, diz-se que essa espécie não é uma verdadeira liquidação:

Substituindo a antiga liquidação pelo contador, a liquidação por mero cálculo aritmético não é propriamente uma liquidação, considerando-se o conceito moderno de liquidez que aponta não para a necessária determinação do valor, mas para a sua determinabilidade por meio de meros cálculos com os elementos fornecidos pela sentença. Seja como for, quando houver somente a necessidade da formulação de um cálculo aritmético para determinar o valor exato a ser executado, o art. 475-B do CPC prevê o procedimento a ser adotado, ainda que genuinamente não se trate de uma liquidação de sentença. (NEVES, 2011, p. 927)

Assim também diz Mendes (1980, p. 17-18 apud ASSIS, 2013, p. 347-348):

A liquidação por cálculo cabe sempre que a liquidez se obtenha mediante cálculos aritméticos. A rigor, contendo a sentença todos os elementos necessários para efetuar o cálculo, não há iliquidez. Esta hipótese corresponde à fórmula da liquidação pelo exequente: na petição inicial da execução, utilizando os dados do próprio título, o credor apresenta memória de cálculo.

Portanto, embora prevista no capítulo da liquidação da sentença, a liquidação por cálculo não deveria ser assim nomeada, pois para apuração do valor devido é necessário apenas a aplicação de contas matemáticas com base nos elementos fornecidos na sentença, o que não se enquadra nos procedimentos estudados anteriormente sobre a apuração do *quantum debeat*. Nessa espécie o requerimento com a memória de cálculo já dará início a fase de execução, sem a necessidade da fase de liquidação.

Verifica-se ainda, a hipótese do §1º do art. 475-B: “quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência”.

Nesse caso o credor depende de dados que não estão em sua posse para calcular o valor, devendo requerer ao juiz a apresentação destes, nos ensinando Marinoni; Arenhart (2008, p. 126) que não se trata de instauração de processo autônomo e sim de mero incidente ligado ao processo de conhecimento, que antecede a fase de cumprimento de sentença.

Já o §2º dá a solução no caso do devedor não apresentar os dados necessários, reputando-se corretos os cálculos apresentados pelo credor, e no caso de não serem apresentados pelo terceiro irá incorrer nas medidas penais cabíveis.

Como é o credor quem realiza o cálculo, o legislador preocupou-se com a possibilidade de apresentação das contas a mais do que seria devido, para que isso não ocorra Gonçalves (2011, p. 595) nos explica:

O juiz deve examiná-los e, de ofício, determinar a correção de eventuais erros. Mas nem sempre terá condições de atentar para equívocos de conta. Também há a possibilidade de o devedor defender-se, por objeções de pré-executividade ou embargos, cuja apresentação prescinde de prévia garantia do juízo, pela penhora.

Ainda assim, para evitar eventuais abusos do credor, a Lei n. 11.232/2005 acrescentou ao CPC o art. 475-B. O § 3º desse dispositivo permite ao juízo, antes de determinar a penhora de bens, valer-se do contador, em dois casos: “quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária”.

Não se trata do retorno da liquidação por cálculo do contador, pois o juízo não irá, ao final, decidir se os cálculos do credor estão corretos ou incorretos. Se o credor com eles não concordar, a execução será feita pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador (§ 4º).

Com a redação desses parágrafos do art. 475-B evita-se que o credor faça os cálculos como bem entender, pois o devedor tem a possibilidade de defesa além de o juiz poder se valer do contador para dirimir eventuais equívocos, afim de que o devedor não seja expropriado de seu patrimônio em valor acima do que deve.

2.4.3.2 Liquidação por arbitramento

A liquidação por arbitramento está prevista no artigo 475 letras C e D do CPC e é utilizada quando a sentença determinar ou as partes convencionarem ou a natureza do objeto da liquidação exigir, devendo ser realizada por perito.

Desta forma, Marinoni; Mitidiero (2011, p. 459) explicam que “a liquidação por arbitramento é aquela que se realiza mediante a atividade de perito judicial. É cabível quando determinado o arbitramento pela sentença ou convencionado pelas partes (art. 475-C, I, CPC) ou quando o exigir a natureza do objeto da liquidação (art. 475-C, II, CPC).”

Cabe ressaltar, que mesmo estabelecido na sentença qual a espécie de liquidação a ser utilizada, de acordo com a súmula 344 do STJ “a liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”, portanto poderá ser liquidada de forma diferente da determinada na sentença sem ofensa à coisa julgada.

Essa espécie de liquidação requer conhecimentos específicos sobre o objeto a ser liquidado, explicando Gonçalves (2012, p. 55) que “é aquela realizada por meio de um perito, nomeado pelo juiz. A apuração do *quantum* depende exclusivamente da avaliação de uma coisa, um serviço ou um prejuízo, a ser feita por quem tenha conhecimento técnico.”

O procedimento da liquidação por arbitramento segue as normas gerais da prova pericial, é o que nos ensina Theodoro Júnior (2009, p. 100):

Intimado o devedor, o juiz nomeará o perito, marcando, desde logo, o prazo para a entrega do laudo (art. 475-D). As partes poderão valer-se da faculdade do art. 421, indicando, em cinco dias, assistentes técnicos e formulando quesitos.

Após a apresentação do laudo, terão as partes o prazo de dez dias para manifestarem-se (art. 475-D parágrafo único).

Ainda segundo Theodoro Júnior (2009, p. 100), diante da manifestação dos interessados o juiz poderá proferir decisão, declarando o valor da condenação ou individuando o seu objeto; ou poderá designar audiência de instrução e julgamento.

A audiência é designada em casos excepcionais, quando houver necessidade de ouvir o perito, proferindo a decisão em seguida, e como já foi visto anteriormente, essa decisão é interlocutória, a qual cabe recurso de agravo de instrumento. (GONÇALVES, 2012, p. 55)

Do exposto, a liquidação por arbitramento é utilizada quando necessário conhecimento técnico, sendo realizada nos moldes da produção de prova pericial, onde o juiz nomeará perito e as partes podem indicar assistentes técnicos e formular quesitos, podendo ainda manifestar-se sobre o laudo depois de concluído, proferindo o juiz a decisão da liquidação.

2.4.3.3 Liquidação por artigos

A previsão da realização da liquidação por artigos é dada pela redação do art. 475-E: “far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo”, confirmando Buzaid (1986, p. 13 apud ASSIS, 2013, p. 359) diz que “liquida-se por artigos quando o credor houver de provar fato novo ou se as outras modalidades se revelarem inadequadas e insuficientes.”

Então, quando a liquidação não puder ser feita por cálculo nem por arbitramento e havendo a necessidade de o credor provar fato novo, a liquidação será apurada por artigos.

Por fato novo tem-se que é aquele resultante da obrigação e que não foi objeto da pretérita condenação, porque o autor o deixou de fora do âmbito cognitivo, ou surgiu durante ou após a demanda condenatória, que se mostre essencial à apuração do *quantum debeatur*. (ASSIS, 2013, p. 360)

Nesse sentido, Theodoro Júnior (2009, p. 100) completa:

Não cabe discussão indiscriminada de quaisquer fatos arrolados ao puro arbítrio da parte. Apenas serão arrolados e articulados os fatos que tenham influência na fixação do *valor da condenação* ou na *individuação do seu*

objeto. E a nenhum pretexto será lícito reabrir a discussão em torno da lide, definitivamente decidida na sentença de condenação (art. 475-G).

Portanto, o fato novo é essencial para conseguir apurar a prestação devida, não podendo modificar a decisão judicial. Um exemplo clássico de sua utilização é nos casos de pedido genérico previsto no art. 286, II, do CPC: “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. Em resumo, é um fato do qual não se tinha conhecimento ou não se poderia apurar no início do processo, mas que na fase de liquidação será imprescindível.

O procedimento a ser observado nessa espécie de liquidação é descrito por Gonçalves (2012, p. 56):

Ela instaura-se por iniciativa da parte, que deverá elaborar petição que obedeça aos requisitos do art. 282 do CPC. Porém, como já houve um processo de conhecimento anterior, não precisará repetir o que já consta dos autos [...] Os fatos novos devem vir articulados nessa petição inicial, que deve expô-los com toda a clareza. Afinal, se a declaração do *quantum debeatur* é o pedido, os fatos novos constituem a verdadeira causa de pedir na liquidação por artigos.

Gonçalves (2012, p. 56) prossegue na explicação comentando que o art. 475-F estabelece que seja seguido o procedimento comum, ordinário ou sumário, correspondendo àquele do processo anterior que gerou a sentença ilíquida. Comenta ainda que o devedor será intimado para apresentar contestação, não admitindo rediscussão da lide ou modificação da sentença, utilizando-se, porém, todos os meios de prova, inclusive a perícia, decidindo o juiz sobre a liquidação por artigos fixando o quanto se deve.

Conclui-se que essa espécie de liquidação segue os mesmos requisitos de uma petição inicial, com o intuito de apresentar fatos novos sem modificar a sentença condenatória ilíquida, onde as partes podem produzir provas e por fim o juiz decide a liquidação, da mesma maneira das outras espécies.

2.5 Das diversas espécies de execução

Depois de dada a sentença, caso essa já esteja líquida ou após a sua liquidação, se o devedor não cumprir espontaneamente a obrigação a próxima fase é a da execução de sentença.

Essa fase de execução será realizada de acordo com a obrigação contida no título executivo, classificadas pelo CPC em obrigação de fazer e não fazer, de entregar coisa ou quantia. Decorrendo as formas de execução: de obrigação de fazer (art. 632 e seguintes); de obrigação de não fazer (art. 642 e 643); de obrigação de entregar coisa certa (art. 621 e

seguintes), de obrigação de entregar coisa incerta (art. 629 e seguintes) e por quantia certa (art. 475-J e seguintes).

Dessa diversidade de obrigações Wambier; Talamini (2012, p. 191) ensinam que “importa na adoção de estruturas procedimentais e meios executórios diferentes em cada um desses casos” e Gonçalves (2011, p. 604) explica que “em todos esses casos, não haverá processo de execução, mas fase de cumprimento de sentença”, ou seja, para que o credor tenha satisfeita uma dessas obrigações a qual tem direito deve dar início à fase de execução, chamada pelo CPC de cumprimento de sentença, pois estará cumprindo o estabelecido na sentença pelo juiz.

Como dito, cada obrigação tem um procedimento e um meio executório a ser observado para o seu cumprimento, sendo que no presente trabalho será estudado somente sobre a execução por quantia certa.

CAPÍTULO 3 - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

O procedimento para a execução por quantia certa está previsto a partir do art. 475-J do CPC no capítulo Do Cumprimento da Sentença, primeiramente veremos o significado da palavra execução segundo o Dicionário Compacto do Direito (2009):

EXECUÇÃO: 1. Ato ou efeito de executar, que é realizar uma tarefa ou dar seqüência a uma deliberação. 2. Cumprimento. Efetivação do previsto numa disposição normativa, judicial ou negocial. 3. Procedimento para obter-se a efetivação de uma obrigação mediante a constrição do devedor sob pena de expropriação de seus bens. 4. Ação para cobrança de título executivo extrajudicial ou da dívida pública ativa. v. ação executiva, ato executivo, executivo fiscal.

Esse significado é um bom resumo do que vai ser exemplificado no decorrer deste tópico, ratificando, Gonçalves (2012, p. 71) diz que a execução por quantia certa “é a forma de execução que consiste em, por meio de expropriação de bens do devedor, obter a satisfação do credor”, temos que é o procedimento utilizado para compelir o devedor a realizar o cumprimento da obrigação em favor do credor, através de seus bens.

Faz-se necessário definir também a palavra solvente, porque este estudo será somente em torno das execuções contra os devedores solventes, ou seja, “aquele que pode saldar suas dívidas.” (Dicionário Aulete, 2014)

Portanto, o devedor tem condições de arcar com a dívida, pois tem mais bens e/ou dinheiro do que dívidas (ativo maior que o passivo), porém, ele não cumpre a prestação espontaneamente, sendo necessária a execução.

Gonçalves (2011, p. 610) diz que “dentre todas as formas de execução, a mais comum é a por quantia certa e nela o credor pretende não que o devedor entregue um bem, nem que faça ou desfaça alguma coisa, mas que pague determinada quantia em dinheiro”, explicando ainda que:

Se o devedor não paga, o Estado-juiz toma de seu patrimônio dinheiro ou bens suficientes para fazer frente ao débito. Se a penhora recair sobre dinheiro, o valor será entregue em pagamento ao credor, no momento oportuno; se sobre bens, será necessária a conversão em dinheiro, a menos que o credor aceite ficar com eles, como forma de satisfação do débito. A conversão far-se-á por meio da alienação, particular ou em hasta pública do bem.

Então, a sentença judicial condenou o devedor ao pagamento de quantia determinada e o credor para ter satisfeito o teor dessa condenação deve dar início à fase de execução, onde os bens do devedor serão expropriados em seu favor.

3.1 Pagamento Voluntário

A execução por quantia certa fundada em título judicial, também chamada de cumprimento de sentença, pode ser que nem se inicie, no caso de o devedor realizar o pagamento voluntário da dívida.

Isto é, o devedor tem o prazo de 15 dias para efetuar o pagamento da quantia certa ou já fixada em liquidação, de acordo com a redação da 1ª parte do art. 475-J do CPC e o valor será pago diretamente ao credor ou depositado no processo.

O artigo 475-J não faz referência a partir de quando começa a correr o prazo para o pagamento voluntário, dessa forma, a Corte Especial do STJ no ano de 2010 julgou um Recurso Especial solucionando a omissão da lei:

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, **cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado**, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do 'cumpra-se' pelo juiz de primeiro grau, **o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial**, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil. [...]

(REsp 940274/MS, Corte Especial, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 07/04/2010, DJe 31/05/2010).

Logo, o termo inicial para o pagamento espontâneo não se dará automaticamente, cabendo ao credor requerer a ciência do devedor depois que a sentença estiver em condições de ser satisfeita.

Assim, depois do trânsito em julgado da sentença o devedor deve ser intimado, para Gonçalves (2012, p. 71-72) “a intimação é indispensável, pois, do contrário o devedor não terá ciência do prazo de 15 dias para pagar, sob pena de multa”, dizendo ainda que “sem a intimação, surgiria grave discussão a respeito do termo inicial da contagem do prazo, que deve ser evitada.”

O entendimento de Neves (2011, p. 962) também é a favor da intimação:

Continuo a entender que após o trânsito em julgado deve ocorrer a intimação do devedor por questões de segurança jurídica. Dar início a contagem de prazo sem a devida intimação do executado, além de contrariar texto expresso de lei consagrado no art. 240 do CPC, cria uma nítida insegurança em razão da dificuldade na fixação da data exata do trânsito em julgado.

Tem-se que, os prazos para as partes devem se iniciar após o trânsito em julgado da sentença e da intimação, garantindo a segurança jurídica e para que não haja equívocos na contagem do prazo de 15 dias para aplicação da multa por descumprimento.

É certo que a intimação deve ser realizada, já estando pacificado pelo julgamento do Recurso Especial transcrito acima que essa intimação será feita pela imprensa oficial na pessoa do advogado.

Reiterando, verifica-se o julgamento de um agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) sobre a desnecessidade de intimação pessoal do devedor, bastando a intimação de seu representante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS DE CONDOMÍNIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA PAGAR A QUANTIA CERTA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ESSE FIM. SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO PELA IMPRENSA OFICIAL DE SEU ADVOGADO. PRECEDENTE DO STJ E DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. Inexiste necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento da sentença, sendo válida a intimação do seu patrono para pagar a quantia certa no prazo de quinze dias. Após isso, caso permaneça inadimplente, passa a incidir a multa penitencial de 10% sobre o total da condenação. (TJ-SP - AI: 1297642520128260000 SP 0129764-25.2012.8.26.0000, Relator: Adilson de Araujo. Data de Julgamento: 24/07/2012, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/07/2012)

Do exposto, o entendimento pacificado é que a intimação ocorra por meio do advogado do demandado, não havendo necessidade de sua intimação pessoal e caso permaneça inadimplente será aplicada multa de 10% sobre a quantia devida. Salienta-se que é apenas uma intimação para que o prazo para pagamento da quantia certa comece a fluir sem equívocos, não será uma citação, por não se tratar de um novo processo e sim uma fase procedimental.

3.2 Multa

Conforme explicado anteriormente, está previsto na legislação no art. 475-J a aplicação de multa no importe de 10% sobre a condenação caso o devedor não pague dentro do prazo de 15 dias, se outro não for estabelecido na sentença.

Na lição de Marinoni; Mitidiero (2011, p. 466-467) a multa de 10% sobre o valor da condenação é punitiva, sendo utilizada para que o demandado ao saber que será punido vê-se na possibilidade de cumpri-la. Não efetuado o pagamento a multa incide automaticamente, devendo o juiz aplicá-la sem modificar o seu montante.

Didier Junior et al. (2012, p. 523) diz que a multa tem dupla finalidade, servindo como coerção e sanção, ou seja, o Estado repreende para que o devedor cumpra a obrigação e havendo o descumprimento punirá com a multa. Diz ainda, que é desnecessário que haja pedido da parte ou mesmo imposição expressa na decisão, a multa incorpora-se ao montante devido ao credor.

Portanto, resta claro que o legislador impôs a aplicação de multa para compelir o devedor a adimplir a prestação sem atraso, e não o fazendo, a porcentagem será aplicada ao montante devido sem necessidade de o credor solicitar ou de o juiz modificar a sentença.

Existe ainda a previsão no §4º do art. 475-J no caso de pagamento parcial: “efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante”, como parte já foi quitada a multa somente se aplica ao valor que ficou devendo.

A incidência da multa é automática, sendo que o credor apresentará o novo cálculo acrescido da pena quando requerer a expedição do mandado de penhora. Importante dizer que a multa é revertida em proveito do credor que é a vítima do atraso no pagamento. (GONÇALVES, 2012, p. 73)

Conclui-se que para a aplicação da multa o devedor deve ter sido intimado para pagar espontaneamente e decorrido o prazo de 15 dias não o faz, calculando-se automaticamente 10% a mais sobre o montante que devia quando da apresentação do requerimento de penhora, como punição pelo seu inadimplemento.

3.3 Execução forçada

Não havendo o pagamento voluntário será iniciada a segunda fase do cumprimento de sentença através de um requerimento do credor para que seja realizada a penhora e

avaliação dos bens do devedor, ou seja, manobras previstas em lei para que forçadamente a obrigação seja adimplida.

Aqui cabe ressaltar que o STJ decidiu pelo cabimento de novos honorários advocatícios, pois não houve o cumprimento voluntário da obrigação. (GONÇALVES, 2012, p. 72)

Neves (2011, p. 970) justifica:

Primeiro porque os honorários advocatícios fixados na sentença condenatória exequenda referem-se tão somente ao trabalho desenvolvido na fase de conhecimento, sendo extremamente injusto com o patrono não haver condenação em verbas honorárias no cumprimento de sentença, já que será obrigado a prosseguir com o processo após a condenação, o que naturalmente lhe exigirá mais trabalho, que deve ser recompensado.

Portanto, havendo a execução forçada serão devidas novas verbas honorárias, pois não estão atreladas a uma nova ação e sim ao trabalho do advogado.

3.3.1 Requerimento

O cumprimento de sentença será iniciado com o pedido do credor realizado através de requerimento, de acordo com o art. 475-J, *caput*, que traz que a requerimento do credor expedir-se-á mandado de penhora e avaliação, confirmando a necessidade de requerimento no § 5º: “não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.”

A doutrina justifica a necessidade do requerimento, pois assim, “caberá ao demandante analisar as reais chances que tem de satisfazer o seu direito diante da situação patrimonial do demandado, sendo exclusivamente sua a decisão a respeito de dar início ou não a fase da satisfação.” (NEVES, 2011, p. 965)

A execução não se inicia *ex officio*, explicam Marinoni; Mitidiero (2011, p. 467) que “vencido o prazo para pagamento voluntário sem que esse tenha sido efetuado, pode o demandante requerer o prosseguimento do processo a fim de que se cumpra a sentença por execução forçada.”

Em resumo Gonçalves (2012, p. 73-74):

A fase de execução não se inicia de ofício, ultrapassado o prazo de 15 dias para pagamento *in albis*, o credor deve requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, dando início à fase de cumprimento de sentença. Ao fazê-lo, deve apresentar memória discriminada de cálculo, já acrescido da multa de 10%, e deve indicar quais bens pretende sejam penhorados. Sem iniciativa do credor, os autos devem aguardar em cartório por seis meses, após o que serão remetidos ao arquivo. Mas, mesmo depois da remessa, o credor pode requerer a execução, postulando o desarquivamento, e tomando

as providenciais necessárias para o início da execução, desde que não tenha havido prescrição a força executiva do título.

Então, transcorrido o prazo sem haver o pagamento voluntário cabe à parte interessada e não ao juiz dar início à fase de execução, para isso apresentará requerimento sem maiores formalidades indicando o valor devido. É nessa oportunidade que o credor tem a faculdade de indicar os bens a serem penhorados, conforme disposto no §3º do art. 475-J.

3.3.2 Mandado de penhora e avaliação

Transcorrido o prazo sem haver o pagamento voluntário, inicia-se a fase de execução com o requerimento do credor que contenha o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação e será expedido o mandado de penhora e avaliação, conforme previsão do art. 475-J, *caput*, parte final: “a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

A penhora é realizada nos termos dos arts. 659 e seguintes do CPC, com o objetivo de atingir bens suficientes que possam responder pela dívida.

Gonçalves (2012, p. 74) explica como é o procedimento: “o oficial de justiça ao efetivar a penhora, fará a avaliação imediata dos bens. Haverá a lavratura de um auto único, de penhora e avaliação. Esta será simplificada, bastando ao oficial de justiça que forneça os critérios que utilizou para chegar ao montante”.

Neste sentido Marinoni; Mitidiero (2011, p. 469):

Do auto de penhora e avaliação – portanto, realizada a penhora e avaliação – será intimado o executado na pessoa de seu advogado ou, na falta desse, o seu representante legal ou ainda pessoalmente, por mandado ou pelo correio (art. 475-J, §1º, CPC). De regra, o próprio oficial de justiça, ao penhorar o bem, deve avaliá-lo (arts. 143, V e 475-J, §1º CPC).

Então, sendo necessário avaliar os bens do executado que satisfaça a dívida, o oficial de justiça irá proceder a essa avaliação lavrando um auto que servirá também como penhora desses bens. O §2º do art. 475-J traz uma exceção onde a avaliação não será feita pelo oficial de justiça, por depender de conhecimentos técnicos: “caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.”

As partes podem participar da avaliação, é o que nos diz Marinoni; Mitidiero (2011, p. 469), podendo acompanhar a respectiva diligência e achando necessário nomear assistentes técnicos.

Não há, porém, a possibilidade de o executado nomear bens à penhora, ou seja, indicar os bens sobre os quais recairia a execução, cabe ao credor caso queira, indicar os bens a serem penhorados, de acordo com o art. 475-J, §3º, CPC, sendo a validade da penhora discutida pela impugnação. (DIDIER JUNIOR ET AL., 2012, p. 536)

O CPC não traz a hipótese de indicação de bens por parte do devedor, somente o credor tem a faculdade de indicar, possibilitando que o oficial de justiça procure tais bens, destacando ainda que pela garantia do contraditório as partes podem participar da avaliação e penhora.

Depois de efetivada a penhora e avaliação o executado será intimado, Gonçalves (2011, p. 642) diz que essa intimação é fundamental, “porque é a partir dela que fluirá o prazo de quinze dias para que o devedor ofereça impugnação. Ela terá dupla finalidade: dar ciência ao devedor dos atos realizados, e início à contagem do prazo de impugnação”, mas Marinoni; Mitidiero (2011, p. 469) dizem que nada obsta que o executado ofereça antes de realizada a penhora a sua impugnação ao título executivo.

Assim, de todos os atos praticados o devedor será intimado para que possa se defender ou como chamado na fase de execução forçada, apresentar sua impugnação.

3.4 Penhora

Em resumo, a penhora é o ato de restringir do patrimônio do devedor quantos bens bastem para satisfazer a execução, nas palavras de Didier Junior et al. (2012, p. 541) “a penhora é o ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado.”

Também explicam Marinoni; Arenhart (2008, p. 254):

A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução.

Temos que o objetivo da penhora é “separar” do patrimônio do devedor os bens suficientes para o pagamento do débito.

Como exposto anteriormente, o credor pode indicar bens à penhora, não havendo essa indicação o oficial de justiça procederá por meio de mandado a penhora dos bens do devedor suficientes para garantia do débito, observando a ordem de prioridade dos bens penhoráveis, elencados no art. 655 do CPC:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - veículos de via terrestre;
III - bens móveis em geral;
IV - bens imóveis;
V - navios e aeronaves;
VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII - pedras e metais preciosos;
IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
XI - outros direitos.

Gonçalves (2011, p. 613) diz que a ordem do art. 655 não tem caráter rígido, havendo “situações em que a gradação legal deverá ser posta em segundo em plano, quando as circunstâncias indicarem que é mais conveniente aos interesses das partes e ao bom desfecho do processo.”

O oficial de justiça observará também as hipóteses de impenhorabilidade do art. 649 do CPC e da Lei nº 8.009/90, não podendo haver constrição dos bens ali elencados.

Por fim, “a penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios”, conforme redação do art. 659 do CPC.

Conclui-se que a penhora é o ato de individualizar os bens do patrimônio do devedor, para que posteriormente, tornem-se quantia em dinheiro que possa pagar a totalidade de sua dívida, satisfazendo a execução.

3.5 Defesa do Executado

A defesa do executado na execução por quantia certa fundada em título judicial será realizada por meio de impugnação, de acordo com a previsão do §1º do art. 475-J do CPC e as matérias alegáveis estão arroladas no art. 475-L. Existem ainda outras formas de defesa menos comum que são a objeção e exceção de pré-executividade.

Sobre as defesas existentes Neves (2011, p. 1089) traz que:

Existem defesas típicas do executado: no cumprimento de sentença é a impugnação e no processo de execução os embargos a execução. Além das defesas típicas, existem formas atípicas de resistência do executado, tais como a objeção ou exceção de pré-executividade e mesmo as ações heterotópicas, que veiculam questões de direito material que afetam o direito representado no título executivo.

Sendo assim, não cabem embargos à execução, por se tratar de cumprimento de sentença baseado em título judicial, cabendo então a defesa por meio de impugnação.

Mesmo sendo consideradas formas atípicas de defesa a objeção e exceção de pré-executividade são utilizadas, porque não exige garantia do juízo, enquanto a impugnação deve ser garantida.

Neste sentido Gonçalves (2011, p. 642) confirma que “no cumprimento de sentença, a impugnação continua exigindo a garantia do juízo pela penhora prévia. O devedor que não queira ter seus bens penhorados para defender-se, terá de se valer desses mecanismos”, ou seja, entrar com defesa diversa da impugnação.

Portanto, a defesa do devedor na execução por quantia certa baseada em título judicial é a impugnação, que exige prévia garantia do juízo e alternativamente, sem necessidade de garantia, a objeção e exceção de pré-executividade.

3.5.1 Impugnação

A chamada impugnação é um meio de defesa do executado no cumprimento de sentença. O art. 475-J, §1º, do CPC traz o prazo para que o executado entre com a impugnação, que são 15 dias depois de intimado da penhora e avaliação, Gonçalves explica quando o prazo começa a correr:

O prazo para que o devedor apresente impugnação é de quinze dias, a contar da data em que é intimado da penhora e avaliação de bens. Se a intimação for feita ao advogado, o prazo corre da publicação no *Diário Oficial*. Se for pessoal, da juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado do oficial de justiça.

Então, após efetuada a avaliação e penhora dos bens o devedor será intimado por meio de seu advogado ou pessoalmente para apresentar sua discordância, essa intimação ocorre somente depois da penhora, pois o juízo deve estar garantido.

Neste sentido, Wambier; Talamini (2012, p. 496) explicam que “a impugnação, diferentemente dos embargos, pressupõe a segurança do juízo prévia. Penhoram-se bens do devedor e apenas depois ele é intimado para impugnar”, explica ainda, que no caso de ajuizamento precipitado da impugnação o juiz não deve indeferir, mas o seu processamento será postergado até que o juízo esteja garantido.

Assim, é pressuposto para a análise da defesa do devedor que ele tenha garantido o juízo através de seus bens.

A impugnação não gera um novo processo, é um incidente, assim dizem Marinoni; Mitidiero (2011, p. 470) que “a impugnação é um incidente processual. Não se trata de

demanda incidente ou de processo incidente.” Confirmando Wambier; Talamini (2012, p. 493) que “constitui, sob o aspecto procedimental, simples incidente (fase), interno ao processo que já se desenvolve o cumprimento de sentença.” Portanto, será processada nos mesmos autos, por se tratar de defesa e não de ação.

Ressalta-se ainda, que de acordo com o art. 475-M a impugnação, em regra, não tem efeito suspensivo:

Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Terá efeito suspensivo se o prosseguimento da execução puder causar danos ao executado, mas de acordo com o art. 475-M, §1º, explicado por Wambier; Talamini (2012, p. 494) o exequente pode requerer o prosseguimento da execução “mesmo na hipótese em que estejam presentes os pressupostos para a atribuição do efeito suspensivo à impugnação”, porém, o exequente deve prestar caução idônea que “deverá ser suficiente para cobrir todos os possíveis danos ao executado que adviriam do prosseguimento da execução, na hipótese de a impugnação ser julgada procedente.”

O juiz concedendo o efeito suspensivo paralisará a execução e a impugnação se processará em seu bojo, devendo ser juntada aos autos. Já no caso de não conceder efeito suspensivo, a execução deverá prosseguir e a impugnação processar-se-á em apartado, para que não tumultue o andamento do cumprimento de sentença. (GONÇALVES, 2011, p. 642)

Então para que a defesa do executado suspenda o andamento da execução devem estar presentes motivos que possam causar-lhe prejuízos, nesse caso a impugnação é processada no bojo da execução. Não havendo motivos para a suspensão ou se o exequente prestar garantia ao juízo a execução não será paralisada, devendo a impugnação correr em apartado.

3.5.1.1 Matérias alegáveis

As matérias que podem ser alegadas na defesa são restritas àquelas previstas no art. 475-L do CPC, assim confirma Gonçalves (2011, p. 644):

O legislador enumera os temas que podem ser objeto da impugnação, e o devedor não pode fundá-la em outros, não previstos, sob pena de ser rejeitada de plano. A fase executiva foi precedida de fase de conhecimento, e não seria razoável admitir que o devedor pudesse alegar defesas que ou já foram apreciadas na fase cognitiva, ou deveriam ter sido alegadas e não o foram.

Por já ter havido a fase de conhecimento onde o executado teve direito a ampla defesa, quando da impugnação serão aceitas somente as teses previstas em lei, sendo rejeitadas desde logo as que tiverem argumentos diversos.

Diz o art. 475-L do CPC que a impugnação somente poderá versar sobre:

I) Falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

No inciso I cabe a defesa no caso de o executado não ter sido citado ou se a citação foi realizada de forma nula, ficando então revel, sem qualquer manifestação no processo.

Gonçalves (2011, p. 644) explica que há uma única citação, realizada na fase de conhecimento e que “a falta ou nulidade, quando o réu permanecer revel, acarretará a inexistência da sentença ou acórdão contra ele proferidos”, dessa forma não existirá o título executivo judicial, por conseguinte não será possível a fase de cumprimento da sentença.

Neves (2011, p. 1121) também confirma que “sendo acolhida a alegação prevista no dispositivo legal ora comentado, o processo será anulado desde o momento em que se configurou o vício”, sendo que a apresentação da impugnação será válida como citação do réu e o processo será retomado desde o momento inicial do procedimento da fase de conhecimento.

Portanto, se o devedor não teve a oportunidade de se defender na fase de conhecimento vindo a tomar ciência do processo somente na fase de execução, esta não poderá prosseguir, retomando o executado seu direito de defesa desde o início do processo.

II) Inexigibilidade do título;

Na questão de inexigibilidade do título Didier Junior et al. (2012, p. 377-378) diz que na verdade é a inexigibilidade da pretensão, que ocorre quando pendente alguma condição ou termo que iniba a eficácia do direito reconhecido na sentença.

Para Marinoni, Mitidiero (2011, p. 471) possibilita para o executado alegar não só a inexigibilidade da obrigação, mas toda e qualquer alegação tendente a negar força executiva ao título apresentado, chamando de inexecuibilidade da obrigação, ou seja, alegação de ausência de certeza e de liquidez da obrigação.

Cabe ainda a inexigibilidade do título no caso de inconstitucionalidade conforme o §1º do art. 475-L, Gonçalves (2011, p. 644) comenta:

Esse dispositivo autoriza o reconhecimento da inexigibilidade da sentença já transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, ou que deu a essa lei interpretação que posteriormente foi tida como incompatível com a Constituição Federal, mesmo sem haver ação rescisória.

Se a obrigação contida no título apresenta alguma irregularidade quanto a sua certeza ou liquidez, se pendente de condição ou termo ou ainda fundada em lei declarada inconstitucional, o cumprimento de sentença será prejudicado, utilizando-se o executado dessa defesa.

III) Penhora incorreta ou avaliação errônea;

Como a penhora e avaliação são feitas antes do prazo para impugnar, na oportunidade da defesa o executado pode alegar erro na avaliação ou penhora incorreta (inciso III).

São exemplos de assuntos que entram na idéia de incorreção da penhora a impenhorabilidade de bem constricto indevidamente e o excesso de penhora. Já o erro na avaliação deve ser compreendido como o derivado da incongruência entre o valor real do bem penhorado e aquele a ele atribuído na avaliação. (MARINONI, MITIDIERO, 2011, p. 471)

Assim, se o bem se enquadra nas hipóteses de impenhorabilidade previstas em lei ou não foi respeitada a ordem de preferência do art. 655 do CPC ou se o valor da avaliação for incoerente com o de mercado, o executado se valerá em sua defesa desse inciso.

IV) Ilegitimidade das partes;

Quando a parte a ser executada ou a parte exequente não forem legítimas para figurarem no cumprimento de sentença o executado argüirá o inciso IV do art. 475-L do CPC.

Explicam Marinoni, Mitidiero (2011, p. 472) que “a impugnação permite apenas que se aponte defeito nos pólos da fase executiva – sempre a partir do que restou cristalizado na sentença condenatória – ou porque quem requer a execução não poderia fazê-lo, ou porque o executado não responde pela dívida exigida.”

Também explica Didier Junior et al. (2012, p. 384) que a ilegitimidade diz respeito somente à fase executiva, não é permitido discutir a legitimidade relativa à demanda cognitiva, eis que se trata de assunto já precluso ou até mesmo atingido pela coisa julgada.

Como exemplo Gonçalves (2011, p. 645) nos traz que não é possível executar sentença condenatória contra o fiador que não participou nem foi condenado na fase cognitiva, pois se trata de parte ilegítima.

Portanto, os pólos não legítimos podem ser tanto o passivo como o ativo, sendo que essa alegação só pode ser utilizada em relação às partes na fase de execução, não se aplicando à fase de conhecimento.

V) Excesso de execução;

Este inciso aborda as hipóteses em que o credor comete excessos ao requerer a execução, ensina Gonçalves (2011, p. 645) que “ocorre quando o credor postula montantes ou

prestações superiores aos que são efetivamente devidos.” Essas hipóteses são as enumeradas no art. 743 do CPC:

Art. 743. Há excesso de execução:

I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;

II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;

IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

V - se o credor não provar que a condição se realizou.

Neste caso o §2º do art. 475-L define como o executado deve agir: “quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.”

Neste sentido Marinoni, Mitidiero (2011, p. 472) complementam:

Na verdade, mais do que simplesmente alegar que o valor executado está errado e afirmar aquele que entende correto, deverá o executado apresentar a respectiva memória de cálculo, realizando argumentação capaz de demonstrar o erro do exequente. Não basta a afirmação genérica de excesso de execução e a indicação meramente formal de valor que entende adequado, protestando-se pela prova final do *quantum* efetivamente devido.

Conclui-se que, quando o credor pleiteia na fase de execução valores diversos do contido no título executivo judicial o devedor deve apresentar sua defesa com base nesse inciso e para isso deve demonstrar de imediato o erro cometido pelo exequente e apresentar os valores corretos.

VI) Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Quando ocorrem causas, após a prolação da sentença, que possam alterar a obrigação, o devedor deve apresentá-las para que a execução não prossiga. O inciso VI do art. 475-L traz alguns exemplos de alterações que podem ser verificadas, como pagamento ou prescrição, mas esse não é um rol taxativo.

Neste sentido diz Neves (2011, p. 1123):

Constam expressamente do dispositivo legal como causas extintivas ou modificativas o pagamento, novação, compensação, transação e prescrição. O rol é meramente exemplificativo, como se nota dos termos “qualquer causa” e “como”, ao identificar algumas espécies de causas alegáveis em sede de impugnação. É admissível, portanto, a alegação de outras causas extintivas ou modificativas, tais como a renúncia do crédito, remissão, compromisso, confusão etc.

Concordando, Marinoni, Mitidiero (2011, p. 473) ao dizerem que as hipóteses trazidas na lei são exemplificativas, pois são aceitas “todas as causas, que por alguma razão, alteram o conteúdo da obrigação de pagar quantia, seja para extingui-la, seja para modificar seu conteúdo, seja ainda para impedir sua exigibilidade.”

Assim, os autores confirmam a letra da lei, onde diz que em sua defesa o executado pode alegar qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, com a ressalva que essas causas devem ter ocorrido depois de proferida a sentença.

O que interessa é que essas causas sejam “supervenientes ao trânsito em julgado da sentença, porque, do contrário, a possibilidade de alegação estará preclusa em face da coisa julgada ou de sua eficácia preclusiva.” (MARINONI, MITIDIERO, 2011, p. 473)

Cada alegação deve ser feita no momento oportuno, então se a causa existia antes da sentença o executado perdeu a oportunidade de alegá-la, sendo que para Gonçalves (2011, p. 646) “essa é a hipótese em que a impugnação terá por fim discutir a existência do débito”, então, acolhendo a impugnação e reconhecendo a inexistência do débito a execução deve ser extinta, portanto proferirá uma verdadeira sentença e não mais decisão interlocutória.

Já no caso de o juiz acolher apenas em parte a impugnação, declarando o débito parcialmente inexistente, Gonçalves (2011, p. 646) diz que não será proferida sentença, porque a execução prosseguirá quanto ao saldo remanescente, sendo assim, a impugnação julgada comumente por decisão interlocutória.

Em outras palavras dizem Marinoni, Mitidiero (2011, p. 473):

O acolhimento de tais alegações poderá resultar na paralisação da execução (em relação às causas impeditivas) ou na alteração do seu conteúdo (no caso de matérias modificativas). As causas extintas, se abarcarem todo o crédito, extinguem a execução. Se apenas parcela da obrigação, a execução deve prosseguir pelo restante.

De acordo com o texto do inciso VI as causas devem ter ocorrido depois de dada a sentença, no caso de modificarem a obrigação a execução prosseguirá depois de ser alterada, se forem impeditivas a execução ficará paralisada até que se resolva a causa e quando extintivas parcialmente o cumprimento de sentença continuará pelo remanescente e, caso extintivas em sua totalidade a decisão será verdadeira sentença.

3.5.2 Exceção ou objeção de pré-executividade

Como já foi dito anteriormente outra forma menos comum de defesa do executado é por meio da exceção ou objeção de pré-executividade, onde não há necessidade de penhora de bens e garantia do juízo para apresentar a defesa.

As exceções “são defesas que só podem ser conhecidas se alegadas expressamente pela parte interessada”, já as objeções “são defesas que podem ser alegadas pelas partes, mas, caso isso não ocorra, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz.” (Neves, 2011, p. 1127)

Nesse sentido, Gonçalves (2011, p. 648-649) explica que esse incidente não tem previsão legal expressa, sendo que:

A doutrina denominou “exceção de pré-executividade”; de início, servia apenas para que o devedor alegasse matérias de ordem pública. O nome era infeliz, já que as defesas que podem ser conhecidas de ofício são objeções e não exceções. Daí porque o incidente seria mais bem denominado “objeção de pré-executividade”.

Percebe-se que apesar de ser utilizada a expressão exceção o correto é utilizar-se da nomenclatura objeção, pois é através dela que podem ser alegadas matérias que também podem ser conhecidas pelo juiz.

Explicam Marinoni, Arenhart (2008, p. 315) que essa defesa não cumpre requisitos para ser apresentada:

Admite-se ser possível ao executado apresentar no curso da execução, independentemente de momento apropriado ou de cautela especial, certas defesas evidentes. Entende-se que sujeitar o executado a vários requisitos formais – como o prazo específico ou, no regime anterior, a prévia segurança do juízo pela penhora – para que possa deduzir tais defesas seria excessivo exagero, ante a manifesta injustiça do prosseguimento da execução.

É o que também explica Gonçalves (2011, p. 649):

Já se observava que havia casos em que não era razoável exigir do devedor que primeiro tivesse os bens constrictos, para só então defender-se. Por exemplo, há certas defesas que, por serem de ordem pública, nem sequer precisariam ser alegadas pelo executado, mas conhecidas de ofício pelo juiz. Este nem sempre tomava conhecimento delas, e era preciso que o executado as suscitasse. Ora, não era razoável exigir prévia penhora para alegá-las, se deviam ser conhecidas de ofício. Para solucionar essas situações, passou-se a admitir que o executado alegasse, na própria execução, sem embargos, aquelas defesas que, por serem de ordem pública, deveriam ter sido conhecidas pelo juiz de ofício.

Conclui-se que a exceção ou objeção de pré-executividade é defesa utilizada quando o juiz deveria conhecer a matéria de ofício, por ser de ordem pública e não o fazendo o executado não pode sofrer as conseqüências, por exemplo, de ter um bem penhorado, podendo entrar com essa defesa sem se sujeitar a requisitos formais como a prévia garantia do juízo.

3.6 Expropriação de bens

Depois de emanada a sentença que dá origem ao título executivo judicial inicia-se a fase de cumprimento de sentença, onde serão penhorados e avaliados quantos bens do devedor bastem para a satisfação da execução. Nessa fase o executado pode se defender através da impugnação e não a apresentando ou sendo julgada improcedente, iniciará a expropriação desses bens anteriormente penhorados.

Theodoro Júnior (2009, p. 319) explica o que se entende por expropriar:

Expropriar é o mesmo que desapropriar e consiste no ato de autoridade pública por meio do qual se retira da propriedade ou posse de alguém o bem necessário ou útil a uma função desempenhada em nome do interesse público. De ordinário, a desapropriação transfere o bem do domínio privado para o domínio público do próprio órgão expropriante. No processo executivo, a expropriação dá-se por via da alienação forçada do bem que se seleciona no patrimônio do devedor para servir de instrumento à satisfação do crédito exequendo.

Portanto, o bem será retirado, pelo Poder Público, da esfera patrimonial do executado para que assim o exequente tenha o seu direito satisfeito, pois o bem será transformado em dinheiro ou será acrescido ao patrimônio do credor, quitando-se a dívida.

Dessa forma, “há uma ordem de preferência entre os meios de expropriação. Primeiro, deve-se verificar se há interessados na adjudicação do bem. Somente se não houver, será determinada a alienação do bem, que poderá ser feita por iniciativa particular, se o credor o preferir; ou em hasta pública.” (GONÇALVES, 2011, p. 620-621)

Essa ordem de preferência consta no art. 647 do CPC, então se observa que a expropriação do bem consiste na adjudicação, na alienação particular ou em hasta pública e por último, no usufruto de bem.

3.6.1 Adjudicação

A previsão legal da adjudicação está no *caput* do art. 685-A do CPC: “é lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.”

Explica Gonçalves (2011, p. 621) que é uma “forma indireta de satisfação do credor, que se dá pela transferência a ele ou aos terceiros legitimados, da propriedade dos bens penhorados.”

Neves (2011, p. 1028) também explica que “a adjudicação é a forma de expropriação judicial por meio da qual o bem penhorado (móvel ou imóvel) é retirado do patrimônio do

executado e transferido, como forma de pagamento, ao patrimônio do legitimado a adjudicar (em regra o exequente).”

Nesse tipo de expropriação o bem do devedor é transferido para o patrimônio do credor ou quem seja legitimado, por preço não inferior ao da avaliação.

São também legitimadas as pessoas constantes do § 2º do art. 685-A, que são os credores com garantia real, credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, o cônjuge, descendentes ou ascendentes do executado.

Sobre esse parágrafo, Gonçalves (2011, p. 621-622) exemplifica:

Se mais de um legitimado se apresentar, será feita uma licitação entre eles. Aquele que oferecer maior valor terá preferência, caso em que o bem poderá alcançar valores superiores aos de avaliação. Em caso de empate, terão preferência o cônjuge, os descendentes e os ascendentes do devedor.

Já o § 1º trata da hipótese de o valor do bem ser superior ou inferior ao crédito, ensinando Marinoni, Mitidiero (2011, p. 684):

Pode ocorrer de ser o crédito estampado no título executivo inferior ao valor do bem penhorado. Nesse caso, a adjudicação só poderá ocorrer se o adjudicante depositar de imediato a diferença, sobrando essa à disposição do executado. Dando-se o contrário, sendo o valor do crédito superior ao valor do bem, prosseguirá a execução pelo restante (art. 685-A, §1º, CPC). Tem-se de proceder aí a nova penhora (art. 667, II, CPC).

Quando o exequente ou outro legitimado optar por adjudicar o bem do executado, deve-se observar o valor desse bem, caso for de valor maior do que o da execução, a diferença deve ser depositada em favor do devedor e no caso do valor ser menor será dada continuidade na execução, penhorando outro bem para receber o restante.

Comenta-se ainda que a adjudicação pode ser requerida desde o momento que realizada a avaliação até antes da assinatura do termo de alienação por venda particular ou do auto de arrematação. (MARINONI, MITIDIERO, 2011, p. 683)

Tem-se que a adjudicação é a primeira opção na legislação para a expropriação de bens, sendo que esse bem será transferido do patrimônio do devedor para o do credor ou do legitimado que requerer, atentando-se para a correspondência entre o valor do bem e da dívida.

3.6.2 Alienação por iniciativa particular

A alienação por iniciativa particular é a segunda opção para a expropriação dos bens penhorados e será utilizada caso não realizada a adjudicação, seu fundamento legal está no

art. 685-C do CPC, que prevê que o “exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária.”

Afirma Didier Junior et al. (2012, p. 644) que essa modalidade de expropriação de bens somente é cabível se não tiver havido adjudicação do bem penhorado e que a ausência de adjudicação constitui requisito objetivo para a alienação por iniciativa particular.

Já o §1º do art. 685-C estabelece que o valor da alienação não pode ser inferior ao valor da avaliação e que o juiz decidirá sobre o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

O exequente requererá a alienação particular esclarecendo se será feita por sua iniciativa ou através de corretor credenciado e ao juiz caberá aprovar os termos desse requerimento, é o que nos traz Theodoro Júnior (2009, p. 334):

Ao juiz competirá aprovar os termos propostos ou alterá-los, na medida da conveniência da execução. Assim, ao deferir a alienação por iniciativa particular, o magistrado definirá: (i) o prazo dentro do qual a alienação deverá ser efetivada; (ii) a forma de publicidade a ser cumprida; (iii) o preço mínimo, que não será inferior ao da avaliação (art. 680); (iv) as condições de pagamento; (v) as garantias; e ainda, (vi) a comissão de corretagem, se for o caso de interveniência de corretor na alienação.

Requerida a alienação por iniciativa particular será definido os termos em que será realizada observando-se a legislação.

Existe ainda a possibilidade da venda ser feita por intermédio de corretor, pois é uma pessoa conhecedora do ramo, cabendo a ele opinar sobre o preço, esclarecer o interessado acerca das formalidades da sua proposta e acompanhá-lo nas possíveis tratativas com as partes. (ASSIS, 2013, p. 858)

Ainda sobre a corretagem, Assis (2013, p. 858) explica que no caso de bens imóveis o corretor deve estar inscrito no órgão de classe e quanto o valor da comissão de corretagem, será fixado pelo juiz, dependendo do costume do lugar, incidindo em percentual sobre o valor do negócio.

Portanto, o corretor é uma pessoa especializada que acompanhará a venda do bem penhorado recebendo uma remuneração por este serviço.

Por fim, o art. 685-C no §2º traz que a alienação será formalizada nos autos, expedindo-se carta de alienação para o devido registro imobiliário, quando se tratar de bem imóvel ou mandando de entrega ao adquirente quando se tratar de bem móvel.

3.6.3 Alienação em hasta pública

A alienação judicial, por meio de hasta pública está prevista do art. 686 ao 707 do CPC e acontecerá caso inexista a adjudicação do bem e o credor não opte pela alienação particular.

O bem penhorado é ofertado ao público com o objetivo de “despertar os terceiros e gerar competição pela aquisição do bem. Espera-se que esta competição possa otimizar o preço do bem em benefício da execução, que chegará ao seu objetivo mais rapidamente.” (MARINONI, ARENHART, 2008, p. 325)

Conceituando hasta pública, Theodoro Júnior (2009, p. 337) complementa:

Na concepção jurídica, hasta pública é a alienação de bens em pregão (isto é, em oferta pública) promovida pelo Poder Público (especialmente pelo Poder Judiciário, nos casos disciplinados pelo direito processual civil). Dela se encarrega um agente especializado – o leiloeiro ou o oficial porteiro do auditório do foro. A arrematação, termo que se usa frequentemente como sinônimo de hasta pública, é, com mais adequação, o ato com que se conclui o pregão, adjudicando os bens ao licitante que formulou o melhor lance.

Na execução por quantia certa a hasta pública é, tecnicamente, o ato de expropriação que o órgão judicial efetua a um dos concorrentes da licitação (o autor do lance mais alto), a transferência coativa dos bens penhorados, mediante recebimento do respectivo preço, ou mediante compromisso de resgatá-lo dentro de determinado esquema de pagamento.

Tem-se que a hasta pública é a alienação, pelo judiciário, dos bens que foram penhorados e serão entregues àquele que pagar o melhor preço.

Apesar de ser a última opção de expropriação de bens, a arrematação continua tendo posição de destaque em nosso sistema processual, de acordo com Neves (2011, p. 1042), que explica ainda as duas formas existentes:

Há duas formas de hasta pública: a praça e o leilão. A praça se destina à alienação de bens imóveis e é realizada por serventuário de justiça no átrio do fórum. O leilão destina-se a alienação dos demais bens, com exclusão dos negociados na Bolsa de Valores, sendo realizado por leiloeiro indicado pelo exequente e ocorrendo em lugar designado pelo juiz, de preferência onde se encontrem os bens.

Essa explicação complementa o §2º do art. 686, chamando-se de praça a venda dos bens imóveis que é realizada no fórum e de leilão a venda de bens móveis ou outros produtos, a ser realizada no local onde esses bens estiverem.

Para que ocorra, tanto a praça como o leilão devem ser precedidos de edital que garantirá a publicidade dos atos e também porque “interessa que à hasta acorram interessados [...] Se não for publicado, haverá nulidade da arrematação.” (GONÇALVES, 2011, p. 623)

Ainda sobre o edital, também dizem Wambier; Talamini (2012, p. 284-285) que:

A medida destina-se a conferir publicidade à hasta pública, para que o maior número possível de interessados compareça e seja obtida a melhor oferta de pagamento, o que interessa ao devedor (pois evita que outros bens seus precisem ser penhorados), ao credor (que logra mais rapidamente satisfazer seu direito) e, em consequência, ao próprio Estado.

Assim, para que chegue ao conhecimento de todos os interessados na compra (arrematação) do bem será dada publicidade à alienação judicial, por meio de edital que conterá os requisitos do art. 686 do CPC:

Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterá:

I - a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor do bem;

III - o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo, em que foram penhorados;

IV - o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel;

V - menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados;

VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (art. 692)

Verifica-se que o edital trará as especificações do bem a ser alienado, o local, data e horário a ser realizada a praça ou leilão, a informação de que se não for alcançado valor superior ao da avaliação será remarcada a hasta pública, entre outras informações necessárias.

Prossegue-se o art. 687 e seus parágrafos sobre a publicação deste edital, exemplificando, Wambier; Talamini (2012, p. 285):

Nos termos do art. 687, o edital será afixado no “local do costume” (espaço do fórum, especialmente destinado à afixação de editais). Deverá ainda ser publicado pelo menos cinco dias antes, em jornal de ampla circulação local (*caput*), e, se o bem penhorado for imóvel, de preferência em local destinado a negócios imobiliários (§ 3º). Quando o credor for beneficiário da justiça gratuita, a publicação será feita o órgão oficial (§ 1º). Conforme o caso concreto (valor do bem, condições da comarca), o juiz poderá alterar “a forma e a frequência da publicidade na imprensa” (anúncios em rádio e televisão etc.), conferindo maior divulgação à hasta, “inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação” (§ 2º, na redação dada pela Lei 11.383/2006): a *Internet* pode ser de extrema utilidade para tanto, desde que os órgãos judiciários montem páginas eletrônicas de fácil acesso e navegação, destinada à divulgação de bens em hasta pública. É possível, ademais, a reunião de várias publicações, relativas a mais de uma execução em uma mesma lista (§ 4º), o que diminui o custo do ato e, simultaneamente, pode lhe dar maior destaque.

Em suma, a legislação trouxe normas para tornar viável e padronizada a publicidade da hasta pública, para que chegue ao conhecimento de todos, permitindo para isso até mesmo

o uso de televisão e meios eletrônicos, observando-se ainda a capacidade econômica do credor para definir o meio de publicação do edital, cuidando para que não ocorra nenhuma ilegalidade no procedimento.

Já o § 3º do art. 686 menciona uma hipótese de dispensa de publicação de edital, no caso do valor dos bens penhorados não excederem 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo vigente na data da avaliação, porém, o preço da arrematação não poderá ser inferior ao da avaliação.

Não se pode esquecer que o executado deve ser intimado que seu bem vai ser alienado judicialmente, para isso “designada a hasta, deve o executado ser intimado por intermédio de seu advogado ou, se não o tiver, pessoalmente, por mandado, carta com aviso de recebimento ou outro meio idôneo.” No caso da penhora recair sobre imóvel, o cônjuge do devedor também deve ser intimado. (GONÇALVES, 2012, p. 95)

Portanto, o executado deve ser intimado de todas as fases da execução, não sendo exigido que seja pessoalmente. Transcorrida todas as formalidades para a realização da alienação Marinoni; Arenhart (2008, p. 329) explica como ela se dá:

Iniciada a hasta, o bem a ser alienado será apresentado pelo serventuário (bens imóveis) ou pelo leiloeiro (bens móveis), que lerá a síntese de sua descrição, indicando eventuais ônus pendentes, o valor da avaliação e outras circunstâncias relevantes. Após os interessados concorrerão entre si, oferecendo lances pelo bem (no mínimo, o valor da avaliação), até que algum dos licitantes proponha valor não coberto por outro interessado.

No local, dia e hora designados para a realização da hasta os interessados comparecerão e darão suas ofertas, nunca inferior ao valor da avaliação do bem, sendo arrematado por quem pagar mais. Ocorre que o inciso VI do art. 686 traz a especificação no caso do lance não atingir valor superior ao da avaliação, sendo designada nova data entre os dez ou vinte dias seguintes.

Neste sentido Neves (2011, p. 1053) ensina:

Sendo aberta a primeira hasta pública por meio do pregão, os legitimados a arrematar poderão fazer seus lances, observada a regra legal de que nesse momento procedimental o valor mínimo da arrematação é o valor da avaliação, ou seja, o menor lance deverá obrigatoriamente ser aquele indicado na avaliação. Mesma exigência, entretanto, não se faz no tocante à segunda hasta pública, na qual serão admitidos lances por valor inferior ao da avaliação, sendo a própria arrematação admitida nesses termos, desde que o preço oferecido não seja vil (art. 692, caput, do CPC).

Realizada a primeira praça ou leilão e não atingido o lance mínimo para a alienação será marcada segunda hasta onde serão aceitas ofertas inferiores ao valor da avaliação, que de acordo com o art. 692 do CPC não poderá ser preço vil.

Para Didier Junior et al. (2012, p. 65), preço vil é um conceito composto por termos indeterminados, cabendo ao órgão jurisdicional, à luz das circunstâncias do caso concreto e valendo-se das regras de experiência, defini-lo.

Assis (2013, p. 878) utiliza como parâmetro para estabelecer o que seria preço vil o art. 701 do CPC, então para ele valores abaixo de 80% do valor da avaliação do bem seria preço vil.

O que predomina na jurisprudência é que as arrematações por até 50% do valor da avaliação não são consideradas preços vil, é o que se verifica na ementa do julgamento do Agravo Regimental pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. PREÇO VIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte tem adotado como parâmetro para a aferição da **configuração de preço vil o valor de 50% (cinquenta por cento) da avaliação do bem.**

2. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg nos EDcl no REsp: 1116951 SC 2009/0106511-8, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 06/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 24/02/2014)

Assim, cabe ao juiz na análise do caso concreto pronunciar-se sobre a ocorrência do preço vil, porém, o entendimento jurisprudencial deve prevalecer, sendo que a compra do bem pela metade do valor da avaliação não é preço vil. Ressaltando-se que de acordo com o art. 694, §1º, V, do CPC a arrematação poderá ser tornada sem efeito quando realizada por valor considerado vil.

As condições de pagamento do bem arrematado estão previstas no art. 690 do CPC, que Gonçalves (2011, p. 624) esclarece:

O preço deve ser pago em dinheiro, à vista ou no prazo de quinze dias, com apresentação de caução idônea.

Se o bem for imóvel, o arrematante poderá fazer o pagamento a prazo, caso em que depositará à vista pelo menos 30% do valor de arrematação, propondo-se a pagar o restante em parcelas. O imóvel ficará como garantia hipotecária do pagamento do saldo.

A preferência é que o valor da alienação seja pago em dinheiro e a vista, porém, a legislação autoriza o parcelamento quando prestada uma garantia.

Sobre a conclusão da alienação por hasta pública, Marinoni; Arenhart (2008, p. 331), expõe:

Concluída a arrematação, será lavrado imediatamente o auto de arrematação, a ser assinado pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, com a indicação das condições pelas quais o bem foi alienado (arts. 693 e 707, do CPC). Efetuado o pagamento do preço, à vista ou a prazo, ou prestadas as garantias necessárias (art. 690, §1º, do CPC), será determinada a entrega do bem ao arrematante (no caso de bem móvel) ou a expedição de carta de arrematação (quando se tratar de bem imóvel), para a aquisição definitiva da propriedade da coisa (arts. 693, parágrafo único e 707, do CPC).

Portanto, depois de penhorado o bem, levado à alienação judicial, aceita a melhor proposta, realizado o pagamento por esse bem e assinado o auto, nos termos do art. 694 do CPC, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável.

3.6.4 Usufruto de imóvel ou de móvel

A última opção de satisfação do credor prevista no art. 647 é o usufruto de bem imóvel ou móvel, que está disciplinado nos arts. 716 a 724 do CPC, podendo ser concedido quando for reputado menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

Marinoni; Arenhart (2008, p. 333) explica que nesse instituto “não se expropria o bem, mas apenas, por período limitado de tempo, o poder de fruir que lhe é inerente, objetivando-se realizar o crédito executado com os frutos e rendimentos do bem.”

Em outras palavras Wambier; Talamini (2012, p. 315-316), ensinam:

Trata-se de expropriação parcial do bem: a constrição executiva recairá sobre o próprio bem como um todo. No entanto, não será expropriado o bem em si, mas seus frutos ou rendimentos.

É definido o usufruto executivo como o ato pelo qual, dentro da execução, concede-se ao credor direito real limitado e temporário sobre o bem penhorado, a fim de que receba seu crédito por meio das rendas geradas pelo bem.

Pode-se dizer que o devedor continua com a titularidade do bem, porém, os rendimentos e frutos obtidos com esse bem serão expropriados e repassados ao credor até que a dívida seja quitada.

Conforme o art. 721 do CPC é lícito ao exequente requerer que lhe seja atribuído o usufruto do bem penhorado. Entretanto, adverte Marinoni; Arenhart (2008, p. 334) que o exequente deve considerar com cautela as vantagens do usufruto diante de outras formas de expropriação, pois para saldar o crédito, muitas vezes o usufruto tem que se prolongar no tempo, despendendo muito tempo da jurisdição e tendo um custo elevado.

O exequente poderá a qualquer momento da execução, depois de penhorado o bem, requerer o usufruto, ficando claro que o momento final para que requeira é antes adjudicação ou alienação do bem penhorado. (NEVES, 2011, p. 1064).

Verificado pelo credor, depois de penhorado o bem que o usufruto é uma opção viável, requererá ao juiz a utilização desse instituto antes que ocorra a adjudicação ou alienação.

Conforme o art. 719 do CPC, na sentença o juiz nomeará administrador que poderá ser o credor, consentindo o devedor ou o devedor, consentindo o credor.

O administrador, assim, deve receber os frutos e rendimentos do bem no interesse do usufrutuário (art. 723), submeter à aprovação judicial a forma de administração, prestar contas na forma e periodicidade definidos pelo juiz, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (WAMBIER, TALAMINI, 2012, p. 317)

O administrador é nomeado para que acompanhe essa modalidade de expropriação de bens em virtude da necessidade de prestação de contas e acompanhamento do recebimento dos frutos e rendimentos.

O usufruto será averbado no respectivo registro, nos termos do § 1º do art. 722, do CPC, pois assim terceiros são cientificados.

Por fim, Marinoni; Arenhart (2008, p. 335) diz que “quitada integralmente a dívida, seus acessórios e os consectários processuais, extingue-se o usufruto, restituindo-se todos os poderes sobre a coisa ao respectivo titular”, porque de acordo com o estudado, o devedor permanece com a propriedade do bem, apenas seus rendimentos e frutos são repassados ao credor, sendo assim, saldada a dívida retoma todos os direitos sobre o móvel ou imóvel.

3.7 Entrega do dinheiro

Realizada a expropriação de bens do executado através da alienação particular ou judicial será necessário entregar ao exequente o dinheiro obtido com essa venda, procedimento previsto no art. 719 e seguintes do CPC.

Neste sentido Didier Junior et al. (2012, p. 684):

Se há apenas um credor (CPC, art. 709, I), a entrega do dinheiro, que fora penhorado ou que resulte da alienação do bem penhorado (por iniciativa particular ou por hasta pública), é ato bem singular: o órgão jurisdicional expede um mandado de levantamento (“alvará”), permitindo o recebimento do dinheiro, que pode ser feito mediante transferência bancária para a conta-corrente do credor.

Havendo um único credor ele solicitará o levantamento do dinheiro penhorado ou do valor depositado em juízo pela alienação do bem, feito isso dará quitação ao devedor da quantia paga por termo nos autos, de acordo com o parágrafo único do art. 709.

Cabe aqui uma observação, apesar de já ter sido explanado em tópico próprio, sobre o instituto da adjudicação:

Há ainda a situação em que a satisfação do credor não pode ser separada da expropriação, resolvendo-se, assim, em um único momento. Isto é o que ocorre com a adjudicação. Nela não existem as fases da expropriação e do recebimento do crédito. Isto porque a adjudicação é, em si, a própria forma de satisfação, uma vez que através dela, ou seja, pelo recebimento do bem penhorado, ocorre a quitação (total ou parcial) da dívida. (MARINONI, ARENHART, 2008, p. 336)

Assim, no caso da opção do credor pela adjudicação não caberá o levantamento do dinheiro, pois esse não existirá, já que a satisfação do débito acontece com a transferência da titularidade do bem para o credor.

Explicando o art. 710 do CPC Marinoni; Arenhart (2008, p. 336) dizem que efetuado o levantamento do valor devido e havendo saldo, este deverá ser restituído ao executado, no caso de restar saldo em favor do credor, retomam-se os atos de satisfação, com nova penhora e demais atos até que a integralidade do crédito seja satisfeita.

O art. 711 traz a hipótese de existir mais de um credor para o levantamento do dinheiro, ensina Neves (2011, p. 1067) que “quando vários credores pretendem o recebimento da quantia resultante da alienação de um bem específico do devedor, instaura-se no processo um incidente processual chamado ‘concurso singular de credores’.”

Theodoro Júnior (2009, p. 362) explica como se dá esse concurso de credores:

Um dos motivos desse concurso é a intercorrência de penhoras de credores diversos sobre os mesmos bens, caso em que as diversas execuções singulares são reunidas por apensamento, a fim de unificarem-se os atos executivos e promover-se o concurso de preferências nos autos em que se der a arrematação.

Verifica-se que nesse caso existem vários credores que realizaram a penhora de um mesmo bem do devedor, sendo preciso proceder a esse concurso entre eles para verificar a quem será expedido o mandando de levantamento.

Faz-se uma ressalva para distinguir o concurso singular de credores do universal, segundo Marinoni; Arenhart (2008, p. 337) “o concurso singular de credores se dá quando vários credores buscam o produto da alienação de um bem específico do devedor”, diferente do concurso universal de credores, que ocorre em casos de falência ou insolvência civil, onde a concorrência incide sobre todo o patrimônio do executado.

Dessa forma, no presente caso, utiliza-se o concurso singular, pois apesar de recaírem várias penhoras sobre o mesmo bem o credor é solvente, devendo ser analisada a legislação para verificar a ordem de preferência.

Da conjugação dos arts. 186 e 187 do Código Tributário Nacional (CTN); dos arts. 4º, § 4º e 29, parágrafo único da Lei nº 6.830/1980 e art. 961 do Código Civil, Wambier; Talamini (2012, p. 319) concluem a seguinte ordem de preferência: “crédito trabalhista, crédito previdenciário, crédito fiscal não previdenciário, crédito dotado de garantia real, crédito com privilégio especial, crédito com privilégio geral e crédito quirografário (sem nenhum tipo de preferência)”.

Quando os credores forem da mesma classe e estiverem em igualdade de condições, extrai-se da leitura do art. 612 do CPC que tem direito aquele que efetuou primeiramente a penhora do bem.

O procedimento a ser observado é o do art. 712, exposto por Theodoro Júnior (2009, p. 362):

Os credores interessados devem formular suas pretensões de preferência em petição, nos autos em que ocorreu a alienação forçada, indicando, quando for o caso, as provas que irão produzir em audiência (art. 712). A disputa entre os credores concorrentes só poderá versar sobre o direito de preferência ou sobre a anterioridade da penhora.

Ainda de acordo com Theodoro Júnior (2009, p. 363) havendo acordo entre os interessados o juiz determinará ao contador que prepare o plano de pagamento, seguindo a ordem de preferência. Sem acordo ou concluída a audiência, o juiz decidirá (art. 713).

Portanto, após todos os atos de expropriação dos bens do executado, o exequente irá levantar o dinheiro obtido com a alienação. Todavia, podem ocorrer casos de ter recaído mais de uma penhora sobre o mesmo bem, existindo vários interessados e para a solução faz-se o concurso singular entre credores, que podem formular pretensões e provar seu direito, decidindo o juiz pelos critérios de preferência previstos em lei.

CAPÍTULO 4 - DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A execução em face da Fazenda Pública (conceito estudado no tópico 1.1) é verificada quando um ente público encontra-se no pólo passivo de uma execução, pois deve cumprir uma decisão judicial.

Conforme o capítulo 2.5 que traz as diversas espécies de execução, estas também são verificadas contra o Poder Público. Todavia, devem ser observadas as prerrogativas (tópico 1.2), principalmente na execução por quantia certa, pois os bens públicos são impenhoráveis, o que gera diferenças entre a execução contra a Fazenda Pública comparada com a execução contra particulares.

Neste passo, Braga (2008, p. 2823) diz:

As execuções de obrigação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública seguem rito especial, em homenagem ao seu regime jurídico de direito público. O principal diferencial desta execução está na previsão de tramitação constitucional dos precatórios.

Quanto às demais execuções de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa certa, a execução contra a Fazenda Pública em nada se diferencia do regime comum previsto para os particulares.

Portanto, em decorrência da impenhorabilidade dos bens públicos e da previsão constitucional do art. 100, a execução de pagar quantia certa se dá por meio de precatórios, já as demais obrigações, de fazer, não fazer, entregar coisa, submetem-se ao disciplinado na legislação para os particulares.

Sendo assim, o presente capítulo estudará sobre a execução por quantia certa.

4.1 Execução por quantia certa fundada em título judicial em face da Fazenda Pública

A previsão dessa execução está nos arts. 730 e 731 do CPC e se dará nos moldes do explicado no capítulo 2. O juiz reconhece na fase de conhecimento do processo que o Poder Público é devedor de certa quantia, assim o credor será titular de um título executivo judicial, sendo que para dar início na execução este título deve ser certo, líquido e exigível, de acordo com o exemplificado no tópico 2.3.1.2 que trata dos requisitos do título.

A liquidação dessa sentença, caso seja necessária, será realizada da mesma forma que é feita quando credor e devedor são particulares, qual seja, a prevista no capítulo 2.4 e seus tópicos, podendo ser liquidada por cálculo, arbitramento ou por artigos.

É o que nos afirma Cunha (2011, p. 286):

Como se vê, as novas regras de liquidação de sentença (CPC, arts. 475-A a 475-H) aplicam-se aos processos que envolvem a Fazenda Pública. Não se aplicam, todavia, as novas regras do cumprimento de sentença, devendo a Fazenda Pública ser executada na forma dos arts. 730 e 731 do CPC, obedecida a sistemática do precatório, prevista na Constituição Federal.

Serão verificadas alterações no procedimento quando entrar na fase de cumprimento de sentença (2.5.1), pois por se tratar do Poder Público, o seu patrimônio, que é de toda a sociedade, não pode ser penhorado, avaliado e expropriado para saldar suas dívidas, deve existir um planejamento para que o Estado disponha de orçamento, sem prejudicar as demais áreas, para que o pagamento ao qual foi condenada seja quitado, esse é o instituto chamado precatório, que será estudado no decorrer do capítulo.

Ratificando essas diferenças Cunha (2011, p. 282) traz que “desse modo, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública deve revestir-se de matiz especial, não percorrendo a senda da penhora, nem da apropriação ou expropriação de bens para alienação judicial, a fim de satisfazer o crédito executado.

Observa-se que a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública é um procedimento especial, porque difere do estabelecido no CPC para a execução entre particulares, sendo que o pagamento se dará sem a penhora e expropriação de bens.

De forma clara, Theodoro Júnior (2009, p. 374) explica que com alterações trazidas pela Lei 11.232/2005, a ação de execução de sentença condenatória a prestação de quantia certa foi substituída por um procedimento complementar incidental denominado cumprimento de sentença, que se realiza dentro de uma mesma relação processual em que se pronunciou a condenação. Já no caso de impor o adimplemento de prestações de quantia certa ao Poder Público, as alterações dessa lei não foram aplicadas, continuando a utilizar o antigo sistema dual, que adota a separação da ação de execução de sentença da ação condenatória.

Verifica-se que apesar de conter algumas semelhanças entre o procedimento da execução comum e a execução contra a Fazenda Pública, várias são as diferenças, pois mesmo com a alteração do CPC abolindo a separação de ações, onde o cumprimento de sentença tornou-se um incidente processual, quando tratar-se do ente público essa regra não se aplica.

Por tratar-se de processo autônomo de execução, necessário se torna a propositura de uma nova ação, é o que diz Theodoro Júnior (2009, p. 375), ressaltando que “nova petição inicial terá de ser deduzida em juízo, nova citação será promovida, e a eventual resposta da Fazenda executada dar-se-á por embargos à execução, e não por contestação nem por simples impugnação.”

Do exposto, conclui-se que a execução contra as pessoas de direito público não sofreu alterações com a Lei 12.232/2005, sendo realizada por processo autônomo, sendo assim o credor deve ingressar com nova petição, requerendo a citação da Fazenda, que pode se defender por embargos e não por impugnação como no cumprimento de sentença e seus bens não serão penhorados, então pagará o débito através de precatório.

4.1.1 Citação e oposição de embargos

O credor possuidor de um título judicial certo, líquido e exigível em desfavor do Poder Público, poderá cobrar esse valor por meio de uma ação de execução. Por ser uma nova ação deverá elaborar uma petição inicial, que de acordo com Assis (2013, p. 1104) deve estar garantida dos requisitos legais, quais sejam os do art. 282 do CPC que diz respeito aos requisitos da inicial e do art. 614 que estipula ao credor instruir a petição com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação.

Então iniciada essa ação de execução, o juiz aplicará o art. 730 do CPC que diz que “na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias [...]”

Primeiramente, cumpre observar que esse prazo de 10 dias para opor embargos foi alterado pela Medida Provisória 2180-35/2001 e passou a ser de 30 dias, Dinamarco explica:

De todo modo, o artigo 1º-B da Lei nº 9.494, incluído pela MP nº 2.180-35, derogou o primitivo artigo 730, caput, do Código de Processo Civil, dilatando, assim, o prazo para os embargos opostos pela Fazenda Pública: “Art. 1º-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.”

Então o prazo para a Fazenda Pública apresentar embargos será de 30 dias conforme redação da lei nº 9.494/1997 e não de 10 dias como consta no CPC, Ainda sobre o prazo para opor embargos, extrai-se do julgamento do Recurso Especial 651547 AL 2004/0047656-8, publicado em 14/11/2005, o seguinte trecho:

Consoante iterativo posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça, o prazo para a Fazenda Pública interpor embargos à execução é o disposto pelo art. 730 do CPC, não se aplicando o privilégio previsto no art. 188 do mesmo diploma legal, por constituir ação autônoma e não recurso ou contestação.

Neste sentido também dizem Wambier; Talamini (2012, p. 587):

Seja como for, trata-se, em qualquer caso, de prazo simples. Vale dizer: não se lhe aplica o disposto o art. 188, que manda contar em quádruplo o prazo para contestar quando a parte for a Fazenda Pública. É que o art. 730 traça norma de caráter especial, fixando prazo exclusivamente destinado à

Fazenda Pública. Ademais o art. 188 menciona “contestar”, e os embargos não tem natureza de resposta do réu, mas sim de ação autônoma e incidental.

A par disso, o limite para os embargos do ente público é tão somente de 30 dias, não aplicando, conforme visto no tópico 1.2, a contagem em dobro ou em quádruplo, prerrogativa prevista no art. 188 do CPC, que se restringe ao recurso ou contestação, sendo que a ação aqui citada não se enquadra por ser autônoma.

Esclarecido sobre o prazo para oposição dos embargos, atenta-se que a executada deve ser citada para a contagem desse prazo, ensinando Marinoni; Arenhart (2008, p. 410) que “a citação da Fazenda Pública não se dá para que possa exercer a faculdade de pagar o débito ou garantir o juízo. Isto porque não se cogita de penhora ou de garantia do juízo neste tipo de execução, até porque se presume que a Fazenda Pública seja sempre solvente.”

Da mesma forma é o entendimento de Neves (2011, p. 1080) que traz que a Fazenda Pública é citada para embargar e não para pagar como todos os demais executados em execução de pagar quantia certa.

Assim, em razão da peculiaridade dessa execução que envolve os bens públicos que são impenhoráveis, a citação do Poder Público para conhecimento da ação de execução não pressupõe o pagamento ou garantia do juízo, apenas o início do prazo para apresentar os embargos.

Tem-se ainda, por se tratar de pessoa de direito público e de processo de execução, nos termos do art. 222, *c* e *d* do CPC, que a citação não pode ser realizada por correio, devendo então ocorrer por oficial de justiça, e, de acordo com o que dizem Marinoni; Arenhart (2008, p. 410) e o art. 241, II do CPC, esse prazo será contado da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

Portanto, cumprida todas as formalidades por parte do credor ao requerer a execução contra a Fazenda Pública e esta devidamente citada, poderá opor os embargos à execução como último procedimento antes da expedição do precatório para pagamento do débito.

4.2 A defesa da Fazenda Pública: embargos à execução

Primeiramente, frisa-se que a defesa cabível não pode ser a impugnação, que é a defesa utilizada pelos particulares no cumprimento de sentença, confirmando Marinoni; Arenhart (2008, p. 410) dizem: “não tem cabimento a impugnação à execução (art. 475-L do CPC), porque existe regra específica que autoriza a Fazenda Pública a opor embargos à execução, disciplinados pelo regime peculiar desta figura (art. 736 e ss do CPC).”

Prossegue-se no estudo sobre os embargos à execução com a alteração trazida pela Lei 11.382/2006 acerca de seu efeito suspensivo. Esta lei trouxe a redação do art. 739-A: “os embargos do executado não terão efeito suspensivo.”

Sendo assim, Neves (2011, p. 1081) entende que:

O mais importante reflexo dessas novidades é a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução (art. 739-A do CPC), que somente será concedido no caso concreto se a Fazenda Pública preencher os requisitos legais, dispensada naturalmente a existência de penhora. O interessante é notar que a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução faz com que o procedimento prossiga, devendo ser praticados os atos subsequentes; na execução contra a Fazenda Pública, o ato subsequente é a elaboração do precatório pelo juízo da execução e seu encaminhamento para o Tribunal.

Em regra, a oposição dos embargos pela Fazenda não acarretará efeito suspensivo e a execução prosseguirá para o próximo ato, todavia, o § 1º do art. 739-A traz que:

O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Então, se o executado requerer e preencher os requisitos do § 1º do art. 739-A, logicamente excluindo-se a garantia do juízo, os embargos poderão suspender o andamento da execução até decisão final.

Ataíde Júnior (2009, p. 29), também comenta sobre esse efeito, salientando o art. 100 da CF:

Note-se que o dispositivo constitucional, quando menciona a sentença transitada em julgado, está se referindo ao título executivo judicial e não à sentença proferida nos respectivos embargos à execução. Nenhuma referência existe no art. 100 da Constituição sobre a necessidade de trânsito em julgado dos embargos para possibilitar a expedição do respectivo precatório. Agora, com o fim da eficácia suspensiva automática aos embargos, não existem mais empecilhos (nem mesmo constitucionais) à imediata expedição do precatório, no valor total, ainda que controvertido.

Portanto, não tendo os embargos à execução efeito suspensivo nada impede a requisição para expedição do precatório, uma vez que o art. 100 da Constituição Brasileira que disciplina o instituto prevê que para seu pagamento é necessária a sentença transitada em julgado no processo de conhecimento, não sendo preciso o trânsito em julgado dos embargos.

4.2.1 Matérias Alegáveis

No processo de execução de título judicial, os embargos à execução quando forem apresentados pelo ente público somente poderão versar sobre as matérias previstas no art. 741 do CPC, transcrito abaixo:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Verificam-se então sete hipóteses que podem ser argüidas nos embargos, dessa forma, explica Didier Junior et al. (2012, p. 728):

Os embargos opostos pela Fazenda Pública passaram a ser disciplinados no art. 741 do CPC, em cujos termos há uma restrição: somente podem ser alegadas as matérias ali relacionadas. Apenas se permite à Fazenda Pública tratar de vícios, defeitos ou questões da própria execução, podendo, ainda, suscitar causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes a sentença.

Neste sentido Cunha (2011, p. 293) complementa:

Nem poderia ser de outro modo, já que as questões anteriores à sentença já foram alcançadas pela preclusão e, até mesmo, pela coisa julgada material. Com exceção da falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia (CPC. art. 741, I) e da chamada coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único), a Fazenda Pública não deve alegar questões anteriores à sentença, cingindo-se a suscitar matéria que diga respeito à própria execução ou que seja superveniente à sentença.

Assim, da mesma forma que ocorre na impugnação, nos embargos somente se discutirão causas que sejam observadas no processo de execução ou depois de prolatada a sentença no processo de conhecimento, atentando-se sobre a matéria prevista no inciso I, que trata da falta ou nulidade da citação ainda no processo cognitivo e do parágrafo único que trata da inconstitucionalidade a ser alegada em qualquer momento.

Nota-se ainda que os embargos à execução muito se assemelham a impugnação à execução de sentença, prevista no art. 475-L do CPC e que foi exemplificado no tópico 2.6.1.1. A diferença é verificada na adição dos incisos IV e VII que tratam da cumulação indevida de execuções e da incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz, respectivamente.

Neste passo, aponta-se outra diferença, pois foi retirado o inciso III do art. 475-L que versa sobre a defesa em relação à penhora incorreta ou avaliação errônea, em análise Didier Junior et al. (2012, p. 728) diz:

Entre as alegações previstas no art. 741 do CPC, não há qualquer alusão a penhora ou avaliação de bens, exatamente porque a execução contra a Fazenda Pública não se faz por expropriação, nem há constrição, depósito ou penhora de bens. Tudo se processa sem garantia do juízo para, ao final, ser expedido o precatório ou a requisição de pequeno valor.

Pela natureza da execução em face do Poder Público, onde não há penhora de bens, também não haveria como em sua defesa utilizar-se de qualquer argumento relacionado a isto.

Em relação ao inciso IV, Theodoro Júnior (2009, p. 379) explica que “não há vedação que se cumulem diversas execuções num só processo, mas o cúmulo só é autorizado pela lei quando ocorre identidade de partes, de competência e de forma processual”, de acordo com o art. 573, fora disso será ilícita a união de execuções.

Assim, “não é admissível cumular execuções, quando cada uma submete-se a um procedimento próprio, ou quando o juiz não dispõe de competência absoluta para processar ambas.” (CUNHA, 2011, p. 298)

Poderão mais de uma execução ser processadas em conjunto quando ocorrer idênticas formas como previsto no art. 573 do CPC, quando não observado a Fazenda oporá embargos com base no inciso IV do art. 741, todavia, Theodoro Júnior (2009, p. 379) ensina que nesse caso só é atacado o ato processual de cumulação, não impedindo que o credor volte a propor as execuções separadamente.

Os embargos atacam a cumulação indevida das execuções, porém, o exequente pode separar as execuções e dar prosseguimento a cada uma isoladamente.

Já sobre o inciso VII, tem-se, segundo Cunha (2011, p. 302) a competência para processar a execução:

A execução contra a Fazenda Pública deve ser proposta e processada perante o juízo que decidiu causa em primeiro o grau de jurisdição (CPC, art. 575, II), ou, se a causa é de competência originária de tribunal, deve a execução ser proposta no tribunal que proferiu o acórdão exequendo (CPC, art. 575, I).

Sendo assim, se o credor executar o ente público em um juízo que não for o competente, os embargos versarão sobre a incompetência desse juízo, podendo ainda, utilizando-se da defesa do inciso VII alegar que o juiz é suspeito ou impedido.

Deve-se observar o art. 742 do CPC que trata sobre o oferecimento de exceção:

Tem-se entendido que, existindo outros motivos de irresignação quanto à execução além de incompetência do juízo, suspeição ou impedimento, tem o executado de propor embargos e exceção, essa em peça separada e no mesmo prazo para embargos (art. 742, CPC). Todavia, se toda matéria de defesa do executado concentra-se na incompetência, suspeição ou impedimento, admite-se a sua dedução por embargos. (MARINONI, MITIDIERO, 2011, p. 724)

Portanto, se a as causas do inciso VII do art. 741 não forem as únicas a serem aduzidas na defesa da Fazenda Pública, deverão, de acordo com o art. 742 ser apresentadas em outra peça (exceção) no mesmo prazo dos embargos, caso forem as únicas alegações são opostas nos embargos.

Os demais incisos do art. 741 do CPC que podem ser alegados pela pessoa pública nos embargos à execução dizem respeito às mesmas hipóteses que podem ser alegadas na impugnação, as quais já foram explicadas anteriormente (vide 2.6.1.1).

4.2.2 Não oposição de embargos e honorários advocatícios

Recebida a citação do processo de execução pela Fazenda Pública, esta pode optar em não opor embargos, caso em que já será requerida a expedição de precatório.

É o que diz Gonçalves (2011, p. 654) “a Fazenda Pública pode não opor embargos à execução, caso em que será expedido o precatório, requisitando-se o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente.”

Nota-se, assim, que o Poder Público não se defende da execução e deixa de apresentar uma petição que protelaria o pagamento da dívida a que foi condenado.

Um exemplo prático é verificado na Resolução nº 8 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, de 30/04/2014, que dispensa o Procurador do Estado de embargar a execução nos casos em que o cálculo apresentando pelo credor estiver correto ou se for apurada uma diferença inferior a 50 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs (R\$ 1.007,00 em 2014).

No presente caso, o valor da execução está correto ou varia somente um pouco, assim a rotina interna do órgão público autoriza não opor embargos, pois demandariam tempo e trabalho em se defender de algo que está correto e dentro da lei.

Disso decorre então a desnecessidade da Fazenda ser condenada em honorários de sucumbência na execução, Assis (2013, p. 1110) explica:

Fundamenta-se o privilégio nas circunstâncias de que, no procedimento especial, a executada não pode solver a obrigação, espontaneamente, e mostra-se imperativo instaurar a execução, ensejando a requisição de pagamento. De toda sorte, o cabimento dos honorários constitui matéria afeta às disposições da lei infraconstitucional, como revela o art. 20, § 4º do CPC [...]

A natureza dessa execução é prevista em lei e por isso o ente público não pode quitar a quantia sem o procedimento próprio, prevendo a lei também o pagamento de honorários para a parte contrária, todavia, o art. 1º-D, da lei 9494/97 (redação Medida provisória nº 2180-35 de 24/08/2001) dispõe que: “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.”

Didier Junior et al. (2012, p. 757), muito bem explica o motivo de não serem devidos honorários:

A Fazenda Pública não dá causa, indevidamente, à execução, pois ela não pode cumprir espontaneamente o julgado; ao contrário, é preciso que haja a propositura da execução para que se inclua o crédito na ordem cronológica e, no momento oportuno, possa ser feito o pagamento. Não havendo embargos, não há resistência, nem causalidade, não havendo razão para honorários.

As palavras do autor frisam o que já foi dito, sem oposição de embargos não houve resistência e assim não haverá condenação em honorários, porém, Assis (2013, p. 1111) ressalta que segundo entendimento do STF cabe honorários advocatícios nas execuções não embargadas de pequeno valor.

Já de acordo com a súmula 345 do STJ essa isenção de honorários sucumbenciais não tem aplicação no âmbito das sentenças coletivas, quando os beneficiários intentam execuções singulares. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 373)

Portanto o art. 1º-D da lei 9494/97 será aplicado nas execuções não embargadas que versem sobre quantia certa para pagamento de precatório, sem dispensar o pagamento de honorários nas execuções de pequeno valor e para ações coletivas.

4.3 Reexame necessário

No tópico sobre as prerrogativas da Fazenda Pública (1.2) foi explicado sobre o art. 475 do CPC, que sujeita todas as decisões proferidas contra o Poder Público ao duplo grau de jurisdição.

Existe a controvérsia na doutrina se este reexame necessário é aplicado nas decisões que julgam os embargos à execução, Gonçalves (2012, p. 105) entende que sim: “parece-nos

que o art. 475, I, do CPC exige o reexame necessário sempre que a Fazenda for sucumbente. E, julgados improcedentes os embargos, a Fazenda terá sucumbido, tanto que será condenada a pagar a verba de sucumbência e terá interesse em apelar.”

Gonçalves ainda traz o motivo de alguns autores entenderem incabível o reexame necessário, seria “porque a sentença não foi proferida contra a Fazenda, limitando-se a confirmar o título que já existe, e que está embasando a execução.”

É este o entendimento de Marinoni; Arenhart (2008, p. 410-411) salientando que “não há reexame necessário no julgamento dos embargos à execução, ainda quando a sentença venha a prejudicar a Fazenda Pública. Julgados improcedentes os embargos, seguirá a execução seus trâmites regulares, com a expedição de precatório.”

Assim, o entendimento dos autores é divergente, o primeiro diz que quando uma decisão é contrária ao ente público deve ser aplicado o duplo grau de jurisdição para confirmar essa decisão, porém, existem ensinamentos ao contrário, pois os embargos só confirmam a sentença do processo de conhecimento que já passou por esse reexame necessário.

Para resolver a controvérsia faz-se necessário verificar o entendimento jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no julgamento de um Recurso Especial traz:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA. **REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO.**
 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que **não é cabível o reexame necessário de sentença que julgar improcedente embargos à execução opostos pela Fazenda Pública.** 2. Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 10.251/01, esta Corte já havia pacificado o entendimento de que não estava sujeita ao reexame necessário a sentença que julgava os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, autarquias e fundações. Precedentes. 3. Recurso especial improvido. (REsp. 197455/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04.12.2006)

No mesmo sentido o STJ julgou:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS DA EXECUTADA. SENTENÇA QUE OS REJEITA. REMESSA EX OFFICIO. DESCABIMENTO. ALCANCE DOS ARTS. 475, II E 520, V, DO CPC. I - **A sentença que rejeita ou julga improcedentes os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não está sujeita ao reexame necessário** (art. 475, II, do CPC). Precedentes: EREsp nº 254.920/SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJ de 02/08/2004; EREsp nº 234.319/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 12/11/2001; EREsp nº 250.555/SC, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 17/09/2001. II - Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1079310 SP 2008/0172222-8, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 11/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2008)

Portanto, o que prevalece e deve ser aplicado é que não cabe o reexame necessário da decisão dos embargos à execução opostos pelo Poder Público, expedindo-se então o precatório.

4.4 Requisição à entidade devedora

Depois da decisão dos embargos ou se eles não forem opostos, o valor apurado no título executivo judicial deve ser pago ao exeqüente e para isso o Poder Público deve ter previsão orçamentária.

Theodoro Júnior (2009, p. 372) explica como funciona a requisição de pagamento:

Não havendo a oposição de embargos, ou sendo estes rejeitados, o juiz, através do Presidente do Tribunal Superior, expedirá a requisição de pagamento, que tem o nome de precatório. O juiz de primeiro grau não requisita diretamente o pagamento, mas dirige-se, a requerimento do credor, ao Tribunal que detém a competência recursal ordinária (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal etc.), cabendo ao respectivo presidente formular a requisição à Fazenda Pública executada (art. 730, I).

Neste sentido, complementam Marinoni; Arenhart (2008, p. 411):

Cabe ao juízo da execução a elaboração do precatório e o seu encaminhamento ao presidente do Tribunal (a que está sujeita a decisão exequenda), que repassará a requisição ao ente condenado para inclusão em orçamento. A atividade realizada pelo presidente do Tribunal é meramente administrativa, limitada ao exame dos aspectos formais do precatório e ao controle da sua ordem cronológica, com a aplicação de eventuais sanções decorrentes de sua violação.

O credor requererá e o juízo da execução requisitará ao Tribunal o pagamento do precatório, será o presidente do Tribunal que ordenará à Fazenda que inclua o valor a ser pago no orçamento.

Como dito, essa atividade é administrativa, é o que se confirma nos termos da súmula 311 do STJ, que diz: "os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional."

Sobre essa atividade não jurisdicional Cunha (2011, p. 319) dá exemplos:

Exatamente porque é administrativa a atividade do Presidente do Tribunal na condução do precatório, as questões incidentais, na execução em face da Fazenda Pública, devem ser resolvidas pelo juízo que julgou a causa em primeiro grau. De fato, questões pendentes ou que surgirem após a expedição do precatório, tais como impugnação de juros ou de acréscimos indevidos, ou, ainda, a postulação de correção monetária não inserida no precatório, devem ser resolvidas pelo juízo de primeiro grau, cabendo ao

Presidente do Tribunal apenas processar o precatório requisitório expedido por ordem daquele.

Qualquer questão que deva ser discutida em relação ao precatório será resolvida pelo juiz de primeiro grau, pois o Presidente do Tribunal somente processa a ordem de pagamento, como exemplo dessa atividade administrativa Assis (2000, p. 417 apud DIDIER JUNIOR ET AL., 2012, p. 734) traz que compete ao Tribunal a expedição de precatório complementar ou a declaração de solvência da obrigação.

4.4.1 Regime de precatórios

O pagamento de quantia certa pela Fazenda Pública é disciplinado pelo art. 100 da CF e seus parágrafos, onde o § 5º estabelece que:

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Tem-se que os pagamentos requisitados ao Presidente do Tribunal até o dia 1º de julho devem ser pagos até o final do ano seguinte, assim o ente público tem como programar a verba necessária para quitar os precatórios.

Verifica-se ainda na parte final do dispositivo a previsão de atualização monetária dos valores, ensinando Marinoni; Arenhart (2008, p. 412):

De todo modo, o valor originário do precatório deve ser sempre atualizado até a data do efetivo pagamento, de modo a não dilapidar o direito do credor. A determinação de correção até o pagamento – incluída pela Emenda Constitucional 30/2000 – sana defeito antigo do regime de precatórios, que impunha a expedição de precatórios complementares exatamente para permitir a compensação pela demora no pagamento do primeiro precatório, hoje, com a ordem de atualização até o pagamento, proíbe-se a expedição de precatórios complementares (art. 100, § 8º da CF), já que nada mais haverá a ser reclamado, uma vez efetuado o pagamento.

Essa atualização é realizada “pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios”, de acordo com o §12 do art. 100 da CF.

Portanto, a legislação prevê uma correção monetária para que o lapso de tempo entre a apresentação do precatório e seu efetivo pagamento não prejudique o credor.

Esses pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, serão feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos

precatórios (art. 100, *caput*, CF), todavia, o § 1º traz a disposição referente aos débitos de natureza alimentícia, que “compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil”, esses serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, estando até mesmo sumulado pelo STJ no enunciado 144 que diz que: “os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios de ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”

Apesar de gozarem de preferência, a súmula 655 do STF não dispensa os créditos de natureza alimentícia da ordem de expedição de precatórios, assim Gonçalves (2011, p. 655) explica que “haverá duas ordens cronológicas: a dos precatórios ordinários, referentes a dívidas não alimentares; e os extraordinários, que gozam de preferência sobre os ordinários, emitidos para pagamento de dívidas alimentares.”

Todos que tem uma execução em face do Poder Público estão sujeitos ao regime do precatório para receber o valor devido e serão pagos pela ordem de apresentação da requisição de pagamento, todavia, aqueles que têm direito a crédito de natureza alimentar (§1º, art. 100, CF) terão uma ordem para pagamento preferencial aos demais créditos.

Cabe aqui uma ressalva acerca da definição dos débitos de natureza alimentícia, uma vez que os honorários advocatícios, por decisão do STF, também são considerados de caráter alimentar.

Neste sentido, Cunha (2011, p. 318):

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 470.407/DF, o STF entendeu que a definição contida no parágrafo 1º-A do art. 100 da Constituição Federal (que, pela Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a ser o parágrafo 1º) não é exaustivo, de sorte que os honorários de advogado ostentam natureza de prestação alimentícia, conforme disposto nos arts. 22 e 23 da Lei federal nº 8.906/1994 (que trata do Estatuto da Advocacia e da OAB). Seguindo a orientação firmada pelo STF, o STJ passou a decidir que “Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia.” Vale dizer que, no atual entendimento do STJ, os honorários, não só os contratuais, mas também os sucumbências, têm natureza alimentar. Em outras palavras, os honorários devem sujeitar-se a precatório, mas não de ser pagos com prioridade, haja vista sua natureza alimentar.

Então a definição contida no § 1º do art. 100 da CF não é taxativa, podendo outros créditos serem considerados de natureza alimentícia.

Ainda dentro da preferência que gozam os precatórios alimentares a legislação estabelece prioridade quando o possuidor do precatório tiver mais de 60 anos ou possuir alguma doença grave, é o que exemplificam Wambier; Talamini (2012, p. 579):

Mediante a nova redação que deu ao §2º do art. 100, a Emenda Constitucional nº 62/2009 criou ainda, no âmbito dos créditos de natureza alimentar, uma categoria ainda mais específica, com preferência inclusive sobre os demais créditos alimentares. Trata-se dos créditos de natureza alimentícia cujos titulares tenham sessenta anos de idade ou mais, na data da expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, na forma da lei, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei como crédito de “pequeno valor”. Essa parcela do crédito, entrará numa ordem de pagamento própria, preferencial. O resto de tal crédito, entrará na ordem de pagamento dos créditos alimentares em geral.

Dessa forma, primeiramente serão pagos os precatórios alimentares dos credores com mais de 60 anos ou que sejam doentes graves, após os outros credores alimentícios e então serão pagas as demais dívidas em ordem cronológica de expedição dos precatórios.

4.4.2 Dispensa de precatório

O precatório pode ser dispensado, conforme previsão constitucional contida no § 3º do art. 100, nos casos em que a obrigação contida na sentença judicial for considerada de pequeno valor.

Sobre o que é esse pequeno valor, Neves (2011, p. 1096) explica:

O “pequeno valor” apontado pelo dispositivo constitucional deverá ser indicado por cada entidade federada, por meio de legislação específica, segundo previsão do art. 100, § 4º, da CF. O art. 97, § 12, do ADCT (incluído pela EC 62/2009) dispõe que, se a lei referida no art. 100, § 4º, da CF, não tiver sido publicada em até 180 dias contados da publicação da emenda constitucional, para os Estados e Distrito Federal o valor será de 40 salários-mínimos e para os Municípios de 30 salários-mínimos. No âmbito federal, o pequeno valor foi determinado pelo art. 17, § 1º, da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e confirmado pelo art. 2º da Resolução 373/2004 do Conselho da Justiça Federal em 60 salários-mínimos (art. 17, § 1º).

Assim, o legislador pretendeu facilitar o pagamento dos valores que não são considerados muito altos, pois o credor não precisará aguardar a ordem de pagamento dos precatórios.

Tem-se então que os pagamentos de quantia certa devidos pela Fazenda Federal no ano de 2014 que não ultrapassem o valor de R\$ 43.440,00 (60 salários mínimos) serão “efetuados no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa”, de acordo com o art. 17 da Lei 10.259/2001.

Já a Fazenda do Estado de São Paulo editou sua lei estabelecendo que:

Nos casos nos quais o valor da condenação, atualizada até a data da requisição, é considerado de pequeno valor – no caso do Estado de São Paulo, quando inferior a 1.135,2885 Unidades Fiscais do Estado de São

Paulo (UFESP), conforme disposição da Lei Estadual n.º 11.377/03 –, a requisição de pagamento não se dá por meio de precatório, mas de Requisição Direta de Pagamento de Obrigação de Pequeno Valor, cujo pagamento ocorre em até 90 (noventa) dias da data de apresentação à entidade devedora.

Portanto, será dispensado o precatório e pago através da requisição de obrigação de pequeno valor os créditos que no ano de 2014 não forem superiores a R\$ 22.864,71, sendo que o prazo para pagamento é um pouco superior ao Federal, até 90 dias, porém, bem menor do que o tempo para pagamento dos precatórios.

Observa-se que o Estado de São Paulo regulamentou o valor para dispensa de precatórios, todavia, deve-se atentar ao que dispõe o art. 100, § 4º que diz que as Fazendas fixarão as obrigações de pequeno valor “segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social”, diz Theodoro Júnior (2009, p. 374) que “com isso, evita-se a estipulação de pisos irrisórios que poderiam tornar ilusória a tutela das dívidas de pequeno valor fora do regime dos precatórios.”

Então se os Estados e Municípios optarem por editarem uma legislação específica para os pequenos valores o §4º deve ser obedecido.

Existe ainda a possibilidade de o credor desistir de parte de seu crédito para que se enquadre nos valores considerados de pequeno valor e assim receba em menor tempo. Neste sentido Wambier; Talamini (2012, p. 581) acrescentam:

Tanto a Constituição quanto a lei 10.259/2001 (art. 17, §3º) proíbem o fracionamento do valor executado de modo que uma parte, no limite do “pequeno valor”, fosse paga diretamente sem precatório e o restante se submetesse ao regime de precatórios (CF, art. 100, §8º e art. 87, parágrafo único do ADCT). Quando o valor da execução for superior ao montante estabelecido como “pequeno valor”, ou a parte renuncia ao excedente, para assim poder valer-se da dispensa do precatório, ou submete integralmente o crédito ao regime dos precatórios (Lei 10.259/2001, art. 17, §4º e CF, art. 87, parágrafo único do ADCT).

O que se verifica é que será dispensado o precatório já que o credor renunciou de parte do valor devido, porém, a legislação não permite que esse valor seja dividido parte em precatório e parte em pequeno valor ou que posteriormente seja complementado.

4.4.3 Seqüestro

O instituto do precatório foi criado para que o pagamento das dívidas pelas Fazendas Públicas siga um procedimento igual para todos os credores e ainda, forneça uma estimativa

de prazo para recebimento de seus créditos. Todavia, o art. 731 do CPC traz a hipótese do seqüestro caso o credor for preterido em seu direito de preferência.

Explicam Marinoni; Arenhart (2008, p. 413):

Eventual burla à ordem dos precatórios confere ao sujeito preterido o direito ao seqüestro da quantia necessária para a satisfação do seu crédito, este seqüestro – que não pode ser determinado de ofício, mas apenas a requerimento do credor preterido – será determinado pelo presidente do Tribunal que encaminhou o precatório e terá por finalidade tomar valor suficiente para o pagamento do crédito preterido [...]

Outra possibilidade de realizar o seqüestro está contida na parte final do § 6º, art. 100 CF, quando o ente público não insere o valor devido em seu orçamento:

A Emenda Constitucional nº 62/2009 transportou a previsão contida no então parágrafo 2º para o atual parágrafo 6º do art. 100 da Constituição Federal, incluindo, ao lado da preterição da ordem cronológica de inscrição, a não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito, como causa para o requerimento - e seu conseqüente deferimento - do seqüestro da correspondente verba pública, necessária e suficiente ao pagamento do crédito inscrito no precatório.

É possível, portanto, que haja o seqüestro, não somente para o caso de preterição da ordem cronológica, mas também para a falta de alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do crédito exequendo. (CUNHA, 2011, p. 328)

Dessa forma, quando o precatório de algum credor for quitado antes de um precatório que já estava inscrito há mais tempo ou se a Fazenda Pública deixar de incluir em seu orçamento um valor já requisitado, o titular do direito pode requerer ao presidente do Tribunal o seqüestro da verba necessária para ter seu direito satisfeito.

O seqüestro dessa verba necessária, de acordo com o § 6º do art. 100 da CF e com o que entende Neves (2011, p. 1087), será retirado dos valores consignados no Poder Judiciário referente às dotações orçamentárias e os créditos abertos. Assim, com o seqüestro desses valores o credor preterido terá seu precatório pago.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A execução no processo civil é utilizada quando reconhecido o direito do exequente e o executado recusa-se a adimplir a obrigação espontaneamente, sendo que a Lei n. 12.232/2005 trouxe significativas mudanças no procedimento para a execução, pois o processo será único (sincrético) não tendo seu término com a sentença quando depender do cumprimento da sentença para a satisfação da obrigação, mas sim duas fases, a de conhecimento e a de execução, para cumprir a sentença proferida pelo juiz.

Já a execução contra a Fazenda Pública não sofreu alterações com a Lei 12.232/2005, continuando a ser realizada por processo autônomo, devendo o credor ingressar com nova petição, requerendo a citação da Fazenda, isso se deve, porque o Poder Público age em nome de toda a sociedade, assim possui prerrogativas quando atua em juízo, tendo ainda a garantia constitucional de impenhorabilidade de seus bens.

Neste sentido, a execução para os particulares e contra os entes públicos observa os mesmos requisitos e procedimentos até a fase de penhora e avaliação de bens, pois o pagamento de quantia devida pela Fazenda Pública será realizado por meio de precatório e não de expropriação de bens, forma típica de satisfação da execução.

Ao final do processo de conhecimento, com a sentença do juiz reconhecendo uma obrigação de pagar quantia certa, o credor será titular de um título executivo. Sendo esse título certo, líquido e exigível, inicia-se a contagem do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J do CPC para o cumprimento voluntário da obrigação por parte do devedor.

Para esse pagamento voluntário o devedor é intimado por meio de seu advogado para que o prazo para pagamento da quantia comece a correr sem equívocos, pois permanecendo inadimplente será aplicada multa de 10% sobre a quantia devida.

Transcorrido esse prazo de 15 dias sem que haja a quitação da dívida e de posse do título, o credor pode requerer o início da fase de execução para ter satisfeito seu direito. Para isso, será expedido o mandado de penhora e avaliação, que tem o objetivo de relacionar os bens do patrimônio do devedor, para posterior expropriação, que será convertido em quantia em dinheiro que possa pagar a totalidade de sua dívida.

Já quando o credor é titular de um título executivo judicial em que a Fazenda Pública é a devedora, essa intimação para pagamento voluntário no prazo de 15 dias não é aplicável, pois a execução em face do Poder Público é regulada pelos arts. 730 e 731 CPC, não se

realizando avaliação e penhora de seus bens, pois de acordo com o art. 100 da Constituição Federal as dívidas da Fazenda são pagas por meio de precatório.

Tanto os particulares como os entes públicos podem se defender da execução. No caso dos particulares, o devedor será intimado, após a penhora, pois o juízo já estará garantido, para querendo apresentar impugnação alegando uma das matérias previstas no art. 475-L do CPC. Pode ainda se defender, sem garantia do juízo, por exceção ou objeção de pré-executividade quando a matéria for de ordem pública e o juiz deveria conhecer de ofício e não faz.

No caso da Fazenda Pública a execução é um novo processo, portanto, seu representante deverá ser citado para que tome conhecimento e possa apresentar defesa no prazo de 30 dias, por meio de embargos à execução, que versarão sobre as matérias previstas no art. 741 do CPC, que se assemelham àquelas do art. 475-L.

Após o prazo para impugnar a execução, se não for apresentada ou sendo julgada improcedente, os bens do executado que foram penhorados serão expropriados, de acordo com a ordem de preferência contida no art. 647 do CPC, podendo ser adjudicado, alienado de forma particular ou em hasta pública ou ainda requerer o usufruto desse bem e ao final o exequente levantará o dinheiro obtido com a expropriação, satisfazendo a execução.

Da mesma forma, decorrido o prazo para a Fazenda Pública opor embargos se ela não apresentá-los ou se forem julgados improcedentes, o exequente receberá a quantia a qual tem direito, todavia, deverá requerer ao juízo da execução que requisite ao Tribunal o pagamento do valor.

Com essa requisição de pagamento expedida pelo presidente do Tribunal, a Fazenda incluirá o valor do precatório no orçamento. Quando requisitado até o dia 1º de julho deverá ser pago até o final do ano seguinte.

Os precatórios são pagos pela ordem de apresentação, contudo, os créditos alimentares têm preferência, sendo primeiramente pagos os precatórios alimentares dos credores com mais de 60 anos ou doentes graves, após, os dos outros credores alimentícios e então serão pagas as demais dívidas, sempre obedecendo à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Tem-se ainda a hipótese de dispensa do precatório, nos casos em que a obrigação contida na sentença judicial for considerada de pequeno valor, conforme § 3º do art. 100 da CF.

Caso algum credor seja preterido na ordem cronológica ou a Fazenda Pública deixar de incluir no orçamento um valor já requisitado, esse credor poderá se valer do seqüestro e a

verba necessária será retirada dos valores consignados no Poder Judiciário, tendo assim seu direito satisfeito.

Do exposto, conclui-se que apesar das inovações que ocorreram transformando o processo de execução em fase do processo, essas alterações não afetaram a execução contra o Poder Público, que goza da garantia constitucional de impenhorabilidade de seus bens, e, apesar da decisão do processo de conhecimento já ter passado pelo duplo grau de jurisdição, tornando inequívoco o título executivo judicial, a Fazenda deve ser citada do início do processo de execução, para que mais uma vez possa apresentar defesa, uma vez que age em prol da coletividade, além de suas dívidas serem adimplidas por precatório, que é um instituto constitucional que proporciona ao ente público programar seu orçamento para garantir os pagamentos, de acordo com a ordem cronológica de sua apresentação.

REFERÊNCIAS

ALAGASSO, Clarice. **Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo e o Princípio da Isonomia**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 31 mai. 2014.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. Embargos à Execução contra a Fazenda Pública: ausência de efeito suspensivo e imediata expedição do precatório. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 47, out/dez 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1310/1297>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

BRAGA, Caroline Duarte. **Execução Contra a Fazenda Pública: Sistemática do Precatório**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 940274/MS. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 07 de abril de 2010. Publicado no **DJE** de 31/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1116951SC2009/0106511-8. Agravante: Rossi Organização Empresarial Contabilidade e Representações Ltda. Agravado: Soinsa Souza Comércio e Representação Ltda e outro. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília: 06 de fevereiro de 2014.

Publicado no **DJE** de 24/02/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24970731/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1116951-sc-2009-0106511-8-stj>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1079310SP2008/0172222-8. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Rolamentos Fag Ltda. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 11 de novembro de 2008. Publicado no **DJE** de 17/11/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2056721/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1079310-sp-2008-0172222-8/inteiro-teor-12231931>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 651547AL2004/0047656-8. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 06 de outubro de 2005. Publicado no **DJ** de 14/11/2005 p. 382. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7185453/recurso-especial-resp-651547-al-2004-0047656-8-stj>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 20120111397649DF0038628-69.2012.8.07.0001. Apelante: Locamat Locadora de Andaimos Ltda. Apelado: Construtora R e S Ltda. Relator: Alfeu Machado. Brasília, 03 de julho 2013. Publicado no **DJE** de 09/07/2013, p. 78. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23665377/apelacao-civel-apc-20120111397649-df-0038628-6920128070001-tjdf>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 197455/SP. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no **DJ** de 04/12/2006. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/decisao.wsp?tmp.numprocesso=2008203209>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2011.

CUNHA, Sérgio Servula da. **Dicionário compacto do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1

DINAMARCO, Tassus. Da execução contra a Fazenda Pública: Aspectos gerais de uma execução ainda controvertida. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [S.l.: S.n, s.d.]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/DA%20EXECUCO%C3%87%C3%83O%20CONTRA%20A%20FAZENDA%20P%C3%9ABLICA%20-%20Tassus%20Dinamarca.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

GALEOTE, Murilo. **Da execução contra a Fazenda Pública**. O parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil e a relativização da coisa julgada. Jus Navigandi: Teresina, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12276>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Processo de Execução e Cautelar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. **Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública**. 2006. 109 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/WantuilLuizCandidoHolz.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

MAGALHÃES. Geane Lopes. **Execução contra a Fazenda Pública**. 2003. 40 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.avm.edu.br/monopdf/37/GEANE%20LOPES%20MAGALH%C3%83ES.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de Execução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

PARAHYBA, Ana Cristina de Paula Cavalcante; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública e os Princípios Fundamentais do Processo**. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/brasilia/integra.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **A Ordem Constitucional e as Prerrogativas Processuais Da Fazenda Pública**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, 2007. v. 23.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo: Introdução ao Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. **PGE promove alteração nas Rotinas do Contencioso Geral**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia2.aspx?id=3145>>. Acesso em: 09 mai. 2014

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. **Precatórios**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.fazenda.sp.gov.br/contas/precatorios/>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOLVENTE. In: iDicionário Aulete. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br/solvente>>. Acesso em: 09 mai. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2