

A Natural Inferioridade do Devedor no Processo de Execução

NAGIB SLAIBI FILHO

Juiz de Direito - TJRJ

*Professor da EMERJ e da Universidade Salgado de
Oliveira*

No processo de execução, independentemente de seu fundamento (título judicial ou extrajudicial), pretende-se uma atividade estatal no sentido de satisfazer o alegado direito do credor, desde que este demonstre inicialmente o fundamento jurídico (ou título) judicial ou extrajudicial e incida o fundamento fático, que é a mora do devedor.

É o que está no art. 614 do Código de Processo Civil, cumprindo ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial com:

- o título executivo, dispensado de exibí-lo se a execução se fundar em sentença;

- o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, em se tratando de execução por quantia certa; e

- a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo, no caso do art. 572 da lei processual, ou de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, como estipula o disposto no art. 615, IV.

Em se tratando de obrigação decorrente de contrato, e porque é impossível ao credor demonstrar que o devedor não pagou, cabe a este, se e quando oferecer defesa na execução, provar que pagou ou o fato extintivo de sua obrigação, em face da presunção que decorre do disposto do princípio geral que se extrai dos arts. 939 e 940 do Código Civil.

Há, assim, uma presunção *hominis* quanto à veracidade do título em execução, ao menos no momento inicial de cognição judicial.

Daí também decorre o tratamento diferenciado entre as partes - credor e devedor - na relação processual de execução, o que, em absoluto, não significa violação do devido processo de lei, como garantia constitucional para qualquer processo judicial ou administrativo (art. 5º, LIV).

Aliás, diz o art. 612, do Código de Processo Civil, que a execução é feita no interesse do credor, e, no art. 569, de que o credor pode desistir, no todo ou em parte, da execução, independentemente da concordância do devedor.

É inerente ao processo de execução a supremacia jurídica do credor sobre o devedor, não se podendo imputar vulneradores ao princípio do processo justo exigido pela Constituição provimentos judiciais como os que *a)* em execução por título extrajudicial de quantia certa contra devedor solvente, determina a realização de penhora; *b)* manda arrestar os bens do devedor se este não for inicialmente encontrado para a citação; e *c)* ordena a venda do bem penhorado em hasta pública, na oportunidade processual adequada.

Tais atos constrictivos, aqui trazidos como exemplos, avançando no patrimônio do devedor, compõem o procedimento previsto em lei para satisfazer o interesse do credor.

De regra, os embargos, como ação incidental autônoma - constituem a forma processual adequada para a defesa no processo de execução, pelo devedor ou por quem tenha a sua situação jurídica alcançada pelos atos judiciais de constrição.

A criatividade dos advogados, com o incentivo dos tribunais superiores, instituiu a denominada “exceção de pré-executividade do título”, em que se busca, antes do oferecimento de embargos, cognição judicial que se restringe a exame sumário dos requisitos legais para a execução, matérias que o julgador deveria ter considerado *ex officio*, tanto antes de proferir o despacho liminar positivo como em momento ulterior.

Ressalte-se o caráter sumário e restrito da exceção de pré-executividade, em que descabe dilação probatória que não seja aquela similar ao da ação de mandado de segurança, limitando a cognição judicial, devendo o juiz, se insuficiente a demonstração do alegado, determinar o prosseguimento da execução, remetendo as questões para a sede natural de defesa da execução, que é a ação de embargos.

Ainda assim, pode-se proclamar que basta para o início da execução a demonstração da liquidez, certeza e exigibilidade do título judicial ou extrajudicial, este, nos termos do art. 585 do Código de Processo Civil, podendo oferecer variada gama de fundamentos, e aquele a exigir a congruência entre a condenação e a execução, como se extrai do disposto no art. 741 do mesmo estatuto.

Assevera Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o inciso LV do art. 5º a Constituição Federal, que a igualdade entre autor e réu não pode ser absoluta, porque autor e réu são coisas diferentes (Comentários à Constituição do Brasil, p. 267, 2º vol.), este último submetido ao direito potestativo consubstanciado no exercício da ação e, assim, em estado de sujeição.

Celso Agrícola Barbi, cujo passamento, ocorrido em 28 de março de 1996, todos nós lastimamos, aborda a questão da igualdade das partes no processo:

“A doutrina clássica destaca quatro princípios informativos do processo, entre os quais o denominado princípio jurídico segundo o qual as partes devem ter tratamento igual.

O mandamento dirige-se em primeiro lugar ao legislador, para que elabore as leis processuais de modo a fixar esta igualdade.

Mas dirige-se, em segundo lugar, ao juiz, para que ele, na parte em que tem arbítrio, procure assegurar às partes igualdade de tratamento. No exercício desse poder, no entanto, não pode o juiz pretender igualar a situação das partes quando a própria lei lhes deu tratamento diversos. Por isto, não pode o juiz pretender aumentar, verbis gratia, o prazo para o particular, a fim de colocá-lo em igualdade com a Fazenda a quem a lei de modo expresso deu situação melhor, quer para contestar, quer para recorrer.” (Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Editora Forense, v. I, 2ª ed., p. 514, verbete 679).

Não há, assim, como se pretender, ainda para amoldar o procedimento instituído por lei ao critério subjetivo de algum intérprete quanto ao tratamento isonômico, de se fazer com que o devedor seja tratado da mesma forma que o credor.

Em processo de execução, é imanente a desigualdade de tratamento entre credor e devedor, pois aquele ostenta, sobre esse, a superioridade jurídica decorrente da superioridade econômica de lhe poder exigir uma conduta determinada.

O procedimento da execução corresponde à atuação necessária da função jurisdicional para satisfazer o crédito.

Comentando sobre a atuação da lei em prol do autor, Giuseppe Chiovenda conceitua a execução processual:

“... a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação; e conhece-se por execução o complexo dos atos coor-

denados a esse objetivo.” (Giuseppe Chiovenda, Instituições de processo civil, v. I, p. 399).

Através do processo de execução, a função jurisdicional do Estado substitui os atos negados pelo devedor, o qual se recusou, no plano material, a satisfazer o crédito.

Como o devedor não atuou praticamente para a satisfação do crédito, extinguindo-o com o pagamento ou outras formas possíveis (pagamento, novação, transação etc) o credor se socorre da Justiça para obter a atuação necessária para se satisfazer.

“É preciso, em tudo isso, não se esquecer que o processo tem por fim obter a realização do direito, de jeito que o direito material é que se “satisfaça” com a execução. Se se executa forçadamente, é porque o direito material supõe que se execute obrigação. Como se há de chegar até aí, se não há execução voluntária, depende do direito pré-processual, ou do direito processual, conforme se trate de regra jurídica quanto a pretensão à tutela jurídica, ou de regra jurídica sobre o exercício daquela pretensão e a relação jurídica que se forma com ele.

...

Quem deve e é obrigado tem de pagar (executar voluntariamente). Se não paga, ou há a execução pelo próprio credor que, de regra, é, hoje, proibida, ou a execução forçada, que é feita pela justiça estatal, sucedânea da justiça de mão própria. A pretensão e a ação executivas existem já no direito material, mas o modo de proceder-se depende do regramento pelo direito pré-processual e pelo direito processual. Por isso, a ação executiva, a actio pode preceder à própria criação do título extrajudicial ou judicial executivo, como se a dívida ainda não foi documentada, ou incorporada em título que baste ao adiantamento da execução.” (Pontes de Miranda, Tratado das Ações, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, tomo VII, pp. 97/99)

O conteúdo do crédito é que informa o procedimento pelo qual o Estado vai substituir a atividade denegada pelo devedor com o objetivo de satisfazer a obrigação.

Por isso é que existem diversas modalidades de execução.

Não se executa, ainda que na modalidade de execução em quantia certa, de modo sempre uniforme.

Por exemplo, sendo o devedor pessoa privada, com patrimônio suficiente, será utilizada a via procedimental da execução de quantia certa

contra devedor solvente; se, pessoa privada, e sem patrimônio suficiente, utilizar-se-á o procedimento da insolvência, mas, se for comerciante, haverá o procedimento especial da falência, ou, se for instituição financeira, o procedimento de liquidação extrajudicial previsto na Lei 6.024, de 13 de março de 1974; em se tratando de devedor de alimentos, há procedimentos especiais tanto no Código de Processo Civil como na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968; na execução de quantia certa em face da Fazenda Pública será utilizado o procedimento do art. 730 e seguintes, do Código de Processo Civil; na execução fiscal adota-se procedimento da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980; na execução em face de mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, o procedimento da Lei 5.741, de 1º de dezembro de 1971 etc.

Note-se que mesmo no processo de conhecimento o procedimento corresponde ao modo que a ordem jurídica considera mais eficiente para a cognição da causa (como, por exemplo, o procedimento da ação de anulação de títulos ao portador, ou o rito da ação de consignação em pagamento).

Ninguém ousaria proclamar vulneradores da garantia da jurisdição ampla, assegurada no art. 5º, XXXV, da Constituição, o rito da ação de consignação em pagamento, exigindo o depósito premonitório como requisito de desenvolvimento válido e regular do processo, ou o procedimento falimentar ou, até mesmo, os prazos prescricionais ou decadenciais previstos no Código Civil, no seus arts. 177 e 178.

O processo da execução adapta-se ao crédito que se busca satisfazer, tanto quanto possível e razoável.

Veja-se, por exemplo, o processo falimentar que só incide sobre o comerciante impontual e o que se busca, aí, não é favorecer ou discriminar o comerciante, mas proteger o denominado “crédito público”, ensejando que a satisfação do crédito em proporção, possível de ser suportada pelo patrimônio expropriado, para a satisfação, ainda que parcial, dos créditos.

A diversidade dos procedimentos corresponde à diversidade das situações que a vida humana pode oferecer em sociedade diferenciada, complexa e cada vez mais sofisticada no relacionamento que se exige de todos os indivíduos na busca dos bens necessários à sua existência e ao seu desenvolvimento.

Não adianta irrogar ao legislador a responsabilidade de não ter elaborado leis que possam solucionar todos os conflitos de interesse.

O legislador, ao elaborar as leis, está naturalmente limitado pela generalidade e abstração que caracteriza os atos de sua função precípua.

Ao juiz, na sua atividade concreta e individual, cabe dirigir o processo, fazendo valer a norma genérica e abstrata, velando pela rápida solução dos litígios (CPC, arts. 125 e 598), na execução buscando satisfazer o interesse do credor (art. 612) da forma menos gravosa para o devedor (art. 620).

A diversidade social, por si só, legitima o tratamento diferenciado dos indivíduos, em todo e qualquer processo judicial, mormente no processo da execução. ◆