

## O CONTEÚDO DA DEFESA PREVISTA NO ART. 733 DO CPC \*

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ

Promotor de Justiça — RS

1. Introdução — 2. Colocação do problema — 3. Natureza da sentença em matéria de alimentos — 4. Amplitude que tem sido dada à defesa do art. 733 do CPC — 5. Manifestação dos tribunais — 6. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

Questão que vem aflorando na doutrina e na jurisprudência e que muito tem preocupado os juristas é a referente à possibilidade do julgador isentar, e em caráter definitivo, o devedor de alimentos no momento processual que lhe é atribuído pelo art. 733 do CPC para justificar o inadimplemento daquela obrigação de subsistência, frente à inovação da situação de fato existente quando da prolação da sentença no processo de conhecimento, sem que tal decisão afronte as garantias constitucionais da coisa julgada e do devido processo legal.

Ocorre que, como é por todos sabido, a via legal adequada para a apreciação de tal problemática jurídica é a ação de redução ou de exoneração de alimentos, onde será possibilitada às partes maior oportunidade de argumentação e de produção de provas.

Entretanto, resta saber se naqueles casos em que o obrigado a tal prestação restou inerte ou por ignorância ou por indolência, e deixou de lançar mão daquela ação de conhecimento, poderia se valer da via sumária dos “embargos” do art. 733 do CPC para alcançar tal escopo, ou se a admissão de semelhante comportamento ofenderia o direito do credor ao devido processo legal.

É o que passaremos a fazer.

\* Antes de iniciar o presente trabalho, impõe-se esclarecer na esteira do autor da melhor monografia nacional a respeito dos alimentos, o insigne Des. Yussef Said Cahali, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional, principalmente a do STF, têm entendido que o art. 733 do CPC não se restringe aos alimentos provisórios, sendo amplamente cabível em caso de inadimplemento de alimentos definitivos (in *Dos Alimentos*, Ed. RT, 1.ª ed., p. 631).

## 2. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Como regra geral, o art. 733 do CPC apenas faculta ao devedor de alimentos dois tipos de comportamento sempre que for judicialmente compelido a cumprir sentença concessiva de prestação daquela natureza.

Ele pode, e no exíguo prazo de três dias, ou efetuar o pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Esta segunda hipótese é a que mais nos interessa, eis que o legislador foi extremamente severo ao disciplinar a espécie, uma vez que, assim como estabeleceu um dos prazos mais avarentos de defesa, apenas 3 dias, também previu sanção sumamente violenta para o eventual inadimplemento, ou seja, o recolhimento do moroso à prisão como forma de coagi-lo a pagar o débito alimentar.

Entretanto, o ponto específico que mais nos interessa é o referente à viabilidade da desconstituição do título executivo na estreita via de tais “embargos” e a possibilidade de semelhante decisão afrontar princípios constitucionais superiores, notadamente o do devido processo legal.

Quem bem apreendeu tal problemática foi a 8.<sup>a</sup> Câmara Cível do TJRJ, que ao apreciar caso análoga de fixação de alimentos provisórios asseverou que “a majoração ou a redução de pensão alimentícia, em cognição sumária e *inaudita altera pars* constitui grave inversão de preceitos processuais e aberta ofensa ao Direito. São inadmissíveis alimentos provisórios onde já há alimentos definitivos fixados por sentença com trânsito formal em julgado. O juiz está, com todo mundo, inclusive os juízes de grau superior, inclinado ante a força dessa sentença, que só pode ser abolida diante de outra sentença também transitada em julgado”.<sup>1</sup>

Essa, em síntese, é a questão a que nos propusemos a enfrentar, ou seja, saber até onde cabe discussão a nível de execução a respeito da subsistência da necessidade dos alimentos, eis que não se trata de processo destinado a alcançar tal objetivo e no seio de um procedimento que, até para a garantia de sobrevivência do credor, deve ser extremamente célere descabendo maior dilação probatória.

## 3. NATUREZA DA SENTENÇA EM MATÉRIA DE ALIMENTOS

Como regra, e reprisando matéria que já enfrentamos em outro trabalho,<sup>2</sup> pode-se acolher como verdadeira a assertiva de Liebman<sup>3</sup> no sentido de que toda a sentença tem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, só vale como preceito inalterável enquanto subsistirem os elementos de fato existentes quando de sua prolação.

Alteradas as bases concretas nas quais se assentou, cabe renovação da equação jurídica aplicável à espécie, sem que se cogite de ofensa ao comando constitucional que determina a todos respeitar a coisa julgada.

Nesse sentido basta transcrever a lição de Carnelutti quando diz que “hay casos en que se consiente volver a proponer la *litis* a pesar de la cosa juzgada, cuando haya intervenido una mutación en el estado de hecho o en el estado de derecho que existia cuando se constituyó la cosa juzgada”.<sup>4</sup>

Tal característica dos atos decisórios sentenciais adquire muito mais força quando confrontada com as relações jurídicas continuativas, as quais até mesmo legalmente prevêm a adoção daquele critério (cf. arts. 401 do CC e 471, I, do CPC).

No caso dos alimentos, essa característica se acentua eis que a previsão da mutabilidade é ínsita ao instituto, fato que não poderia ser desconhecido ou alterado pelo legislador adjetivo como bem salientou o Min. Carlos Madeira, que ao apreciar o RE 100.903-RJ asseverou que “ainda que se admita a igualdade de categoria da lei processual e da lei material, não se pode dar aos institutos do processo civil a força de modificar institutos do direito privado”.<sup>5</sup>

Semelhante lição é amplamente aplicável ao encargo alimentar como se pode apreender do entendimento do insuperável Des. Barbosa Moreira, que após salientar que a autoridade da coisa julgada não se subordina a limite temporal algum, principalmente nas relações jurídicas continuativas, podendo a situação disciplinada na sentença variar, tal variação acarretará eventualmente a incidência de norma de *direito substantivo* que rege a matéria, alterando a obrigação no seu valor ou até fazendo-a cessar.<sup>6</sup>

#### **4. AMPLITUDE QUE TEM SIDO DADA À DEFESA DO ART. 733 DO CPC**

No que diz com a correta interpretação da amplitude da expressão “justificar a impossibilidade de efetua-lo” do art. 733 do diploma adjetivo civil, não há uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

Para o saudoso Pontes de Miranda, tal impossibilidade equivale a força maior no presente. Não abrange a impossibilidade permanente, que constituiria causa de cessação da obrigação de direito de família (CC, arts. 399-401) ou a sua redução parcial, eis que integram matérias de apreciação exclusiva do juízo das ações de condenação, e não do magistrado da execução. Este apenas pode atender à alegação de impossibilidade presente; então está suspensa, e não cessada a aplicação da pena, sem deixar de se atender, rigorosamente, à sentença exequenda.<sup>7</sup>

Não é diverso o entendimento de Celso Neves, que após transcrever a lição de Pontes de Miranda acima referida, afirma que só cabe, a nível de execução, arguições que elidam, momentaneamente, a obrigação alimentar, competindo sempre ao processo de conhecimento toda e qualquer postulação de exoneração ou redução do encargo.<sup>8</sup>

É o que também sustenta, e com os mesmos argumentos, o Des. gaúcho Araken de Assis, para quem o momento processual do art. 733 é exclusivo para considerações referentes a impossibilidade material de pagamento, não sendo permitido pretender a desconstituição do título executivo.<sup>9</sup>

Essa parece ser a posição do Des. Yussef Said Cahali quando diz que a exoneração da obrigação alimentícia fixada na sentença não poderá ser declarada incidentalmente no processo de execução quando é certo, por outro lado, que nem mesmo o ajuizamento da ação revisional mostra-se hábil para sustar a execução da prisão civil, porquanto a propositura daquela demanda jamais poderia elidir a obrigação no tocante às prestações vencidas.<sup>10</sup>

Entretanto, em outra passagem, e adotando posição mais prudente, este insigne integrante do maior colegiado paulista estabeleceu a seguinte distinção, *verbis*: “Embora se possa admitir, em situações excepcionais, a desobrigação *si et in quantum* do alimentante que caiu em insolvência, sob forma de incidente de execução e sem necessidade de ação revisional, parece-nos mais correto entender-se que se a sentença que fixou alimentos transitou em julgado, ainda que formalmente, ou existe acordo homologado em juízo, somente mediante a ação revisional, com nova sentença, se permite a modificação do *quantum* ou a exoneração do encargo”.<sup>11</sup>

Em outro momento, lembrou o Des. Cahali uma outra exceção à regra geral de que somente através de processo de conhecimento cabe a exoneração do obrigado a prestar alimentos. Ela diz com a maioria do filho credor daquela prestação, fato que por si só, faz cessar *ipso jure* a causa jurídica da obrigação de sustento, sem que se faça necessário o ajuizamento de uma ação exoneratória. Eis tal afirmação, *verbis*: “E, tratando-se de extinção automática, pelo simples implemento do termo extintivo da obrigação, não se tem por que exigir-se do genitor e o ajuizamento da ação de exoneração para, só com a procedência dela, ficar liberado da prestação alimentícia ao filho que atingiu a maioridade”.<sup>12</sup>

Defendendo a corrente oposta, que admite a exoneração do devedor a nível de execução, encontra-se o maior processualista português, José Alberto dos Reis, que com a felicidade que lhe é habitual e ao abordar o processo para a cessação ou para a alteração do encargo alimentar, declarou que se é o devedor que pretende fazer reduzir ou cessar a prestação alimentícia, e após expor extrajudicialmente a sua pretensão ao credor nada conseguir, somente resta àquele suspender os pagamentos forçando assim o credor a promover a execução, para que então possa formular a sua postulação nestes mesmos autos, com fundamento no art. 1.121 do CPC.

O referido jurista luso conclui a sua idéia declarando, *verbis*: “Quer dizer, o sentido do art. 1.121 é o seguinte: o pedido há de ser deduzido em execução e portanto no próprio processo em que foi proferida sentença, se o título executivo é de caráter judicial”.<sup>13</sup>

Idêntico é o posicionamento de Liebman quando disse que, proferida uma condenação a alimentos ou outra sentença sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, se intercorrer mudança nas condições de fato que autorize o devedor a promover ação com o fim de reduzir ou fazer cessar seu débito, não há como negar-lhe a utilização de tal circunstância para impedir, entretanto, a execução da sentença.<sup>14</sup>

Para encerrar, não podemos deixar de transcrever a lição de Amílcar de Castro, para quem pode o juiz, a nível de embargos do devedor, exonerar o executado do encargo, de forma definitiva, por impossibilidade permanente superveniente à lavratura da sentença.<sup>15</sup>

## 5. MANIFESTAÇÃO DOS TRIBUNAIS

A questão deduzida no presente trabalho também tem sido alvo de apreciação pelos Tribunais.

E, nestes, vem sendo admitida a liberação definitiva do devedor em casos especiais sem a propositura da ação revisional.

É o que nos dá notícia o Des. Cahali ao transcrever significativa passagem de aresto da 6.<sup>a</sup> Câmara Cível do TJSP, vazado nos seguintes termos, *verbis*: “Se há impossibilidade da prestação, outra solução não poderia ter o processo. Ademais, na ação de alimentos, estes podem ser modificados pelo juiz, como também outro acordo pode ser firmado, sem necessidade de ação revisional. Assim sendo, negam provimento, ressaltando à alimentada o direito de obter os alimentos, caso prove satisfatoriamente a possibilidade de prestá-los o alimentante”.<sup>16</sup>

Não é outro o posicionamento do TJRS, que, ao julgar caso análogo, tendo como relator o emérito processualista Adroaldo Furtado Fabrício, asseverou, *verbis*: “Execução de débito alimentar. Embargos fundados em pagamento a um dos alimentandos e em extinção da obrigação relativamente a outro: admissibilidade. Extinção da obrigação alimentar face ao filho então sob pátrio poder, pelo só fato de haver alcançado a maioridade. Desnecessidade de propositura de ação exoneratória, por cabível a apreciação da matéria no âmbito dos embargos (CPC, art. 741, VI). Presunção de destinação dos pagamentos à alimentanda ex-esposa e à filha ainda menor, única que aquela pode representar ou assistir. Sentença confirmada”.<sup>17</sup>

## 6. CONCLUSÃO

A autoridade da coisa julgada, como bem diz o insuperável Barbosa Moreira, não está subordinada a limite temporal algum.

Entretanto, continua o mestre, a situação disciplinada pela sentença pode variar e tal variação acarretará eventualmente a incidência de norma

de direito *substantivo* que rege a matéria, alterando a obrigação no seu valor ou até fazendo-a cessar.<sup>18</sup>

É evidente que naqueles casos em que desapareceram completamente os motivos justificadores do comando da sentença, esta deixa de ser obrigatória independentemente de qualquer manifestação judicial neste sentido, como bem o disse Cahali ao se referir à liberação do pai quanto aos alimentos devidos ao filho que se tornou maior.

Tal circunstância também foi bem apreendida por Planiol e Ripert que com fundamento em aresto da Corte de Cassação francesa afirmaram que o direito do credor de alimentos se origina de um fato material, a indigência, e não de uma sentença ou de um acordo, os quais têm unicamente a finalidade de fixar o montante da prestação.<sup>19</sup>

Caso contrário, estar-se-ia dando uma sobrevida a algo morto, ou seja, validando uma sentença que se tornou completamente superada pelo tempo, fato esse sim totalmente atentatório ao espírito de segurança defendido pelo ordenamento jurídico.

Não foi esse, absolutamente, o objetivo do constituinte e do legislador ao conceber e disciplinar tal instituto — coisa julgada — como bem o salienta Adolfo Schönke, que com a autoridade de ser um dos maiores processualistas tedescos, afirmou que “la cosa juzgada material, es un precioso medio de evitar resoluciones contradictorias, y con ello velar por la seguridad jurídica; pero es solo un de los medios de que se sirve el orden jurídico para conseguir sus fines, no siendo por si un fin propio; tampoco puede estimarsele como el centro de gravedad del proceso civil; es una de las muchas instituciones formales del orden jurídico, por lo cual como todas las restantes encuentra una limitación en las buenas costumbres y en la idea de comunidad...”<sup>20</sup>

Conseqüentemente, não há impedimento legal a que o juiz das execuções exonere o devedor dos alimentos, desde o momento em que o credor decaiu dessa situação.

Seria um verdadeiro absurdo exigir que ele interpusesse ação de conhecimento distinta e específica se tal matéria já veio ao mundo jurídico em sede de embargos.

Entretanto, há que se salientar que o entendimento defendido neste trabalho não pode ser utilizado como panacéia para todos os males.

É óbvio que ele só é aceitável em casos escancarados, em que é evidente que o credor decaiu de tal situação, como na hipótese do filho que adquiriu a maioridade, da ex-mulher que contraiu novo casamento, da notória insolvência ou falência do devedor e outros, todás situações comprovadas de plano.

O que não se pode pretender, a nível de processo de execução e na estrita via dos embargos do art. 733 do CPC, é realizar pesada instrução com a coleta de inúmeras provas.

Admitir semelhante situação em uma via que exige extrema celeridade seria o mesmo que relegar o credor a morte por inanição, atitude essa que iria de encontro com o escopo pretendido pelo legislador ao conceber semelhante execução especial, aparelhando-a, inclusive, com a odiosa mas necessária medida da prisão civil.

Conseqüentemente, nessa matéria, aconselhamos ao aplicador do direito agir com bom senso, sem imputar ao devedor encargos exagerados nem obstar por completo o direito do hipossuficiente de se socorrer do auxílio dos que lhe são próximos nos momentos de aperto.

#### NOTAS

1. Yussef Said Cahali, in *Dos Alimentos*, Ed. RT, 1986, pp. 356 e 357.
2. Luís Alberto Thompson Flores Lens, in "Da Possibilidade de Nova Avaliação na Desapropriação após o Trânsito em Julgado sentença Homologatória do Primeiro Laudo", artigo publicado na RT 685/46 e, também, na AJURIS 51/191.
3. In *Eficácia e Autoridade da Sentença*, Forense, 1984, p. 255.
4. In *Instituciones del Proceso Civil*, EJEJA, 1989, v. 1/145.
5. In RTJ 119/1.201.
6. In "Ainda e sempre a Coisa Julgada", artigo publicado no livro *Direito Processual Civil*, Borsóí, 1971, p. 144.
7. In *Comentários ao CPC de 73*, Forense, v. 10/480 e 481.
8. In *Comentários ao CPC*, Forense, v. 7/208 e 209.
9. In *Comentários ao CPC*, LEJUR, v. 9/502.
10. In *Dos Alimentos*, Ed. RT, 1.ª ed., p. 645.
11. Ob. cit., p. 586.
12. Idem, p. 441 e, também, p. 440.
13. In *Processos Especiais*, Coimbra Editora Ltda., v. 2/271.
14. In *Embargos do Executado*, Saraiva, 1952, pp. 239 e 240.
15. In *Comentários ao CPC*, Ed. RT, 3.ª ed., v. 8/377.
16. Ob. cit., p. 339, nota de rodapé n. 588.
17. In RJTJRS 152/503.
18. Ob. cit., p. 144.
19. In *Tratado Práctico de Derecho Civil Frances*, 1946, Havana, v. 2/44.
20. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch, 1951, Barcelona, pp. 270 e 271.