

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Sétima Série)

2001

EDITORA LINDA AUTOR

 Editora
Saraiva

“É nula a execução ... se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572”. Por sinal, à luz do exposto no item anterior, ainda que não existisse referência específica a tais casos, incidiria o nº I do mesmo artigo, *verbis* “se o título executivo não for líquido, certo e exigível”¹¹.

Igualmente neste passo, entretanto, o legislador desprezou a melhor opção técnica. Bem vistas as coisas, não é que a execução seja *nula*: afigura-se mais apropriado reputá-la *inadmissível*¹². O título ainda não é exigível; melhor dizendo: *ainda não há título executivo*.

O devedor pode impugnar a execução mediante embargos. Se de título extrajudicial se cogita, socorre-o a disposição genérica do art. 745, que lhe permite alegar nos embargos qualquer matéria de defesa. Se se trata de sentença condenatória, ele invocará o art. 741, pouco importando que faça menção ao inciso II (“inexigibilidade do título”) ou — caso queira ater-se à dicção legal — prefira invocar o inciso V (“excesso de execução, ou sua nulidade até a penhora”).

Mesmo, porém, que o devedor não embargue a execução, o defeito é passível de conhecimento *ex officio* pelo órgão judicial. Caso não seja corrigido, o juiz extinguirá a execução, embora a hipótese não se inclua entre as de extinção, previstas no art. 794: a enumeração aí não é taxativa.¹³ Janeiro de 2000.

11. Procedente a crítica de ARAKEN DE ASSIS, ob. e v. cit., p. 344, que fala em “surpreendente tautologia”.

12. Para CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., p. 411, “pendente de termo ou de condição, o direito é inexigível e, pelas razões expostas, falta o interesse-necessidade e o credor carece de ação” (cf. p. 422, onde se atribui “manifesta impropriedade” à dicção do art. 618, nº I — censura extensível, por igualdade de razão, ao inciso III). No mesmo sentido, LEONARDO GRECO, *O processo de execução*, v. I, Rio de Janeiro, 1999, p. 326.

13. Ponto pacífico entre os expositores do tema: *vide*, na doutrina mais recente, entre muitos outros, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. e v. cit., p. 349/50.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: UMA DENOMINAÇÃO INFELIZ*

Vem-se generalizando na linguagem processual o emprego da locução “exceção de pré-executividade” a propósito dos casos em que, conforme se tem admitido, o devedor (*recluias*: o executado) pode opor-se à execução sem necessidade de oferecer embargos e, portanto, de submeter-se ao gravame da penhora ou do depósito (Código de Processo Civil, art. 737). A expressão, que aparece com frequência crescente em obras doutrinárias e em decisões judiciais, ao nosso ver é extremamente infeliz. Tentaremos explicar por quê.

Começemos pelo complemento (“de pré-executividade”). O substantivo abstrato “executividade” — pedindo-se desculpas pela incidência no óbvio — indica a qualidade daquilo que é executivo. Ora, que é que se concebe, neste contexto, que seja executivo? Naturalmente, o processo, ou o título em que ele busca fundamento. Sem temer a redundância, diremos que “processo executivo” e “título executivo” significam, respectivamente, processo e título dotados de executividade.

O prefixo “pré”, por sua vez, expressa, como é notório, anterioridade, precedência, anteposição. “Pré-contrato” é ato jurídico que se realiza antes de um contrato. Diz-se “pré-adolescente” o ser humano que ainda não atingiu, embora esteja para atingir, a adolescência. “Pré-história” é o nome que se dá ao período de desenvolvimento temporal do nosso planeta anterior àquele outro, caracterizado pela existência de documentos (*lato sensu*), ao qual se convencionou chamar “história”. E assim por diante.

Pois bem. Logicamente, “pré-executividade” deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo “pré-executivo” e, em vez de um título executivo, um título “pré-executivo”? Mas que sentido poderão ter semelhantes locuções? Se o título é judicial, o que existe antes da execução é,

* Publicado no *Informativo ADV*, nº 5/2000, e in *Mundo Jurídico*, nº II.

em regra, a sentença condenatória, proferida em processo de conhecimento. Fará sentido, por isso, apelar tal processo de “pré-executivo”? E que existirá, antes de instaurar-se a execução, se se trata de título extrajudicial? Poderá haver o próprio título; mas esse ou já é executivo (não simplesmente “pré-executivo”), ou nada será que interesse diretamente à execução.

A verdade é que o adjetivo “pré-executivo” não convive harmoniosamente nem com o substantivo “processo”, nem com o substantivo “título”. Não há cogitar, pois, de uma “pré-executividade” referida a qualquer dos dois. Se não pode referir-se nem ao processo, nem ao título, porém, é o caso de perguntar-se: *a que se referirá ela?* “Exceção de pré-executividade” será “exceção de pré-executividade” *de que?* Ao suscitá-la, *que* estará o devedor qualificando de “pré-executivo”?

Mirando através do inoportuno biombo verbal, percebemos o que se quer sustentar aí: é que o processo, instaurado sob vestes executivas, não preenche os requisitos indispensáveis para usar essa indumentária; ou, em outra perspectiva, que o título apresentado pelo exequente não constitui passaporte regular para o ingresso na via da execução. Em palavras diferentes: o que se pretende é *negar* à executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior: o que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências, *não existe*. Melhor seria, então, falar em “não-executividade” que em “pré-executividade” — locução desprovida de força negativa e impregnada de uma conotação temporal capaz de induzir em falsa pista o comum dos mortais. O problema não é de “antes” ou “depois”: é de “sim” ou “não”, e é *essa* alternativa, não a outra, que tem de refletir-se na nomenclatura.

Passemos ao substantivo “exceção”. Sem dúvida, cuida-se de palavra equívoca, que no correr dos anos tem sido empregada em sentidos diversos, para designar ora o *gênero* “defesa”, ora a *espécie* dotada de tal ou qual característica. A equívocidade, porém, é um mal, e tudo aconselha a que evitemos contribuir para perpetuá-la — ou, pior, para agravá-la. Incumbe à doutrina, ao contrário, esforçar-se por “purificar”, na medida do possível, a terminologia, até para incentivar o legislador a corrigir, em eventuais reformas dos textos, ambigüidades em que haja incorrido.

Acontece que, das várias acepções atribuídas ao vocábulo “exceção”, uma faz jus, até por motivos históricos, à preferência dos estudiosos: a que denota a impossibilidade de conhecimento *ex officio* pelo juiz, com a correspondente criação, para o interessado, do ônus da alegação. Há

defesas, com efeito, de que o órgão judicial pode e deve conhecer ainda que não alegadas: é o que ocorre, por exemplo, com a “ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, com a perempção, a litispendência ou a coisa julgada, e com a falta de qualquer das “condições da ação” (art. 267, ns. IV, V e VI, *c/c* o § 3º). Já outras só podem ser tomadas em consideração se as suscitar o interessado: assim, *v. g.*, a incompetência relativa e, no plano substancial, a prescrição em matéria patrimonial, a exceção de contrato não cumprido. A estas é que convém reservar o *nomen iuris* em foco.

Ora, das hipóteses que se apontam como suscetíveis de ensejar a reação do executado independentemente do oferecimento de embargos, a grande maioria consiste em defeitos que, segundo entendimento generalizado, o juiz, se os encontrar, deve levar em conta ainda que não alegados. Assim, a inexistência do título (por exemplo: a sentença, sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, não foi revista pelo tribunal), a ilegitimidade ativa ou passiva das partes, a cumulação indevida de execuções etc. Há quem amplie, é certo, o rol das possibilidades, para admitir que o devedor impugne a execução sem embargá-la até em casos de feição diversa; mas, para fundamentar o nosso argumento, basta considerar os que mais comumente se arrolam, e são, sem sombra de dúvida, os de possível conhecimento *ex officio*. Já é razão suficiente para que não se aplique indiscriminadamente a todo o gênero o nome de exceção.

Não nos estamos pronunciando, neste ensejo, sobre o mérito da questão. Não se cuida, aqui e agora, de saber se realmente merece adesão, e em que medida, a tese da impugnabilidade da execução pelo devedor, fora do âmbito dos embargos. Preocupa-nos tão-só o aspecto terminológico do problema: queira-se ou não se queira aceitar a proposta, convém adotar outra nomenclatura. “Exceção de pré-executividade” é expressão, para dizer o menos, gritantemente inadequada. Está claro que o ponto não interessa à quem não dê importância à terminologia — a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas — digamos com franqueza — tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar.

Outubro de 1999.