

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES



MANUAL DE
DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

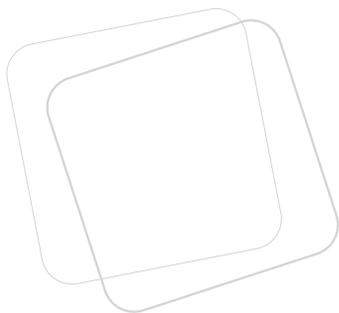
VOLUME ÚNICO

16^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2024

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



PROVAS

Sumário: **22.1.** Teoria geral das provas; **22.1.1.** Conceito de prova; **22.1.2.** Espécies de prova; **22.1.3.** A verdade possível e a verossimilhança; **22.1.4.** A caducidade das expressões “verdade formal” e “verdade real”; **22.1.5.** Direito à prova no processo civil; **22.1.6.** Objeto da prova; **22.1.7.** Ônus da prova; **22.1.8.** A produção da prova de ofício (“poder” instrutório do juiz); **22.1.9.** Preclusões para o juiz na atividade probatória; **22.1.10.** Valoração da prova; **22.1.11.** Prova emprestada; **22.1.12.** Prova ilícita; **22.1.13.** Provas atípicas; **22.1.14.** Ação probatória autônoma – **22.2.** Provas em espécie: **22.2.1.** Ata notarial; **22.2.2.** Depoimento pessoal; **22.2.3.** Da confissão; **22.2.4.** Da exibição de documento ou coisa; **22.2.5.** Da prova documental; **22.2.6.** Da prova testemunhal; **22.2.7.** Da prova pericial; **22.2.8.** Da inspeção judicial.

22.1. TEORIA GERAL DAS PROVAS

22.1.1. Conceito de prova

Não se trata de tema pacífico na doutrina a conceituação de prova, dificuldade acentuada pela diversidade de sentidos que pode ter o termo “prova”. O termo é utilizado no direito e fora dele, não sendo estranho aos leigos (por exemplo, a tradicional exigência de uma namorada decepcionada: “então prove que me ama!”; ou ainda a sugestão de um garçom: “por que você não prova essa nova cerveja?” etc.). E, mesmo dentro do campo do direito, encontra-se muita divergência no tratamento conceitual do tema, até porque são diversas as áreas afeitas à questão da “prova”. Costuma-se dizer, com inegável acerto, que o termo “prova” é plurissignificante¹, dentro e fora do mundo do direito em geral, e do processo em particular.

Uma análise etimológica do termo, derivado do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – *probare* (probo, as, are) – significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar; é um ponto de início da análise do conceito do instituto, mas certamente não o ponto de chegada².

Do próprio significado do termo “prova” já se percebe a possibilidade de sua utilização em diversos sentidos. No campo processual, o termo é empregado em diferentes acepções, fator complicador de sua exata conceituação:

- (a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de

¹ Cambi, *Direito*, 2001, p. 46; Garcia, *Prova civil*, 6.1, p. 28.

² Amaral Santos, *Prova*, 1970, v. 1, p. 11.

provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);

- (b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- (c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- (d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos³. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo⁴. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento⁵.

22.1.2. Espécies de prova

É tradicional na doutrina a classificação da prova quanto ao fato (diretas e indiretas); quanto ao sujeito (pessoais e reais); quanto ao objeto (testemunhais, documentais e materiais); e quanto à preparação (causais ou pré-constituídas)⁶.

A prova direta é aquela destinada a comprovar justamente a alegação de fato que se procura demonstrar como verdadeira. Já a prova indireta é aquela destinada a demonstrar as alegações de fatos secundários ou circunstanciais, das quais o juiz, por um raciocínio dedutivo, presume como verdadeiro o fato principal. As provas indiretas são conhecidas como *indícios*.

A prova pessoal decorre de uma consciente declaração feita por uma pessoa, enquanto a prova real é aquela constituída por meio de objetos e coisas, que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade.

A prova testemunhal é toda prova produzida sob a forma oral, devendo ser entendida de forma

lato sensu, ou seja, além da prova testemunhal propriamente dita, também se incluem nesse critério o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito em audiência de instrução. Prova documental é toda afirmação de um fato escrita ou gravada, como um contrato ou uma fotografia. Prova material é qualquer outra forma material que, não sendo testemunhal nem documental, comprove um fato, como a perícia e a inspeção judicial.

Por prova causal entende-se aquela produzida dentro do próprio processo, como ocorre com o depoimento pessoal e a perícia. Já a prova pré-constituída é aquela formada fora do processo, geralmente antes mesmo da instauração da demanda, como ocorre com a prova documental.

22.1.3. A verdade possível e a verossimilhança

Atualmente considera-se a verdade como algo meramente utópico e ideal, jamais alcançada, seja qual for a ciência que estiver analisando o conhecimento humano dos fatos⁷. Miguel Reale, ciente de ser a verdade algo inatingível e imprestável, chegou a formular o conceito da quase verdade⁸. No processo, resta evidenciada a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, em especial em razão dos sujeitos que dele participam. Isso inclui tanto aqueles que levam as provas ao processo – partes –, quase sempre objetivando seu próprio favorecimento, como terceiros que auxiliam o juiz na reconstituição dos fatos – o que nem sempre fazem da forma exata –, e pelo juiz, que receberá as provas e, sem ter acompanhado os fatos, apenas poderá confiar naquilo que foi levado à sua consideração⁹. Nessa participação de diversos sujeitos diferentes é de esperar que o resultado probatório não traduza exatamente como os fatos efetivamente ocorreram. Além disso, existem as limitações à obtenção e valoração das provas, analisadas a seu devido tempo.

Essa primeira constatação, que aponta a obtenção da verdade como algo inalcançável, meramente utópico, constitui o primeiro obstáculo material intransponível à obtenção da verdade absoluta, ou integral, no processo civil. Mas essa realidade não deve servir de desestímulo à continuação das presentes considerações, ainda mais porque essa inatingibilidade da verdade absoluta é realidade comum a todas as áreas do conhecimento humano, e não privativa da área jurídica, tampouco da processual.

³ Câmara, *Lições*, v. 1, 2003, p. 393; Greco Filho, *Direito*, v. 2, 2000, p. 180.

⁴ Amaral Santos, *Prova*, v. 1, p. 17.

⁵ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, 2003, p. 43.

⁶ Amaral Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 339-341. Baptista da Silva, *Teoria*, p. 295-296.

⁷ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 295; Baptista da Silva, *Curso*, v. 1, p. 339.

⁸ Reale, *Verdade*, 1983, p. 17-18.

⁹ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 297.

Mas a questão permanece: se a verdade não pode ser alcançada no processo, o que então deve ser o suficiente para uma decisão correta e preocupada com a indispensável distribuição da justiça por meio da prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade? Parcela considerável da doutrina afirma que ao processo basta a verossimilhança¹⁰, com o que não se concorda, porque não é correta a conclusão de que a verossimilhança signifique verdade possível. A primeira é a aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, enquanto a segunda continua a ser uma mera aparência da verdade (dado que esta é impossível de ser alcançada), é derivada justamente da prova produzida no caso concreto, e não da mera frequência com que o fato ocorre em situações similares. Enquanto a verossimilhança parte de uma análise genérica e abstrata, a verdade obtida pelo processo diz respeito ao caso particular, às provas que nele foram colhidas¹¹.

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível¹². Por *verdade possível* entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.

22.1.4. A caducidade das expressões “verdade formal” e “verdade real”

Essa impossibilidade concreta de obter a verdade absoluta no processo – como em qualquer outro ramo da ciência humana – serve para desmistificar a ideia comumente lembrada de que no processo civil seria suficiente a obtenção da verdade formal, que seria uma verdade processual, enquanto no processo penal dever-se-ia buscar a verdade real, ou seja, a efetiva verdade, ou verdade material.

Falar diante dessa nova definição da relação da prova com a verdade de duas espécies diversas de verdade é algo absolutamente inadmissível. A verdade é uma só, sempre inalcançável, tanto no campo civil como no campo penal. É evidente que, apesar de a verdade ser algo inalcançável, não deve deixar de ser perseguida, sendo essa busca fator de legitimação da própria decisão judicial. Diferentes tratamentos da intensidade de tal busca, que poderia ser diferente no campo penal e civil – com o que desde já discordo –, nada têm a ver com o instituto da verdade; daí a caducidade de termos como “*verdade formal*” e “*verdade material*”¹³.

E ainda que a verdadeira significação das expressões “verdade formal” e “verdade material” seja referente à satisfação decorrente do esgotamento dos meios de busca da verdade, não concordo com tal diferenciação feita tradicionalmente pela doutrina mais antiga, tanto penal como cível. A justificativa encontrava-se, invariavelmente, nos valores protegidos em um e em outro processo, sendo mais valiosos aqueles tratados na esfera penal do que os tratados na esfera cível. Essa diferença, entretanto, não é regra absoluta, jamais podendo ser utilizada para a diferenciação pretendida.

Para tanto, basta imaginar que nem sempre os valores tutelados no processo penal serão mais valiosos ou nobres do que aqueles tutelados no processo civil. Muitas vezes a pena suportada pelo réu em um processo penal tem cunho meramente patrimonial, como ocorre, por exemplo, no pagamento de uma multa ou mesmo de cestas básicas. Outras vezes, alguma espécie de restrição de direitos como, por exemplo, ser proibido de acompanhar os jogos de seu time, ou ainda a prestação de serviços comunitários. Registre-se, ainda, que essas circunstâncias devem crescer em sua intensidade em virtude do sentido moderno a que rumo o direito penal (*despenalização de condutas*).

Já no processo civil é possível se ter uma demanda que tenha como objeto um direito indisponível como, por exemplo, aquela que resulta na perda de pátrio poder, ou ainda que altera a guarda de um menor que estaria sofrendo abusos físicos pelo cônjuge que anteriormente detinha a guarda. Nesses casos, evidencia-se que os valores tutelados – e também as consequências geradas pelo processo civil – são muito mais relevantes e significativos do que aqueles

¹⁰ Arruda Alvim, *Manual*, v. 1, p. 379.

¹¹ Cambi, *Direito*, p. 59. Zavaski, *Antecipação*, 1996, p. 152-153, e Bedaque, *Tutela*, 1988, p. 337.

¹² Cambi, *Direito*, p. 70; Fux, *Curso*, 2004, p. 692.

¹³ Barros, *A busca*, p. 38; Torquato Avolio, *Provas*, p. 39-40. Incorretamente valendo-se do termo “verdade real”: *Informativo 372/STJ*, 4.a T., REsp 1.010.559-RN, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 16.10.2008.

tratados em diversos processos penais, nos quais o resultado é meramente patrimonial¹⁴.

O melhor resultado possível do processo – que se entende mais apto a ocorrer com a ampla produção de prova – diz respeito a qualquer processo, seja ele penal ou cível, considerando-se que a qualidade da prestação jurisdicional será sempre o valor supremo a ser buscado em todo o processo judicial, independentemente do direito substancial que se está debatendo em juízo. A verdade alcançável no processo será sempre uma só, nem material nem formal, mas processual, ou seja, aquela que decorrer da mais ampla instrução probatória possível, o que deve ocorrer independentemente da natureza do processo ou ainda da espécie de direito substancial debatido¹⁵.

Mas ainda assim poder-se-á alegar que as regras procedimentais no processo civil, com suas preclusões, presunções e restrições probatórias a alguns meios de provas, geram como consequência um tratamento diferenciado daquele existente no processo penal. Apesar das inegáveis diferenças procedimentais, há nitidamente uma tendência para que também no processo civil a verdade possível não fique em segundo plano¹⁶.

Seja como for, e ainda que se admita que as restrições no processo civil sejam em maior número e com maior intensidade do que aquelas vistas no campo penal, em ambos só será possível uma única verdade, que aquela é processualmente alcançável, sendo absolutamente incorreto o diferente tratamento dado tradicionalmente a essas duas áreas do Direito, falando-se em verdade real para o processo penal e verdade formal para o processo civil.

Interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça que trata do tema incidente mostra o desprestígio das expressões ao se referir à “sacrossanta” verdade material e à “paradoxal” verdade formal¹⁷.

Apesar da caducidade das expressões ora analisadas, cumpre registrar que os termos continuam a ser utilizados por parte da doutrina e pela jurisprudência, sendo comumente associada a expressa verdade real ou material ao poder instrutório do juiz, ou seja, a ideia de que a busca da chamada

verdade real ou material legítima o juiz a determinar a produção de provas de ofício¹⁸.

22.1.5. Direito à prova no processo civil

Encontra-se na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja expressamente previsto no Texto Maior, seria decorrência da moderna visão do princípio da *inafastabilidade da tutela jurisdicional*, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”), atualmente analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa, desenvolvida no Capítulo 1, item 1.5.5.

Dentro dessa nova visão do princípio constitucional, visivelmente preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional, encontra-se o direito à prova, que garantirá o efetivo exercício do *devido processo legal*, em especial o respeito ao *contraditório*. A garantia do devido processo legal e do contraditório, ambos garantidos de forma expressa por nossa Constituição Federal, alçam o direito à prova no processo civil ao patamar constitucional¹⁹.

Esse direito à prova, entretanto, apesar de alçado ao patamar constitucional, naturalmente não é absoluto, aliás, como qualquer outro direito, encontrando limitações tanto no plano constitucional como no infraconstitucional. A exclusão de uma prova no processo judicial sempre será prejudicial, causando, portanto, um mal, que somente encontrará justificativa quando esse mal for considerado um mal menor se comparado com os outros valores e garantias que seriam maculados para a aceitação da prova. Reconhece-se que a limitação à busca da verdade seja algo maléfico, mas que em diversas hipóteses pior seria a permissão no caso concreto de sua utilização.

Além da constatação de que nenhum direito é absoluto, e dessa forma também não poderia sê-lo o direito à prova, há outro importante fator a afastar qualquer pensamento que rume em sentido contrário. A obtenção da verdade não é um fim em si mesmo, que deva ser perseguida sem qualquer outra valoração ou ponderações sobre os outros escopos buscados pelo processo.

Por mais importante que seja a busca e obtenção da verdade alcançável, jamais poderá ser

¹⁴ Barbosa Moreira, *Processo*, 2001, p. 208-209; Oliveira, *Do formalismo*, p. 148-149.

¹⁵ Barbosa Moreira, *A Constituição*, 1996, p. 118; Bedaque, *Poderes*, 2001, p. 145; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 236.

¹⁶ Barbosa Moreira, *Processo*, p. 209; Oliveira, *Do formalismo*, 1997, p. 147-148.

¹⁷ STJ, 2ª Turma, REsp 840.690/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/08/2010, DJe 28/09/2010.

¹⁸ STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 332.142/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02/12/2014, DJe 09/12/2014.

¹⁹ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 46-49; Bedaque, *Poderes*, p. 20-23; Cambi, *Direito*, p. 135; Teixeira, *O princípio*, 2005, p. 40; Greco, *A prova*, 2004, p. 402-403.

considerado que a busca da verdade seja o único objetivo no processo. Tal pensamento, além de indevidamente restringir-se a tão somente um dos diferentes escopos do processo, faria com que a busca da verdade fosse algo absoluto, sem limite, admitindo-se qualquer espécie de prova, produzida de qualquer forma, e em qualquer momento do processo, o que inclusive nos levaria de volta à época da barbárie, com a admissão, por exemplo, da prova obtida mediante ameaça ou tortura. A busca da verdade é o que legitima a atividade jurisdicional, mas não pode e não deve ser considerada um fim em si mesma.

A obtenção da verdade – ou da quase verdade – faz parte de uma série de escopos do processo, e com eles deverá conviver da melhor forma possível. A função cumprida pela prova no processo, portanto, não deve ser alçada a algo absoluto ou que não deva sofrer restrições, sob pena de complicadas e inaceitáveis distorções. Nem sempre a verdade será a grande preocupação do operador no caso concreto, e nem por isso poder-se-á indicar que a atuação jurisdicional tenha sido irregular ou viciada. A mera busca da verdade já será o suficiente para legitimar a decisão judicial²⁰.

22.1.6. Objeto da prova

Há controvérsia a respeito do que seja exatamente o objeto de prova, entendendo parcela da doutrina que são os fatos²¹, enquanto outra parcela entende que são as alegações de fato. Para a segunda corrente doutrinária, o fato ocorreu ou não, existe ou não, enquanto a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras²². Para a primeira corrente doutrinária o objeto são os fatos, porque nem sempre o objeto de prova é constituído de alegações, bastando para tanto lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo juiz, ainda que as partes não os tenham alegado no processo.

O art. 374, *caput*, do CPC parece adotar o primeiro entendimento, da mesma forma como ocorria com o art. 334 do CPC/1973. Afinal, tanto o atual como o antigo dispositivo preveem que o objeto da prova serão os fatos, e não as alegações de fato. Seja como for, a discussão é acadêmica e não gera consequência prática.

A melhor doutrina ensina que o *ônus da alegação* dos fatos pelas partes limita-se aos fatos jurídicos (principais), que vinculam a atividade jurisdicional. O mesmo, entretanto, não ocorre com o fato simples (secundário) que poderá ser levado em consideração pelo juiz ainda que não tenha sido alegado pelas partes²³. Esses fatos, que o juiz pode conhecer de ofício, podem não ser objeto de alegação das partes, e ainda assim influenciarão o julgamento. O melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz.

22.1.6.1. Exclusão do objeto de prova (art. 374 do CPC)

Nem todos os pontos ou as questões de fato, entretanto, são objeto de prova, excluindo-se dessa exigência as alegações que tenham como objeto:

- (a) fatos impertinentes ou irrelevantes à solução da demanda;
- (b) fatos notórios;
- (c) fatos confessados;
- (d) alegações de fato não controvertidas;
- (e) questões de fato em cujo favor milite presunção legal de existência ou veracidade.

Registre-se que a primeira hipótese de alegações de fato descrita como excludente do objeto da prova não está consagrada no art. 374 do CPC, dispositivo responsável pela previsão das outras quatro hipóteses acima indicadas. E pode até existir uma razão para tal seletividade legislativa. Enquanto as alegações de fato impertinente ou irrelevante não são objeto de prova porque tais alegações serão simplesmente ignoradas pelo juiz ao prolatar sua decisão, nos casos previstos no art. 374 do CPC as alegações de fato serão consideradas pelo juiz na formação de seu convencimento, independentemente de provas.

22.1.6.2. Relevância e pertinência

A produção de provas de alegações de fatos impertinentes, ou seja, que não se relacionam à causa posta à apreciação do juiz, é medida inútil, e por isso deve ser evitada em prol do princípio da *economia processual*. O mesmo ocorre com os fatos irrelevantes, que, mesmo dizendo respeito à causa, em nada influenciam o convencimento do juiz.

²⁰ Cambi, *Direito*, p. 57.

²¹ Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 343; Theodoro Jr., *Curso*, n. 416, p. 473; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 245.

²² Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 786, p. 58; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 376.

²³ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 267-268.

Fatos irrelevantes e impertinentes não modificam o conteúdo da decisão judicial, o que dispensa a produção de prova a seu respeito. Também são considerados irrelevantes os fatos impossíveis e os de prova impossível, por disposição da lei (p. ex., prova contra presunção absoluta) ou pela natureza do fato (perícia sobre bem que não existe mais)²⁴. É justamente por isso que o juiz, destinatário da prova, deve no saneamento do processo fixar os pontos controvertidos que serão objeto de prova, para evitar o desenvolvimento de atividade probatória inútil.

Como já visto, seguindo a tradição do art. 334 do CPC/1973 o art. 374 do CPC/2015 não inclui entre as hipóteses excludentes do objeto de prova as alegações de fatos impertinentes e irrelevantes. De qualquer forma, pode-se extrair a exclusão da alegação de fatos irrelevantes e impertinentes do objeto da prova do art. 370, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê que o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias, regra já prevista no art. 130 do CPC/1973. O indeferimento previsto no dispositivo legal impede que determinadas alegações de fato, que não interessem ao juiz na formação de seu convencimento, sejam incluídas no objeto da prova.

22.1.6.3. Fatos notórios

Quando se excluem do objeto da prova os fatos notórios, não se deve exigir a notoriedade absoluta, sob pena de inutilização do dispositivo legal. Fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, tomando-se por base o homem médio, pertencente a uma coletividade ou a um círculo social, no momento em que o juiz deva decidir²⁵. Trata-se da notoriedade relativa, o bastante para contemplar a previsão legal. Com relação aos fatos notórios, são importantes as seguintes características:

- (a) o fato não precisa ser de conhecimento do juiz;
- (b) o fato não precisa ter sido testemunhado;
- (c) no tocante a fatos jurídicos notórios, existe o ônus de alegação da parte, não podendo o juiz conhecê-los de ofício;
- (d) a notoriedade pode ser objeto de prova, sempre que existir dúvida do juiz a respeito dessa característica do fato.

Importante notar que os *fatos notórios* não se confundem com as *máximas de experiência*, que são diferentes espécies do gênero “saber privado do juiz”. Enquanto os fatos notórios se referem a fatos determinados que ocorreram, a cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem em determinado ambiente sociocultural, as máximas de experiência são juízos generalizados e abstratos, fundados naquilo que costuma ocorrer, que autorizam o juiz a concluir, por meio de um raciocínio intuitivo, que em identidade de circunstâncias, também assim ocorram no futuro²⁶.

22.1.6.4. Fatos confessados

Nos termos do inciso II do art. 374 do CPC não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. O dispositivo é repetição do art. 334, II do CPC/1973 e como o artigo revogado contém duas impropriedades.

Sendo a confissão considerada pelo próprio diploma processual um meio de prova, a par a polêmica a respeito de sua real natureza jurídica – não é adequado afirmar que o fato confessado é excluído do objeto da prova porque na realidade ele já foi objeto da prova. A prova produzida com relação a esse fato foi a confissão, de forma que, quando muito, pode se dizer que o fato já provado por confissão não precisa ser provado por mais nenhum meio de prova. Parece, inclusive, ter sido esse o objetivo do legislador.

Ocorre, entretanto, que a confissão não é prova plena, de forma que mesmo um fato tendo sido objeto de confissão o juiz não é obrigado a considerá-lo como verdadeiro. Significa dizer que, mesmo já havendo o meio de prova confissão, caso o juiz não se sinta convencido, poderá determinar a produção de outros meios de prova, com o que deixará escancarada a incorreção da hipótese excludente do objeto da prova prevista no inciso II do art. 374 do CPC.

22.1.6.5. Ausência de controvérsia

Também a alegação de fato não controvertida não será objeto de prova, já que a produção da prova se dá justamente para convencer o juiz da veracidade de determinada alegação de fato, e, não havendo controvérsia, o juiz já considerará verdadeira tal alegação, gerando a desnecessidade de produção de prova. Assim, havendo aceitação expressa ou

²⁴ Amaral Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 346.

²⁵ Theodoro Jr., *Curso*, v. 2, n. 416, p. 474.

²⁶ Barbosa Moreira, *Regras*, p. 63.

tácita da parte quanto às alegações de fato da parte contrária, as mesmas não serão controvertidas, não formarão a questão (ponto controvertido) e serão excluídas da fase probatória, por serem consideradas como verdadeiras pelo juiz.

É preciso, entretanto, fazer uma ressalva. Excepcionalmente os fatos não impugnados serão, ainda assim, considerados controversos por imposição da lei. Cria-se, portanto, uma ficção jurídica, tornando a lei um fato controvertido mesmo sem que tenha havido real controvérsia. E o que ocorre com as exceções legais ao efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu, previstas nos incisos do art. 345 do CPC, e nas exceções ao princípio da eventualidade na contestação, previstas nos incisos e parágrafo único do art. 341 do mesmo diploma legal.²⁷

22.1.6.6. Presunção

Por fim, também não será exigida a prova de alegações de fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade. A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre *fato indiciário* (provado) e *fato presumido* (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido. A melhor doutrina afirma corretamente que a presunção não se confunde com a prova, sendo a primeira um ponto de chegada (correspondente ao conhecimento adquirido pelo juiz) e a segunda, um ponto de partida (algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de algum fato). O indício, por sua vez, é ao mesmo tempo um ponto de partida (algo que permite ao juiz o conhecimento) e um ponto de chegada (fato provado)²⁸.

A presunção pode ser relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*), legal (*praesumptiones legis*) ou judicial (*praesumptiones hominis*).

Na *presunção relativa* é admitida a prova em sentido contrário, de forma que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz desde que a parte contrária não produza prova que afaste tal presunção. Como se pode notar, na presunção relativa a questão fática não é efetivamente excluída do objeto da prova, somente dispensando-se a parte que faz a

alegação de produzir prova no sentido de convencer o juiz de sua alegação. Dessa realidade é correta a conclusão de que na hipótese de presunção relativa não há exclusão do objeto da prova, mas meramente uma inversão do ônus probatório, cabendo à parte que não alegou o fato convencer o juiz de sua não existência ou ocorrência²⁹.

Exemplo clássico de presunção relativa vem consagrado no art. 2.º-A da Lei 8.560/1992, que adota o entendimento expresso na Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a presunção de paternidade na hipótese de o réu se negar injustificadamente a realizar o exame pericial de DNA. Para o tribunal, não basta a mera recusa em realizar o exame, cabendo ao autor a produção de prova mínima que ao menos traga ao processo algum indício da paternidade³⁰. Entendimento prestigiado pela Lei 14.138/21 que ao incluir um § 2º ao dispositivo mencionado exige que a presunção seja apreciada em conjunto com o contexto probatório. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça limita essa presunção à pessoa do pretense genitor, e não ao descendente, por ser um direito personalíssimo e indisponível³¹.

Ainda no tocante ao exame pericial de DNA, não pareceu ter o Superior Tribunal de Justiça dado o melhor entendimento a respeito do significado de presunção relativa na hipótese de recusa ou não comparecimento injustificado do alegado pai ao exame pericial. Segundo o criticável julgado, na hipótese ora analisada, a presunção relativa não pode servir de único fundamento da decisão de procedência do pedido, cabendo ao autor provar suas alegações por outros meios de prova³².

Ao se exigir prova no sentido da presunção relativa para convencer o juiz, além de se contrariar o histórico conceito de presunção relativa, retira-se qualquer utilidade prática de tal presunção. Na realidade, a presunção é suficiente para fundamentar uma decisão, tendo sua força de convencimento afastada somente no caso de haver nos autos provas contrárias à presunção.

Costuma-se afirmar que a *presunção absoluta* impede a produção de prova em sentido contrário, o que é somente parcialmente exato. A presunção absoluta retira um elemento componente do ato

²⁷ Garcia, *Prova civil*, n. 6.1, p. 31.

²⁸ Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 58-59; Cambi, *A prova*, p. 363.

²⁹ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 825, p. 119.

³⁰ *Informativo* 427/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.068.836/RJ, rel. Min. Honioldo Amaral de Mello Castro, j. 18.03.2010.

³¹ *Informativo* 425/STJ: 4.ª Turma, REsp 714.969-MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.03.2010.

³² *Informativo* 533/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.272.691/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.11.2013.

de sua estrutura original, de forma que o ato será considerado mesmo se ausente tal elemento. Conforme ensina a melhor doutrina, exigindo a lei os elementos A, B e C para a existência ou validade de um ato, pode o legislador dispensar um deles, de forma que o ato será considerado existente ou válido somente com a presença de dois desses elementos (A e B, A e C ou B e C), falando-se nesse caso em presunção absoluta. Trata-se de opção legislativa, fundada na probabilidade de que as coisas tenham ocorrido de determinada maneira ou na dificuldade de demonstrar o fato, que incide no plano do direito objetivo, e não no campo probatório³³. Dessa forma, a afirmação de que não cabe a produção de prova significa dizer que a produção de prova nesse caso é inútil, e por isso não é admitida³⁴.

Ainda que doutrina respeitável aponte para a similaridade de presunção absoluta e ficção jurídica³⁵, prefiro a corrente doutrinária que defende uma diferenciação entre os dois fenômenos jurídicos, ainda que a consequência prática em sua utilização no processo seja a mesma. A *presunção absoluta* é fundada numa grande probabilidade de o fato presumido ter realmente ocorrido, enquanto a *ficção jurídica* é fundada em fato que provavelmente não tenha ocorrido, mas que por opção legislativa consideram-se produzidos os mesmos efeitos do fato efetivamente tivesse ocorrido. Na ficção jurídica há uma consciente opção legislativa de, mesmo diante de evidências de não ocorrência do fato, permitir a produção dos efeitos jurídicos programados por lei³⁶.

Presunção legal é aquela estabelecida expressamente em lei, sendo tarefa do legislador a indicação de correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido, podendo ser a presunção relativa ou absoluta. *Presunção judicial* é aquela realizada pelo juiz no caso concreto, com a utilização das máximas de experiência, permitindo-se a conclusão de ocorrência ou existência de um fato não provado em razão da prova do fato indiciário, fundado naquilo que costuma logicamente ocorrer³⁷.

22.1.6.7. Prova do direito (art. 376 do CPC)

Embora a regra no tocante ao objeto da prova seja direcionada às alegações de fato, em algumas situações excepcionais pode ser exigida da parte a

prova de alegações de direito. Dá-se tal possibilidade – não é de antemão obrigatório, devendo o juiz no caso concreto determinar a produção da prova – nas alegações de *direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário*. Exigir da parte a prova do direito na realidade é exigir a prova da existência e vigência da norma legal conforme invocada pela parte (art. 14 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antes denominada LICC), sendo essa exigência dispensável caso o juiz conheça o direito. É importante registrar que, no caso de direito municipal e estadual, é exigido do juiz o conhecimento da lei local, em que exerce seu ofício, somente podendo exigir a prova de local onde não esteja exercendo sua função jurisdicional³⁸.

Os meios de prova nessa atípica situação do direito como objeto da prova são os mais diversos possíveis, devendo o juiz no caso concreto analisar sua idoneidade. Assim, o direito estrangeiro pode ser provado por compêndios de legislação atualizada, certidão diplomática ou até mesmo por meio de livros de doutrina atualizados. O direito estadual e municipal pode ser provado por meio de publicação da lei no Diário Oficial ou certidão obtida junto ao órgão legislativo competente. O direito consuetudinário pode ser provado por qualquer forma lícita, inclusive por testemunhas.

22.1.7. Ônus da prova

A doutrina comumente divide o estudo do instituto do ônus da prova em duas partes; a primeira chamada de ônus subjetivo da prova e a segunda chamada de ônus objetivo³⁹. No tocante ao *ônus subjetivo* da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova (“quem deve provar o quê”), enquanto no *ônus objetivo* da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos

³³ Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 62-64.

³⁴ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 291.

³⁵ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 824, p. 116-117.

³⁶ Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 64-65; Cambi, *A prova*, p. 369-370.

³⁷ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 828, p. 121-124; Cambi, *A prova*, p. 376.

³⁸ Câmara, *Lições*, v. 2, p. 377.

³⁹ Gisele Góes, *Teoria*, p. 53-55.

não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não produziu a prova será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Como já afirmado, o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É regra que se aplica apenas no caso de inexistência ou insuficiência da prova, uma vez que, tendo sido a prova produzida, não interessando por quem, o princípio não se aplicará. Trata-se do *princípio da comunhão da prova* (ou aquisição da prova), que determina que, uma vez tendo sido a prova produzida, ela passa a ser do processo, e não de quem a produziu⁴⁰. Dessa forma, o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual.

22.1.7.1. Regras de distribuição do ônus da prova

Segundo a regra geral estabelecida pelos incisos do art. 373 do CPC, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor por meio de produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos. Nesse caso, entretanto, a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.

Caso o réu alegue por meio de defesa de mérito indireta um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, terá o ônus de

comprová-lo. Por *fato impeditivo* entende-se aquele de conteúdo negativo, demonstrativo da ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico como, por exemplo, a alegação de que o contratante era absolutamente incapaz quando celebrou o contrato. *Fato modificativo* é aquele que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito) ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na compensação parcial). Fato extintivo é o que faz cessar a relação jurídica original, como a compensação numa ação de cobrança. A simples negação do fato alegado pelo autor não acarreta ao réu o ônus da prova.

O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 373, II, do CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque o juiz só passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir de seus ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

O Código de Processo Civil inova quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, atendendo corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”. Na realidade, criou-se um sistema misto: existe abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição, que poderá ser no caso concreto modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil continuarão a ser as mesmas do diploma processual revogado.

Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais⁴¹, e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3.º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguram aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção de provas e a efetivação concreta desse direito⁴². No entanto, já existem

⁴⁰ Neves, Princípio, *Revista*, n. 31; Arruda Alvim, *Manual*, n. 175, p. 389.

⁴¹ Súmula 618/STJ: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”; *Informativo* 418/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.º.12.2009.

⁴² STJ, 1.ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 23.9.2014, DJe 01.10.2014.

decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais⁴³, ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência da regra geral⁴⁴.

O Código de Processo Civil adota essa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova. Conforme já mencionado, apesar de o art. 373 em seus dois incisos repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/1973, em seu § 1.º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo. Como essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao juiz fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte no processo. Registre-se que, diante da omissão do juiz, as regras continuaram a ser aplicadas como sempre foram sob a égide do CPC/1973, ou seja, caberá ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Como se pode notar, o sistema brasileiro passou a ser misto, sendo possível aplicar ao caso concreto o sistema flexível da distribuição dinâmica do ônus da prova como o sistema rígido da distribuição legal. Tudo dependerá da iniciativa do juiz, que não estará obrigado a fazer distribuição do ônus probatório de forma diferente daquela prevista na lei, estando inclusive impedido a tanto quando houver negócio jurídico processual celebrado entre as partes no sentido de aplicação do sistema fixo de distribuição do ônus probatório.⁴⁵

Interessante e elogiável a vedação a essa inversão contida no § 2.º do dispositivo ora comentado, proibindo-a sempre que possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. A norma é elogiável porque a técnica de distribuição dinâmica da prova

não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com encargo do qual ela não terá como se desincumbir. A nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar *a priori* vencedores e vencidos. Nesse sentido, interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à inversão prevista no art. 6.º, VIII, do CDC⁴⁶.

Apesar de o art. 373, § 1.º, do CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova “de modo diverso”, naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo este distribuído entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. Tanto assim que o dispositivo expressamente se refere aos casos previstos em lei como umas das hipóteses da fixação “de modo diverso”, e esses casos são justamente os de inversão do ônus da prova.

22.1.7.2. Inversão do ônus da prova

Existem três espécies de inversão do ônus da prova:

- (a) convencional;
- (b) legal;
- (c) judicial.

A *inversão* convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo, nos termos do § 4º do art. 373 do CPC. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo § 3º do artigo suprarreferido, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando:

- (i) recair sobre direito indisponível da parte;
- (ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de “prova diabólica”⁴⁷.

Note-se que não é difícil a prova de um fato negativo determinado, bastando para tanto a produção de prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo. O

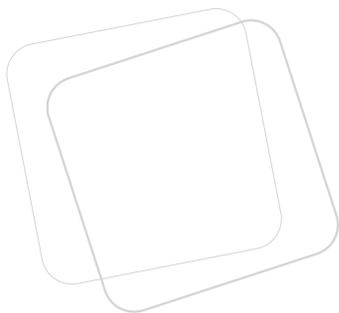
⁴³ STJ, 3.ª Turma, EDcl no REsp 1.286.704/SP, rel. Nancy Andrighi, j. 26.11.2013, *DJe* 9.12.2013.

⁴⁴ STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.10.2012, *DJe* 6.11.2012.

⁴⁵ Enunciado 128 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “Exceto quando reconhecida sua nulidade, a convenção das partes sobre o ônus da prova afasta a redistribuição por parte do juiz”.

⁴⁶ STJ, 4.ª Turma, REsp 720.930/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009, *DJe* 9.11.2009. No mesmo sentido, Barbosa Moreira, “Notas sobre a inversão”, p. 309, e Theodoro Jr., *Direitos*, p. 143.

⁴⁷ Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 247.



PROCESSO DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Sumário: **53.1.** Início do processo de execução: **53.1.1.** Petição inicial; **53.1.2.** Averbação da execução; **53.1.3.** Pronunciamento que determina a citação do executado; **53.1.4.** Não localização do executado e de seus bens; **53.1.5.** Arresto executivo; **53.1.6.** Posturas do executado citado – **53.2.** Pagamento parcelado: **53.2.1.** Introdução; **53.2.2.** Pagamento parcelado: moratória legal?; **53.2.3.** Requisitos formais; **53.2.4.** Procedimento; **53.2.5.** Inadimplemento das parcelas – **53.3.** Penhora; **53.3.1.** Definição e efeitos; **53.3.2.** Ordem legal da penhora; **53.3.3.** Da documentação da penhora, de seu registro e do depósito; **53.3.4.** Do lugar de realização da penhora; **53.3.5.** Penhora de dinheiro pelo sistema SisbaJud (*on-line*); **53.3.6.** Penhora de percentual do faturamento de empresa devedora; **53.3.7.** Procedimento da penhora; **53.3.8.** Substituição do bem penhorado; **53.3.9.** Penhoras especiais – **53.4.** Avaliação – **53.5.** Formas de expropriação: **53.5.1.** Introdução; **53.5.2.** Adjudicação – **53.6.** Alienação por iniciativa particular: **53.6.1.** Introdução; **53.6.2.** Alienação pelo exequente e a necessidade de seu pedido; **53.6.3.** Alienação por corretor ou leiloeiro público credenciado perante a autoridade judiciária; **53.6.4.** Requisitos para a alienação – **53.7.** Arrematação: **53.7.1.** Introdução; **53.7.2.** Requisitos formais do leilão judicial; **53.7.3.** Publicidade do edital; **53.7.4.** Comunicações do leilão judicial; **53.7.5.** Realização do leilão judicial; **53.7.6.** Leilão judicial por meio eletrônico; **53.7.7.** Legitimados a arrematar; **53.7.8.** Procedimento do leilão judicial; **53.7.9.** Arrematação vicada; **53.7.10.** Alienação antecipada – **53.8.** Entrega de dinheiro ao credor.

53.1. INÍCIO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

53.1.1. Petição inicial

Desenvolvendo-se por meio de processo autônomo, a execução de título extrajudicial exige do exequente a elaboração de uma petição inicial, ato processual solene que deve seguir as regras do art. 319 do CPC, naquilo que for cabível¹.

Como ocorre na petição inicial do processo/fase de conhecimento, cabe ao exequente indicar o endereçamento da peça, bem como os nomes completos do exequente e do executado e seus números

de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (art. 798, II, “b” do CPC).

No tocante à causa de pedir, exigem-se o título executivo – que obrigatoriamente deve instruir a petição inicial – e a alegação de inadimplemento², sendo ainda exigido que nas obrigações sujeitas a termo, condição ou contraprestação conste da peça a demonstração de que o termo ocorreu, a condição se implementou ou a contraprestação foi realizada³. Também deve constar o pedido, tanto no aspecto processual (*imediate*) como no material (*mediato*). Embora a tutela jurisdicional seja sempre satisfativa,

¹ Araken de Assis, *Manual*, n. 123, p. 428; Theodoro Jr., *Processo*, n. 181, p. 237; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 436; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 303.

² Theodoro Jr., *Processo*, n. 181, p. 237.

³ Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 436; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.662, p. 505.

cabe ao autor indicar os meios executórios que preferir aplicados no caso concreto, quando por mais de um modo a execução puder ser realizada (art. 798, II, “a”, do CPC), como a possível escolha entre a expropriação ou a prisão civil do executado na execução de alimentos⁴. O bem da vida será sempre um valor certo e líquido em dinheiro⁵.

O valor da causa será sempre o valor pretendido pelo exequente, que tanto pode ser aquele indicado pelo próprio título executivo, quando o exequente estranhamente renunciar a atualização do valor devido, ou aquele indicado pelo demonstrativo de cálculos que, nesse caso, deverá instruir a petição inicial.

Existe tradicional corrente doutrinária que defende a dispensa do pedido de provas na petição inicial de execução porque no processo executivo não se realiza instrução probatória⁶. Parcela doutrinária minoritária observa que excepcionalmente poderá ser exigida do exequente a produção de prova não para demonstrar o direito exequendo, mas a mera *exequibilidade da execução*. Dessa forma, nas obrigações sujeitas a termo, condição ou contraprestação, caberá ao exequente provar que o termo ocorreu, a condição se implementou ou a contraprestação foi realizada, o que justificaria o pedido de provas na petição inicial⁷. Registre-se que, para parcela da doutrina, a prova, nesse caso, é documento indispensável à propositura da ação (art. 320 do CPC), não se admitindo sua produção durante o processo de execução⁸.

Entendo que a divergência seja superada com a previsão do art. 798, I, “c” e “d”, do CPC, já que a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo e a prova de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação, senão mediante a contraprestação do exequente passam a ser documentos indispensáveis à propositura do processo de execução. Já era nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973.⁹

O art. 799 do CPC prevê outras incumbências do exequente, mas é preciso cuidado na análise do dispositivo legal, considerando que nem todas as providências nele previstas são requisitos formais

da petição inicial. O inciso IX do dispositivo legal prevê a averbação em registro público do ato de propositura da execução para o conhecimento de terceiros, o que, naturalmente, não é um requisito formal da petição inicial.

No inciso I do art. 799 do CPC encontra-se a exigência de requerimento da intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto. Nesse caso, apesar de a ausência de intimação gerar nulidade dos atos de expropriação, não há preclusão temporal para seu pedido, de forma que, mesmo não constando da petição inicial, nada impedirá que o exequente venha posteriormente a fazer o requerimento. Também não há qualquer impedimento para a intimação ocorrer de ofício.

No inciso II do art. 799 do CPC exige-se o requerimento da intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação; no inciso III, do promitente-comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; no inciso IV, do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; no inciso V, do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão; no inciso VI, do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário; no inciso VII, da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, § 7.º, do CPC. Novamente, a ausência de pedido na petição inicial não gera preclusão temporal e pode ser determinada de ofício pelo juiz.

No inciso VIII do art. 799 do CPC encontra-se a possibilidade de pedido de medidas urgentes. Havia uma novidade no texto originário: a expressa menção à possibilidade de se requerer a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, para posterior penhora. Já havia defendido a possibilidade de penhora *on-line* antes mesmo da citação do executado (*inaudita altera partes*), desde que demonstrado o perigo de ineficácia da medida diante da ciência do executado da existência da

⁴ Araken de Assis, *Manual*, n. 123.1, p. 429.

⁵ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.662, p. 504.

⁶ Câmara, *Lições*, v. 2, p. 256; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 303.

⁷ Araken de Assis, *Manual*, n. 123.4, p. 431.

⁸ Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 437.

⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 986.972/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2012, DJe 23/10/2012.

demanda judicial. Infelizmente, no texto final, essa parte do dispositivo foi suprimida, o que, entretanto, não é capaz de afastar a possibilidade de tal penhora antecipada nos termos do art. 799, VIII, do CPC.

Segundo o art. 798, II, “c”, do CPC, a exemplo do que ocorre no requerimento inicial do cumprimento de sentença (art. 524, VII, do CPC), o exequente tem a faculdade de indicar, na petição inicial, bens do executado passíveis de serem penhorados. Registre-se que a indicação de bens na petição inicial, embora auxilie a tarefa do oficial de justiça na localização do patrimônio do executado – sempre uma fase difícil do processo executivo –, não o vincula peremptoriamente à realização de penhora do bem indicado.

Mesmo sem o pedido expresso do exequente em sua petição inicial, o juiz poderá, de ofício, intimar a qualquer tempo o executado para que indique os bens passíveis de penhora, sendo a consequência do descumprimento – total ou parcial – a aplicação da multa de até 20% do valor exequendo, a qual será revertida em proveito do exequente, conforme previsão do parágrafo único do art. 774 do CPC.

O art. 774, V, do CPC é interessante por dois motivos: primeiro, porque possibilita a atuação oficiosa do juiz e, segundo, porque não limita temporalmente a intimação para que o executado contribua com o Poder Judiciário na sempre difícil tarefa de localização dos bens sujeitos à penhora. Aplica-se também a esse dispositivo legal o art. 841, § 1º, do CPC, que permite que a intimação seja feita na pessoa do advogado ou da sociedade de advogados a que ele pertença, desde que haja um advogado constituído nos autos. Na realidade, essa permissão é prevista para o caso específico de intimação da penhora, mas parece razoável que também seja aplicada conforme sugerido, ainda que com menor incidência prática, em razão do momento inicial do procedimento em que tal comunicação ocorre.

Naturalmente, uma intimação na pessoa do advogado ou da sociedade de advogados a que ele pertença, por meio de mera publicação na imprensa oficial, é ato que não demanda grandes esforços, podendo ser realizado sem graves perturbações ao bom andamento procedimental. O mesmo, entretanto, não ocorre com a intimação pessoal do executado, ainda mais se ele estiver imbuído em se ocultar, dificultando a realização do ato de comunicação processual. Dessa forma, o juiz não deve perder a oportunidade inicial do processo, na qual o executado será necessariamente citado para ser integrado ao processo e intimado para pagar no prazo de três dias, sendo de todo conveniente que

seja desde já também intimado para que no prazo de cinco dias indique os bens de seu patrimônio sujeitos à execução¹⁰. O executado terá, assim, o dever de apresentar em juízo a declaração de seus bens, nos limites da satisfação do direito exequendo, desde que não realize o pagamento dentro do prazo de três dias.

Além dos requisitos do art. 319 do CPC, cabe ao exequente instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 798, I, do CPC), nos termos do art. 320 do mesmo diploma legal. O título executivo e o demonstrativo de cálculos são documentos que obrigatoriamente devem instruir a petição inicial, salvo se for executado o valor de face do título executivo, quando a juntada do demonstrativo de cálculos será dispensada. Não se exige que a instrução da petição inicial seja feita com o original do título executivo extrajudicial, salvo nas hipóteses de títulos cambiários, em razão de sua circulabilidade. E mesmo nesse caso, restando demonstrado que não há risco material de circulação do original da cártula, o Superior Tribunal de Justiça admite a instrução da petição inicial com sua cópia reprográfica¹¹.

A ausência de quaisquer desses documentos indispensáveis à propositura da execução é causa de intimação do exequente para emenda da inicial (art. 321, *caput*, do CPC)¹², havendo correta decisão do Superior Tribunal de Justiça que admite a juntada do título executivo mesmo após vencido o prazo de emenda da petição inicial, mas antes da extinção terminativa do processo¹³. Por outro lado, parece exagerada a possibilidade de emenda da petição inicial após a oposição dos embargos, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

O pronunciamento que determina a emenda da petição inicial é indiscutivelmente uma decisão interlocutória, havendo na vigência do CPC/1973 entendimento das Turmas integrantes da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento de agravo de instrumento¹⁵. A natureza desse pronunciamento

¹⁰ Contra, entendendo que o dever de informar exige frustração anterior da diligência do oficial de justiça: Medina, *Execução*, n. 3.4.4, p. 103; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 306.

¹¹ STJ, 4ª Turma, REsp 1.086.969/DF, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/06/2015, DJe 30/06/2015.

¹² STJ, 1ª Turma, REsp 812.323/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.09.2008, DJe 02.10.2008; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 213; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 438.

¹³ *Informativo 471/STJ*: 4ª Turma, REsp 924.989/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.05.2011, DJe 17.05.2011.

¹⁴ STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 697.624/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/11/2012, DJe 06/12/2012.

¹⁵ STJ, 2ª Turma, REsp 1.248.474/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/05/2011, DJe 31/05/2011.

não mudará com o Código de Processo Civil, como também não se alterará sua recorribilidade por meio do agravo de instrumento, em razão do previsto no parágrafo único, do art. 1.015 do CPC.

Na realidade, embora o art. 798, I, “b”, do CPC preveja ser o demonstrativo de cálculos documento indispensável à instrução da petição inicial do processo de execução de pagar quantia certa, a exigência só tem sentido quando o exequente pretender executar um valor distinto daquele nominalmente previsto no título executivo extrajudicial. Assim, caso o exequente pretenda executar o valor de face do título executivo (com o que perderá dinheiro, mas é sempre uma opção do exequente) estará dispensado de juntar o demonstrativo de cálculos¹⁶.

Também é dispensável a juntada de demonstrativo de cálculos na execução fiscal, já tendo o Superior Tribunal de Justiça consolidado o entendimento pela sua desnecessidade por não estar prevista no art. 6º da Lei 6.830/1980, que versa sobre os requisitos formais da petição inicial na execução fiscal¹⁷.

Martina tem em seu poder um cheque emitido por Santiago no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Sobre esse valor incidem juros de mora e correção monetária, e pretendendo Martina executar o valor atualizado do débito será obrigada a juntar com a petição inicial executiva o demonstrativo de cálculo. Por outro lado, caso pretenda receber apenas R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), bastará instruir sua petição inicial com o original do cheque.

No parágrafo único do art. 798 do CPC há previsão das diretrizes formais para a elaboração do memorial descritivo de cálculos. Este deverá conter: o nome completo e o número do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado; o índice de correção monetária adotado; a taxa dos juros de mora aplicada; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

O objetivo do dispositivo legal é que o exequente discrimine o máximo possível como ele chegou ao valor exequendo, permitindo assim o controle por parte do juiz e do executado.

Apesar de previstas para o cumprimento de sentença, as regras consagradas nos parágrafos do art. 524 do CPC são aplicáveis ao processo de execução,

tendo sido devidamente analisadas no Capítulo 50, itens 50.3 e 50.4.

53.1.2. Averbação da execução

Segundo o art. 828, *caput*, do CPC, o exequente tem a faculdade¹⁸ de pedir uma certidão comprobatória de ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa. Tal certidão servirá ao exequente para fins de averbação no registro de imóveis, veículos ou qualquer outro registro de bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade. É natural que a aplicação desse dispositivo legal dependa do conhecimento da situação patrimonial do executado pelo exequente, porque, não tendo ciência de onde mantém registrados seus bens, de nenhuma serventia terá a certidão.

O objetivo da averbação é dar ciência a terceiros e ao próprio executado, antes mesmo de sua citação, de que existe uma ação executiva em trâmite que pode gerar a fraude à execução na hipótese de alienação ou oneração do bem. É o próprio art. 828, § 4º, do CPC, que prevê a presunção de fraude à execução nesse caso, devendo o dispositivo ser interpretado em conjunto com o art. 792, II, do CPC.

Na vigência do CPC/1973, entendia-se que a averbação da execução gerava duas presunções: presunção absoluta de ciência sobre a existência da ação e presunção relativa de fraude à execução, porque, demonstrando o executado ter bens restantes em seu patrimônio aptos a satisfazer o direito do exequente, não teria se verificado o *eventus damni* e, com isso, não teria ocorrido qualquer espécie de fraude na alienação e/ou oneração do bem objeto da averbação.

A redação atual do art. 828, § 4º, do CPC, continua a sugerir essa interpretação ao mencionar expressamente que o ato será presumido em fraude à execução, mas não é nesse sentido o art. 792, II, do CPC, que aparentemente criou espécie de fraude à execução que não depende *eventus damni* para se configurar, conforme amplamente analisado no Capítulo 46, item 46.7.2. Dessa forma, não parece acertado falar-se, nesse caso, de presunção de fraude, mas de fraude propriamente dita.

Enquanto no sistema do CPC/1973 a mera propositura da execução já permitia ao exequente a obtenção da certidão para fins de averbação, no atual sistema a execução precisa antes ser admitida pelo juiz, nos termos do *caput* do art. 828 do CPC.

¹⁶ Medina, *Novo*, p. 1.080.

¹⁷ STJ, 1ª Seção, REsp 1.138.202/ES, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010, Recurso Especial repetitivo tema 268.

¹⁸ Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 621.

O legislador preferiu prestigiar a segurança jurídica, mas, diante da notória demora dos trabalhos cartoriais, prejudicou sensivelmente a efetividade da medida. Entendo que eventuais abusos na averbação não deveriam ter sido suficientes para a mudança operada, já que tanto o antigo como o atual sistema de averbação consagram, expressamente, a responsabilidade do exequente nesses casos.

Procedimentalmente, caberá ao cartório judicial a expedição dessa certidão, sempre que assim solicitado – ainda que verbalmente – pelo exequente. Nos termos do Enunciado 130 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “a obtenção da certidão prevista no art. 844 independe de decisão judicial”, mas só poderá ser expedida pelo cartório judicial depois de a execução ter sido admitida pelo juiz¹⁹. Caberá ao exequente se dirigir aos registros de bens e realizar a averbação, sendo de sua responsabilidade a eventual abusividade nessa conduta.

Até mesmo para que o juiz tenha possibilidade de controlar eventual ato abusivo praticado pelo exequente, cumpre a ele informar em juízo a realização da averbação no prazo de 10 dias da sua concretização (art. 828, § 1.º, do CPC). Não existe qualquer consequência prevista em lei para a não realização da comunicação, donde se pode concluir que a averbação, com a consequente fraude à execução, não será afetada diante do descumprimento da exigência legal²⁰, apesar de existir respeitável corrente doutrinária a defender a perda de eficácia da averbação, cessando a presunção de fraude à execução²¹.

Prevê o art. 828, § 5.º, do CPC que, na hipótese de averbação manifestamente indevida – que pode abranger a penhora de bens manifestamente impenhoráveis²², ou ainda averbações excessivas, considerando o valor dos bens²³ –, ou no não cancelamento no prazo legal, quando determinado pelo juízo, o exequente indenizará a parte contrária.

Entendo que deva ser aplicado à hipótese a teoria do risco-proveito, de forma que a responsabilidade do exequente pela averbação é objetiva, ou seja, prescinde de culpa²⁴. Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça só será cabível a

indenização se ficar demonstrada a intenção do exequente de prejudicar o executado²⁵.

Questão interessante que diz respeito à averbação manifestamente indevida é a espécie de responsabilidade do exequente prevista pelo § 5º do art. 828 do CPC: subjetiva ou objetiva, ou seja, a culpa do exequente tem relevância para a determinação de sua responsabilidade no caso concreto?

Nos termos do art. 927, parágrafo único do CC, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa decorre de expressa previsão em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Não há dúvida da inexistência de previsão legal no sentido de ser objetiva a responsabilidade prevista pelo art. 828, § 5º do CPC, de forma que nesses termos a responsabilidade do exequente ora analisada seria subjetiva, dependendo, portanto, da configuração de culpa. A segunda parte do parágrafo único do art. 927, parágrafo único do CC, entretanto, torna bem mais instigante a discussão a respeito da espécie de responsabilidade na hipótese ora analisada.

Segundo a melhor doutrina civilista o dispositivo legal ora analisado consagra a teoria do risco proveito, de forma que aquele que pratica ato que lhe traga proveito deve ser condenado a ressarcir os danos do afetado pelo ato independentemente de culpa²⁶. Nesses termos, parece que a responsabilidade prevista no art. 828, § 5º do CPC é objetiva, já que não há dúvida a respeito da teoria do risco proveito à hipótese ora analisada.

Durante considerável tempo defendi a natureza subjetiva da responsabilidade prevista no § 5º do art. 828 do CPC porque entendia que ao exigir “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”, o art. 927, parágrafo único do CC não deveria ser aplicado. Após uma análise mais retida do tema, entretanto, acredito que tenha chegado o momento de rever minha posição.

Ainda que a averbação possa ser considerada excepcional, por depender do conhecimento do exequente de bens registrados do executado, além de ser facultativa, passei a entender que o termo “normalidade” previsto no parágrafo único do art. 927 do CC não é o suficiente para afastar sua aplicação à responsabilidade prevista no art. 828, § 5º do

¹⁹ Enunciado 104 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “O fornecimento de certidão para fins de averbação premonitória (art. 799, IX, do CPC) independe de prévio despacho ou autorização do juiz”.

²⁰ Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 48-50; Gumerato, *Reforma*, p. 158.

²¹ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 235; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 622.

²² Câmara, *Lições*, v. 2, p. 258.

²³ Araken de Assis, *Manual*, n. 125.6, p. 442; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 76-77.

²⁴ Neves, *Comentários*, pp. 82-83; Assis, *Manual*, n. 138.6.4, p. 666; Amaral, *Comentários*, p. 848.

²⁵ STJ, 3ª Turma, REsp 1.694.820/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/06/2019, DJe 13/06/2019.

²⁶ Tartuce, *Direito*, vol.2, p. 487; Chaves de Faria-Rosendal-Braga Netto, *Curso*, vol. 3, p. 479.

CPC. E isso porque “normal” não é necessariamente frequente, mas sim o que se realiza dentro dos parâmetros legais, ou seja, conduta permitida por lei.

E minha percepção é ainda reforçada quando considero outros fenômenos processuais regidos pela teoria do risco-proveito nos quais é indiscutível a existência de responsabilidade objetiva, tal como na efetivação das diferentes espécies de tutela provisória, no cumprimento provisório de sentença e na realização de hipoteca judiciária (art. 495, § 5º do CPC). É ainda mais importante é notar que nessas hipóteses somente no caso de hipoteca judiciária existe previsão expressa de responsabilidade independentemente de culpa (art. 495, § 5º do CPC), sendo omissos quanto a tal espécie de responsabilidade o art. 302 do CPC, que trata da responsabilidade do beneficiário da tutela provisória e o art. 520, I, do CPC, que trata da responsabilidade do beneficiário do cumprimento provisório da sentença.

Aduz o art. 828, § 2º, do CPC que formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 dias, o cancelamento das averbações relativas aos bens não penhorados. Esse cancelamento, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, será determinado de ofício ou mediante requerimento do executado, caso o exequente não o tenha feito no prazo legal. Nesse caso, verificar-se-á que o exequente realizou averbações sobre mais bens do que era necessário, o que já é um indício de que o ato foi realizado de forma manifestamente indevida, nos termos do art. 828, § 5º, do CPC.

Apesar de a previsão se referir somente ao processo de execução, a melhor doutrina acertadamente entende que também no cumprimento de sentença caberá o pedido pelo exequente da expedição de certidão comprobatória da execução junto ao cartório no qual tramita a demanda judicial²⁷.

53.1.3. Pronunciamento que determina a citação do executado

O art. 829 do CPC é o responsável pela previsão das regras referentes ao início do procedimento do processo de execução de pagar quantia certa fundada em título extrajudicial, apontando a postura do juiz após o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial. Fala-se em juízo positivo de admissibilidade porque, tendo o processo executivo seu início por meio de petição inicial, o juiz analisará de ofício os

requisitos formais dessa peça, podendo indeferi-la de plano, determinar sua emenda no prazo de 15 dias, ou, se entender que formalmente a peça encontra-se em ordem, determinar a citação do executado.

Segundo o art. 829, *caput*, do CPC, o executado será citado para, no prazo de três dias, contado da citação, pagar a dívida. Como já analisado no Capítulo 16, item 16.5.1. na realidade, o executado é citado para integrar a relação jurídica processual e intimado para pagar a dívida em três dias. O termo inicial da contagem desse prazo é a realização da citação, sendo irrelevante a data da juntada aos autos da primeira via do mandado de citação devidamente cumprido. O *caput* do art. 829 do CPC, ao prever que o prazo será contado da citação, se compatibiliza com o art. 231, § 3º, do CPC.

Ao determinar a citação do executado, que poderá ocorrer por correio²⁸, oficial de justiça ou por meio eletrônico, o juiz fixa de plano os honorários advocatícios de 10%, nos termos do art. 827, *caput* do CPC. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, esse percentual mínimo não pode ser diminuído no caso concreto, salvo na hipótese do art. 827, § 1º, do CPC²⁹. A previsão de que os honorários advocatícios serão fixados em 10% sobre o valor exequendo é importante porque dá margem para o juiz fixar honorários advocatícios também nos embargos à execução eventualmente apresentados.

Havendo oposição de embargos, há decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a existência de duas ações, uma de execução e uma de embargos - admitindo a fixação de duas verbas de sucumbência (uma em cada ação), mas limitando o valor total a 20% do valor executado³⁰, enquanto outras preferem defender a tese da sucumbência recíproca, ainda que reconhecendo a autonomia das duas ações³¹. Outras sustentam ser irrelevante a discussão a respeito de quantas sucumbências existem, afirmando que o valor total nunca poderá superar os 20% do valor executado (art. 85, § 2º, do CPC)³².

²⁸ Enunciado 85 da I Jornada de direito processual civil do CJF: “Na execução de título extrajudicial ou judicial (art. 515, § 1º, do CPC) é cabível a citação postal”.

²⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 1.745.773/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05/12/2018.

³⁰ STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 1.248.012/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.10.2011, *DJe* 28.10.2011; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 952.629/RJ, rel. José Delgado, j. 1.º.04.2008.

³¹ STJ, 1ª Turma, REsp 539.574/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.12.2005.

³² *Informativo* 506/STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 170.817-PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.10.2012; STJ, 3ª Turma, REsp 589.772/RS, Rel. Min. Castro Filho, j. 16.02.2006.

²⁷ Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 622; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 76; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 55; Glauco Gumerato, *Reforma*, p. 156.

Para superar as divergências o Superior Tribunal de Justiça criou precedente vinculante pela sistemática do recurso repetitivo (tema 587) no sentido de haver uma autonomia parcial entre as ações: não cabe compensação dos honorários fixados em cada uma delas, mas a soma de ambos não poderá exceder 20% do valor executado³³.

Esse entendimento restou consagrado no § 2º do art. 827 do CPC, que prevê que o valor dos honorários poderá ser elevado até 20% quando rejeitados os embargos à execução. O mesmo dispositivo prevê que o acréscimo poderá ocorrer, inclusive, sem a oposição dos embargos pelo executado, desde que o juiz, ao final do processo, entenda que houve trabalho desenvolvido pelo patrono do exequente que justifique o aumento. A regra é positiva porque mesmo uma execução sem embargos pode ser complexa a ponto de ensejar uma condenação em honorários superior aos 10% fixados originariamente.

Não há preclusão temporal para o pedido de fixação de honorários advocatícios em favor do patrono do exequente, de forma que, mesmo sendo omissa a decisão inicial, é possível posteriormente haver pedido e decisão nesse sentido. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, entretanto, pode haver preclusão lógica caso reste consolidado o fato de não incidência dos honorários sucumbenciais em razão do andamento procedimental³⁴.

O pronunciamento que determina a citação do executado, ao menos no tocante ao capítulo que trata do valor dos honorários advocatícios, tem natureza de *decisão interlocutória*, recorrível por *agravo de instrumento*³⁵, nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do CPC. O executado poderá realizar o pagamento do principal atualizado, juros, custas processuais, mas deixar de realizar o pagamento integral do valor indicado a título de honorários advocatícios, caso prefira discutir, em grau recursal, o valor fixado inicialmente pelo juiz ao determinar sua citação. Essa postura do executado não evitará, por si só, a continuação da execução concernente à cobrança dos honorários advocatícios, o que só ocorrerá, no caso concreto, com a obtenção do efeito suspensivo ao recurso interposto (art. 1.019, I, do CPC).

53.1.4. Não localização do executado e de seus bens

Não sendo localizado o executado, será frustrada sua citação, e não sendo localizados bens de

seu patrimônio será materialmente impossível a realização de atos de penhora. Nesse caso, caberá ao exequente dar andamento ao processo, indicando novo endereço para fins de citação e/ou indicando bens a serem penhorados.

53.1.5. Arresto executivo

Não sendo possível realizar a citação do executado em razão de sua não localização, mas localizando-se bem ou bens de seu patrimônio, caberá ao oficial de justiça realizar o arresto executivo de tantos bens quantos bastem para garantir a dívida (art. 830, *caput*, do CPC).

O *arresto executivo*, apesar de preparar a garantia do juízo que será realizada pela penhora, não se confunde com o arresto cautelar, previsto no art. 301 do CPC. Primeiro, em razão dos diferentes requisitos necessários à sua concessão, pois na constrição cautelar devem-se verificar a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do CPC), e no arresto executivo, a frustração na citação do executado e a localização de seu patrimônio³⁶. Segundo, porque o arresto executivo é realizado *ex officio* pelo oficial de justiça, enquanto o arresto cautelar depende de decisão judicial³⁷. Terceiro, porque o arresto executivo outorga ao credor o direito de preferência, o que não ocorre no arresto cautelar³⁸, ainda que não seja esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁹.

Tratando-se, portanto, de ato executivo de *pré-penhora* ou *penhora antecipada*⁴⁰, conclui-se que não existe qualquer exigência em se provar perigo de ineficácia do resultado do processo para a concessão do arresto executivo; basta não localizar o executado para sua citação⁴¹. Justamente por isso, é acertado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em admitir o arresto executivo *on-line* pelo sistema SisbaJud⁴².

³³ STJ, Corte Especial, REsp 1.520.710/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/12/2018, DJe 27/02/2019.

³⁴ Informativo 543/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.252.412/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.11.2013, DJ 03.02.2014.

³⁵ Araken de Assis, *Manual*, n. 130, p. 446.

³⁶ STJ, 1.ª Turma, REsp 690.618/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 1.º.03.2005, DJ 14.03.2005.

³⁷ Câmara, *Lições*, v. 2, p. 260-261; Medina, *Execução*, n. 3.5.4, p. 111.

³⁸ Araken de Assis, *Manual*, n. 218, p. 585; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 261; Shimura, *Arresto*, n. 6.1, p. 217; STJ, 4.ª Turma, REsp 759.700/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezini, j. 18.08.2005, DJ 24.04.2006.

³⁹ STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 902.536/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.03.2012, DJe 11.04.2012; Informativo 421/STJ: REsp 293.287-SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.02.2010.

⁴⁰ Araken de Assis, *Manual*, n. 218, p. 584.

⁴¹ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.669, p. 511; Greco, *O processo*, n. 8.1.1, p. 301; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 442; Fux, *Curso*, p. 1.400. Contra: Greco Filho, *Direito*, n. 12.2, p. 80.

⁴² Informativo 519/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.370.687-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04.04.2013, DJe 15.08.2013.

Segundo o art. 830, § 1º, do CPC, nos 10 dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado por duas vezes em dias distintos tentando realizar a citação. Sendo realizada a citação, prossegue-se no procedimento regular da execução, mas o arresto já realizado pelo oficial de justiça não será revogado; não sendo realizado o pagamento no prazo de três dias, o arresto converte-se em penhora⁴³. Caso o réu não seja localizado, o exequente será intimado para que requeira a citação do executado por edital: não sendo providenciada, o arresto se desfaz; providenciada a citação e não sendo realizado o pagamento em três dias, o arresto se converterá em penhora⁴⁴, independentemente de termo, com a posterior intimação do executado, nos termos do art. 841, § 1º, do CPC, que poderá ser dispensada quando já constar do edital⁴⁵.

Ciente da complexidade, demora e alto custo da publicação de edital, o CPC, em seu art. 830, § 1º, inova ao prever a possibilidade de o oficial de justiça, nos dez dias seguintes à efetivação do arresto, realizar a citação do executado por hora certa, desde que suspeite de ocultação maliciosa.

Apesar do procedimento previsto em lei, com a realização da constrição judicial por meio de oficial de justiça, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente entende ser cabível o arresto *on-line* com a utilização do sistema SisbaJud⁴⁶. Dessa forma, sendo devolvido o mandado de citação negativo pelo oficial de justiça, caberá a tentativa de arresto de dinheiro do executado mantido em instituições financeiras pelo sistema SisbaJud, até porque, se o arresto executivo é uma pré-penhora ou penhora antecipada, não teria sentido impedir a utilização de forma eletrônica de penhora a tal ato de constrição.

Tratando-se de *citação ficta* realizada por edital ou por hora certa, e não ingressando no processo o executado por meio de advogado constituído, caberá ao juiz a indicação de um curador especial que terá inclusive legitimidade para o oferecimento de embargos à execução⁴⁷.

53.1.6. Posturas do executado citado

Sendo o executado localizado e citado, tem início o prazo de três dias para que adote postura no sentido de pagar o valor devido ou se manter inerte.

Segundo o art. 827, § 1º, do CPC, havendo o pagamento integral da dívida no prazo de três dias da citação do executado, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade. Havendo pagamento parcial, entendo que cabe o desconto proporcional, apesar de a doutrina majoritária afirmar que o desconto está limitado ao pagamento integral⁴⁸. Como já analisado no Capítulo 41, item 41.3 trata-se de medida de execução indireta, com o objetivo de pressionar psicologicamente o executado a cumprir sua obrigação por meio do oferecimento de um prêmio caso realize o pagamento no prazo legal.

Realizado o pagamento, o exequente deverá ser intimado, sendo-lhe concedido prazo para sua manifestação, em respeito ao princípio do contraditório. Concordando com o pagamento, o processo executivo será extinto; afirmando que o valor foi pago a menor, poderá imediatamente levantar o valor depositado, cabendo ao juiz decidir a impugnação feita pelo exequente. No caso de rejeição da impugnação, profere sentença extinguindo a execução e, caso a acolha, o processo executivo prosseguirá para o pagamento do saldo devedor, calculando-se a isenção do pagamento da verba honorária com a aplicação da proporcionalidade entre o valor devido e o efetivamente pago. Nesse caso de continuação do processo de execução, ainda que o executado realize imediatamente o pagamento, não mais poderá se beneficiar da isenção do valor determinado pelo juiz como devido a título de honorários advocatícios.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o depósito judicial de montante integral ou parcial da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada⁴⁹, de forma que a partir desse momento passa a ser a instituição financeira, que mantém o depósito judicial, a responsável pelo pagamento de correção monetária⁵⁰, sendo dispensável a propositura de ação própria para discutir a adequada remuneração dos valores depositados⁵¹. A oitiva do exequente

⁴³ Araken de Assis, *Manual*, n. 219.3, p. 586-587; Fux, *Curso*, p. 1.400.

⁴⁴ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 442; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 46-47.

⁴⁵ No sistema anterior, no sentido do texto: Greco, *O processo*, n. 8.1, p. 304-305. Contra: STJ, 5ª Turma, REsp 898.167/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.11.2008, DJe 01.12.2008.

⁴⁶ STJ, 3ª Turma, REsp 1.822.034/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/06/2021, DJe 21/06/2021; STJ, 4ª Turma, REsp 1.370.687/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04/04/2013, DJe 15/08/2013. Pelo cabimento na execução fiscal: STJ, 1ª Seção, REsp 1.184.765/PA, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2010, DJe 03.12.2010.

⁴⁷ Súmula 196/STJ: "Ao executado que, citado por edital ou hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para a apresentação de embargos".

⁴⁸ Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 438; Theodoro Jr., *Processo*, n. 183, p. 240.

⁴⁹ *Informativo* 540/STJ, Corte Especial, REsp 1.348.640/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.05.2014.

⁵⁰ Súmula 271/STJ: "A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário".

⁵¹ *Informativo* 543/STJ, 1ª Seção, REsp 1.360.212/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2013, DJe 11.09.2013.

continua a ser necessária para se determinar se o depósito foi parcial ou integral, mas, nos limites da quantia depositada, a obrigação do executado estará imediatamente extinta.

Tendo sido a citação realizada por oficial de justiça e tendo transcorrido o prazo legal de três dias sem que se realize o pagamento, o oficial deverá voltar ao endereço do executado e, em poder da segunda via do mandado, realizar a penhora e avaliação de bens. O art. 829, § 1.º, do CPC prevê que cabe ao oficial a avaliação do bem penhorado, sendo a presença do avaliador residual reservada aos casos em que seja necessário conhecimento específico que falte ao oficial de justiça.

Atribuir-se ao oficial de justiça a responsabilidade por avaliar o bem penhorado tem sua origem no direito processual do trabalho, no qual a figura do oficial-avaliador já se faz presente há muito na realidade forense em virtude da determinação prevista pelo art. 721, § 3.º, da CLT⁵². Registre-se que essa atuação de avaliador do oficial de justiça também se encontra presente na execução fiscal, em virtude da previsão do art. 13, *caput*, da Lei 6.830/1980, a qual determina que do termo ou auto de penhora já conste a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavar.

Quanto à tarefa de avaliar o bem penhorado, o Superior Tribunal de Justiça tem precedente que não admite que o juiz, com fundamento nas regras de experiência comum previstas no art. 375 do CPC, dispense a realização de perícia com a justificativa de ter conhecimento técnico ou científico sobre determinado mercado imobiliário⁵³.

Outro aspecto interessante diz respeito à previsão que determina a lavratura do respectivo auto de penhora e avaliação, com a intimação *incontinenti* do executado (também prevista no art. 841, *caput*, do CPC), o que naturalmente pressupõe a sua localização. É bem verdade que o art. 841, § 1.º, do CPC permite que tal intimação seja realizada na pessoa do advogado do executado ou da sociedade a que ele pertença, desde que devidamente constituído. Tratando-se de ato processual praticado no início do procedimento, mais precisamente três dias após a citação do executado – ainda que na prática forense demore bem mais do que isso –, dificilmente o executado já terá constituído advogado nos autos, o que torna frequente a necessidade de sua intimação pessoal.

De qualquer forma, é interessante a previsão possibilitando a intimação do advogado, até mesmo como forma de coibir o ingresso de *exceções e objeções de pré-executividade* visando a impedir a realização da penhora. Na hipótese de o executado ingressar voluntariamente no processo para arguir matérias de defesa por meio de exceção ou objeção de pré-executividade, o fará, necessariamente, por meio de um advogado, em razão da exigência de capacidade postulatória para a prática de tal ato. Sendo devidamente constituído nos autos, o devedor poderá ser intimado da penhora na pessoa de seu advogado, por simples publicação do Diário Oficial, conforme prevê o art. 841, § 1.º, do CPC.

Caso não haja advogado constituído nos autos, o executado será intimado pessoalmente, prevendo o § 2º do art. 841 do CPC a preferência pela via postal. Entendo que, apesar da previsão legal, o meio preferencial é o eletrônico, sempre que o executado tiver seu endereço eletrônico cadastrado, nos termos dos arts. 1.050 e 1.051 do CPC. A dispensa de intimação formal ocorre, nos termos do § 3º, do art. 841 do CPC, sempre que a penhora for realizada na presença do executado, quando se reputa que tenha sido intimado. Trata-se de norma a ser aplicada quando o executado, mesmo ciente da penhora, porque estava presente ao ato processual de constrição, se recusa a ser intimado formalmente.

Conclusivamente, é importante observar que não há previsão da nomeação de bens à penhora como uma das posturas admitidas ao executado, não obstante continuar a ser possível tal ato⁵⁴, o que, entretanto, não evitará a realização da penhora de outro bem quando o oficial de justiça realizar o ato de constrição judicial. Havendo a penhora de bem diverso daquele indicado, caberá ao juiz, sempre ouvindo as partes, em respeito ao princípio do *contraditório*, decidir qual o mais interessante à execução, podendo manter a penhora ou determinar a sua substituição.

O que precisa ficar claro é que a indicação de bens à penhora por parte do executado, após sua citação e no prazo legal para sua reação, é uma mera liberalidade, não interferindo nos atos processuais, principalmente na atuação constritiva do oficial de justiça. Não se pode, entretanto, desprezar a possibilidade de esse ato de mera liberalidade ser efetivamente praticado, o que inclusive pode ser aproveitado em prol da efetivação da tutela executiva, sempre que a indicação for séria e os bens indicados aptos a satisfazer o direito do exequente.

⁵² Bezerra Leite, *Curso*, p. 768; Nascimento, *Curso*, p. 569.

⁵³ Informativo 774/STJ, 3ª Turma, REsp 1.786.046/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, por unanimidade, j. 9/5/2023.

⁵⁴ Medina, *Execução*, n. 3.6.2, p. 114.

53.2. PAGAMENTO PARCELADO

53.2.1. Introdução

O art. 829, *caput*, do CPC prevê que o executado será citado para que realize o pagamento no prazo de três dias, sendo que a remissão da execução já foi analisada anteriormente no Capítulo 53, item 53.1.6. Não sendo efetuado o pagamento, já será possível a realização de atos de constrição judicial, mais especificamente a penhora, ou, por outro lado, poderá o executado embargar a execução no prazo de 15 dias, nos termos do art. 915 do CPC, sendo essa defesa típica do executado analisada no Capítulo 55, item 55.2. Nesse mesmo prazo, o executado que não pagou integralmente a dívida, poderá preferir realizar tal pagamento de forma parcelada, nos termos do art. 916 do CPC.

Em inovação trazida ao sistema pela Lei 11.382/2006 e mantida pelo Código de Processo Civil, o art. 916 do CPC cria uma nova espécie de reação por parte do executado diante de sua citação no processo de execução de pagar quantia certa, fundado em título executivo extrajudicial. Segundo o art. 916, *caput*, do CPC, no prazo de embargos (15 dias), o executado poderá reconhecer o crédito do exequente e, comprovando o depósito de 30% do valor exequendo, acrescido de custas e de honorários de advogado, requerer o pagamento do valor restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

53.2.2. Pagamento parcelado: moratória legal?

Trata-se, segundo a melhor doutrina, de uma espécie de moratória legal⁵⁵, porque, uma vez preenchidos os requisitos formais, o juiz estará obrigado a deferir o pedido de pagamento parcelado feito pelo executado, ainda que haja manifestação contrária do exequente⁵⁶. Não há outra forma de interpretar o dispositivo legal, porque, sem a segurança de que terá seu pedido deferido caso cumpra as exigências formais, dificilmente o executado abrirá mão de seu direito de embargar ao reconhecer a dívida com a mera expectativa de ser aceito o seu pedido de pagamento parcelado. A *segurança jurídica* de que terá efetivamente direito à moratória é a única forma de incentivar o executado à utilização da postura prevista no art. 916 do CPC.

No projeto de lei aprovado pela Câmara, o pedido de pagamento parcelado deveria ser motivado. Tal

exigência, aliada à previsão expressa de que o exequente poderia apresentar qualquer fundamento para a não concessão do parcelamento, demonstrava que a comissão de juristas da Câmara havia sucumbido ao incorreto entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça de que o pagamento parcelado não é um direito potestativo do executado⁵⁷.

Essas previsões, entretanto, foram retiradas do texto final do CPC aprovado pelo Senado, o que deve ser comemorado, porque permite a conclusão de que o pagamento parcelado seja efetivamente um direito potestativo do executado, que só deve preencher os requisitos formais para obter uma moratória no pagamento. Na Emenda do tópico 2.3.2.192 do Parecer Final 956 do Senado, consta que a redação afinal consagrada aspira à “restauração dos termos alvitados por esta Casa para a matéria, que preservam a sistemática em vigor do instituto do parcelamento, introduzido pela reforma processual de 2006 e que vem sendo aplicado com êxito e sem dificuldades”.

O entendimento de que realmente se trata de uma moratória legal, vinculando o exequente ao recebimento parcelado independentemente de sua vontade, é corroborado pelo § 1º do art. 916 do CPC, que ao exigir o contraditório para o deferimento do pedido limita a manifestação do exequente ao preenchimento dos requisitos formais do pedido. Se nem mesmo o exequente pode se manifestar sobre o mérito do pedido, fica claro que o juiz só poderá indeferir-lo por vício formal.

Sempre haverá um risco no indeferimento do pedido de pagamento parcelado. Naturalmente que, sendo o indeferimento limitado a irregularidades formais, a culpa terá sido do executado e por isso deve responder. A partir do momento em que o indeferimento pode ter qualquer motivo fundado, o risco aumenta consideravelmente, porque o deferimento do pedido passa a depender da conduta do exequente e do subjetivismo judicial.

Apesar de entender correta a natureza moratória de pagamento parcelado, não deixa de ser interessante a análise de situação especial, na qual notoriamente o executado tem patrimônio a responder imediatamente pela execução, como ocorre com poderosas empresas. Mesmo sabendo da grande possibilidade de se realizar a penhora *on-line*, ainda assim será possível o parcelamento? Ou, ainda pior, realizada a penhora de dinheiro, admitir-se-á o pagamento parcelado?

⁵⁵ Theodoro Jr., *Curso*, n. 379, p. 445; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 533.

⁵⁶ Scarpinella Bueno, *A nova*, n. 26, p. 306; Mazzei, *Reforma*, p. 606.

⁵⁷ *Informativo* 497/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.264.272/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.05.2012, DJe 22.06.2012.