

Eduardo de Avelar Lamy

APROVEITAMENTO DE MEIOS NO PROCESSO CIVIL

PREFÁCIO

Teresa Arruda Alvim

2ª
Edição

revista
atualizada
ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 6

AS DEMAIS HIPÓTESES DE DÚVIDA OBJETIVA POSITIVA E AS HIPÓTESES DE DÚVIDA OBJETIVA NEGATIVA

6.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste capítulo, analisaremos outras hipóteses atuais e relevantes de dúvida objetiva positiva, a dúvida objetiva propriamente dita. Depois, trataremos da fungibilidade entre meios coercitivos como demonstração da congruência entre o pedido mediato e o respectivo provimento judicial na execução indireta de fazer e de dar.

Ao final, analisaremos as hipóteses de dúvida objetiva negativa: as dúvidas causadas pelas inovações na legislação processual, bem como as respectivas questões de direito processual intertemporal; as situações de “leading case” processual e algumas hipóteses de decisões a que se atribuem designações que, na realidade, dizem respeito a outras decisões.

6.2. FUNGIBILIDADE ENTRE EMBARGOS DE TERCEIRO FUNDADOS NA POSSE E OPOSIÇÃO FUNDADA NA POSSE: DÚVIDA OBJETIVA CAUSADA PELO FATO DE A OPOSIÇÃO TER SE TRANSFORMADO EM UMA AÇÃO E AMBAS AS AÇÕES SEREM FUNDADAS NA POSSE DO TERCEIRO

O procedimento especial de embargos de terceiro, quando preventivo, visa declarar o direito à não constrição de determinados bens ou direitos ou processo de conhecimento ou de execução. Quando repressivos, os embargos de terceiro visam a desconstituição

de constrição já efetuada sobre bens ou sobre direitos, em processo de conhecimento ou de execução.

Por sua vez, a ação de oposição visa declarar em favor do seu autor a titularidade de um direito sobre o qual o autor e o réu de outra demanda anterior, os quais se tornam réus da ação de oposição, já estão litigando.

No CPC de 1973 a oposição constituía uma forma de intervenção de terceiros, mas na sistemática do CPC de 2015 ela se transformou em uma ação autônoma, proposta por um terceiro em face das partes originárias, visando ter reconhecido para si exatamente o mesmo direito que as partes estão a disputar.

Assim, em princípio as ações de embargos de terceiro e de oposição são distintas e possuem objetivos distintos. Entretanto, na sistemática do CPC de 2015, quando ambas estão a se fundar no direito de posse desse terceiro em face daquilo que está sendo discutido noutra ação, a escolha dos embargos ou da oposição como meio adequado tem dividido a jurisprudência brasileira nestes primeiros anos de vigência do CPC.

Desse modo, a dúvida objetiva que justifica a aplicação do princípio da fungibilidade na hipótese é causada pelo fato de a oposição ter se transformado em uma ação e ambas as ações serem fundadas na posse do terceiro.

Desta forma, para a finalidade de proteger a posse do terceiro em ação da qual ele, portanto, não é parte, em face da divergência, torna-se importante reconhecer a hipótese de aplicação do princípio da fungibilidade, seja como aproveitamento, sejam como conversão, a fim de que tanto em um caso quanto no outro o direito material – a posse do terceiro – possa ser tutelada.

6.3. FUNGIBILIDADE ENTRE OS PROCEDIMENTOS DE MEDIDA CAUTELAR ANTECEDENTE E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PARA REQUERER A EXIBIÇÃO ANTECEDENTE DE DOCUMENTOS

A exibição incidental veio regulada nos artigos 396 a 404 no capítulo do CPC que trata das provas. Quanto a ela, não parece

haver maiores dificuldades. No entanto, não há previsão expressa quanto ao procedimento ou técnica a ser adotada para exibição em caráter antecedente.

Isso porque o CPC de 2015 extinguiu as ações cautelares autônomas e, por conseguinte, o procedimento previsto nos artigos 844 e 845 do CPC 73, qual seja, a medida cautelar de exibição, não havendo mais previsão para a cautelar de exibição no formato antecedente.

O tema é controverso. Por isso, acredita-se que, no caso da exibição de documentos em caráter antecedente, é possível a aplicação da fungibilidade enquanto regra expressamente prevista no artigo 305, para a dúvida entre o emprego da tutela provisória satisfativa ou a cautelar quando se fizer uso do procedimento comum, mas também, da fungibilidade enquanto princípio, para quando houver incerteza quanto a aplicação da produção antecipada de provas.

Poder-se-ia afirmar que a exibição de documentos em caráter antecedente pode ser requerida através do procedimento comum, analisando-se a liminar como pedido de antecipação da tutela, tendo em vista o caráter satisfativo da exibição.

No entanto, já se entendeu também que o ajuizamento de ação autônoma pelo procedimento comum, teria o mesmo objetivo que a extinta ação cautelar de exibição de documentos e, portanto, seria incabível.¹

Há ainda quem entenda cabível a utilização da técnica cautelar em caráter antecedente, inovação prevista nos artigos 305 a 310 do CPC 2015, que pressupões a existência de duas fases processuais. Na primeira, debatem-se as questões atinentes à tutela provisória. Na segunda, discute-se o mérito da pretensão principal. Efetivada

1. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER -EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – Sentença que julgou procedente a ação – Pretensão da ré de reforma da r. sentença. ADMISSIBILIDADE: Em que pese a autora ter dado à ação o nome de obrigação de fazer, verifica-se dos autos que na realidade trata-se de ação cautelar de exibição de documento. A ação proposta é inadequada e não mais prevista em lei, inexistindo, portanto, os pressupostos processuais para o seu prosseguimento válido, previstos no art. 485, VI do novo CPC. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apelação n. 1041857-60.2016.8.26.0224, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. 7.11.2017).

a cautelar, o pedido principal tem que ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias.²

Posicionamento adotado com mais frequência é o que entende que a produção antecipada de provas, prevista nos artigos 381 a 383 do CPC de 2015, é a forma mais acertada para requerer a exibição de documentos em caráter antecedente, quando não há urgência.

Diante da ampliação das hipóteses de cabimento da produção antecipada (CPC, art. 381), parte da jurisprudência vem decidindo pela utilização da medida para a exibição de documentos antecedente.³ Esse foi o entendimento manifestado no enunciado 129 do Conselho da Justiça Federal (2018) que afirma que: “É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC”.

Deve-se lembrar, da mesma forma, que a exigência do prévio requerimento administrativo dos documentos, fixada pelo Superior

2. RECURSO DE APELAÇÃO EM TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. ADMINISTRATIVO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. O particular demonstrou que não conseguiu a exibição extrajudicial dos documentos com informações relacionadas ao envio de notificação de multa. Exibição que se faz necessária. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido (TJSP; Apelação Cível 1007338-53.2017.8.26.0344; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/10/2018; Data de Registro: 10/10/2018.

Apelação – Exibição de documentos envolvendo contrato de participação financeira e “radiografia” da TELEFÔNICA – Indeferimento da petição inicial – Inconformismo – Rejeição da preliminar de não conhecimento do recurso - Demanda proposta como “tutela cautelar antecedente de exibição de documentos”, entendendo o juízo que se tratou de tentativa de substituir procedimento já extinto pelo NCPC - Caso em que o propósito da parte autora é o de ter acesso aos documentos necessários para a prova da existência do direito - Cabimento da providência – Inadmissibilidade da extinção [...] (TJSP, Apelação n. 1006794-12.2016.8.26.0664; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga - 1ª Vara Cível; Relator (a): Enio Zuliani, 04/02/2019).

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA SEGUIR O PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. DESOBEDIÊNCIA. SENTENÇA DE INDEFERIMENTO. APELO DO AUTOR. INTERESSE E ADEQUAÇÃO VERIFICADOS. DESNECESSIDADE DE PROPOSITURA DA DEMANDA PRINCIPAL PARA OBTER A EXIBIÇÃO. RECURSO PROVIDO. “O novo Código de Processo Civil extinguiu o procedimento das cautelares, por isso em havendo necessidade de exibição de documentos, sem que haja processo principal, a pretensão deve mesmo ser deduzida por meio de produção antecipada de provas, regulada pelos arts. 381 e seguintes do NCPC” (AI n. 4027978-45.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 5-2-2019). (TJSC, Apelação Cível n. 0902378-79.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-07-2019).

Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo n. 1.349.453/MS para as extintas ações cautelares de exibição, permanece para as produções antecipadas de prova.⁴

Embora não o tenha feito de forma expressa, há julgado, inclusive, que aproveitou o meio processual escolhida na hipótese, ainda que acreditasse que a medida acertada deveria ser outra.⁵

4. APELAÇÃO CÍVEL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PARA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO BANCO RÉU. PRELIMINAR. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO REALIZADO EM PRAZO EXÍGUO DE 7 (SETE) DIAS ENTRE A ENTREGA DA NOTIFICAÇÃO E A DATA DO AJUIZAMENTO DESTA AÇÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA DA AÇÃO. ENTENDIMENTO DESTA E. CÂMARA. TESE BASEADA EM RECURSO REPETITIVO Nº 1349453/MS. PRELIMINAR ACOLHIDA. PREJUDICADA A ANÁLISE DAS DEMAIS TESES. SENTENÇA REFORMADA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ARTIGO 485, INCISO VI, DO CPC). INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. O STJ fixou, conforme julgado no Recurso Especial Repetitivo de Controvérsia n. 1.349.453/MS, a seguinte tese: “A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária” (STJ, REsp n. 1.349.453/MS, Segunda Seção, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Dje de 2-2-2015). Recurso conhecido e provido. (TJSC, Apelação Cível n. 0302649-49.2018.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 29-08-2019).
5. APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. TOGADO A QUO QUE ACOLHE A PRETENSÃO VERTIDA NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO. DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM CARTÓRIO EM 9-8-17. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS N. 2, 3 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE DEFERE A TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. ATO QUE DESAFIA AGRAVO DE INSTRUMENTO, NOS TERMOS DO ART. 1.015, INCISO I, DO CPC. CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. MAGISTRADO A QUO QUE INDUZIU O RECORRENTE EM ERRO AO PROLATAR DECISUM REVESTIDO DAS FORMALIDADES PRÓPRIAS DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. IMPERATIVO RECEBIMENTO DO RECURSO COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VERBERADA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DA INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. INACOLHIMENTO. AUTOR QUE CUMPRE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O REQUERIMENTO DA TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE, ESCULPIDOS NO ART. 305 DO CPC/2015, QUAIS SEJAM (A) A INDICAÇÃO DA PRETENSÃO PRINCIPAL E SEU FUNDAMENTO, BEM COMO (B) A EXPOSIÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E (C) DO PERIGO DE DANO OU O RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. PREVISÃO DA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS QUE NÃO OBSTA A PREDILEÇÃO DO AUTOR AO PROCEDIMENTO EM DESTAQUE. VERIFICADA AUSÊNCIA INTERESSE PROCESSUAL EM

Previstos os requisitos legais, a Câmara entendeu que não se poderia responsabilizar a parte não fez uso da via correta para obter a documentação, ainda que o demandante pudesse ter optado pela produção antecipada de provas para obter os mesmos documentos.⁶

Não tendo a lei definido expressamente um único caminho possível para a exibição de documentos em caráter antecedente, não há se falar em erro; se há dois ou mais meios para o mesmo fim no âmbito do processo, não é razoável transferir à parte o ônus da obscuridade do sistema.

6.4. A DISCUSSÃO ENTRE AGRAVO INTERNO E MANDADO DE SEGURANÇA PARA A IMPUGNAÇÃO DAS LIMINA-

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO BANCÁRIO. POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP N. 1.349.453/MS, EM JULGAMENTO DE CARÁTER REPETITIVO, NO SENTIDO DE CONDICIONAR A PROPOSITURA DA DEMANDA CAUTELAR EXIBITÓRIA À DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES, À COMPROVAÇÃO DE PRÉVIO PEDIDO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NÃO ATENDIDO EM PRAZO RAZOÁVEL, E AO PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. CASO CONCRETO. DEMANDANTE QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM POSITIVAR QUE FORMULOU SOLICITAÇÃO ADMINISTRATIVA AO BANCO PARA OBTER A DOCUMENTAÇÃO PRETENDIDA. PRETENSÃO RESISTIDA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR PATENTEADO. SENTENÇA REFORMADA. EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC/2015. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE INTEGRALMENTE ATRIBUÍDA AO AUTOR, NOS TERMOS DOS ARTS. 82, § 3º E 85, AMBOS DO CÓDIGO FUX. VERBA ADVOCATÍCIA. FIXAÇÃO CONFORME OS DITAMES DOS §§ 2º E 8º DO ART. 85 DO NOVO CÂNONE PROCESSUAL CIVIL. IMPERATIVA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAS E ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO. DEMANDANTE QUE LITIGA SOB O PÁLIO DA JUSTIÇA GRATUITA. INTELIGÊNCIA DO ART. 98, § 3º, DO CPC/2015 E DA LEI 1.060/50. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA “CORTE DA CIDADANIA”. REBELDIA PROVIDA EM PARTE. (TJSC, Apelação Cível n. 0302730-40.2016.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 30-01-2018).

6. Como se vê, a peça inaugural está de acordo com os balizamentos do art. 305 do CPC/2015, de maneira que não se pode reputar que o Demandante utilizou de via inadequada para obter a documentação bancária. De mais a mais, ainda que o Requerente pudesse ter optado pela ação de produção antecipada de provas, não há óbice ao acolhimento da predileção pelo procedimento da tutela requerida em caráter antecedente quando verificada as condições necessárias. Dessarte, tendo vista que a via eleita se mostra adequada, não há se falar em ausência de interesse de agir. (TJSC, Ap. Cível n. 0302730-40.2016.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. José C. C. Köhler – corpo do acórdão).). Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 30-01-2018).

RES EM AGRAVO DE INSTRUMENTO NO PERÍODO DA PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19: A AUSÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA ENTRE AGRAVO INTERNO E MANDADO DE SEGURANÇA PARA A IMPUGNAÇÃO DAS LIMINARES EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

A dúvida objetiva entre o cabimento de agravo interno e Mandado de Segurança para a impugnação das liminares em Agravo de Instrumento decorre da polêmica que envolve a recorribilidade das decisões proferidas pelo relator, especialmente nas liminares em agravo de instrumento, após o advento da pandemia do COVID-19.

A decisão monocrática liminar proferida em agravos de instrumento possui como recurso cabível o agravo interno, a teor do art. 1021 do CPC de 2015. Em princípio, seria erro grosseiro utilizar o Mandado de Segurança para impugná-la.

Entretanto, após o advento da pandemia do COVID-19, algumas decisões passaram a admitir o Mandado de Segurança para impugná-la pelo fato de o relator do agravo interno ser o mesmo que decidiu a liminar do agravo de instrumento, e por que o rito do Mandado de Segurança é mais célere. O objetivo foi o de justificar um novo entendimento para um momento excepcional.

Dessa forma, muito embora todo o sistema jurídico precise identificar as mudanças apenas temporárias e diferenciá-las dos efeitos mais longevos eventualmente decorrentes da pandemia do COVID-19, parece-nos que a aceitação do Mandado de Segurança para a impugnação de uma decisão em face da qual o sistema já prevê um recurso (CPC, art. 1021) não merece e não irá prosperar, motivo pelo qual não há que se falar em dúvida objetiva nem em aplicação do princípio da fungibilidade na espécie.

6.5. FUNGIBILIDADE ENTRE IMPUGNAÇÃO DO DEVEDOR, EMBARGOS À EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E EMBARGOS DE TERCEIRO COMO MEIOS DE DEFESA DOS BENS DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DO EXECUTADO

Segundo o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, exceto quanto aos bens impenhoráveis, o executado responde

com todo o seu patrimônio, tanto presente quanto futuro, para com o cumprimento das obrigações assumidas (CPC, art. 789).

No entanto, o cônjuge ou companheiro do executado, seja na execução por título extrajudicial, seja no cumprimento da sentença judicial, necessitam ser intimados, sob pena de nulidade dos demais atos praticados no processo, quando a penhora recair sobre bens imóveis (CPC, art. 842).

O objetivo é compatibilizar a norma processual com a norma material, que exige a autorização do cônjuge na alienação voluntária de bens imóveis (CC, art. 1.647), autorização essa que só não é exigida no regime de separação absoluta de bens (CC, art. 1.687) e no regime de comunhão final nos bens aqüestos, desde que estes sejam particulares e haja cláusula específica no acordo antenupcial (CC, art. 1656).

Sendo esse o escopo da lei, pensamos que o sistema admite que o cônjuge ou companheiro do executado, mesmo nas exceções em que não existe necessidade de autorização (CC, arts. 1687 e 1656), poderá ser intimado sem ter titularidade de direitos sobre os bens imóveis penhorados, caso em que não se tornará parte do processo de execução; nada é pedido por ele ou em face dele no feito executivo.

Cremos, portanto, que o cônjuge deverá ser considerado como parte do processo de execução apenas se constar como obrigado no título executivo. Nesse sentido, inclusive, VICENTE GRECO FILHO⁷ e PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON⁸ afirmam que o cônjuge figura, na realidade, como um terceiro juridicamente interessado no processo de execução, sendo cientificado da penhora para que possa remir bens ou, via de regra, oferecer embargos de terceiro.

A esse respeito, parte significativa da doutrina e da jurisprudência entende, em sentido contrário, que o cônjuge – tendo ou não titularidade sobre os bens imóveis penhorados – uma vez intimado da respectiva penhora, se torna parte do processo de execução,

7. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

8. Embargos à execução. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 246.

formando litisconsórcio necessário, por determinação legal (CPC, arts. 114 e 842) junto ao seu consorte devedor.

Autores como ARAKEN DE ASSIS⁹ e SANDRO GILBERT MARTINS¹⁰, por exemplo, ao explicitarem a legitimidade do cônjuge para a propositura da ação de embargos à execução (hoje apenas na execução por título extrajudicial¹¹, já que no cumprimento da sentença, tudo leva a crer que o cônjuge poderá dar causa ao incidente da impugnação, a teor dos arts. 525 do CPC), classificam-no como parte no processo de execução.

Aliás, a consequência direta da qualificação do cônjuge intimado da penhora de bem imóvel, seja como parte do processo executivo ou como terceiro juridicamente interessado, está exatamente na sua legitimidade para opor embargos à execução extrajudicial ou impugnação do devedor ao cumprimento da sentença, bem como para propor embargos de terceiro (CPC, arts. 674 e segs.). Daí a dúvida objetiva na hipótese, dúvida essa que deriva da rigidez interpretativa de determinados operadores do direito.

Seguindo um raciocínio hermético, ainda que coerente segundo a literalidade da lei, caso entendêssemos que o cônjuge é parte do processo de execução, deveríamos reconhecer a sua legitimidade apenas para embargá-la. No entanto, entendendo que o cônjuge não é parte da execução, mas sim um terceiro juridicamente interessado no feito executivo, após intimado da penhora, deveríamos reconhecer a sua legitimidade apenas para propor a ação de embargos de terceiro ou remir bens.

Hoje, tanto a doutrina¹² quanto a jurisprudência (STJ, súmula 134¹³), ao interpretarem o sistema na perspectiva dos direitos fun-

9. Manual do Processo de Execução. São Paulo: RT, 1998, p. 716.
10. A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: Defesa heterotópica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 322.
11. Dizemos extrajudicial em razão da lei 11.232/05, que extinguiu a ação de execução judicial autônoma, bem como os embargos à execução em sede de execução de título judicial (CPC, art. 475, I e segs.).
12. Como é o caso dos supracitados ARAKEN DE ASSIS, SANDRO GILBERT MARTINS e VICENTE GRECO FILHO.
13. Diz a Súmula 134 do STJ: “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”.

damentais e da distinção entre meios e fins processuais, admitem a dupla legitimidade do cônjuge, independentemente da efetiva intimação da penhora de bens imóveis, para a utilização tanto dos embargos de terceiro quanto dos embargos à execução: meios processuais que podem servir ao mesmo fim.

Assim, embora diferenciando as causas de pedir dos embargos de terceiro (a constrição judicial de bens) e dos embargos à execução (defeitos da execução e assuntos afins), doutrina e jurisprudência têm aceitado a utilização, pelo cônjuge, tanto dos embargos de terceiro quanto dos embargos à execução/impugnação ao cumprimento da sentença, de modo que uma legitimidade não exclua a outra.

De qualquer forma, as opiniões divergentes a respeito da posição do cônjuge no processo de execução, ainda que se analisem as diferentes causas de pedir, o regime de bens do casal e a titularidade dos bens penhorados como próprios ou pertencentes à meação, demonstram estarmos diante de dúvida objetiva que desafia a aplicação do princípio da fungibilidade.

Cabe ressaltar, ainda, que a aplicação do princípio da fungibilidade merece compreender também os companheiros, estendendo-se a estes¹⁴, a união estável também constitui entidade familiar (CF, art. 226), tendo recebido do art. 1.725 do Código Civil, inclusive, o regime patrimonial da comunhão parcial de bens.

Logo, acreditamos, a despeito do texto legal, que também os companheiros poderão ser intimados da penhora de bens imóveis (CPC, art. 842), tendo legitimidade tanto para a propositura dos embargos de terceiro quanto para a ação de embargos à execução/impugnação ao cumprimento da sentença.

Desta maneira, para que o cônjuge ou o companheiro possam defender bens penhorados, sejam próprios ou de meação, sejam quais forem os regimes matrimoniais e as causas de pedir das petições iniciais, existe dúvida objetiva entre o cabimento de embargos à execução/impugnação ao cumprimento da sentença e embargos de terceiro, merecendo a aplicação do princípio da fungibilidade.

14. A Proteção Constitucional das Uniões de Pessoas do Mesmo Sexo. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

6.6. FUNGIBILIDADE ENTRE OS MEIOS DE DEPÓSITO PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OU IMPEDIMENTO DA SUA CONSTITUIÇÃO: DÚVIDA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO, ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, MEDIDA CAUTELAR INOMINADA OU LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

O crédito tributário pode ter impedida a sua constituição ou suspensão a sua exigibilidade. Uma vez constituído o crédito através do lançamento tributário e formalizada a respectiva inscrição em dívida ativa, a fazenda pública busca forçar o contribuinte a satisfazê-lo, exigindo o seu pagamento através do processo executivo fiscal (Lei 6.830/80).

Entretanto, dentre outras formas previstas taxativamente em lei, a exigibilidade do crédito tributário pode ser suspensa, conforme o art. 151, II, do Código Tributário Nacional – CTN, pelo depósito do seu montante integral em dinheiro (STJ, súmula 112¹⁵), incluindo os juros legais, para que se impeça a sua inscrição em dívida ativa ou a sua cobrança, quando já constituído.

Já a suspensão do crédito tributário antes da sua constituição na realidade não é uma suspensão – já que este ainda não era exigível – mas a mera limitação de um procedimento que culmina na sua constituição e inscrição em dívida ativa, procedimento esse que ainda não terá chegado ao final: o chamado “impedimento”, na nomenclatura utilizada por HUGO DE BRITO MACHADO¹⁶.

15. Diz a Súmula 112 do STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”.

16. Segundo o autor: “Tem havido muita controvérsia em torno do procedimento adequado para a feitura do depósito. Há quem entenda que o interessado deve propor ação cautelar inominada. O Tribunal Federal de Recursos decidiu ser desnecessária a ação cautelar, podendo o depósito ser feito nos autos da ação principal (AI n.º 54533.RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 17.10.88, p. 26.672). Decidiu, outrossim, que, por se tratar de cautelar desnecessária, excluem-se os ônus da sucumbência imputados à União Federal (AC n.º 119.534-DF, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJU de 11.10.88 p. 25.966).

Parce-nos inexistir interesse processual para a propositura da ação cautelar, posto que não há resistência à pretensão de depositar. Quem eventualmente tem oposto tal resistência é o próprio Poder Judiciário, por intermédio de juizes exageradamente formalistas, que sempre encontram argumentos para criar problemas, em vez de