

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Paula Passarelli

Revisão gramatical: Juliana Hass

Capa: Miro Issamu Sawada

SALLES, Carlos Alberto de (coord.) – As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ISBN 85-7674-400-7

1. Processo Civil. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Processo Civil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Apresentação	11
Carlos Alberto de Salles	

Homenagem – Kazuo Watanabe	17
Caetano Lagrasta Neto	

ABORDAGENS CONCEITUAIS, 29

Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica	31
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	

Litigiosidade contida (e o contingenciamento da litigiosidade)	49
Jose Marcelo Menezes Vigliar	

Direito e processo – atualidades (reflexões)	67
Nelson Hanada	

Da função à estrutura	93
Ovídio A. Baptista da Silva	

COISA JULGADA, 107

O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário	109
Ada Pellegrini Grinover	

A abrangência da coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo impetrado com fulcro na alínea “b”, LXX, artigo 5º da CF	135
Arruda Alvim	

Os limites subjetivos da coisa julgada e o CDC	151
Fátima Nancy Andrichi	

NASCIMENTO, MORTE E RESSURREIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Sumário: I. Introdução. II. Nascimento da exceção de pré-executividade e sua indevida ampliação para além das matérias de Ordem Pública. III. A pretensa morte da exceção de pré-executividade pela Lei nº 11.382/06. IV. A ressurreição da exceção de pré-executividade. V. A exceção de pré-executividade como consectário do devido processo legal e do poder-dever de o juiz evitar execuções imprestáveis. VI. Matérias argüíveis e não argüíveis por meio da exceção de pré-executividade. VII. Oportunidade para apresentação da exceção de pré-executividade e suspensão da realização da penhora. VIII. Quem vai julgar o procurador do rei? IX. Conclusões. X. Referências bibliográficas.

José Ignacio Botelho de Mesquita

Professor Titular de Direito Processual na Faculdade de Direito da USP

Daniel Guimarães Zveibil

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

Débora de Oliveira Ribeiro

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

Guilherme Silveira Teixeira

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP e em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da PUC de São Paulo.

Mariana Capela Lombardi

Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

1. INTRODUÇÃO

1. O presente estudo objetiva verificar a trajetória da chamada exceção de pré-executividade¹, desde o seu nascimento no Direito Processual brasileiro até o momento atual, em que, apesar de a Lei nº 11.382/06 ter atestado expressamente o seu óbito², vozes já se ouvem proclamando a ressurreição do instituto.

Tratar-se-á, neste trabalho, apenas da exceção de pré-executividade nas execuções de títulos executivos extrajudiciais, já que, no tocante à execução de títulos judiciais, as alterações da Lei nº 11.232/05 não acarretaram mudanças significativas com relação ao instituto³.

II. NASCIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUA INDEVIDA AMPLIAÇÃO PARA ALÉM DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

2. A primeira notícia que se tem a respeito da exceção de pré-executividade no Direito Processual brasileiro se deve a Pontes de Miranda. Em seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, já admitia a possibilidade de o devedor suscitar matérias de ordem pública no processo de execução, independentemente do oferecimento de embargos⁴. Esta matéria, contudo, só veio a adquirir notoriedade mercê de célebre parecer, que apresentou, em 30

de julho de 1966, em favor da Companhia Siderúrgica Mannesmann, que sofria diversas execuções e pedidos de falência, fundados em títulos falsos⁵.

Em anos mais recentes, a exceção de pré-executividade começou gradualmente a difundir-se, principalmente em sede jurisprudencial, impulsionada pela necessidade do caso concreto em que, dada a manifesta ausência de algum dos pressupostos processuais ou das condições da ação, o devedor requeria a extinção da execução por simples petição, sem forma ou figura de juízo, independentemente da realização de penhora. A função do instituto era, precipuamente, evitar a penhora, suspendendo o processo; daí o nome de "exceção".

Sem embargo de alguma resistência inicial⁶, a exceção de pré-executividade logo se firmou como meio de suprir a omissão do juiz no exercício de seu poder-dever de controle dos pressupostos processuais e das condições da ação na execução, colocando-se a serviço da administração da justiça⁷.

3. No entanto, não tardaram a aparecer entendimentos que, valendo-se da liberdade formal do instituto e da considerável vantagem de se adiantar a discussão de questões independentemente da constrição de bens, pretendiam ampliar a exceção de pré-executividade para que abarcasse matérias típicas dos embargos do devedor, regidas pelo princípio da livre disposição das partes e não por normas de ordem pública⁸.

5 Dez anos de Pareceres, vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1975. pp. 125-139.

6 Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão: "Descabe proceder-se ao exame de matéria controvertida em autos de execução ou de executivo fiscal. O executado deverá defender-se da execução que venha a ser proposta contra ele através de embargos do devedor, tratando-se de pessoa estranha a lide, a qual tenha sofrido penhora incidente sobre bem a ela pertencente, a defesa de seus interesses processar-se-á através de embargos de terceiro." (TRF 3, AG nº 93030908899/SP, 2ª Turma, Relator JUIZ SOUZA PIRES, j. 17/05/94)

7 Nesse sentido, confirmam-se os seguintes acórdãos: "A nulidade, como vício fundamental do título, pode ser argüida independentemente de Embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar de ofício a inexistência de seus pressupostos formais contemplados na lei Processual Civil. Admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do título a viabilizar o processo de execução." (STJ, REsp nº 124364/PE, 3ª Turma, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 05/12/97)

"A exceção de pré-executividade é defesa interinal do executado no bojo de execução e que tem por finalidade obstar o início dos atos executivos em desconformidade com as prescrições legais, e que por isso não encerram certeza sobre a relação jurídica material discutida. (...)". (STJ, REsp nº 435.372/SP, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 12/11/02)

8 A esse respeito, seguem acórdãos admitindo a exceção de pré-executividade para alegação, por exemplo, de prescrição e pagamento, desde que com prova pré-constituída.

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSÃO. 1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. 2. É

1 É importante esclarecer, desde o início, que acompanhamos Barbosa Moreira (Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, *Revista Forense*, nº 351, pp. 585-586) e tantos outros na crítica ao termo "exceção de pré-executividade", cunhado no cotidiano forense sem qualquer rigor técnico. Em nossa concepção, que será aprofundada ao longo deste artigo, o instituto sequer necessitaria de denominação própria, pois não se trata de meio posto à disposição do executado para a defesa de seus interesses, e sim de mera provocação, sem forma ou figura de juízo, ao Estado para cumprir seu poder-dever de impedir que tenham curso execuções que violem normas de ordem pública, gerando processos inúteis, fadados à extinção. Contudo, o termo será utilizado neste artigo, por ser de uso corrente tanto na doutrina quanto na prática forense.

2 A esse respeito, assim se refere a exposição de motivos da Lei nº 11.382/06: "d) nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado - que não mais dependerá da 'segurança do juízo', far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (muito impropriamente) 'exceção de pré-executividade', de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções;"

3 Sobre as alterações na execução de título judicial, cf. José Ignacio Botelho de Mesquita, "A Metamorfose dos Embargos", in *Revista do Advogado*, nº 85, Maio de 2006, pp. 57-62.

4 Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, vol. XIV, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1961, pp. 112-113.

Assim, foi ganhando corpo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a corrente que admitia o uso da exceção de pré-executividade para arguição de pagamento, desde que com prova pré-constituída, e de prescrição⁹.

Como não poderia deixar de ser, tal interpretação acabou por deformar o instituto, dando ensejo a abusos dos mais variados tipos. A exceção de pré-executividade passou a ser, praticamente, uma forma mais simples e menos onerosa de embargos do devedor. Foi nesse momento de franca ampliação que a exceção de pré-executividade foi colhida pela Lei nº 11.382/06.

possível arguir-se a prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental inequívoca constante dos autos ou apresentada juntamente com a petição. 3. A Corte Especial, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 388.000/RS (acórdão ainda não publicado), por maioria, concluiu ser possível alegar-se prescrição por meio de exceção de pré-executividade. (...)”.

(STJ), REsp nº 776.874/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, julgado em 04/10/05)

“A suscitação da exceção de pré-executividade, dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e prescrição manifesta. 3. Ademais, é assente na Corte que “as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória.” (REsp 745.962/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 05.09.2005). Assim, resta perfeitamente cabível a veiculação, em sede de exceção de pré-executividade, de pagamento do débito, posto tratar-se de fato extintivo do direito do exequente. (...)”. (STJ), AgRg no Ag nº 741.593/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 23/05/06)

“A jurisprudência tem admitido defesa no próprio processo de execução para alegação de objeções processuais, por serem de ordem pública (v.g., ausência de pressupostos processuais, condições da ação, nulidades), ou de certas matérias de direito material, desde que comprováveis de plano, sem dilação probatória (v.g., pagamento e prescrição).” (TRF 2ª Região – Ag. Rg. nº 20050201003879-0 – Rel. Des. José Antonio Lisboa Neiva, j. 04.11.05).

Note-se que esses julgados tratam uma modificação da jurisprudência, que inicialmente não admitia a exceção de pré-executividade para tais matérias, conforme julgados abaixo:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PENHORA. Os embargos do devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada a questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; nesse rol não se inclui a alegação de que a dívida foi paga. Recurso especial conhecido e provido”.

(STJ), REsp nº 146.923/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, 3ª Turma, julgado em 24/05/01)

“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – MATÉRIA DE DEFESA: PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO. 1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade. 2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, arguir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas. 3. A tolerância doutrinária, em se tratando de execução fiscal, esbarra em norma específica que proíbe a pré-executividade (art. 16, § 3º, da LEF). 4. A prescrição, por ser direito disponível, não pode ser reconhecida fora dos embargos. 5. Recurso provido”.

(STJ), REsp nº 229.394/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, julgado em 07/08/01) Tese que encontrou reforço na redação dada ao artigo 219, § 5º, CPC pela Lei nº 11.280/06.

III. A PRETENSE MORTE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PELA LEI Nº 11.382/06

4. O movimento de indevida ampliação da exceção de pré-executividade, transformando-a em verdadeiro meio de defesa do devedor, sucedâneo dos embargos, livre do prazo decadencial e da prévia segurança do juízo, acabou culminando com a tentativa da sua erradicação.

Para alcançar tal objetivo, o legislador dispensou a realização da penhora para a oposição de embargos do devedor. Assim, os artigos 736 e 738 do Código de Processo Civil passaram a estabelecer que os embargos do devedor serão opostos no prazo de 15 dias, independentemente de penhora, contando-se tal prazo da data da juntada aos autos do mandado de citação do executado.

A exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei nº 11.382/06 não deixa dúvidas de que seus autores, encabeçados pelo Ex-Ministro Athos Gusmão Carneiro e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, preocuparam-se em suprimir, por meio deste expediente, a possibilidade de o executado defender-se pela exceção de pré-executividade.

Tal intenção constituía uma das assim chamadas “posições fundamentais” de que partiram seus autores, fundadas em alegadas “críticas construtivas formuladas em sede doutrinária e também nas experiências reveladas em sede jurisprudencial”, para formular as correspondentes alterações do processo de execução.

Sobre o tema, o próprio Athos Gusmão Carneiro afirma que

“o novo sistema, é lícito supor, extinguirá (por falta de interesse processual) a assim chamada exceção de pré-executividade (melhor dito ‘objeção de não-executividade’). (...) Já agora, a apresentação dos embargos não mais depende da segurança do juízo, ou seja, de atos invasivos da esfera patrimonial do devedor. Citado, o executado pode desde logo apresentar seus embargos e neles arguir a invalidade do título ou que o mesmo não se reveste de eficácia executiva (art. 745, I); neste caso, em exegese harmônica com o sistema, se a arguição for verossímil, ao juiz será facultado, em providência de caráter cautelar, atribuir aos embargos efeito suspensivo independente de penhora. Em suma, a ‘objeção de não executividade’ passa a ser apresentada nos próprios embargos do devedor, evitando-se a procrastinatória sucessão de petições de objeção e, depois, de embargos.”¹⁰

10 “A ‘nova’ execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?”, in *RePro*, nº 143, janeiro de 2007, p. 125.

Em que pesem os argumentos invocados pelo autor, não nos parece lícito compartilhar dessas proposições, conforme será exposto a seguir.

5. Embora, num primeiro momento, uma análise superficial das alterações introduzidas no Código de Processo Civil por meio da Lei nº 11.382/06 possa conduzir à conclusão de que a exceção de pré-executividade teria se tornado inútil como meio de defesa à disposição do executado, em razão da desnecessidade de garantia do juízo para a oposição de embargos à execução (artigo 736 do CPC); o fato é que, ao contrário do afirmado por Athos Gusmão Carneiro, a penhora não é obstada pela oposição dos embargos à execução, ainda que a estes seja excepcionalmente concedido efeito suspensivo (parágrafo 6º do artigo 739-A do CPC), pois isto somente ocorrerá quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução puder causar grave dano de difícil ou incerta reparação e desde que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução (parágrafo 1º do artigo 739-A do CPC).

6. Em outras palavras, se é que não mais é requisito para oposição dos embargos à execução, a penhora é condição para que os embargos à execução sejam recebidos no efeito suspensivo, obstando-se a prática de atos de expropriação de bens do patrimônio do executado. Assim, aquele executado que se vê diante de um processo de execução indevidamente iniciado, porque, por exemplo, é desprovido de título executivo hábil a embasá-lo, terá que submeter seus bens à penhora para exigir do juiz que faça aquilo que de ofício deveria ter feito, o que, em matéria processual constitui rematado contra-senso.

Em razão disso, não é correto atribuir à nova lei o “mérito” de haver tornado desnecessária a exceção de pré-executividade. Ao contrário, coube a ela o mérito de colocar o seu erro sob os holofotes do que ainda restou de sadio no pensamento processual pátrio.

7. Não é outra a posição de Araken de Assis:

“Nada mudou com a Lei 11.382/2006. É verdade que desapareceu a necessidade da ‘garantia do juízo’. O art. 736, *caput*, reza que os embargos prescindem de ‘penhora, depósito ou caução’. E o prazo para embargar, que é de 15 dias, flui da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, *caput*). Sucede que a concessão de efeito suspensivo aos embargos, *ope iudicis*, explicitamente ‘não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação de bens’ (art. 739-A, § 6º). Ora, subsiste o interesse (e a necessidade) de o executado, se for o caso, impedir a

realização da penhora, por força das relevantes circunstâncias anteriormente expostas. Salvo engano, outra vez o legislador acentuou o campo de atuação da exceção de pré-executividade, antes de restringi-lo ou eliminá-lo. Convém insistir nesse ponto. A exceção de pré-executividade não pode ser encarada como expediente pernicioso ou maligno. Ao contrário, presta-se admiravelmente a impedir o prosseguimento de execuções inúteis, beneficiando o conjunto da atividade jurisdicional, ou evitar dano injusto ao executado. O mau uso do remédio logra a sanção prevista no art. 656, § 1º, parte final (‘... bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora...’), bem como a do art. 14, V e parágrafo único. Fora daí, alegar para o juiz que a pretensão do executado se encontra prescrita, ou que o exequente desatendeu o art. 618, I, olvidando a juntada do título executivo certo, líquido e exigível (art. 586), só pode ser considerada contribuição ao bom desempenho dos misteres judiciais.”¹¹

Por outro lado, a propósito da falta de amparo legal para que se admita a exceção, são extremamente corretas as judiciosas observações de Flávio Luiz Yarshell¹²: “Dir-se-ia então que, hoje, se nem os embargos do devedor podem impedir a penhora, então não haveria mais como obter esse resultado através de um outro remédio sem nome nem figura de juízo, como é a tal ‘exceção’. Contudo, antes os embargos já não eram aptos a impedir a constrição – justamente porque essa era a condição de seu recebimento – e nem por isso se descartava o cabimento da exceção; pelo contrário. Hoje, de forma análoga ao que era, a circunstância de os embargos também não impedirem, em tese, a consumação da penhora (ou de outra forma de invasão patrimonial), não parece ser argumento suficiente para excluir a defesa do executado na própria execução”.

8. Na verdade, a única hipótese que vislumbramos como legitimamente equacionada diante da nova regra introduzida no sistema processual civil é aquela em que o executado não tem patrimônio passível de penhora. Neste caso, poderá se valer dos embargos à execução, antes inviáveis em razão da inexistência de garantia do juízo, para demonstrar o descabimento do processo de execução contra si indevidamente iniciado. E, nesta hipótese, não mais

11 Manual da Execução. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 1069-1070.

12 Cf. A Lei 11.382/6 e a sobrevivência da chamada “exceção de pré-executividade”, in <http://www.cartataforense.com.br>, acesso em 16 de junho de 07.

precisará manejar a exceção de pré-executividade para possibilitar sua defesa; poderá fazer uso da via ordinária prevista em lei: os embargos à execução.

É hipótese, no entanto, de escasso ou nenhum interesse prático. Primeiro, porque, em regra, não se interessa o credor por gastar tempo e dinheiro para promover execução contra quem não disponha de bens penhoráveis. Segundo, porque, em regra, não tem interesse em opor-se à execução o devedor que nada tenha a perder. É coisa, portanto, que serve apenas aos demandistas compulsivos.

9. Com base nessas razões, conclui-se que o legislador errou ao diagnosticar os motivos que deram à luz a exceção de pré-executividade, mercê do que não logrou realizar o seu intento de vê-la morta e sepultada.

IV. A RESSURREIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

10. Logo após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/06, começaram os questionamentos sobre se teria sido efetiva a pretendida erradicação da exceção de pré-executividade do nosso sistema processual.

De um modo geral, ao comentar a Lei nº 11.382/06, a doutrina tem se manifestado a favor da subsistência da exceção de pré-executividade, sem concordar, no entanto, em relação ao seu âmbito de aplicação. Há autores, por exemplo, que sustentam que o manejo da exceção de pré-executividade teria ficado restrito à hipótese em que o executado deixa transcorrer *in albis* o prazo para oposição de seus embargos. Neste sentido, são os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹³:

“Por exemplo – lembram – na jurisprudência já se admitiu que a ausência de título executivo pode ser argüida após o momento processual adequado para a apresentação dos embargos, ou, até mesmo, e após a rejeição dos embargos, quando estiver em curso a ação de execução, ‘vez que a questão não está sujeita à preclusão’. Mais recentemente, decidiu-se que é ‘admissível o questionamento sobre as condições da ação mediante exceção de pré-executividade, se o tema não foi objeto de discussão nos embargos do devedor já opostos’.

Vê-se, assim, que continua possível o manejo da exceção de pré-executividade no processo de execução de título extrajudicial, com o

intuito de se alegarem matérias a respeito das quais não tenha ocorrido preclusão, ainda que já se tenha exaurido o prazo para apresentação de embargos. De todo modo, incidem, no caso, as disposições constantes dos arts. 22 e 267, § 3º, 2ª parte, *ex vi* do art. 598 do Código.”

11. Clito Fornaciari Júnior, por sua vez, assim se pronuncia: “Nas execuções de título extrajudicial, a importância inegável da exceção de pré-executividade, porém, será para suprir a não-dedução dos embargos, no tempo próprio, ou a sua deficiente apresentação”¹⁴⁻¹⁵.

12. Essa corrente, no entanto, a despeito de estar correta na vertente que examina e de contar com o apoio praticamente unânime da doutrina, não se dá conta do verdadeiro problema, que não está em saber se pode a parte denunciar a nulidade da relação processual ou a carência da ação, mas sim em saber se pode a parte, denunciando-as, impedir a realização da penhora.

O que, possivelmente, estaria desviando o olhar da doutrina, seria uma espécie de herança do passado recente que só vê nessa exceção o seu caráter de defesa do devedor, ou pior, defesa do devedor de má-fé, deixando à sombra o fundamental interesse público não só na manutenção da exceção, mas, principalmente, na atribuição a ela de efeito suspensivo.

Esse duplo interesse se revela sob dois aspectos – o constitucional e o processual – que, embora diversos, estão intimamente ligados entre si. É o que convém examinar mais de perto.

V. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO CONSECUTÓRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO PODER-DEVER DE O JUIZ EVITAR EXECUÇÕES IMPRESTÁVEIS

13. Em tese, pode o devedor, mediante embargos, opor-se à execução, deduzindo, como preliminar, as mesmas matérias que alegaria em eventual

13 Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 193-194.

14 A sobrevivência da exceção de pré-executividade, in *Tribuna do Direito*, ano 13, nº 145, maio de 2007.

15 Com menos rigor, e também entendendo pela subsistência da exceção de pré-executividade na execução de título extrajudicial, Humberto Theodoro Junior, in *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 180-182 e Ernane Fidélis dos Santos, in *As Reformas de 2006 do Código de Processo Civil, Execução dos Títulos Extrajudiciais*, Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 67. l.

“exceção de pré-executividade” e, delas conhecendo, poderá o juiz, de pronto, obstar a realização da penhora, mediante a extinção do processo.

Essa hipótese, no entanto, é absolutamente irreal porque não há tempo hábil na ordem legal do processo para que se executem, com a devida seriedade, os atos necessários para que se produzam os resultados almejados, mormente se preservado e devidamente observado o princípio do contraditório.

Disto não cogitou, é claro, o legislador. Esquecendo-se dos aspectos notoriamente lesivos da penhora (mormente em tempos de exacerbação dos recursos eletrônicos), que deram causa à atribuição jurisprudencial de efeito suspensivo à “exceção de pré-executividade”, legislaram os representantes do povo como se penhora fosse coisa de somenos que, uma vez feita, pudesse, a qualquer tempo, ser desfeita, sem maiores inconvenientes para o executado. Uma frieza só comparável à dos tecnocratas mais empedernidos ou dos burocratas mais desleixados.

Dentro do marco da relação jurídica controvertida, é perfeitamente compreensível que se atribua eficácia plena ao título executivo, como fator de higiene das relações obrigacionais e de incentivo à vida dos negócios. Mas, quando se cuida da “exceção de pré-executividade”, não é disto que se trata. Para compreendê-lo devidamente, é preciso começar por entender o quê, no processo, constitui o conteúdo e o verdadeiro alcance da dita “exceção” e bem assim a sua natureza que, como já foi dito, não se confunde com a dos atos de defesa dos direitos de uma parte contra a pretensão da outra.

14. De fato, é necessário que se compreenda o porquê da subsistência da exceção de pré-executividade ainda que o legislador tenha expressamente intentado suprimi-la. Para tanto, é necessário começar expondo as raízes constitucionais que sustentam o instituto da exceção de pré-executividade e que permitem que este rebrote mesmo que ceifado à altura do solo.

Ainda no regime anterior à Lei nº 11.382/06, Barbosa Moreira expôs duas ordens de razões que já justificavam a existência da exceção de pré-executividade:

“a) de um lado, o processo executivo pode padecer de defeitos que o tornem juridicamente ilegítimo, incompatível com a garantia do ‘devido processo legal’ prevista no art. 5º, LIV, da Constituição da República; ora, compete ao órgão judicial velar pela observância de tal preceito – o que deve fazer até de ofício –, de modo que não tem sentido impedir o

executado de provocá-lo a tanto por simples manifestação independente de qualquer pressuposto específico;

b) de outro lado, afigura-se sumamente injusto submeter *sempre* ao gravame da penhora o executado que queira impugnar a execução, seja qual for a gravidade da impugnação que pretenda oferecer, e seja qual for a extensão do prejuízo prático resultante do ato construtivo – o que, em certas hipóteses, lhe acarretaria, a rigor, a impossibilidade prática de defender-se com infração do preceito, também de nível constitucional, que assegura o direito de defesa (art. 5º, LV).¹⁶

15. A entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06 não invalida as palavras do autor. Inicialmente, importa reforçar a condição do devido processo legal como sustentáculo da exceção de pré-executividade.

Nossa Constituição o explicita nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁷. A simples literalidade dos termos constitucionais denuncia claramente que é uma regra processual voltada *para proteção do demandado*, pois é ele quem tem seu patrimônio, ou sua liberdade, ou sua vida sob a mira do Estado quando levado a juízo. Mas não só da literalidade da regra se extrai essa conclusão. Também do ponto de vista de sua origem histórica no mundo de língua inglesa, o sentido clássico do devido processo legal é igualmente o de regra processual voltada para proteção do réu, que, segundo Coke, só poderá ser privado daqueles bens “*by the due course and process of law*”¹⁸.

16 Execução fiscal. “Exceção de pré-executividade”, in *Revista Forense*, nº 376, p. 206.

17 Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LIV.

18 Em sua respeitada obra *Government by Judiciary*, o Professor da Harvard Law School, Raoul Berger, explica, com uma série de valiosos subsídios, que o sentido clássico da cláusula “devido processo legal” é processual e se volta à defesa do réu. Para o bem de nossa exposição, transcrevemos um pequeno trecho de sua lição: “Our conceptions of due process are traceable to the twenty-ninth chapter of Magna Charta, which, roughly speaking, provided that no man should be deprived of his life, liberty, or property, except by the judgement of his peers or the law of the land. Coke stated that ‘by the law of the land’ was meant ‘by the due course and process of law’. (...) That the ‘law of the land’ was understood in Coke’s sense is illustrated by Hamilton’s 1787 statement. (...) It has been convincingly shown that due process was conceived in utterly procedural terms, specifically, that a defendant must be afforded an opportunity to answer by service of process in proper form, that is, in due course”. (Cf., amplamente: BERGUER, Raoul. “Due Process Law” (Cap. 11). In: *Government by Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment*. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997, p. 221 a 244). Roscoe Pound, guiando-se pelo Segundo Instituto do juiz Coke, oferece-nos uma interpretação um pouco discrepante da de Berger, mas substancialmente a mesma: “[O Segundo Instituto de Coke] Considera a significação de ‘lex terrae’ ‘lei da terra’, mostrando que, desde os tempos de Eduardo III, a frase ‘devido processo da lei’ se empregava como lhe equivalendo. Em outras

Desta forma, temos que o devido processo legal é, originariamente, uma regra de *proteção para o demandado*, e se destina a livrá-lo da sujeição a uma relação jurídica processual mal constituída ou irregularmente desenvolvida. E não só isto. A regra é de defesa daquele demandado que, na aparência, está na iminência de se ver "privado da vida, da liberdade ou de seus bens".

E, assim, impõe a manutenção do *status quo* enquanto o Estado não decidir, processualmente, se a situação deve ou não ser alterada conforme pleiteado pelo autor. A propósito, o exato direito pleiteado pelo réu, que se contrapõe ao direito de ação feito valer pelo autor, é o direito de *defesa da ordem existente*¹⁹.

A esse direito da parte corresponde, exatamente, a obrigação do Estado de não prestar a atividade jurisdicional pleiteada pelo autor quando esta for indevida. "Seria, com efeito, contrário à ordem, que o Estado, embora sem ter a obrigação de prestar dita atividade, pudesse, mesmo assim, a seu juízo, prestá-la a favor do autor"²⁰.

Vale dizer, não estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação a atividade jurisdicional pleiteada pelo exequente já se revela de todo indevida, impondo-se ao Estado a obrigação constitucional de livrar o réu do jugo da relação jurídica processual e fazer imediatamente cessar a atividade jurisdicional, extinguindo o processo.

O que parece ainda não haver ficado devidamente entranhado na ciência e na consciência jurídica dos que habitam o sistema de *civil law* – sistema criado, como vulgarmente se diz, "de cima para baixo" – é que à garantia constitucional do *due process of law* correspondem deveres por parte do Estado e que, muito mais relevantes do que os direitos assegurados por essa garantia, são os deveres que dela decorrem para o Estado, diante de cujo descumprimento a constitucionalização da garantia do devido processo legal não vale nem o papel em que foi escrita.

palavras, lei, nessa expressão, significa mais do que um conjunto de leis, e devido processo da lei encerrava muito mais do que simples significado processual. Como essas expressões entraram para a constituição americana pela mão de juristas que consideravam o Segundo Instituto como Bíblia jurídica, é conveniente lembrar esta exposição. Mais uma vez, revela o amplo princípio que serve de base ao dispositivo do esbulho. Não se pode privar ninguém da propriedade ou 'retirar-lhe o meio de subsistência' senão mediante processo legal de que tenha pleno conhecimento e no qual seja ouvido de maneira completa e equitativa" (POUND, Roscoe, *op. cit.*, capítulo II (Era dos Tudors e dos Stuarts), p. 39).

19 É a lição de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da Ação Civil..., in *Teses, Estudos...*, V. 1, § 19, item "55", p. 120. É esta "defesa da ordem existente" que explica o artigo 267, § 4º do CPC.

20 É a lição de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da Ação Civil..., in *Teses, Estudos...*, V. 1, § 19, item "54", p. 119.

No Brasil, como no resto dos países de *civil law*, não há o hábito de indagar quais seriam, a final de contas, as obrigações processuais que o Estado assumiu quando incluiu na Constituição Federal a garantia do devido processo legal.

Já está mais do que na hora, para o processualista brasileiro, não só de formular esta indagação, como de prover o Direito de respostas que, ao longo dos anos, formem a consciência de que algo nos deve, o Estado brasileiro, em face da garantia constitucional do devido processo legal.

Seja qual for a resposta que se dê, no entanto, haverá sempre um conteúdo mínimo do dever de prestar o devido processo legal que é preenchido pelo dever de respeitar pressupostos processuais e condições da ação. É esta uma obrigação do Estado que deriva diretamente da Constituição, até porque não dispõe o legislador ordinário da faculdade de omitir-se quanto à definição desse mínimo ou de, a propósito de defini-lo, reduzir o campo dos deveres que a garantia impõe ao Estado.

Outro sentido não tem, com efeito, a inclusão da garantia do devido processo legal na Constituição da República. Seguramente, não deve ela ser tida como mero enfeite, sem outra serventia que a de proporcionar assunto para eruditos discursos sobre a atual tendência de aproximação entre os sistemas de *common* e de *civil law*.

Examinem-se de perto os pressupostos processuais e ver-se-á que não há nenhum que não corresponda à garantia do devido processo legal, a cuja segurança o Estado se obrigou. Exemplificando: a petição inicial deve ser *apta* e *conclusiva*, sob pena de não dispor o réu de meios eficientes de defesa, em prejuízo do princípio do contraditório; o juiz deve ser *competente* e *neutro*, sob pena de violação do princípio do juiz natural; a parte deve ser *capaz* e estar *representada* por advogado sob pena de ofensa à sua dignidade pessoal e ao princípio da indispensabilidade do patrocínio judicial; a parte deve ser citada, sob pena de ofensa à garantia da ampla defesa, e assim por diante.

Reduzidos os pressupostos processuais ao mínimo denominador comum do *due process of law*, que é dever do Estado, deixa a exceção de pré-executividade de apresentar-se como "defesa" do executado e passa a revelar-se como "direito" seu de exigir do Estado, como sujeito passivo, o adimplemento de seu dever de direito público formalmente prometido na Constituição da República.

Daí por que a exceção sobreviverá sempre, pois sua razão de ser reside justamente na existência do arbítrio legislativo ou judicial, que se empenhe

em subverter os fundamentos do sistema processual. Em outras palavras, nunca será “por decreto” que se extinguirá a exceção, senão pelo caminho da educação para a vida democrática e do respeito pelas instituições que a asseguram.

16. A isto se acrescenta o fato inelutável de que toda subversão ao sistema processual, seja a que pretexto for, acaba sempre por conduzir a resultados diametralmente opostos aos anunciados pelo legislador. É o que acabou acontecendo por força dos problemas criados pelo desprezo voltado ao sistema processual pela Lei n. 11.382/06. É do que se passa a cuidar.

17. O legislador da Lei n.º 11.382/06 não se deu conta da distinção fundamental, que se deve ao gênio de Oskar von Bülow, entre exceções processuais e pressupostos processuais. Distinção esta que sempre foi considerada, e com inteira justiça, como a pedra fundamental da própria ciência do direito processual civil, dada a magnífica separação que traça entre a relação jurídica litigiosa e a relação jurídica processual, na qual se revela e ganha corpo o caráter público do processo civil e a autonomia do direito processual²¹.

O nosso legislador deu mostras de não ter a menor noção do sentido desta distinção para o qual aponta de modo impecável o ensinamento de von Bülow, cuja transcrição, a despeito de longa, não pode, sob pena de grave lesão ao que é imprescindível conhecer a respeito dos fundamentos do direito processual, ser aqui omitida:

“La validez de la relación procesal – disse von Bülow – es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, sólo influido por intereses individuales, sino de un acto realizado *con la activa participación* del tribunal y bajo la autoridad del Estado, cuyos requisitos son coactivos y en grandísima parte, absolutos. No está permitido entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alega (*unsubstantiarte Klage*); el proceso tramitando ante un tribunal incompetente o no prorrogado, o por una parte incapaz de actuar, o por medio de un representante no legitimado, o respecto de un derecho que no es privado, es, desde todo punto de vista improcedente, nulo e inútil; *el demandado puede admitirlo o no, según quiera; mas el tribunal no tiene*

que esperar a que el reo acuse el defecto; de considerarlo siempre, cualquiera que sea quien lo haya denunciado. Mas no como si estuviera obligado a un sistema policial de rastreo; no; se ha de estar a lo que las partes expongan, pero a ese material que se tiene a la vista se ha de *aplicar*, de oficio, la *norma de derecho procesal respectiva y examinar* si el actor a llenado los requisitos del nacimiento de la relación jurídica procesal. Sólo en caso afirmativo, debe el juez aprobar el proceso y dejarlo seguir su curso. Por consiguiente, el tribunal toma frente a la relación procesal una actitud cuya clase y modo no se diferencia mucho de la que asume frente a la materia en litigio. (...) Sólo se exterioriza la esencialísima diferencia entre ambas en que la constitución de la relación procesal no se lleva a cabo *fuera* del tribunal, como la sustancial, sino ante él y con su importante colaboración; por consiguiente, la relación procesal cuida, por sí misma, en su constitución, un factor que debe conducir a no abandonar todo a la iniciativa del demandado.”²²

Ignorar esta lição, que o tempo tornou de conhecimento comum, é ignorar a ciência processual inteira, pois é nela que o processo civil, enquanto ciência, mergulha suas mais profundas raízes.

É inconcebível, por isso, que alguma norma de direito processual civil dispense o juiz, ainda quando advertido pela parte, de cumprir, *in limine litis*, o seu elementar dever de obstar o curso de processo que não reúna os imprescindíveis pressupostos processuais ou não preencha as condições de admissibilidade da ação.

A norma que, em última análise, dispensa o autor de submeter ao juiz *initio litis* a prova de que tem o direito de promover a constituição da relação jurídica processual e que isenta o juiz do dever de, *ex officio* e de imediato, declarar a nulidade do processo ou a carência da ação, é norma que sujeita o processo à atitude que o demandado venha a adotar e, no silêncio dele, torna legítima a omissão do juiz que deixa o processo seguir seu curso, a despeito de não satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação. É norma que concede indulgência plenária ao Estado em face do pecado capital de permitir que tenham curso processos imprestáveis, como se fosse isto coisa que só interessasse à relação entre as partes litigantes, suscetível de resolver-se em perdas e danos.

21 A obra de Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, publicada em Giesen, em 1868, por Emil Roth, foi traduzida para o espanhol sob o título de *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, e publicada em 1964 por EJE, Buenos Aires.

22 *La teoría...* cit., p. 293, sem destaques em negrito no original.

19. Este processo que se pretende moderno é, na verdade, o que há de mais retrógrado, pois ressuscita conceitos medievais que o ensinamento de von Bülow demonstrara à saciedade serem incompatíveis com o que se exige, assim na atualidade como no direito romano, dos atos de quem representa o Estado. É processo que, minimizando os deveres do órgão estatal, acaba por deixar-se comandar, de fato, pela vontade das partes e, até mesmo, pela vontade do executado, a quem autoriza a fazer a escolha do momento que lhe pareça mais oportuno denunciar a nulidade da constituição da relação processual ou a carência da ação, desde que não o faça *initio litis*. Só se interessa a lei por proibir ao executado a denúncia imediata, como se isto não fosse, antes que um direito seu, um interesse fundamental do próprio Estado.

Este processo caricato permite que o executado, a qualquer tempo, inclusive depois de rejeitados seus embargos por decisão transitada em julgado, tome a iniciativa de “lembrar” aos juízes e tribunais que, anos atrás, descumpriram o seu dever de, liminarmente, ter declarado a nulidade da constituição da relação processual e, em obtendo êxito nessa empreitada, lograr a condenação – não dos juízes, obviamente, mas da parte contrária – ao ressarcimento dos prejuízos materiais e “morais” causados pelo curso indevido do processo.

20. Consequência prática que se pode extrair desta conclusão é o fato de que o legislador ordinário não pode, impunemente, por ignorância do sistema processual, subverter os princípios de ordem constitucional processual que sustentam a admissibilidade da exceção de pré-executividade.

Além disso, também a segunda razão invocada por Barbosa Moreira se faz presente, no sentido de que se afigura “sumamente injusto submeter sempre ao gravame da penhora o executado que queira impugnar a execução, seja qual for a gravidade da impugnação que pretenda oferecer, e seja qual for a extensão do prejuízo prático resultante do ato constritivo” o que pode conduzir à infração do preceito “também de nível constitucional, que assegura o direito de defesa (art. 5º, LV)”.

Tendo presentes estas ponderações, evidencia-se a necessidade de que, para que se lhe atribua efeito suspensivo, há de versar a exceção sobre temas de relevância transcendental para o exercício da jurisdição, que possam ser facilmente determinados *a priori*, de modo a liberar o executado da sujeição a conceitos vagos, como a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, que nada têm a ver com o dever do Estado de não incursionar estabaneadamente no patrimônio do devedor.

É do que se passa a tratar.

VI. MATÉRIAS ARGÜÍVEIS E NÃO ARGÜÍVEIS POR MEIO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

21. Admitindo, como admitimos, a sobrevivência da “exceção de pré-executividade”, mas em termos restritos, ou seja, limitada à ausência de pressupostos processuais e condições da ação, cria-se a necessidade de esclarecer o que seriam, na execução, pressupostos processuais e condições da ação. É tarefa que pode parecer fácil a quem bem os conheça em relação ao processo de conhecimento, mas não é.

A dificuldade começa pelo fato de que o processo de execução não é processo de sentença. Nele não se busca a produção de efeitos jurídicos por meio de sentença. Busca-se tão-somente a transformação da situação de fato mediante atos materiais de execução. Não há espaço, no processo de execução, para uma decisão sobre a procedência da ação de execução. Tal decisão pode ser buscada em separado, por meio dos embargos do devedor, mas não no processo de execução. Ao contrário, toda matéria que não diga respeito à procedência da ação de execução pode ser objeto de alegação e decisão no próprio processo de execução, aí incluídos as condições da ação e os requisitos de constituição e desenvolvimento válido e eficaz da relação jurídica processual.

Segue daí a necessidade de separar, em relação ao processo de execução, o que sejam pressupostos processuais, cuja falta conduz à *nulidade do processo*, o que sejam *condições da ação*, cuja falta acarreta a carência da ação, e o que sejam fundamentos da pretensão executória, cuja falta importa a *improcedência da ação de execução*.

22. Seria mais fácil esta separação se fosse de fácil entendimento o conjunto das regras dos artigos 586²³, 618²⁴ e 745²⁵ do Código de Processo Civil, mas não é. Basta ver o caso da execução de obrigação constante de título certo, líquido e exigível, porque vencido, mas já pago. Partindo do disposto no artigo 586, concluir-se-á que a hipótese é de execução infundada por inexistência da obrigação a que o título se refere, devendo ser argüida mediante embargos

23 Art. 586 – A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

24 Art. 618 – É nula a execução, se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível.

25 Art. 745 – Nos embargos poderá o executado alegar: I – nulidade da execução por não ser executivo o título apresentado.

do devedor (artigo 745, V)²⁶. Partindo, porém, do disposto no artigo 618, concluir-se-á pela nulidade da execução que poderia ser argüida a qualquer tempo, inclusive nos embargos do devedor (artigo 745, I).

23. Para proceder corretamente à separação, é preciso saber aproveitar a linha divisória bem demarcada pelo legislador atual, estreitando título (como documento indispensável à propositura da ação²⁷) e obrigação (que no título se incorpora e na qual se conjugam o *débito* e a *responsabilidade executória*).

Para a constituição válida da relação jurídica processual de execução, é imprescindível, sob pena de nulidade, vir a inicial instruída com um documento *que se refira* a uma obrigação certa, líquida e exigível. A indispensabilidade deste documento, o que o configura como pressuposto processual da execução, nada importando que a obrigação nele referida nunca tenha existido, ou que, se tivesse existido, não exista mais, ou não seja exigível, ou tenha deixado de ser certa, ou líquida, e assim por diante.

Vencida esta dificuldade, o que haveria a dizer a respeito dos requisitos para a constituição e desenvolvimento válido do processo e das condições da ação de execução, matérias próprias da “exceção de pré-executividade”, não foge ao que a este respeito caiba dizer de um modo geral²⁸.

Mesmo assim, convém desenvolver este tema mais especificamente em relação ao processo de execução, quando menos para evitar que se volte a reduzir o conceito de mérito no processo de execução com vistas à indevida ampliação do possível objeto da exceção de pré-executividade.

24. Costuma-se dizer que, no processo de execução, não há lide nos moldes do que ocorre no processo de conhecimento. Cândido Rangel Dinamarco identifica a causa desse entendimento na inadmissibilidade do julgamento da pretensão executiva no próprio processo de execução. Observa, porém, que isto não significa que o mérito executivo não exista²⁹. Realmente, o certo é que há um conflito entre as partes – tanto que há necessidade de atuação do Poder Judiciário – denotada no caso pelo inadimplemento do executado, veri-

ficado a partir do que consta do título executivo (CPC, artigo 580)³⁰. Nesse contexto, é possível afirmar que existe mérito no processo de execução, tanto que, em contraposição a isto, o sistema prevê a hipótese de extinção do processo em decorrência de alguma falha processual, para o que dispõe o direito italiano da chamada *oposição de ordem*.

A exata identificação do mérito no processo de execução em nada difere da identificação do mérito no processo de conhecimento. Julgamento de mérito, como já tivemos ocasião de demonstrar em outro estudo³¹, é o julgamento sobre a relação entre o pedido e a causa de pedir. Para identificar essa relação no processo de execução é preciso ter presente o conceito de ação de execução, para cujo conhecimento foi essencial a contribuição de Liebman.

25. Adotada no conceito de obrigação a separação fundamental entre débito e responsabilidade, expôs Liebman, com a clareza que lhe é peculiar, que o débito consiste numa relação de direito privado entre o credor e o devedor, enquanto que a responsabilidade constitui um vínculo de direito público que sujeita não o devedor, mas os seus bens, ao poder executório do Estado para satisfação do credor. A ação executória confere ao credor o direito de exigir do Estado que torne efetiva a responsabilidade que pesa sobre o patrimônio do devedor para satisfação do crédito que tem contra ele. “Ação executória e responsabilidade executória – disse Liebman – contrapõem-se diretamente”³².

Na ação executória de obrigação de pagar quantia, *objeto do pedido* é a atividade do Estado necessária para tornar efetiva a responsabilidade que pesa sobre o patrimônio do devedor, e *causa de pedir* é o inadimplemento da obrigação constante do título executivo³³. *Mérito* da execução é a relação entre o pedido e a causa de pedir assim considerados.

26 Art. 745 – Nos embargos poderá o executado alegar: V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

27 Artigo 283 do CPC.

28 A esse respeito, nosso: O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação, ensaio em colaboração, *Revista do Advogado* nº 88, Novembro de 2006, p. 109.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 1, p. 259.

30 Nesse sentido, vale conferir entendimento de Humberto Theodoro Junior (*Processo de execução*. 19ª ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 487), a partir da lição de Enrico Redenti (*Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1947. vol. I, p. 116): “No processo de execução, porém, não se encontra o objetivo de buscar essencialmente a formação de um juízo de veracidade ou de justiça em torno da pretensão do credor. Tudo se passa em torno da realização de atos materiais tendentes à satisfação do direito do promovente, como penhora de bens do devedor, alienação forçada dos referidos bens e pagamento ao credor”.

31 MESQUITA, José Ignacio Botelho de et alii. O colapso das condições da ação? – um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação, *Revista do Advogado* – AASP, nº 88, Novembro de 2006, p. 119.

32 LIBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 37-38.

33 Ao mudar a redação do artigo 580 do CPC, o legislador mostrou não ter a menor idéia do significado do inadimplemento do devedor para o processo de execução. Convolou em faculdade o que é direito do credor.

26. Deve o intérprete precaver-se contra a idéia de cunho civilista, muito em voga no começo do século passado, de que a responsabilidade consistisse numa relação de direito privado a que corresponderia o direito subjetivo do credor contra o devedor, o que não se admite no moderno processo civil. Não se pode perder de vista que a ação, qualquer que seja, consiste sempre num vínculo de direito público entre o autor e o Estado, e não um vínculo de direito privado entre credor e devedor, para cuja discussão se prestassem os embargos à execução.

Segue daí que só podem constituir objeto da exceção de pré-executividade matérias estranhas à relação entre o inadimplemento do devedor e os atos executivos demandados do Estado.

Esta visão da ação de execução explica perfeitamente o motivo pelo qual, faltando título executivo ao qual corresponda uma obrigação líquida, certa e exigível, a consequência não é a improcedência ou a carência da ação de execução, mas a sua nulidade (CPC, artigo 618), que é vício de natureza exclusivamente processual; equivale à falta de documento essencial à propositura da demanda (CPC artigos 283 e 284).

Dentro desta perspectiva, consideram-se de mérito todas as matérias que possam conduzir à conclusão de faltar ao exequente o direito público subjetivo de exigir do Estado aquilo que foi objeto do pedido por lhe faltar a causa correspondente: o inadimplemento do devedor. O que se embarga é a execução estatal, não o crédito de uma parte contra a outra.

27. Observe-se que, sob o título "inadimplemento do devedor", é inumerável a quantidade dos motivos que aí encontram abrigo, ligados, no mais das vezes, senão sempre, a questões de fato ou de direito vinculadas ao direito material. Isto, porém, não deve levar o intérprete a pôr de lado o caráter próprio da ação de embargos do devedor e transformá-los numa ação declaratória a existência ou inexistência do direito do autor.

VII. OPORTUNIDADE PARA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUSPENSÃO DA REALIZAÇÃO DA PENHORA

28. Outra questão de relevo diz respeito ao prazo para oposição da exceção de pré-executividade. O que se tem entendido é que a exceção de pré-

executividade pode ser deduzida a qualquer tempo enquanto não tiver sido extinto o processo de execução. Um por todos, veja-se Araken de Assis:

"Não há termo final para deduzir a exceção de pré-executividade. Res-salva feita aos casos de preclusão, a exemplo do que acontece com a impenhorabilidade, e sem embargo da responsabilidade pelas despesas derivadas do retardamento (art. 267, § 3º) – e, assim mesmo, se a arguição ocorrer após o prazo para embargos –, ao executado se mostra lícito excepcionar em qualquer fase do procedimento *in executivis*, inclusive na final: na realidade, permanece viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo. (...)

Mas, para averbar de preclusa essa via, o problema há de ser enfrentado à luz das três modalidades de preclusão – temporal, lógica e consumativa – defendidas na doutrina brasileira. Pois bem. Em primeiro lugar, inexistente prazo fixado para oferecimento da exceção de pré-executividade, e portanto, perder o direito de praticar o ato em virtude da inércia, conforme estipula o art. 183 do CPC, cuidando da preclusão temporal. Ademais, de incompatibilidade com outros atos (v.g., o requerimento de substituição de bens, a teor do art. 668) e da exceção – preclusão lógica – também não parece razoável cogitar. Preclusão consumativa, sim, poderá existir – mas, aí, se pressupõe o emprego da própria exceção, com ou sem êxito, excluindo-se ao executado o direito de aditá-la, completá-la ou renová-la."³⁴

29. Concordando com estas razões, parece-nos que a exceção de pré-executividade deve ser admitida a qualquer tempo, enquanto não extinto o processo de execução. E isto, tenham sido opostos ou não os embargos do devedor, já que, em regra, nos termos do artigo 267, § 3º do CPC, podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição as matérias que podem ser argüidas em exceção de pré-executividade.

Vale destacar que a jurisprudência do STJ já se pacificou nesse sentido de inocorrência de preclusão quanto ao uso da exceção³⁵, sendo certo, porém,

34 ASSIS, *Manual da Execução*, op. cit., pp. 1074-1075.

35 À guisa de exemplo, apontamos dois julgados do STJ:

"A ausência de oposição de embargos à execução não acarreta preclusão, menos ainda os efeitos da coisa julgada. Neste sentido ensina CELSO NEVES que a coisa julgada 'é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano de suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas' (In: *Cóisa Julgada Civil*, ed. 1971, p. 452). 6. A nulidade por incompetência absoluta do juiz e ausência de citação

que, se tiverem sido opostos embargos, e se os embargos forem rejeitados, aí não será possível a utilização da exceção com fundamento na matéria já decidida, por conta da formação da coisa julgada nos embargos à execução.

30. Não obstante, é certo que sua utilidade como remédio para impedir a penhora de bens do executado recomenda sua apresentação no prazo de 3 dias fixado para pagamento voluntário do valor em execução (artigo 652 do CPC) ou, quando muito, antes que o exeqüente indique bens à penhora (caso não tenha assim procedido na petição inicial da ação de execução ou quando o oficial de justiça não tenha localizado bens passíveis de constrição).

Nos casos em que a exceção de pré-executividade não tiver por objetivo impedir a realização da penhora, parece-nos que será mais recomendável que o executado se utilize da via ordinária dos embargos à execução, nos quais, se mais tarde houver necessidade, poderá demandar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos da penhora até a decisão dos embargos.

Pelo exposto neste tópico, é possível concluir que a exceção de pré-executividade apresenta como limite temporal para sua utilização o término (extinção) do processo de execução. Destarte, a exceção pode ser utilizada mesmo após o julgamento dos embargos, desde que a matéria ainda não tenha sido decidida e a execução ainda não tenha sido extinta.

Não obstante, se a grande finalidade da exceção é a de obstar a realização da penhora ou promover a desconstituição da penhora já realizada, deverá ser oposta enquanto ainda não tiver sido realizada a penhora ou, se já concluída a penhora, enquanto o julgamento da exceção não for obstado pela autoridade da coisa julgada.

VIII. QUEM VAI JULGAR O PROCURADOR DO REI?

31. Se nos for lícito extrair alguma essência do presente estudo, mesmo sob o risco de parecermos reducionistas ou redundantes, julgamos que o mais

da executada no feito que originou o título executivo são matérias que podem e devem ser conhecidas mesmo que de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, pelo que, perfeitamente cabível sejam aduzidas, como *in casu* o foram, por meio de simples petição, o que configura a cognominada "exceção de pré-executividade". (REsp nº 667.002/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 12/12/06)

"Admissível o questionamento sobre as condições da ação mediante exceção de pré-executividade, se o tema não foi objeto de discussão nos embargos do devedor já opostos. Precedentes do STJ. (...) (REsp 509.831/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, julgado em 23/11/04).

relevante é notar que nossos raciocínios e conclusões partem da *premissa primordial* de que o Estado possui deveres inadiáveis a ser cumpridos. De nada valeria todo nosso empenho em separar, conceitualmente, todos os elementos constitutivos de nossa teoria, polindo-os cuidadosamente, e os reunindo de forma harmônica e concatenada, se não tivéssemos em mente a base rochosa que deve dar firmeza a qualquer teoria jurídica sustentada em um Estado democrático de direito: a existência de *deveres fundamentais* do Estado que, em verdade, correspondem ao outro lado da moeda dos chamados *direitos fundamentais* dos cidadãos. No caso presente, o dever fundamental a que se deu realce foi o *devido processo legal*, seiva que nutre a ressurreição da dita "exceção de pré-executividade", cuja fortaleza reside na íntima relação – diríamos até simétrica – que existe entre o devido processo legal e a pedra fundamental lançada por Von Bülow em meados do século XIX.

É angustiante notar que vivemos sob a égide de uma Constituição, cujo predicado predileto tem sido a de "cidadã", e que, portanto, deveria ser óbvia aludida premissa primordial, mas constatarmos que o ar que respiramos colhemos de atmosfera extremamente hostil às *liberdades públicas* (em um sentido lato). Esse ambiente sufoca, gradualmente, as frágeis raízes democráticas que a sociedade brasileira ensaia, após ter vivido as duras experiências ditatoriais do Estado Novo e, posteriormente, a Militar de 1964. E o que se percebe é que o processo civil evidentemente não está imune a esta intoxicação, a ponto de verificarmos em nosso presente estudo a clara ignorância do legislador que invocou espíritos medievais, sepultados e empoeirados há tempos, passando como um trator sobre a pedra fundamental lançada em 1868, e acreditando que, com isto, estaria contribuindo para o "moderno" processo civil.

O que verdadeiramente tem faltado a boa parte das teorias jurídicas desenvolvidas no Brasil é a existência de maior permeabilidade ao espírito republicano. Se houvesse preocupação maior e mais verdadeira quanto aos *deveres fundamentais* do Estado, quanto à *responsabilidade das autoridades* investidas de poder, cuja titularidade é do povo, certamente criar-se-iam obstáculos maiores à ocorrência de retrocessos como o que indicamos em nosso estudo. É necessário que enraizemos mais firmemente o hábito de formularmos, a todo momento, a mesma vigilante indagação de *M. Myriel* – o Bispo de Digne, conhecido como *Dom Bienvenu* – clérigo sempre solidário à causa dos miseráveis.

veis e cujas palavras vivem em harmonia com suas ações: "E onde vai ser julgado o procurador do rei?"³⁶

IX. CONCLUSÕES

32. Diante do quanto exposto acima, tem-se como claro que o verdadeiro problema em matéria de exceção de pré-executividade não está em saber se pode a parte valer-se da exceção de pré-executividade para denunciar a nulidade da relação processual ou a carência da ação, mas, sim, em saber se pode a parte, denunciando-as, impedir a realização da penhora.

O que, possivelmente, estaria desviando o foco da doutrina seria uma espécie de herança do passado recente, que só vê nessa exceção o seu caráter de defesa do devedor, ou pior, defesa do devedor de má-fé, deixando à sombra o fundamental interesse público não só na manutenção da exceção mas, principalmente, na atribuição a ela de efeito suspensivo.

Corrigido esse desvio com a ajuda de certos princípios constitucionais, como o do devido processo legal, ou com a ajuda dos fundamentos teóricos que informaram a criação da ciência processual, tais como expostos por Bülow por exemplo, deixa a exceção de pré-executividade de apresentar-se como "defesa" do executado e passa a revelar-se como "direito" seu de exigir do Estado, como sujeito passivo, o adimplemento de deveres de direito público, formalmente prometidos na Constituição da República.

Sob essa perspectiva, não há como não se dar conta, quem quer que se veja diante de uma execução irregularmente iniciada, que não tem o menor cabimento ter que submeter seus bens à penhora para exigir do juiz que faça exatamente aquilo que de ofício já deveria ter feito. A suspensão do mandado de penhora em razão da matéria objeto da exceção de pré-executividade é uma exigência mínima diante da magnitude dos princípios aí envolvidos.

A determinação das matérias que possam levar a este resultado encontra um obstáculo inicial, constante da dificuldade de se conceituar o que seja o "mérito" no processo execução, passo indispensável para evitar os excessos que, no passado recente, tanto impediram o curso natural da exceção. A esse respeito, não se devem esquecer as lições que se podem extrair dos ensinamentos

de Liebman, para ver o mérito da ação de execução na relação entre seu *objeto* – os atos necessários para tornar efetiva a responsabilidade que sujeita o patrimônio do devedor à satisfação do credor – e a sua *causa petendi*: o *inadimplemento* da obrigação constante do título executivo.

Nesse passo, só podem constituir objeto da exceção de pré-executividade os pressupostos processuais e as condições da ação, matérias estranhas à relação entre o inadimplemento do devedor e os atos executivos demandados do Estado, como é o caso, por exemplo, da prescrição, da decadência e de quaisquer outras matérias, como *e. g.* as nulidades de direito material que, embora possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, referem-se exclusivamente ao mérito da causa, tal como acima conceituado.

No que diz respeito ao prazo, a exceção de pré-executividade pode ser deduzida a qualquer tempo, enquanto não tiver sido extinto o processo de execução, tenham sido opostos, ou não, os embargos do devedor; na hipótese de oposição prévia de embargos do devedor, sobrevindo a formação da coisa julgada, não poderão ser suscitadas em sede de exceção matérias já decididas. Não obstante, é certo que sua utilidade como remédio para impedir a penhora de bens do executado recomenda sua apresentação no prazo de 3 dias fixado para pagamento voluntário do valor em execução (artigo 652 do CPC) ou, quando muito, antes que o exequente indique bens à penhora (caso não tenha assim procedido na petição inicial da ação de execução ou quando o oficial de justiça não tenha localizado bens passíveis de constrição).

X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, *Revista Forense*, nº 351, julho-setembro de 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. (parecer), *Revista Forense*, nº 376, novembro-dezembro de 2004.
- BERGER, Raoul. Due Process Law (Cap. 11). In: *Government by Judiciary – The transformation of the Fourteenth Amendment*. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977).
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da Ação Civil. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2005. vol. I.
- _____. A Metamorfose dos Embargos, *Revista do Advogado*, nº 85, maio de 2006.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; ZVEIBIL, Daniel

36 No original, "Et où jugera-t-on monsieur le procureur du roi?"

- Guimarães. O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação, *Revista do Advogado – AASP*, nº 88, novembro de 2006.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (do original em alemão *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giesen, 1868). Trad. Emil Roth. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?, *RePro*, nº 143, janeiro de 2007.
- DINAMARCO, Candido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. I.
- FORNACIARI JUNIOR, Clito, A sobrevivência da exceção de pré-executividade, *Tribuna do Direito*, ano 13, nº 145, maio de 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1961. vol. XIV.
- _____. *Dez anos de Pareceres*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. vol. IV.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As Reformas de 2006 do Código de Processo Civil, Execução dos Títulos Extrajudiciais, Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial, Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Processo de execução*. 19ª ed. São Paulo: Leud, 1999.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. “A Lei 11.382/2006 e a sobrevivência da chamada ‘exceção de pré-executividade’”. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em 16 de junho de 2007.

EXECUÇÃO E LIQUIDAÇÃO EM PROCESSOS COLETIVOS