



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

YULLY CARNEIRO DE AGUIAR

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:

fruto da necessidade

Brasília

2014

YULLY CARNEIRO DE AGUIAR

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:
fruto da necessidade**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Luiz Patury Accioly Neto.

Brasília

2014

YULLY CARNEIRO DE AGUIAR

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE:

fruto da necessidade

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Luiz Patury Accioly Neto

Brasília, 2014

Banca Examinadora

Orientador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

" (...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade - Oração aos moços – Rui Barbosa."

RESUMO

Aguiar, Yully Carneiro de. Exceção de pré-executividade: fruto da necessidade. 2014. 48 fls. Trabalho de conclusão de curso, graduação em Direito. Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

Monografia sobre a manutenção da exceção de pré-executividade face a necessária impugnação por simples petição, a qualquer tempo e grau de jurisdição, para fazer cessar a execução a que faltem pressupostos processuais ou condições da ação. As recentes reformas do processo executivo promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 que supostamente libertaram o devedor do ônus da prévia segurança do juízo à que estavam condicionados os embargos à execução. A influência do debate travado entre Pontes de Miranda e Alcides Mendonça Lima. A influência dos contextos histórico, social, econômicos e humano sobre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Combate ao cerceamento de defesa. O livre exercício dos direitos do devedor ao contraditório e ampla defesa. Os privilégios e garantias estatais, e a veracidade relativa da CDA na Execução Fiscal. Suspensão da execução a fim de assegurar os direitos de ambas as partes. Garantir os direitos de devedor sem ofender os direitos ou causar dano ao credor.

Palavras-chaves: Exceção de pré-executividade. Conhecimento *ex officio*. Pontes de Miranda. Alcides Mendonça Lima. Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. Reforma do Código de Processo Civil. Execução Fiscal. Manutenção do incidente processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O DILEMA - A INFLUÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O DIREITO - SURGE UMA TESE	3
1.1. Transformando o entendimento doutrinário.....	4
1.2. Entendimentos da época.....	8
1.3. A oposição.....	9
2. O CÓDIGO DE 1973 E SUA EVOLUÇÃO.....	13
2.1. O que mudou?.....	15
2.2. É chegado o fim?.....	19
3. ASPECTOS GERAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	22
3.1. O termo – Uma questão de interpretação	23
3.2. Admissibilidade.....	24
3.3. Momento adequado para interposição da exceção	26
3.4. Dos efeitos do julgamento do mérito. Extinção X Prosseguimento dos atos executórios	28
3.5. Princípios e requisitos basilares	30
3.6. Legitimidade - Quem pode oferecer?	32
3.7. Concessão do efeito suspensivo - Para tudo ou continua?.....	32
4. AINDA SE EXIGE A PRÉVIA SEGURANÇA? EXECUÇÃO FISCAL EM TERMOS GERAIS.	36
4.1. Da exigibilidade de garantia nos embargos à execução fiscal.	37
4.2. A CDA e sua exigibilidade	39
4.3. A CDA e o uso da Exceção de Pré-executividade na execução fiscal.	41
CONCLUSÃO.....	45
Referências Bibliográficas	49

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro tem em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda seu expoente mais brilhante. O ilustre advogado, jurisconsulto, escritor, conferencista, professor, diplomata, desembargador do antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal e parecerista publicou inúmeras obras nas mais diversas áreas do conhecimento, desde obras dedicadas a sociologia, passando pela psicologia, política, poesia, filosofia, matemática, e sobretudo direito (Letras). Homem de pensamentos liberais e democráticos, muito à frente de seu tempo, Pontes de Miranda, em sua constante busca por Justiça introduziu no direito processual civil brasileiro teses nunca antes exploradas, entre elas a de que a lei não poderia excluir da apreciação do judiciário nenhuma ameaça ou lesão ao direito de qualquer das partes de um litígio, fosse ela devedor ou credor, bom ou mau pagador.

Surgia, assim, a célebre exceção de pré-executividade. Criação pretoriana que, embora não positivada, assegura o devido processo legal à ambas as partes do processo executivo. Constantemente combatida pela doutrina e jurisprudência ante seu inapropriado status de protetora dos inadimplentes, a exceção de pré-executividade parece ter sobrevivido ilesa aos embates a que foi submetida.

Colocada em xeque pela Lei 11.382/2006, que excluiu a obrigatoriedade de prévia segurança do juízo como pré-requisito para a interposição de recurso contra a execução, a exceção de pré-executividade sobrevive intacta, haja vista ter como norte o anseio incansável de assegurar que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. A subsistência de execução eivada de vícios sem a devida manifestação do devedor viola os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. A exceção tem como objetivo, tão somente, obstar a execução em descompasso com os parâmetros legais e constitucionais, advinda de título inábil, irregular, que não preenche os requisitos mínimos de validade.

Assim, sem a pretensão de findar as discussões sobre o tema, o presente trabalho examina todos os aspectos da exceção de pré-executividade, desde o embate da “criação” entre Pontes de Miranda e Mendonça Lima, até sua suposta extinção promovida Lei 11.382/2006.

O capítulo inaugural faz rápida análise sobre a construção da exceção e sua influência sobre o direito. Contrapondo as teses de Pontes de Miranda e Alcides De Mendonça Lima resta claro que não só de má-fé vive a execução. É preciso analisar o caso em concreto, sem qualquer prejulgamento do devedor. O segundo capítulo faz uma primeira análise sobre o Código de Processo Civil de 1973, as alterações promovidas pelas Leis nº. 11.232/2005 e 11.382/2006, e o suposto fim da exceção de pré-executividade, enfatizando-se sempre que sua principal finalidade, garantir os direitos do devedor sem causar maiores prejuízo ao credor, não foi alcançada pelas reformas.

O terceiro capítulo analisa os aspectos gerais da exceção, tais como seus pressupostos e condições, suas limitações quanto as matérias passíveis de arguição, legitimidade, admissibilidade, prazo. O quarto capítulo versa sobre uso da exceção de pré-executividade na Execução Fiscal ante a total discrepância de tratamento promovida pela Lei 6830/80, especificamente quanto aos inúmeros privilégios e garantias postos à disposição da Fazenda Pública e sua evidente supremacia sobre o devedor.

No quinto capítulo, clama-se que as futuras reformas do Código de Processo Civil visem não só os direitos do credor ou do devedor, mas tão somente busquem garantir uma Justiça rápida, célere e eficaz, capaz de assegurar os direitos e garantias à ambas as partes, promovendo-se, assim, a efetiva modernização do judiciário. O devedor não pode ser exposto a execução sem garantias constitucionais mínimas, como direito de petição, contraditório e ampla defesa. A mera possibilidade de apresentar embargos à execução sem a exigência de prévia segurança do juízo não resguarda o patrimônio e a moral do devedor. É preciso garantir a imediata suspensão da execução ante a menor probabilidade de sua invalidade.

1. O DILEMA - A INFLUÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O DIREITO - SURGE UMA TESE

Em fevereiro de 1952, durante o governo do presidente Vargas, após longa negociação com o governo e entidades financeiras, o grupo alemão Mannesmann AG instalou no bairro do Barreiro em Belo Horizonte/MG a primeira grande indústria siderúrgica do Brasil, a então Companhia Siderúrgica Mannesmann (Mannesmann Mineração S/A), hoje, Vallourec Tubos do Brasil S/A.

Durante seus primeiros anos a companhia logrou grandes êxitos no mercado impulsionada pela exploração do petróleo, o que transformou o bairro simples do Barreiro em um grande centro de negócios.

Contudo, em 1966 a Mannesmann viu-se em meio a um bombardeio de processos movidos por empresas claramente interessadas na paralisação de suas atividades e, conseqüentemente, na sua falência. Todo dia surgiam pedidos de decretação de abertura de falência. Um deles requerido no antigo Estado da Guanabara, por Marcos Crinspum, que após declarada a incompetência daquela comarca foi remetido à Belo Horizonte - MG e lá, como nos demais casos, foi indeferido por falta de autenticidade das seis notas promissórias que motivaram o pedido. (Federal)

Não satisfeitos, os mesmos credores passaram a ajuizar ações executivas de título extrajudicial, com base nos mesmos títulos falsos, nas comarcas do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte. O suposto credor, Danilo Joaquim Guilhermina dos Santos, conseguiu promover a penhora, que recaiu sobre depósito existente no Banco da Província do Rio Grande do Sul, que até aquele momento não estava completa pela ausência de carta precatória para Belo Horizonte capaz de dar ciência à empresa.

Aparentemente sem ter o que fazer, antes de acabar o prazo de 24 horas, estabelecido pelo artigo 229, do Código de Processo Civil de 1939, para que o réu pagasse a dívida, sob pena de penhor (BRASIL, 1939), neste caso, tempo hábil para a expedição de carta precatória para Belo Horizonte capaz de dar ciência da penhora já realizada, a companhia requereu a nulidade da citação sob o argumento de que um dos diretores que firmou os títulos, assim como em outros tantos casos,

pôs em circulação títulos igualmente falsos, nos quais falsificou a assinatura do outro diretor.

Enquanto aguardavam a decisão sobre a nulidade da citação, a empresa consultou o renomado jurista Pontes de Miranda sobre o que deveria ser feito diante da impossibilidade de defesa prévia do devedor sem que antes fosse assegurado o juízo mediante o oferecimento de bens à penhora ou depósito dos valores questionados, assim como determinava o artigo 1.008, do Código de Processo Civil de 1939¹.

1.1. Transformando o entendimento doutrinário

Em seu parecer n. 95, Pontes de Miranda, deu forma a tese de que executado estaria autorizado a opor defesa prévia contra execução eivada de vícios que impedem o livre andamento processual, ante a oposição de título executivo adulterado, dentro do próprio processo executivo, sem que para isso tivesse seu patrimônio devastado para garantir o juízo. Só seria passível de prosseguimento a execução cujo título preenchesse todos os requisitos e pressupostos dispostos em lei, caso contrário este não possuiria carga executiva alguma. No caso em análise, a falsidade dos títulos afastava o requisito de dívida certa, requisito imprescindível para que os títulos apresentados fossem alvos da execução, conforme expresso no Código de 1939.

A execução oposta contra a Mannesman estava fada ao insucesso desde seu início, já que instruída por título falsos ante a assinatura falsa de um dos diretores da siderúrgica e da exigência estatutária de firma de dois diretores. Assim, tomando por base os artigos 1305, do Código Civil de 1916² e 119, parágrafo único, do Decreto 2.627/1940³, Pontes de Miranda considerou nula a penhora dos bens da

¹ Art. 1008. Não serão admissíveis embargos do executado antes de seguro o juízo pela penhora ou depósito da coisa, objeto da condenação, ou de seu equivalente

² Art. 1.305. O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder a elas por qualquer ato, que lhe exceda os poderes.

³ Art. 119. Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade. Não lhes será, igualmente, lícito hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos

siderúrgica e a citação promovida pelo juízo a este respeito, estabelecendo o diretor como único e exclusivo responsável pela dívida, por não ter tomado as medidas cabíveis para a validade do negócio, além de não ter sido autorizado previamente pela companhia.

A falsidade das assinaturas seria prova suficiente da inexistência de certeza dos títulos, o que impediria a execução, já que apenas o título hábil⁴ dá ensejo à execução. O juiz restaria compelido à apreciação das exceções apontadas pelo devedor antes do cumprimento do mandado de citação da penhora. Deveria aferir a validade do título apresentado proferindo exame da pretensão à execução, não do mérito da causa. (Ponte de Miranda, 1974).

Tem-se que a certeza do título advém do que está escrito, portanto, se a veracidade das assinaturas não foi comprovada tornar-se intolerável onerar excessivamente o devedor sem antes analisar a veracidade dos títulos. A falsidade da assinatura é prova suficiente da inexistência de certeza dos títulos, o que impede sua execução, já que apenas o título executivo judicial ou extrajudicial hábil dá ensejo à execução.

Caso o juiz em momento pré-processual não examinasse atentamente o título ou as provas apensadas não comprovassem o direito do credor, poderia o devedor apontar os defeitos do título estando o juiz obrigado a apreciar, antes da eficácia alternativa (pagamento da dívida ou efetivação da penhora), a legitimidade da pretensão executiva como um todo, desde os pressupostos de admissibilidade da execução até os requisitos de validade dos títulos apresentados pelo credo (Pontes de Miranda, 1974).

“As letras de câmbio, as notas promissórias, os cheques e outro título cambiariformes são líquidos; porém a certeza há de resultar do que está escrito, de veracidade das assinaturas e da observância das exigências legais. Esse o sacador ou o aceitante da letra de cambio, dentro das vinte e quatro horas, diz que a sua assinatura é falsa, ou

estatutos ou da assembleia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade.

Parágrafo único. É também defeso aos diretores, tomar empréstimos à sociedade, sem prévia autorização da assembleia geral.

⁴ A mera exibição de um documento que tenha forma de título executivo não garante sua eficácia executiva. É indispensável que o referido título revele a existência de crédito líquido (estabelece a importância devida), certo (inexistência de controvérsia quanto a sua existência) e exigível (seu pagamento independe de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações).

que o nome é igual, ou parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título cambiário ou cambiariforme, o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão a execução, e não o mérito da causa (Pontes de Miranda, 1974).”

O que não seria justo com o credor também não seria justo com devedor. Impedir sua defesa dentro de um processo justo e legal seria completamente arbitrário e contrário à todos os princípios basilares do direito. Além do que, a prova compete a quem alega um direito. Neste caso, caberia ao autor demonstrar a autenticidade da assinatura e que a exigências legais foram cumpridas.

“Cumpre, porém, advertir-se em que a falsa subscrição e a de irrepresentação exigem prova que não consiste na literalidade cambiaria, de modo que seria contra os princípios que o juiz as julgasse, sem provocação. O ônus da prova da autenticidade da assinatura, uma vez que se tenha negado com pertinência, e da existência da representação competem ao autor. Por igual, da veracidade do contexto do título cambiário visivelmente modificado, ou do valor para o obrigado de um texto que se falsificou. O réu, mostrando não ser sua a assinatura, ou não ter dado poderá ao representante, põe o autor na contingência de provar (...) (Pontes de Miranda, 1974)”.

Ainda que o Código de Processo Civil de 1939, não determinasse expressamente que os títulos cambiários e cheques deviam constituir obrigação líquida e certa, se o demandado, no prazo de 24 horas, alegasse e provasse defeito do título executivo deveria o juiz analisar a existência do título e o cumprimento de seus pressupostos legais de executividade antes de expedir o mandado de penhora, a fim de que não cometesse a arbitrariedade de penhorar bens de quem não deveria estar exposto à ação executiva.

Desse modo, considerava-se a certeza do título como pressuposto indispensável a validade da execução. Caso não fosse possível comprovar a veracidade da assinatura seria impossível promover a execução. Oportuno frisar que a lei só exigia a penhora ou o depósito para a oposição de embargos do executado, jamais para a oposição das exceções ou de preliminares atinentes à ineficácia executiva do título de crédito.

Em regra, o prazo para oposição das exceções não seriam os três primeiros dias do prazo para contestação, conferido pelo art.182, do Código de Processo Civil de 1939, mas nas 24 horas após a citação, conforme rezava o art.

299, do CPC de 1939. Poderia o juiz, corroborado por prova da inexistência da sentença ou de sua nulidade *ipso iure*, revogar o despacho que determinou a citação do devedor e indeferir o pedido de execução no intervalo entre o seu deferimento e a efetiva citação. Cumprido o mandado só seria possível suscitar a ausência de qualquer das condições ou pressupostos da ação executiva, ou qualquer requisito próprio do título através dos embargos à execução.⁵

A possibilidade de apresentar embargo de declaração contra a execução abusiva não impedia a defesa prévia do devedor pela via da exceção de pré-executividade. Caso o juiz não observasse de ofício a ausência de pressupostos ou condições da ação executiva, ou de qualquer requisito específico do título em questão, por serem estas questões de ordem pública, abria-se ao devedor, dentro do prazo acima explanado, a possibilidade de livremente opor à exceção de pré-executividade.

Com o parecer de Pontes de Miranda a prévia segurança do juízo deixou de ser primordial para a análise de questões facilmente apreciáveis *ex officio* pelo juiz, como os pressupostos processuais e as condições da ação, ou qualquer outra questão que impeça o prosseguimento do processo de execução, afinal “o que é *declarável de ofício* ou *decretável de ofício* é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou penhora” (Pontes de Miranda, 1974). Questões antes admitidas apenas em processo autônomo de embargos passaram a fazer parte do próprio processo de execução sendo capazes de extingui-lo a qualquer tempo.

Ao orientar seus clientes sobre como se defender sem maiores prejuízos, Pontes de Miranda, por entender como não sendo justo aplicar determinada sanção antes mesmo de analisar se a mesma é procedente e se aquele a quem é imposta se encaixava na condição de executado, acabou criando a não positivada, mas amplamente divulgada no meio jurídico pela doutrina e aceita pela jurisprudências, “Exceção de pré-executividade”, recurso que busca suscitar questões incidentes ao

⁵ A jurisprudência atual entende ser possível suscitar questões relativas aos pressupostos ou condições da ação executiva ou qualquer dos requisitos específicos do título pela via da exceção de pré-executividade a qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo após a citação da penhora, oposto ou findo o prazo para oposição de embargos à execução, desde que não demande dilação probatória e/ou seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz. Por se tratar de questões de ordem pública estas não estariam sujeitas a preclusão. (Buzzi, 2013)

processo, garantindo, assim, o contraditório e a ampla defesa ao devedor antes de qualquer agressão ao seu patrimônio (Ponte de Miranda, 1974).

1.2. Entendimentos da época

Conforme depreende-se do julgado a seguir exposto, referente ao Recurso Extraordinário (embargos) nº 75.504/MG, de relatoria do ministro Aliomar Baleeiro, na época, o Supremo Tribunal Federal, em uma das milhares de ações ajuizadas contra a Mannesmann referente à ação de responsabilidade civil por atos ilícitos, entendeu que por total omissão, culpa in vigilando e in eligendo deveria a Mannesmann ser civilmente responsável pelo atos de um de seus diretores, que usando firma falsa de outro, teria posto em circulação milhares títulos falsos.

Trata-se de desenrolar de ação ordinária de indenização ajuizada contra Mannesmann, onde se discutia sua responsabilidade contratual e extracontratual sobre 534 títulos emitidos em seu nome, por seus diretos Jorge Serpa e J. Machado Freire. A empresa defendeu-se, alegando que o diretor Serpa, utilizando-se de assinatura falsa do outro diretor, teria inadvertidamente colocado em circulação milhares de título como aqueles e que as medidas cabíveis já haviam sido tomadas, quais sejam: demitir os diretores envolvidos e requerer a investigação às autoridades competentes. Sustentava, ainda, que o dinheiro fruto do ilícito jamais teria entrado em seu caixa.

Segundo brilhante entendimento do ministro relator, Aliomar Baleeiro, ciente da pratica reiterada de seus diretores em momento algum a Mannesmann teria agido a fim de advertir os tomadores de boa-fé, sendo assim responsável direta pelos danos causados ante sua total omissão. A companhia teria silenciado diante dos atos criminosos de seus diretores durante dois anos, o que originou imenso escândalo financeiro que demandou até mesmo intervenção do Governo Federal a fim de proteger a boa-fé dos pequenos e inúmeros investidores brasileiros envolvidos que em momento algum foram advertidos. (Baleeiro, 1974)

A Mannesmann silenciosamente teria tolerado, sem tomar as devidas providências, entre elas afastar os responsáveis de suas funções e comunicar

imediatamente as autoridades competentes, os abusos de seus diretores que negociavam os títulos como tomadores de boa-fé, até que explodisse o escândalo financeiro. Assim, embora comprovada a falsidade das assinaturas não haveria porque afastar a exigibilidade dos títulos ante a responsabilidade da sociedade sobre os danos acusados por seus diretores a terceiros com quem contrataram.

A decisão visivelmente parte da ideia de que, em regra, o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Cabe a empresa empregar ação efetiva de fiscalização de seus membros, independentemente de suas funções, a fim de que qualquer fraude seja rapidamente combatida, caso contrário, será diretamente responsabilizada pelo ato ilícito de seus prepostos.

“TÍTULOS CAMBIÁRIOS - CORREÇÃO MONETÁRIA DO DECRETO-LEI 286/67. 1. Responde civilmente a sociedade anônima por títulos assinados por um de seus diretores, que teria usado firma falsa do outro, locupletando-se com o numerário correspondente. 2. A responsabilidade, no caso, foi in eligendo e in vigilando, porque, enorme e notória a quantidade de títulos em circulação naquelas condições, só dois anos depois a sociedade anônima reagiu, afastando os diretores e comunicando o fato às autoridades. 3. Cabe a correção monetária do valor dos títulos, nos termos do decreto lei n. 286/67. (RE 75504 ED-EDv, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1974, DJ 08-01-1975 PP-00071 EMENT VOL-00972-01 PP-00260) (Baleeiro, 1974).”

1.3. A oposição

Mesmo diante das veementes afirmações de Pontes de Miranda, Alcides de Mendonça Lima, ilustre jurista da época, mostrou-se completamente contrário a interposição de tais exceções sem a prévia segurança do juízo. Mendonça Lima elaborou parecer para a COPERSUCAR (Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo) e demonstrou claramente sua opinião, contrária as ideias de Pontes de Miranda de que seria cabível a defesa prévia do devedor dentro do próprio processo executivo sem a segurança do juízo (Lima, 1981).

Após ter seus títulos, no caso 3 notas promissórias, levados a protesto pela COPERSUCAR, a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda. promoveu ação declaratória de inexistência da obrigação fundada no contrato firmado entre elas e, por conseguinte, das notas promissória que desde resultaram. O pedido foi julgado improcedente, e até aquele momento pendente o julgamento do recurso extraordinário.

Assim, após longa disputa, a COPERSUCAR interpôs ação de execução de títulos extrajudiciais contra a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda. e seus sócios solidariamente responsáveis, pelo inadimplemento das três notas promissórias que, embora não estivessem vencidas na data de interposição da ação, tiveram declarado o vencimento antecipado em decorrência da infração de cláusulas do contrato entabulado pelas partes garantindo, assim, a exigibilidade do título.

O juiz decidiu que a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda. teria 24 horas para pagar a dívida ou nomear bens à penhora, esta, por sua vez, interpôs agravo de instrumento contra o despacho citatório alegando que a citação não seria válida por falta de certeza, liquidez e exigibilidade dos títulos, em razão da ausência de vencimento dos mesmos, assim sendo, não preenchiam os requisitos do artigo 586⁶, Código de Processo Civil de 1978 e conseqüentemente não poderia dar ensejo a execução ou penhora válida.

Considerando que os títulos apresentados não preenchiam os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, a 6ª Câmara decidiu que duas das referidas promissórias não teriam seus vencimentos comprovados obrigando a cooperativa a pagar apenas a promissória vencida em 31 de maio de 1982.

A devedora sustentava suas alegações na ineficácia executiva dos títulos, por não preencherem os requisitos do 586 do CPC, em especial a exigibilidade, já que acreditava não ter infringido as normas do contrato que firmou com a exequente, o que não antecipou a exigibilidade do mesmo, nem tão pouco a tornou inadimplente.

⁶ Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

Mendonça Lima argumentou ser impossível a impugnação da pretensão executiva sem a segurança do juízo mediante agravo, já que no Brasil a impugnação só era admitida por meio da oposição de embargos do devedor, que, por sua vez, só era admitido após a segurança do juízo. A discussão sobre exigibilidade do título só seria possível após a penhora ou depósito capaz de assegurar o crédito do credor em caso de eventual fraude. Além do que, demandaria árdua análise de documento e conseqüentemente do mérito da questão, atividade cognitiva típica dos embargos à execução (Lima, 1981).

Permitir a defesa prévia do réu sem a garantia do juízo, mesmo no caso de agravo em face do despacho que determinou citação do devedor, implicaria no “caos do processo de execução, não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica.” (Lima, 1981). Não poderia o juiz indeferir a execução com fulcro na simples alegação da executada de que os títulos opostos pela credora não estariam vencidos, já que não eram evidentes os defeitos títulos, para tanto seria imprescindível uma profunda análise do contrato, ou seja, uma ampla discussão do mérito, o que só se admite através de interposição de embargos do devedor após assegurado o juízo. A penhora seria a única ferramenta de que dispunha o juízo para garantir a ética e o uso regrado do direito de defesa pelo executado.

“Se discussão ou controvérsia o título gera, tudo é matéria para embargos do devedor, nada cabe no processo de execução ou na ação de execução, da qual a ação de embargos do devedor é conexa, ambas formando, quando a última é intentada, o processo de execução sem sentido amplo (Lima, 1992).”

Meras lições doutrinárias e teóricas, como as de Pontes de Miranda, não seriam bases sólidas para o conhecimento do referido agravo. A “Exceção de pré-executividade” deveria ser positivada, a fim de se evitar o uso irracional do instituto, garantir o cumprimento da obrigação e proteger os direitos do credor. Pautar as decisões judiciais em meras especulações doutrinárias abalaria a força executiva do título. “Por maior que seja a autoridade dos que as defendem (...) não cabe ao juiz, como aplicador da lei, ou ao advogado, como arauto das partes, invocarem o direito comparado, porque nesse é outra a diretriz, por ausência de preceitos iguais aos nossos (Lima, 1981).”

Aceitar a defesa prévia do devedor, sem que haja segurança do juízo, seria apenas mais uma oportunidade para que o devedor se esquive de suas obrigações, adiando ainda mais o pagamento de suas dívidas e uma lamentável prolongação do sofrimento do credor, o que seria contraditório aceitar, visto que o processo de execução, sobre o qual se instaura, visa satisfazer os interesses do credor, sem proteger demasiadamente o devedor. A exceção de pré-executividade, seria inaceitável diante de sua benevolência com o devedor, a quem não seria cabível a discussão quanto ao mérito, certeza ou exigibilidade do título.

Em que pesem os argumentos traçados por Mendonça Lima, em meio à calorosa discussão, ante a diferença contextual das duas teses, prevaleceu perante a jurisprudência a posição de Pontes de Miranda, que, mesmo diante da falta de previsão legal expressa, surgiu como fonte do direito inserida no ordenamento jurídico como se norma jurídica fosse. Esta não está baseada na exigibilidade ou não da prévia segurança do juízo, mas tão somente no direito constitucionalmente garantido ao devedor de questionar a validade da execução injusta, indevida que lhe for oposta.

2. O CÓDIGO DE 1973 E SUA EVOLUÇÃO

Anos após o surgimento das primeiras ideias sobre o uso da “exceção de pré-executividade” como meio eficaz de defesa daquele que sofre injusta execução, o novo código integralmente regido pela Lei nº. 5.869 de 1973, assim como no Código de Processo Civil de 1939, ainda estabelecia que o executado só poderia exercer seu direito ao contraditório após o ajuizamento de ação autônoma de embargos do executado e depois de assegurado o juízo com quantia equivalente à dívida demandada por seu credor, sofrendo significativas restrições em seu patrimônio. O credor, por sua vez, após ter sua pretensão acolhida no processo de conhecimento, deveria propor nova ação, agora para executar o devedor, o que gerava custas judiciais, demandava tempo e comprometia sobremaneira a efetividade da prestação jurisdicional pleiteada.

Diante da imensa dificuldade em assegurar o juízo e da ideia de que esta causaria um estrago imenso nas finanças das empresas, os executados não conseguiam se defender, principalmente aqueles que não possuíam recursos suficientes. Privilegiava-se o credor em detrimento dos direitos do devedor.

O devedor sem bens penhoráveis suficientes a suportar tamanha despesa, via-se sem meios de defesa e passava anos preso a uma execução flagrantemente abusiva. A própria lei acabava negando-lhe acesso à Justiça, além de contrariar garantias constitucionais, como a inafastabilidade da prestação jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e conseqüentemente impedir o livre exercício do seu direito de ação e de sua defesa (Art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal) (BRASIL, 2013).

O acesso à justiça condicionado à disponibilidade de bens, fere o contraditório e ampla defesa, bases do devido processo legal, uma vez que só a ampla e livre manifestação do executado é capaz de assegurar a legalidade e a validade do processo executivo. Não só em relação aos que não ostentam condições para assegurar o juízo, como nos casos em que a fragilidade do crédito exequendo é tamanha que parece injusto que o devedor comprometa o seu patrimônio para livrar-se de um crédito evidentemente ilegítimo.

Ao arripio da lei o credor, valendo-se de via processual que a lei não lhe concedia, impunha execução baseada em título eivados de vício, invadia o patrimônio do devedor e por vezes causava-lhe a ruina patrimonial. A execução era usada apenas para causar mais dor à outem, tanto pelo devedor que apresentava embargos meramente protelatórios apenas para postergar solução de execução simples, quanto pelo credor que utilizava desta para suas vinganças particulares destruindo o patrimônio de seus inimigos.

As vozes que pregavam a necessidade de um contraditório mínimo em todo e qualquer processo a fim de garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o direito de ambas as partes se manifestarem e apresentarem suas defesas ecoavam no meio jurídico, bem como a de que o credor pudesse concretizar sua pretensão sem se sujeitar a novo processo.

A execução não pode ser tida como meio para a vingança do credor, não pode causar a ruina financeira do devedor. A execução, em verdade, deve preservar sua dignidade. Não pode comprometer o mínimo indispensável à sobrevivência do devedor. Quando dispuser de diversos meios o credor deve buscar promover a execução pelo menos gravoso ao devedor, art. 620, CPC. Nada explica submeter o devedor a processo executivo que não preencha os pressuposto e condições legais.

Era latente a necessidade de que a lei passasse a oferecer ao devedor os meios necessários à sua defesa, a fim de que este pudesse se defender de execução injusta, abusiva e flagrantemente ilegal sem ter seu patrimônio atacado, garantindo assim seu livre acesso à Justiça. “Permissão” essa que não transformaria o Brasil no “paraíso dos devedores”, mas simplesmente garantiria o direito de ação e defesa de um cidadão que não pode ficar preso durante anos a uma execução claramente injusta. Afinal ninguém pode ser privado de seus bens sem antes passar pelo devido processo legal (Oliveira, 2001).

Foi apenas na última década, com o propósito de simplificar os procedimentos executórios, garantir maior celeridade e economicidade na solução dos litígios, e, sobretudo, uma maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos, que importantes alterações foram introduzidas ao Código de Processo Civil (CPC), promovidas, em sua maioria, pelas Leis nº. 11.232/2005 e 11.382/2006, as quais alteram substancialmente todo o rito executivo especificamente no que concerne à

exigência de instauração processo exclusivamente para executar o direito do credor já declarado por decisão judicial anterior ou em título extrajudicial e a obrigatoriedade de prévia segurança do juízo para oposição de embargos à execução, que foram extintas.

Na execução de títulos judiciais, a Lei nº 11.232/2006, ao acrescentar o art. 475-I ao CPC, instituiu a fase de cumprimento de sentença, onde os atos executórios para a satisfação da obrigação correm no mesmo processo de conhecimento, sem a necessidade de instauração de novo processo para executar direito já plenamente demonstrado no processo cognitivo anterior. Assim, o processo executivo passou a ser responsável essencialmente pela concretização das pretensões do detentor de título extrajudicial.

O Processo de Execução, agora, consegue ao mesmo tempo resguardar os direitos do credor e proteger os direitos do devedor. Protegendo o interesse público de que não se prossiga com atividade executiva, quando esta é eminentemente ilegal, injusta ou excessiva, evidentemente fadada ao insucesso. Não exercendo constrição sobre o patrimônio do devedor além do estritamente necessário. Os embargos à execução independem de garantia do juízo, não suspendendo, em regra, a execução.

2.1. O que mudou?

Em apertada síntese, buscando garantir o acesso à justiça e celeridade ao processo a reforma aboliu a exigibilidade de prévia segurança do juízo. O CPC agora garante ao executado, em seus artigos 475-L, 475-M e 736 e seguintes, a possibilidade de opor defesa contra a execução fadada ao insucesso por meio do incidente processual da impugnação, quando se tratar de execução fundada em título executivo judicial, processada nos mesmos autos do processo de execução, ainda condicionada a penhora, depósito ou caução, cujo o efeito suspensivo só será concedido pelo juiz quando verossímil seus fundamentos e o prosseguimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, *ex vi* art. 475-M do CPC; e por processo autônomo de embargos à execução, quando a execução for baseada em título executivo extrajudicial, que correrá em

autos apartados, independentemente de penhora, depósito ou caução, exceto quando se pleiteia o recebimento dos embargos com efeito suspensivo, quando a penhora torna-se imprescindível, *ex vi* 739-A, §1º do CPC; e nos casos de Execução Fiscal que além da prévia segurança, ainda tem os embargos à execução como único meio de defesa seja qual for o título executado. Pode o executado, ainda, se valer de ações autônomas como a ação anulatória de execução, consignação em pagamento.

Agora, deve o juiz verificar a presença de dois pressupostos específicos da execução além dos indispensáveis a validade de toda e qualquer ação, quais sejam: a existência de título executivo, já que “não existe execução sem título hábil que a constitua” (Pontes de Miranda, 1974), ou seja, exigível, líquido e certo; e o inadimplemento da obrigação pelo devedor e adimplemento da obrigação pelo credor. Ausente qualquer desses requisitos pode o executado, a fim de impedir invasão de seu patrimônio e continuação de execução nitidamente impossível, informar ao juiz a inexistência de qualquer desses pressupostos de validade da ação executória.

Até então, o ordenamento jurídico conferia ao credor o poder de exigir o cumprimento de determinada prestação (obrigação de fazer, não fazer ou dar) a que o devedor validamente se obrigou e arbitrariamente não cumpriu. Ocorre que se de um lado sobrava possibilidades e meios coercitivos do outro havia a total negativa de autotutela. O devedor era citado para pagar a dívida sob pena de constrição de seus bens, não havia qualquer oportunidade de defesa em juízo.

Para que pudesse exercer sua defesa em juízo, independentemente do título no qual se fundava a execução, o devedor tinha que promover uma nova ação de caráter cognitivo, os embargos à execução, que corria em apartado em verdadeira ação de conhecimento. Entendia-se que processo de execução a rigor não comportava defesa do executado, buscava apenas a satisfação forçada de dívida mediante a execução de título crédito judicial ou extrajudicial previamente constituído, desde que este fosse líquido, certo, exigível.

Se aparentemente o título judicial ou extrajudicial preenchesse todos os requisitos, o único meio de contestação de sua validade era a oposição dos

embargos à execução após a invasão do patrimônio do devedor, independentemente de sua vontade, com o objetivo de garantir os direitos do credor.

As matérias passíveis de arguição dependiam efetivamente da espécie do título que se fundava a execução. Nos casos de títulos executivos judiciais, a redação do art. 741 do CPC de 1973 determinava que os embargos só poderiam versar sobre falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento se a ação corresse à revelia; inexigibilidade do título; ilegitimidade das partes; cumulação indevida de execuções; excesso de execução ou nulidade desta até a penhora; qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; e incompetência do juízo da execução, bem como, suspeição ou impedimento do juiz.

No que dizia respeito execução fundada em título executivo extrajudicial, a antiga redação do art. 745 do CPC determinava que o devedor poderia alegar em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe fosse lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Não incumbia aos juízes ou advogados invocar pela via da exceção de pré-executividade o conhecimento das questões relativas a admissibilidade da ação porque a exceção não estava prevista em nosso ordenamento. Para que fosse aceita como meio eficaz de oposição à execução seria necessário inseri-la no ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em deturpação da acepção teleológica do processo de execução desviando a finalidade real de todo o processo, ou seja, a satisfação rápida e eficaz do crédito do credor (Moura, 2010).

Apenas a jurisprudência e a doutrina defendiam que o juiz poderia, após verificando a existência de vício ou defeitos aptos a tornar nula a relação processual, indeferir a inicial, ou ainda, extinguir a qualquer tempo o processo sem julgamento do mérito. Se o juiz não conhecesse preliminarmente de tais vícios poderia o devedor pela via da exceção de pré-executividade, sem a necessidade de propositura de uma nova demanda cognitiva, demonstra a impossibilidade do prosseguimento da execução ilegal e claramente lesiva aos princípios norteadores do direito. Quando tal defeito fosse alegado pelo devedor o juiz deveria, observadas as normas do CPC, conceder ao credor o prazo de 10 dias para falar sobre a

alegação do devedor e após este prazo decidir pela extinção ou prosseguimento da execução (Guerra, 1998).

Com a Lei 11.382/2006, que revogou o art. 737 do CPC e alterou o art. 736 CPC, passou-se a entender que nas execuções em geral, após o acolhimento da inicial, o devedor deverá ser citado para que, no prazo de 3 (três) dias, pague a dívida ou, no prazo de 15 (quinze) dias, oponha embargos à execução, sem a exigência da segurança do juízo, exceto na Execução Fiscal onde os embargos só são admitidos após prévia garantia do juízo por meio de depósito, fiança bancária ou penhora de bens (BRASIL, 2013). No entanto, se prontamente identificar qualquer ausência de pressupostos processuais, nulidades absolutas, como a prescrição ou decadência, ou matérias de ordem pública, que acabam sempre prejudicando o rápido curso da ação de execução, cabe ao juiz, *ex officio*, examiná-la e declarar o vício.

Não é razoável que a interposição de defesa contra execução ilegítima e fadada ao insucesso só seja admitida após atos constritivos sobre o patrimônio do executado, para só então, pela via da exceção, demonstrar a ausência de requisitos mínimos da ação por ele questionada. Pode o executado, a fim de impedir invasão de seu patrimônio e continuação de execução nitidamente impossível, em livre exercício do seu direito ao contraditório, informar ao juiz a inexistência de alguma das condições de validade da ação executória.

É inadmissível que diante de título inexigível, se imponha àquele que nada deve a invasão de seu patrimônio por penhora, que muita vez causa dano irreparável, para que tenha direito a opor defesa, ou que se negue qualquer possibilidade de defesa àquele sem patrimônio. Quando trata-se de questão que independe de profunda indagação e prova é perfeita admissível a oposição de exceção de pré-executiva, desde que esta seja capaz de impedir a regular constituição e desenvolvimento da ação executiva.

“A execução que não preencha os requisitos legais não pode prosperar, sendo defeso, ao Estado, agredir o patrimônio do cidadão apontado como devedor, seja por intermédio da penhora, seja por qualquer outro ato executivo (Moura , 2010).” Qualquer agressão ao patrimônio do devedor deve ser nos estritos limites do devido processo legal, sem prejudicar definitivamente as finanças do devedor.

Nas palavras de Galeno Lacerda (1981):

“É que, na execução direta de título extrajudicial, não há 'juízo' a ser garantido. Se alguém necessita de segurança é o credor, e não o juízo inexistente. Se se objetar que a garantia se refere ao juízo posterior, resultante dos embargos, ainda assim a expressão não teria sentido, pois tal juízo dispensa as muletas da segurança prévia para formular-se, como dever imperativo do Judiciário de atender ao direito de petição das partes, segundo preceito constitucional.”

Nada justifica submeter o executado à constrição patrimonial quando flagrante ou evidente a nulidade do título e, por conseguinte, do próprio processo executivo. No caso de execução de título extrajudicial, em especial, restou facultado ao executado opor os embargos à execução, por ser este o único meio que ainda possibilita uma ampla discussão a respeito da execução, no entanto, seu efeito suspensivo só será concedido após a segurança do juízo podendo, em regra, o exequente continuar promovendo os atos executivos nos autos da ação de execução.

O processo de execução em geral passou a proteger o devedor de eventuais excessos por meio do devido processo legal e a sacrificar o menos possível seu patrimônio, sem pôr em risco a satisfação do crédito do credor, preservando, assim, a dignidade tanto deste como daquele (Moura , 2010).

2.2. É chegado o fim?

O projeto que viabilizou a reforma promovida pela Lei 11.3082/06 tinha como um de seus propósitos acabar de vez com a farra da exceção de pré-executividade. Para seus idealizadores, quando a segurança do juízo deixasse de ser imprescindível à oposição de defesa do executado mediante embargos à execução, não restaria qualquer “motivo para interposição da assim chamada (*mui* impropriamente) “exceção de pré-executividade”, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras causava ao andamento das execuções (Bastos, 2004).”

As reformas promovidas na última década supostamente fulminaram o uso da exceção de pré-executividade como meio eficaz de defesa contra execução ilícita, seja por falta de algum pressuposto de constituição e desenvolvimento válido

e regular do processo de execução, seja por vício do título, haja vista que as alterações até aqui promovidas garantem ao executado o direito de interpor embargos à execução independentemente da prévia constrição patrimonial do devedor. Nada justifica sua utilização quando a penhora do patrimônio do devedor deixa de ser exigida como condição para o exercício de defesa processual, além de ser usada como meio de retardar a marcha processual.

Contudo, contrariando as previsões, as reformas apenas consolidaram o uso da exceção de pré-executividade como meio eficaz de defesa daqueles que sofrem com a imposição de injustas execuções, especialmente nas situações em que não se faz necessária a dilação probatória ou cuja ocorrência pode ser decretada de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, bem como de causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito da exequente, desde que haja prova pré-constituída que comprove os vícios do título e a ilegalidade da execução. É efetivamente útil quando o efeito suspensivo for fundamental para o livre exercício do contraditório e devido processo legal pelo devedor e no caso das Execuções Fiscais, onde a garantia do juízo permanece como condições indispensável ao oferecimento dos embargos à execução, e no Cumprimento de Sentença onde ainda é preciso garantir o juízo antes ter sua impugnação apreciada.

Mesmo que se possa interpor defesa sem a prévia segurança, apenas o uso da exceção de pré-executividade como meio de defesa garante ao executado a possibilidade de extinguir execução antes da apreciação de mérito, sem prévia segurança do juízo e sem a necessidade de propositura de uma nova ação. O que, sem dúvida, respeita a maior premissa do processo executivo, art. 620 do Código de Processo Civil, que estabelece que toda execução deve correr de forma menos onerosa para o devedor. E diferentemente dos demais meios de defesa permitidos no processo executório, seja ele impugnação ou embargos à execução, esta não pressupõe a prévia garantia do juízo, além de poder ser suscitada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

A exceção ainda é o único meio que promove e garante ao executado o direito de discutir certas questões não admitidas em sede de embargos à execução. De todo modo, a segurança do credor continua assegurada pelo código em seu art. 615-A, caput, introduzido pela Lei 11.382/2006, que garante ao exequente a

possibilidade de, no ato da distribuição da execução, obter uma certidão que comprove o ajuizamento da ação para que seja averbada sua existência nos registros competentes dos bens sujeitos à penhora e arresto, e assim, dar publicidade ao processo, resguarda-o de eventuais fraudes à execução ou alegação de boa-fé pelo terceiro adquirente.

Continua perfeitamente aceitável que o executado, a fim de impedir invasão de seu patrimônio e continuação de execução nitidamente impossível, em livre exercício do seu direito ao contraditório, informe ao juiz a inexistência de alguma das condições de validade da ação executória. Não se pode admitir que na busca obcecada pela celeridade e efetividade processual os direitos do devedor sejam deliberadamente suprimidos. Nenhuma reforma superficial da lei é capaz de garantir o livre exercício do contraditório, ampla defesa, e acesso à Justiça. É preciso modernizar as leis, torná-las aptas a satisfação das modernas necessidades sociais.

3. ASPECTOS GERAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Primordial deixar claro, que juiz ao receber a petição inicial só deve proferir o despacho citatório do réu quando presentes todos os requisitos e pressupostos, visto que a inexistência qualquer destes impede toda a atividade executiva, causando a nulidade absoluta da execução. Caso haja falha no controle de admissibilidade pode o executado arguir o vício assim que possível. No entanto, a possibilidade de defesa do devedor dentro do próprio processo de execução, garantida pelo princípio do contraditório, não pode ser utilizada de modo a desvirtuar os próprios objetivos da execução, inviabilizando princípios gerais da relação processual executiva.

Admitir a alegação de quaisquer matérias e a produção de quaisquer provas sob o amparo do contraditório seria o mesmo que inutilizar o processo de execução, transformando-o em processo de conhecimento (Oliveira, 2001). A exceção deve ser utilizada excepcionalmente, quando flagrante a ilegalidade do título, e até mesmo quanto a matéria pertinente ao mérito desde que cabalmente comprovada mediante prova pré-constituída e inequívoca a falência da execução ali tentada.

Nessa seara, a fim de evitar qualquer abuso de direito por parte de qualquer das partes e impedir o uso indiscriminado do instituto que acarretaria na total perda da efetividade do processo executivo, surge a necessidade de limitar as matérias que podem ser arguidas na oposição das exceções de pré-executividade. Pugna-se pelo uso da parcimônia, sob pena de desvirtuar totalmente a execução.

A jurisprudência tem admitido que se aleguem questões de ordem pública, nulidade do título, bem como existência de fato modificativo ou extintivos do direito do credor ou qualquer outra questão processual que demonstre de plano a ausência de algum dos requisitos gerais de validade do processo, ou qualquer das garantias mínimas de viabilidade da execução - certeza, liquidez e exigibilidade do título, sejam por inexistência de inadimplemento ou irregularidade do título executivo, por exemplo, cognoscíveis *ex officio* pelo juiz ou que possa ser comprovada *prima facie* por inequívoca prova documental, sem necessidade de dilação probatória, além de estar diretamente ligado ao juízo de admissibilidade da própria ação

executiva, como as questões ordem pública e ausência de pressupostos processuais e condições da ação (CPC, art. 267, IV e VI, § 3º).

Caso contrário, estará o devedor praticando ato atentatório à dignidade da justiça ao intencionalmente provocar a paralisação da execução forçada por meio de incidente descabido e sabidamente impróprio para o fim almejado valendo-se de tal alegação apenas com intenção de procrastinar o andamento processual. Assim, caso denote intuito procrastinatório, deve o juiz, buscando proteger o direito do credor, a celeridade e economia processual, aplicar, cumulativamente, as sanções previstas nos artigos 18⁷ e 601⁸ do CPC, àquele que, sob o pretexto de exercer o direito de defesa, injustificadamente resiste ao andamento processual e retarda o termino da execução utilizando-se de meios maliciosos para tanto, devendo se aplicar, ainda, as sanções decorrentes da litigância de má-fé, conforme descrito nos artigos 17, IV⁹ e 600, II¹⁰ do CPC (Theodoro Júnior, 2003).

3.1. O termo – Uma questão de interpretação

Um estudo superficial sobre o termo pode levar a conclusões errôneas sobre sua utilização. Aparentemente trata-se de recurso utilizado antes de qualquer ato de executivo. No entanto, a utilização do termo “pré” não nos parece feliz considerando que não se trata de algo anterior à própria execução, mas meio de defesa prévia do devedor dentro do próprio processo executivo. A questão não é o antes ou o depois, mas o sim ou o não. Consiste na alegação de que execução pautada em título irregular não pode prosseguir já que está fadada ao insucesso.

⁷ Art.18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

⁸ Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

⁹ Art.17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...); IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (...).

¹⁰ Art.600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...); II- se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (...).

Ao analisarmos especificamente o termo “exceção” é preciso levar em conta outro termo muito utilizado pelos juristas, a objeção. Pontes de Miranda utilizava o termo “exceção pré-processual” já que na sistemática do Código de 1939 eram denominadas “exceções” todas as defesas do réu que não dissessem respeito ao mérito da causa, que não questionassem o direito material do caso. Portanto, o uso do termo trazido por Pontes de Miranda é válido, visto que este, ainda, é seu conceito atual.

Para Siqueira Filho (2001), o termo “objeções” seria mais adequado já que as “objeções” são usadas quando se fala em matérias que o juiz deve conhecer de ofício, enquanto nas “exceções” se discutem matérias que dependem necessariamente de provocação do interessado.

Ocorre que a expressão “objeção” limita seu uso apenas a questões de ordem pública que podem ser conhecidas e decretas de ofício pelo juiz, o que não parece ser o caso do termo “exceções” que permite um uso mais amplo quanto às matérias que podem ser arguidas na defesa do executado (Oliveira, 2001).

A exceção de pré-executividade não é defesa exclusivamente processual, sendo assim, não é exceção nem objeção, haja vista que não está limitada à matéria processual. O devedor pode arguir desde matérias processuais de ordem pública decretáveis de ofício pelo juiz, até os requisitos específicos da execução, pressupostos e condições da ação, ou matérias atinentes ao mérito e requisitos específicos do título extrajudicial desde que cabalmente comprovadas por provas pré-constituídas (Moura , 2010).

Entretanto, não devemos nos ater a detalhes, já que o que aqui se busca é demonstrar a impossibilidade do prosseguimento da execução, sua inadmissibilidade e não por menores como o significado do termo a ser utilizado.

3.2. Admissibilidade

No que diz respeito à cognição, Mendonça Lima (1981) acreditava que tudo deveria ser resolvido no processo de conhecimento, não sendo possível discutir questões de mérito dentro do processo de execução. A priori, estaria excluída a

atividade de conhecimento do processo de execução, ressalvado o conhecimento exercido no momento da verificação dos pressupostos e condições da ação como requisitos da admissibilidade da ação executiva.

No entanto, quando o juiz exerce o juízo de admissibilidade da ação acaba proferido juízo de valor sobre o processo e conseqüentemente conhecendo ou não de um direito. Atividade nitidamente de conhecimento que embora se desenvolva de ofício não afasta a possibilidade de manifestação do executado ao seu respeito pela via da exceção de pré-executividade (Moura , 2010).

Nas palavras de Teorio Albino Zavascki (2003), mesmo o âmbito escrito da ação executiva, cuja finalidade específica não é julgar o direito, mas de torná-lo realidade, defronta-se o juiz continuamente com questões e incidentes que demandam julgamento.

Quando pratica seu juízo de admissibilidade o juiz decide se admite ou não uma petição inicial, logo exerce atividade de conhecimento, mesmo que pequena, proferindo entendimento sobre possível viabilidade da pretensão processo do autor. Ao analisar se a petição inicial do credor preenche ou não os requisitos de admissibilidade, quais sejam, as condições da ação e pressupostos processuais, assim como os requisitos especiais legalmente exigidos como a certeza, liquidez e exigibilidade do título extrajudicial ali apresentado, o juiz exerce seu poder de conhecimento e julgamento do mérito, e garante minimamente ao devedor o direito ao devido processo legal. O que para Pontes de Miranda demonstrava a existência de contraditório no processo de execução e, portanto, a existência de cognição (Pontes de Miranda, 1974).

O contraditório e ampla defesa não são privilégios garantidos apenas àqueles de litigam em processo de conhecimento. Os princípios instituídos pelo artigo 5º, LIV e LV, da CF (devido processo legal e, por conseguinte, ao contraditório e ampla defesa) devem ser garantidos a ambas partes mesmo nos processos executório, sem qualquer custo ou ônus. O processo não cumpre sua finalidade quando pura e simplesmente o juiz profere sua sentença, seja ela terminativa ou definitiva. O processo cumpre sua finalidade quando garante os direitos das partes, quando analisa as razões dos dois lados do litígio.

Toda e qualquer ação, seja ela de conhecimento ou de execução, deve sempre partir do princípio de que o poder de defesa deve ser garantido a todo cidadão, seja ele devedor, fraudador, o quem quer que seja. Mesmo em processo em princípio desprovido de fase de conhecimento como a Execução, o direito ao contraditório deve ser assegurado ao devedor independentemente de ser ou não merecedor de tal cautela. Não cabe ao juiz preliminarmente julgar o caráter do devedor, mas as provas que este lhe apresenta.

É quando exercer esse poder/dever que o juiz demonstra sua maior fragilidade, a falibilidade. O juiz nunca tomará decisões idênticas em casos concretos com particularidades tão diferentes. Nem sempre será capaz de observar e se ater a todos os detalhes de um caso em meio à centena de processos que analisa num único dia. É por sua fragilidade e falibilidade que a atividade do juiz deve se sujeitar ao controle das partes interessadas.

Não raras vezes que não por descaso, mas pelo excesso de trabalho o juiz deixa passar petição inicial de execução sem preencher qualquer dos pressupostos processuais ou das condições da ação, ou qualquer dos requisitos específicos da ação executiva. Nos permitindo, assim, dizer que o juízo admissibilidade da ação pode sim ser provocado pelo executado quando o juiz não conseguir por qualquer motivo vislumbrar vício que comprometa o prosseguimento da execução, pela via da exceção de pré-executividade. É por ser o juiz um ser humano como qualquer outro que pode e deve a parte interessada dá ciência de sua falha. O juiz não ser onipotente, onisciente e onipresente, que tudo sabe, tudo vê e prevê.

3.3. Momento adequado para interposição da exceção

Não há orientação pacificada sobre o momento adequado para a interposição da exceção de pré-executividade. Mesmo o Código estabelecendo, em seu art. 738, que executado tem prazo de quinze dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação cumprido, para, se o assim desejar, ajuizar os

embargos à execução, jurisprudência e doutrina admitem a oposição da exceção de pré-executividade enquanto não extinto o processo de execução.

Nos termos do art. 267, §3º do CPC¹¹, resta estabelecida a possibilidade de verificação dos pressupostos processuais e condições da ação de ofício pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, mesmo após transcorrido o prazo dos embargos, desde que antes da sentença de mérito e que a inexecução do título possa ser comprovada de imediato pelo magistrado, sem a necessidade de dilação probatória, pois a preclusão não os atinge, sejam matérias de ordem pública ou não, visto que estes são requisitos sem os quais não se inicia ou prossegue com a execução.

O prazo para oposição da exceção só estará extinto quando o devedor já tiver oposto embargos à execução/impugnação ou tiver perdido o prazo para sua oposição. Só sendo admitida quando versar sobre questão de ordem pública ou qualquer outra matéria ligada a admissibilidade da ação, sob pena de se privilegiar o devedor displicente, que perdeu o prazo dos embargos ou o apresentou de forma incompleta (Oliveira, 2001).

Quanto a consumação os atos expropriatórios ante a inércia do executado, reza o art.652, que o executado é citado para, no prazo de 3 dias, efetuar o pagamento da dívida execução, e, não o fazendo, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado, procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto, intimando-se, na mesma oportunidade o executado.

Se pretender ter a chance de embargar a execução independentemente de penhora, nos termos do art. 736, do CPC, deve o executado fazê-lo no prazo máximo de 15 dias contados da data de juntada do mandado de citação aos autos. Pretendendo insurgir de forma mais eficaz e rápida deve o executado, no prazo de 3 dias, oferecer sua defesa prévia pela via da exceção de pré-executividade, a fim de

¹¹ Art.267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes, e o interesse processual; (...) §3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tem e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos IV, V, VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe cabe falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

garantir que esta ocorra antes da avaliação e penhora de seus bens, pedindo ao juiz que suspenda todos os atos executórios até a decisão final sobre este incidente processual. (Alvim, et al., 2007)

No entanto, tem-se que observar que o oferecido da exceção de pré-executividade antes dos embargos, pode caracterizar a preclusão consumativa, admitindo-a como se embargos fosse. Pode ainda, ocorrer a preclusão temporal, já que apresentação na contagem do prazo de 15 dias para oposição dos embargos, pode caracterizar comparecimento espontâneo do réu, nos termos art.214, §1, do CPC.

Assim, a fim de evitar aborrecimento deve o devedor, após rigorosa análise do caso concreto, opor à exceção de pré-executividade no momento mais oportuno possível. Momento entendido como aquele incapaz de frustra direta e imediatamente suas intenções.

3.4. Dos efeitos do julgamento do mérito. Extinção X Prosseguimento dos atos executórios

Em resumo, o processo só será válido se preencher alguns requisitos de admissibilidade, como as condições da ação, pressupostos processuais e demais requisitos inerentes ao título e ao processo de execução, que devem ser verificados previamente pelo juiz, caso isto não ocorra pode o devedor provocar a verificação liminar de tais requisitos, a qualquer tempo, mediante apresentação da exceção da exceção de pré-executividade (Theodoro Júnior, 2003).

Se após realizar seu juízo de admissibilidade o juiz verificar qualquer ausência ou falha relativa às condições da ação e aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, ou não preenchimento dos requisitos mínimos para a propositura de qualquer execução, quais sejam, o inadimplemento do devedor (art.580¹², CPC) e a apresentação de título líquido, certo

¹² Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo

e exigível (art.586¹³, CPC), assim como, vício na citação ou prescrição da dívida, ou seja, qualquer matéria conhecível e decretável de ofício, desde que comprovada cabalmente por prova pré-constituída, deve extinguir o processo sem apreciação do mérito, já que a execução nula, infundada ou viciada não constitui vantagem nem ao credor nem ao Estado, razão pela qual deve ser extinta de imediato, antes que cause danos irreparáveis ao devedor (Oliveira, 2001).

Se o devedor de antemão comprovar a satisfação, remissão ou a renunciada dívida pelo credo, inexistente será a exigibilidade do título, assim, sendo este requisito indispensável a perfeita constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, restará o credor plenamente impedido de iniciar a execução, ou nela prosseguir, se extinguindo o feito em curso, sem resolução do mérito, conforme reza entendimento combinado dos artigos 267, 581 e 794, do CPC.

Assim, tem-se que a decisão que acolhe a exceção de pré-executividade é terminativa, pois extingue o processo de execução, podendo ser atacada mediante recurso de apelação. Já a decisão que acolhe parcialmente ou julga improcedente a exceção apresentada e dá prosseguimento à execução, por ter caráter de decisão interlocutória deve ser atacada pela via do agravo de instrumento.

Seja como for, ambas produzem coisa julgada formal e material, especialmente se houver enfrentamento do mérito referente ao direito de crédito, o que demonstra o caráter cognitivo do processo de execução quase nunca admitido pela doutrina e jurisprudência. Quando acolhida a exceção será perfeitamente admissível a condenação do exequente a pagamento de honorário advocatícios e o reembolso de custas processuais, no limite da sua sucumbência. Já no caso de indeferimento, deve ser cobrado do executado apenas o reembolso das despesas processuais, nos termos do §1º, do art.20, do CPC.

Caso o juiz se negue a conhecer das alegações apresentadas pelo executado e prossiga normalmente com os atos de constrição sobre seu patrimônio, pode o executado impetrar mandado de segurança para suspender execução ilegal.

¹³ Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

3.5. Princípios e requisitos basilares

O processo de execução deve sempre partir da ideia de que o processo de execução baseia-se sempre no princípio da máxima efetividade e economia processual, a fim de se evitar, sempre que possível, o uso de meios de defesa que impeçam o livre andamento do processo ou que prolonguem demasiadamente seu andamento, o que claramente ofende o interesse público. Interesse esse que deve ser sempre respeitado independentemente dos interesses do indivíduo.

A simples interposição da execução sem a comprovação do inadimplemento não parece justa, mas exigi-la do credor, diante da dificuldade na obtenção de provas, poderia impedir a satisfação do crédito. Resta ao devedor, por meio de prova pré-constituída, em exceção de pré-executividade comprovar o adimplemento da dívida e que injusta é a execução.

É cedido que a execução busca apenas a concretização de direito já declarado pelo título executivo judicial ou extrajudicial, ainda assim, deve o juiz analisar minuciosamente a admissibilidade da ação antes de deferir os atos de constrição sobre o patrimônio devedor.

Cabe lembrar que nos artigos 580 à 590 do CPC, restou estabelecido que a execução forçada tem como requisitos de existência e legalidade a apresentação de título executivo e a demonstração do inadimplemento da dívida pelo devedor. Portanto, sem título executivo não há execução. A mera apresentação do título não garante o prosseguimento da ação, sendo imprescindível comprovar sua certeza, liquidez e exigibilidade.

Após constada a ausência de qualquer dos pressupostos processuais, das condições da ação ou qualquer outro empecilho à execução justa não pode o juiz indeferir de plano a petição inicial devendo conceder o prazo de 10 dias, estabelecido pelo art. 616¹⁴ do CPC, para que o credor supra tal deficiência. Se o vício persistir pode o juiz indeferir a inicial e declarar extinto o processo.

¹⁴ Art. 616. Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.

Mesmo que o devedor não seja chamado ao feito para se defender mediante simples contestação, está-lhe assegurado outro meio de defesa dentro do próprio processo executivo, onde poderá, independentemente do oferecimento de caução ou embargos, realizar sua defesa cujas alegações ficam restritas a matérias que podem ser conhecidas *ex officio*, ou seja, matéria de ordem pública ou qualquer outra matéria ligada à admissibilidade da execução, desde que não haja necessidade de dilação probatória ante a nulidade processual detectável *prima facie* (que podem ser conhecidas de plano pelo juiz). São matérias ligadas às condições da ação – incluindo as questões da teoria do título executivo, como a falta de liquidez da obrigação ou a inadequação do meio escolhido para obtenção da tutela jurisdicional executiva-, os referentes à legitimidade das partes e à possibilidade jurídica da demanda, ou algum pressuposto processual geral, ou um dos pressupostos específicos: a existência de título executivo e o inadimplemento da obrigação (Câmara, 2013).

Além dos pressupostos inerentes a toda e qualquer ação, como a petição inicial apta a produzir efeito, a execução forçada tem como pressupostos específicos o inadimplemento da dívida e a existência de título executivo, ou seja, a posse de título que represente obrigação certa, líquida e exigível e a atitude ilícita do devedor de não adimplir com obrigação exigível. Sendo assim, inexistente execução sem título judicial que a preceda, seja ele judicial ou extrajudicial.

No que diz respeito a existência de título executivo, que é a base comprobatória de toda ação executiva, nem sempre o processo está garantido pela simples exibição de um documento que tenha forma de título executivo, é indispensável que o mesmo se revele líquido, certo e exigível. Só haverá certeza do crédito quando não houver controvérsia sobre sua existência, perfeição formal; liquidez quando é determinada a importância da prestação, o que e o quanto se deve; exigibilidade quando seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações, ou seja, a obrigação está vencida (Moura , 2010).

3.6. Legitimidade - Quem pode oferecer?

Quanto à legitimidade para arguição, estabeleceu-se que esta pode ser feita pelo devedor executado, independentemente de ser ele principal ou secundário. Admite-se, ainda, alerta dado por qualquer pessoa (terceiro interessado ou credor) já que o crédito só será satisfeito por meio de processo efetivamente válido. Mesmo que suscitada por parte ilegítima, o juiz deve manifestar-se sobre os vícios apontados, a fim de evitar o prosseguimento de execução evidentemente viciada.

3.7. Concessão do efeito suspensivo - Para tudo ou continua?

Antes da reforma os embargos, em regra, eram necessariamente dotados de efeito suspensivo. Agora, a concessão de efeito suspensivo à execução está condicionada a prévia segurança do juízo e a demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A penhora no valor do título executivo deixou de ser pressuposto de validade dos embargos à execução e a apresentação destes não tem, por si só, o condão de suspender a execução, quando requerido pelo embargante, nos termos do § 1º do Art. 739-A do CPC.

Em princípio, passou-se a entender que a oposição de qualquer dos meios de defesa admitidos pelo Código e seu recebimento não impede, por si só, o prosseguimento da execução de título (art.585, §1º¹⁵ do CPC) não cabendo qualquer efeito suspensivo, mas há casos em que executado pode conseguir a suspensão de todos os atos executórios até a decisão final de seu pedido principal (art. 739-A, §1º¹⁶e 791¹⁷ do CPC) desde que assegurado o juízo e presentes o *fumus boni iuris* e

¹⁵ § 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

¹⁶ Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

¹⁷ O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

¹⁷ Art.791. Suspende-se a execução: I- no todo em parte, quando recebido como efeito suspensivo os embargos à execução (art.739-A); II – nas hipóteses previstas no art. 265, I a III; III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

o *periculum in mora* (Manual de Execução, 2009) , dependendo de decisão expressa do juiz.

Pode o juiz, na execução de título executivo judicial, nos termos do art. 475-M do CPC, conceder a suspensão dos atos executivos quando relevantes os fundamentos da impugnação (*fumus boni iuris*) e o executado demonstrar que prosseguimento da execução poderá lhe causar grave dano de difícil ou incerta reparação (*Periculum in mora*) (BRASIL, 2013).

No caso dos títulos extrajudiciais, reza o § 1º, do artigo 739-A do CPC, que para atribuir efeito suspensivo aos embargos o devedor terá que, assim como no caso dos títulos judiciais, demonstrar *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, além de ter que sacrificar seu patrimônio em valor suficiente a assegurar o credor no caso de eventual fraude (BRASIL, 2013). Assim, se incerta a formação de relação processual, admite-se o deferimento do efeito suspensivo da exceção, desde que verossímeis as alegações aprestadas e válida a demonstração de que o prosseguimento da execução pode causar dano de difícil ou incerta reparação ao devedor, mediante caução suficiente para garantia do juízo.

A fim de garantir o contraditório o juiz deverá, antes de decidir acerca do recebimento da defesa “como” ou “sem” efeito suspensivo, ouvir o exequente, possibilitando o saneamento dos vícios apontados pelo executado, para só então decidir a seu respeito, em decisão contra qual cabe agravo de instrumento, exceto se extinguir a execução, cabendo apelação.

No entanto, conforme § 6.º do art. 739-A do CPC, o deferimento do efeito suspensivo não impede que o credor continue com os atos executivos podendo promover a efetivação e formalização da penhora, bem como da avaliação dos bens constritos. No caso da impugnação, §1º art.475-M do CPC, pode o exequente prosseguir com os atos executivos, mesmo após a concessão do efeito suspensivo desde que ofereça e preste caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos autos, de acordo com o §2º do art.739-A (BRASIL, 2013).

Mesmo após despender, por vezes, enorme parte de seu patrimônio o executado corre o sério risco de que, após a concessão do efeito suspensivo, os atos executivos sobre seu patrimônio prossigam depois da preste de caução pelo exequente, o que apenas ratifica a ideia de que a exceção de pré-execução ainda é

o único meio de defesa realmente eficaz ante os inúmeros privilégios garantidos ao credor; seja a possibilidade de penhora anterior ao acolhimento dos embargos ou a possibilidade de prosseguir com os atos executórios mesmo após o recebimento dos embargos com efeito suspensivo. A exceção ainda é o único meio que garante a defesa do executado antes de qualquer ato executivo, antes de qualquer agressão ao patrimônio do executado.

Se evidente e corroborada por provas irrefutáveis a nulidade do processo de execução alegada pela via da exceção de pré-executividade, deve o juiz suspender todos os atos executivos até a decisão definitiva quanto a extinção ou prosseguimento da execução, visando obstar qualquer ato de constrição ao patrimônio do executado que lhe cause qualquer tipo de prejuízo por menor que seja, além de garantir sua integridade patrimonial e moral, e o devido processo legal.

A penhora de bens antes do julgamento definitivo certamente ocasionará danos patrimoniais e morais irreparáveis ao devedor. As manchas morais na reputação de um empresário de renome não podem ser desfeitas com simples decisão judicial indeferindo a execução injusta que indevidamente lhe foi imposta. É preciso assegurar a dignidade não só do insolvente, mas daquele que mesmo tendo como arcar com os valores vultuosos da execução indevida não o faz por reconhecê-la injusta.

Condicionar a suspensão da execução a prestação de garantia do juízo e permitir que mesmo após tamanho sacrifício esta prossiga, impede o livre acesso à justiça e o exercício do contraditório. O processo de execução ainda está fundamentado na mera possibilidade de que o devedor irá agir fraudulentamente. Tal condição continua obrigando o executado a dispor de seu patrimônio a fim de se proteger de execução injusta, inviável.

Basear a sistemática processual em meras possibilidades não é razoável, afinal nem todo devedor é desonesto, fraudador, ou golpista. Impedir a defesa do cidadão honesto simplesmente porque existem outros tantos que não pagam suas dívidas por mero descaso, não é agir conforme a lei. Fere o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. É tratar os desiguais como se semelhantes fossem. O juiz deve analisar se o prosseguimento causará mais prejuízo ao executado que benefícios ao exequente.

Não parece razoável que, para demonstrar o evidente descabimento da execução a parte tenha que, primeiro, suportar a penhora de seu patrimônio, para só depois poder arguir as razões que impedem o prosseguimento desta. O razoável e legítimo seria o juiz, diante de provas pré-constituídas que evidenciam qualquer irregularidade, seja na formação do título ou na própria constituição da ação, a depender das circunstâncias do caso e baseado no princípio da proporcionalidade, determinar a suspensão da ação até o julgamento definitivo da exceção de pré-executividade e assim garantir que o devedor poderá articular livremente sua defesa sem o temor de ter seu patrimônio atacado a qualquer momento (Moura , 2010).

4. AINDA SE EXIGE A PRÉVIA SEGURANÇA? EXECUÇÃO FISCAL EM TERMOS GERAIS.

Na ação de Execução Fiscal proposta pela Fazenda Pública contra o contribuinte inadimplente, regida quase que exclusivamente pela Lei de Execução Fiscal, Lei n. 6.830/80, e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil no que não for incompatível, o Estado cobra as dívidas que os cidadãos têm para com seus entes.

A Execução Fiscal nada mais é que a cobrança de dívida do contribuinte ou responsáveis tributários para com a União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, suas respectivas autarquias e fundações públicas, baseada em título executivo extrajudicial conhecido como Certidão de Dívida Ativa, ou, CDA, estabelecido pelo artigo 585, VIII, CPC e regido pela Lei 6.830.

Importante frisar, que a Certidão de Dívida Ativa, é o único título executivo elaborado por ato unilateral do credor, por vontade de apenas uma das partes interessadas no processo executivo do qual serve como base, a Fazenda Pública, que, após um dispendioso processo administrativo sem resultados, busca receber o que lhe é devido pelo devedor inadimplente. Não há em sua constituição qualquer interferência do contribuinte ou responsável tributário.

Ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, realizado o lançamento e conseqüente constituído o crédito tributário, o que ocorre em ato de controle administrativo da legalidade feito pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito, será o devedor, então, notificado para pagar o valor devido ou apresentar defesa em 30 dias, condicionada à prévia segurança do juízo. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou sendo esta rejeitada, restará a dívida devidamente inscrita em Dívida Ativa determinando-se a imediata expedição da CDA, a qual deverá instruir, obrigatoriamente, a petição inicial da ação de execução fiscal.

Assim, após a constituição definitiva da CDA será ajuizada a Execução Fiscal. No despacho inicial o juiz determinará que o executado será citado para, no prazo de cinco dias, pagar ou garantir a execução, interrompendo a prescrição. Pagar a dívida, extingue a execução. Se preferir, o executado pode garantir o juízo

por meio de depósito em dinheiro no valor da dívida, em estabelecimento de crédito oficial, em conta na qual se assegure a atualização monetária, oferecer fiança bancária, nomear bens à penhora, ou indicar bens de terceiro à penhora, desde que estes os ofereçam e a Fazenda Pública aceite.

Não ocorrendo pagamento nem garantia do juízo pelo executado, serão penhorados tantos bens quantos bastem para a satisfação do crédito exequendo. Não sendo localizado o executado ou bens sobre os quais possa recair a penhora, será suspensa a execução, não correndo prazo prescricional nesse período. Após um ano de suspensão, os autos deveram ser arquivados, e o desarquivamento será possível assim que forem encontrados novos bens no patrimônio do executado, voltando a correr o prazo prescricional. Após 5 anos parado será extinta a obrigação diante da prescrição intercorrente do mesmo, Súmula 314, do Superior Tribunal de Justiça.

Garantido o juízo poderão ser oferecidos embargos, no prazo de 30 dias, a contar do depósito, da juntada da fiança bancaria ou da intimação da penhora. A Fazenda Pública terá 30 dias para impugnar as alegações do executado em sede de embargos, sendo designada em seguida a audiência de instrução e julgamento. Esta não será realizada se matéria sustentada nos embargos for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, for exclusivamente documental a prova a ser produzida, casos em que a sentença será proferida em 30 dias.

Se não embargada ou favorável a decisão deste a embargada será promovida a hasta pública, precedida obrigatoriamente de publicação de edital, com um intervalo não inferior a 10 dias em superior a 30, este a publicação e realização desta. Devem ser intimados a Fazenda Pública e o executado. Arrematado o bem, o dinheiro será entregue à exequente. Poderá haver adjudicação dos bens pela Fazenda Pública antes do leilão pelo preço da avaliação, desde que este bem lhe seja efetivamente útil.

4.1. Da exigibilidade de garantia nos embargos à execução fiscal.

Inicialmente, indaga-se: As alterações promovidas pela Lei 11.382/2006 modificaram a Execução Fiscal especificamente no que diz respeito a

obrigatoriedade de prévia segurança do juízo disposto em seu art. 16, §1º? Tal dispositivo fere o art. 5º, LV, da CF? É possível garantir o direito de ambas as partes ao contraditório em processo executório?

As inovações instituídas ao ordenamento jurídico pela Lei 11.382/2006 criaram no meio jurídico a falsa ideia de que a abolição da exigibilidade de prévia garantia do juízo como condição para o recebimento da defesa do executado por meio de embargos na execução civil facilmente alcançaria a seara fiscal. Todavia, não se pode olvidar que lei geral posterior não derroga as imposições de lei específica, neste caso a exigência de garantia do juízo presente na LEF, sobretudo porque, o CPC só é aplicado subsidiariamente à Execução Fiscal, destarte, independentemente de sua relevância jurídica prevalecem as disposições especiais da LEF.

Impedir a livre defesa do contribuinte fere as garantias e direitos fundamentais do contribuinte, independentemente deste dispor ou não de recursos suficientes à segurança do juízo.

Diante de tamanha controvérsia, o STJ, a fim de uniformizar a jurisprudência, quando do julgamento do REsp. n. 1.272.827/PE, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, pacificou o entendimento de que por ser a garantia do pleito executivo condição de processamento dos embargos à execução fiscal, nos exatos termos do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80, e em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, o art. 736 do CPC, alterado pela Lei n. 11.382/2006, não se aplica às execuções fiscais.

Assim, diante da exigência da garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal (recentemente passou-se a segurança parcial do juízo), e da não suspensão dos atos de executivos sobre os bens do executado, permanece aberta enorme lacuna à oposição da exceção de pré-executividade pelo o contribuinte, responsável tributário, ou qualquer terceiro interessado, desde que reste *prima facie* comprovado que o vício por ele alegado cerceia sua defesa, fere o princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

4.2. A CDA e sua exigibilidade

Conforme já acima narrado, a Fazenda Pública tem poder para elaborar a CDA, conferindo-lhe veracidade presumida, assim como qualquer outro ato promovido pela administração pública, cabendo ao devedor contestar sua validade assim que possível. Como título executivo esta deve seguir rigorosamente a Lei 6.830, a fim de não infringir qualquer direito do devedor e garantir os do credor, cabendo ao juiz previamente examiná-la.

Como em qualquer outra ação, a petição inicial da ação de execução fiscal deve preencher os requisitos de validade, sejam eles pressupostos processuais ou condições da ação, além de ter requisitos próprios, como estar corroborada por Certidão de Dívida Ativa constituída nos ditames do art. 202, do CTN¹⁸, sob pena de nulidade da CDA, conforme o art. 203, do CTN, e conseqüente indeferimento. Não podem o magistrado ou as partes permitirem o prosseguimento de ação fundada em título extrajudicial nulo, ilíquido, incerto ou inexigível.

Em regra, após a propositura da ação o executado terá até trinta dias para oferecer defesa via Embargos à Execução, nos termos do art. 16 da Lei 6.830/80, tendo sua admissão subordinada à garantia do juízo por depósito, fiança bancária ou penhora. Assim, ante a impossibilidade financeiras de muitos contribuintes, em casos específicos, doutrina e jurisprudência tem admitido o uso da Exceção da Pré-executividade como meio eficaz de defesa apto a ensejar a improcedência da execução fiscal.

¹⁸ Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Até pouco tempo considerava-se que o crédito tributário, unilateralmente constituído pela Fazenda Pública estava revestido de certeza e liquidez, não podendo ser questionada por qualquer meio sem antes estar seguro o juízo. Assegurava-se larga vantagem ao Fisco. A apresentação de defesa antes de garantido o juízo violava diretamente o art. 16, § 1º, da LEF, e tornava insegura a execução. Ante a exigibilidade de garantia do juízo muitos contribuintes viam-se incapazes de se defender por não dispor de tamanho recurso financeiro.

Acontece que nem sempre as certidões expressam fielmente a realidade e por vezes estão repletas de erros, como ações ajuizadas com base em crédito prescrito, já pago, ou em nome de sujeito passivo diverso do real contribuinte. Erros que tornam o título nulo por falta de condição da ação, ou que demonstram ilegalidade da ação por ausência de pressuposto processuais.

Ante os inúmeros erros materiais e outras impropriedades cometidas pela Fazenda Pública na emissão de Certidões de Dívida Ativa, o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento baseado no parágrafo único do artigo 3º da LEF¹⁹ e no artigo 204 do Código Tributário Nacional²⁰, passou a considerar que a presunção de certeza e liquidez da CDA é relativa podendo ser questionada pelo devedor ou terceiro a quem aproveite desde que consubstanciada por prova inequívoca de sua nulidade.

Em plausível ato legal, não configurando o fantasioso ativismo judicial, por meio da edição da Súmula 393, o STJ fixou entendimento que em situações excepcionais, relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória, o contribuinte, visando desconstituir crédito desprovido dos elementos indefensável à sua validade, pode defender-se da execução fiscal, sem a necessidade de interpor embargos e penhorar bens, por meio da exceção de pré-executividade, mesmo o art.16, §1º da LEF, expressamente determinando que não

¹⁹ Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

²⁰ Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

se admitirá embargos do executado sem antes garantir o juízo (Carneiro, 2013) e este sendo o entendimento pacífico do Tribunal .

Passou-se a entender que o inciso I, do artigo 618, do CPC²¹, e por conseguinte a exceção de pré-executividade são perfeitamente aplicáveis às execuções fiscais quando estas estão eivadas de vícios capazes de invalidar sua instauração ou impossibilitar seu regular desenvolvimento. Há que se admitir defesa de plano sobre questões que deveriam ser conhecidas até mesmo de ofício pelo juiz e, por isso, sem os ônus dos embargos à execução.

Desde então, a fim de evitar a banalização do instituto e preservar o interesse público, a economia e a celeridade processual, ficou estabelecido que apenas quando houver grave violação aos preceitos da ordem pública, bem como quando restar demonstrado por prova inequívoca a existência de fato modificativo ou extintivo do direito do exequente, ou qualquer fato que não demande dilação probatória, pode o devedor pela via da exceção de pré-executividade arguir tal vício ou nulidade e pedir a extinção da execução.

4.3. A CDA e o uso da Exceção de Pré-executividade na execução fiscal.

Partindo do princípio de que a CDA deve permitir a correta identificação por parte do devedor do exato objeto da execução, o Termo de Inscrição deverá conter todos os requisitos estabelecidos no art. 202, CTN e §5º do art. 2º²² da LEF,

²¹ Art. 618. É nula a execução:

I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586);

²² Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (...)

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

caso contrário será considerada nula cabendo ao juiz conceder prazo ao Fisco para que os vícios sejam sanados, até a decisão de primeira instância, mediante a substituição da certidão nula, caso contrário será nula a CDA e extinto o processo.

A Certidão de Dívida Ativa que dá origem execução fiscal deve ser resultado de processo administrativo que respeite todos as garantias constitucionais do devedor. Proposta a execução o juiz deve possuir todos os meios que lhe permitam verificar a regularidade da formação do referido título, afinal os vícios do processo administrativos fiscal retiram do título executivo a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

Nesta seara o judiciário, com fulcro no art. 5º da Constituição Federal, tem buscado garantir a supremacia do interesse público frente ao interesse particular, ofendendo claramente o princípio da isonomia entre as partes, além de tantos outros direitos fundamentais e garantias constitucionais do devedor. Contraria sobretudo o princípio da menor gravosidade ao executado, que dispõe que se deve promover a execução pelo modo menos gravoso para o devedor, art. 620²³ do Código de processo Civil.

Ocorre que é inconstitucional condicionar a admissibilidade de defesa ao prévio depósito quando se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário, configura cerceamento de defesa, Súmula 28, do STF.

É certo que cabe ao operador do direito a guarda e proteção dos interesses público, mas sem nunca esquecer dos direitos e garantias devedor. A fim de garantir o equilíbrio da relação processual, é justo garantir ao injustamente executado as mesmas garantias e vantagens de que dispõe a Fazenda Pública. Não é lógico e justo tratar os desiguais de forma igual já que aqui a desigualdade de armas impende qualquer reação de defesa do devedor diante da força e poder que o Estado exerce direta e indiretamente sobre ele. É extremamente necessário que o devedor disponha de meios que garantam sua plena defesa durante todo o processo.

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

²³ Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor

Deve-se, portanto, buscar equilibrar a relação de poder entre o Estado, aqui representado pela Fazenda Pública, e o devedor. Dando força (meios) para que o devedor possa se defender de execução inegavelmente injusta. Garantindo, assim, a máxima de “dar a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, nada além disso, especialmente quando trata-se do Estado, ente que já exerce tanto poder sobre os indivíduos de uma sociedade.

Mesmo a Certidão de Dívida Ativa revestida de presunção de liquidez e certeza, pode estar comprometida por vícios formais e matérias, seja pela inobservância das condições da ação que enseja a nulidade do título ou a inobservância dos pressupostos processuais que torna ilegal a execução do título.

Assim, cabe admitir o uso da exceção de pré-executividade quando a irregularidade capaz de anular a execução só ocorrer após instauração do processo de execução, ou quando nem mesmo o juiz foi capaz de observá-la durante todo o processo de conhecimento. Não é justo que aquele que nada deve, tenha seu patrimônio gravemente atacado por penhora para que possa se defender da execução flagrantemente ilegal ou viciada. Ninguém é o impotente e onipresente para tudo perceber, assim não pode sofrer grave e injusta execução sem ter qualquer possibilidade de contestá-la.

Frisa-se, que mesmo que nos pareça a via menos onerosa ao devedor, a exceção de pré-executividade em nenhum momento substituirá os embargos, já que só ele permite a alegação de toda e qualquer matéria útil a defesa, permitindo a apresentação de todo e qualquer documento comprobatório, oitiva de testemunhas, ou seja, dilação probatória.

Quanto à admissibilidade de medida processual autônoma, ou seja, a possibilidade de propor ação de repetição de indébito, ação anulatória de lançamento, bem como mandado de segurança serem admitidos como meios válidos de impugnar o crédito tributário inexistente, conforme dispõe artigo 38 da Lei 6.830/80 (rol meramente exemplificativo), sem condicionar sua admissibilidade à segurança do juízo (Súmula Vinculante 28, do STF²⁴), não há como garantir que a

²⁴ STF, Súmula Vinculante nº 28 - Constitucionalidade - Exigência de Depósito Prévio - Admissibilidade de Ação Judicial - Exigibilidade de Crédito Tributário. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

propositura de qualquer destas ações será capaz de assegurar a livre discussão do débito tributário, impedindo definitivamente o ajuizamento e/ou o prosseguimento da execução e de seus atos constritivos, exceto nos casos de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, incisos II, IV e V do CTN. Além do mais, a admissão de ação autônoma nestes termos acabar por neutralizar os ônus dos embargos acarretando o uso desenfreado do instituto.

Ante o acima exposto, tem-se que antes de lançar mão de ação autônoma, o contribuinte deve analisar friamente as reais chances de se obter suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, incisos IV e V, e se há mera chance de êxito, uma vez que seu indeferimento acarretará ônus sucumbencial, sendo defeso conferir à causa valor diverso do débito (art. 258 do Código de Processo Civil), com fim de evitar eventual ônus.

CONCLUSÃO

Como a evolução natural da sociedade a defesa prévia do executado mostrou-se efetivamente legal e necessária, no entanto, o legislativo jamais se manifestou formalmente sobre o tema. Foi então, que em ato legal, o judiciário, mediante clara observação de todas as suas prerrogativas e, após longo e arduo estudo da doutrina brasileira e internacional, passou a admitir a exceção de pré-executividade como instrumento legal de defesa do executado.

Apenas após recorrentes pressões o legislativo finalmente manifestou-se sobre tema na louvável reforma do processo de execução promovida pela Lei 11.382/2006, em que restou estabelecido que a segurança do juízo deixaria de ser tida como pré-requisito à interposição dos embargos do devedor (único meio de defesa admitida ao executado no processo de execução) nas execuções em geral, permanecendo a exigência para os casos de Execução Fiscal e Cumprimento de Sentença.

Após reforma do Código de Processo Civil, em 2006, as questões que sustentavam a utilidade da exceção de pré-executividade parecem ter sido derrubadas diante da não obrigatoriedade de assegurar o juízo antes da interposição de recurso contra a execução, colocando-a em xeque. A não exigência da segurança do juízo passou a permitir que o executado tenha seu direito ao acesso à Justiça garantido através dos embargos do devedor.

Em decorrência desta significativa mudança, erroneamente o mundo jurídico passou alardear a ideia de fim da exceção de pré-executividade por acreditar que junto com a eliminação da exigência de prévia penhora para a oposição de embargos de executado iriam desaparecer os argumentos que justificavam seu uso. Com a reforma não haveria qualquer fato que assegurasse sua manutenção. A inexistência de ônus retiraria do executado o interesse processual para a objeção na própria execução, pois lhe bastaria promover os embargos.

Olvidam-se, os que sustentam tais alegações, que no Cumprimento de Sentença a prévia segurança do juízo ainda é pressuposto de admissibilidade da impugnação, de modo que a exceção permanece sendo o meio de defesa mais eficaz e

legítimo; que diferentemente da exceção de pré-executividade que pode ser suscitada qualquer tempo e grau de jurisdição, os demais meios de defesa estão sujeitos a prazo preclusivo.

É certo que as reformas libertaram o devedor do ônus da penhora e que a principal função da exceção de pré-executividade, de possibilitar o exercício de direito de defesa do devedor no próprio processo de execução e antes de ocorrida a penhora, agora seja admissível por meio normatizado, os embargos à execução. No entanto, a ideia de que a exceção tornou-se inútil não reflete a realidade, diante da nova sistemática conferida. Continua cabível a impugnação por simples petição, a qualquer tempo e grau de jurisdição, para fazer cessar a execução a que faltem pressupostos processuais ou condições da ação.

Cumprido frisar, que embora aparentemente a tese aqui discutida esteja diretamente ligada a exigência ou não de prévia garantia do juízo, na verdade o que se busca é o livre exercício do direito de defesa pelo executado, um contraditório prévio. Garantindo-se assim o prévio exame dos pressupostos indispensáveis à uma execução válida e justa. É preciso garantir que o executado possa insurgir contra execução indevida mesmo quando não dispuser de recursos para arcar com as custas processuais. Mesmo que se trate de grande empresário, há que sustentar que a exceção à ele será garantida, já que não parece justo que, a fim de exercer livremente de seu direito ação, tenha que comprometer sumariamente seu fluxo de caixa. Não é justo submeter o executado a tamanho ônus quando suas alegações baseiam-se em questões pré-processuais. É preciso garantir o regular andamento do processo quando o juiz não conseguir previamente analisar os pressupostos da ação.

O entendimento de que processo de execução primordialmente pauta-se apenas na satisfação forçada do crédito, não pode impedir o executado de opor defesa prévia contra os atos executivos que atinjam seu patrimônio. É preciso eliminar a exigibilidade de penhora quando da oposição de impugnação e garantir a suspensão da execução quando, oposta impugnação, embargos execução ou exceção de pré-executividade, forem verosímeis as alegações ali dispostas e restar demonstrado o risco eminente de dano de difícil ou incerta reparação ao patrimônio do executado pelo prosseguimento da execução já falecida, ante sua total improcedência por não preencher os requisitos executivos mínimos.

Todas as recentes inovações não nos permitem ignorar a relevância da construção doutrinária da exceção pré-executividade para a reforma do Código de Processo Civil promovida pela Lei 11.382/2006, nem a importância do parecer de Pontes de Miranda para que tais mudanças fossem possíveis. Não podemos olvidar que ficou aberta ao devedor a possibilidade de a qualquer tempo, demonstrar em juízo a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade da ação, se defender por meio de simples petição nos próprios autos do processo de execução quando seus direitos forem violados, evitando que os danos causados por execuções intentadas de forma irregular ou ilegal alcancem efetivamente seu patrimônio no caso da impugnação, ou que se instaure nova e custosa demanda no caso de embargos à execução.

Impedir que o devedor promova sua defesa dentro do próprio processo executivo, antes de realizada qualquer constrição em seu patrimônio, possibilitando o prosseguimento de uma execução nula, fere o princípio do contraditório e a dignidade do devedor, além de lhe impor os altos custos da ação de embargos, ou da impugnação. Assim, para impedir a prévia penhora e os altos custos das novas ações, extinguindo a execução evitada de vícios, como a ausência de pressupostos processuais ou condições da ação, é imprescindível que se aceite a resistência à execução por simples petição, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de sua normatização.

“Seja como for, enquanto não proferida lei para disciplinar a matéria, os magistrados de bom senso continuarão a admitir a manifestação do executado, mesmo sem forma nem figura de juízo, porque o processo não passa de instrumento para a realização do direito material, e este evidentemente resta lesionado com a execução sem os respectivos pressupostos (Moura , 2010).”

É primordial lembrarmos, que são de ideias aparentemente simples e até mesmo bobas como a criação da exceção de pré-executividade que surgem relevantes teorias de direito, e que esta, mesmo não sendo o remédio mais eficaz, continua sendo o único meio que o executado insolvente, sem bens ou dinheiro suficiente a garantir a execução, dispõe para opor defesa face a execução indevida. São questões simples, mas de grande repercussão que importam para a criação do

direito. São ideias racionais e relevantes que criam o direito. É preciso focar em questões que mexem como mundo jurídico, enfrentar a norma posta e modificar o direito. Buscar aproximar o direito do povo. Facilitar o andamento processual.

Diante de um legislativo inerte, que se nega a cumprir seu papel, seja por má vontade política ou desqualificação técnica, coube ao judiciário se pronunciar sobre a legalidade da exigibilidade de prévia garantia no processo executório, passando a admitir a possibilidade, a fim de garantir o devido processo legal, de o executado pode opor defesa nos próprios autos por meio de simples petição, a exceção de pré-executividade. O que não necessariamente afronta o princípio da separação dos poderes. Independente do pré-conceito que tenhamos sobre a maior atuação do judiciário, é preciso admitir que um legislativo inerte dar margem a uma livre e legítima atuação do judiciário, uma vez que a sociedade não pode ser abandonada “ao Deus dará”, sem meios eficazes de solução de seus conflitos.

Cada vez mais torna-se imprescindível a modernização do judiciário ante a natural evolução da sociedade. Clama-se ao legislativo, ante as modernas e racionais necessidades da sociedade, a elaboração de leis que permitam uma rápida e eficaz solução dos conflitos, e pela efetiva modernização do Processo Civil.

É preciso criar um novo direito que transforme o judiciário em um meio eficaz para solução de conflito, e não em mais uma pedra no caminho das partes. Garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Sem demagogia ou críticas ao que erroneamente chamamos de ativismo judiciário, tornar as normas mais eficazes e o judiciário mais célere e justo. Reavivar a crença social de um judiciário forte, de soluções justas e racionais. Resgatar a credibilidade do judiciário. Garantir à sociedade uma Justiça mais célere, econômica e justa para todos, sejam réu ou autor, devedor ou credor, merecedor ou não do perdão, mas cidadão. O cidadão brasileiro merece ter seus direitos respeitados independentemente de qual lado está.

Referências Bibliográficas

(FIEMG), Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais.

<http://www.fiemg.com.br/bh100/hist-31.htm>. *FIEMG*. [Online] [Citado em: 26 de 05 de 2014.]

Alvim, J.E. Carreira e Cabral, Luciana G. Carreira Alvim. 2007. *Nova execução de título extrajudicial, Comentários à Lei 11.382/06*. Curitiba : Juruá, 2007.

Baleeiro, Ministro Relator Aliomar. 1974. *Recurso Extraordinário (embargos) 75.504/MG*. 75.504, RE 75.504/MG. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=38691> : STF , 1974.

Bastos, Ministro de Estado da Justiça Márcio Thomas,. 2004. Exposição de motivos do Projeto de Lei 51/2006. *BM&FBOVESPA*. [Online] 26 de 08 de 2004. [Citado em: 2014 de 10 de 01.]

http://www.bmfbovespa.com.br/pdf/Entrevista210907_05.pdf.

BRASIL. 2013. *Código Processual Civil*. São Paulo : Saraiva , 2013.

—. 2013. *Constituição Federal*. São Paulo : Saraiva, 2013.

BRASIL, Decreto 1.608/1939. 1939. *Planalto*. [Online] 18 de Setembro de 1939. [Citado em: 03 de Outubro de 2013.] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm.

Bueno, Cassio Scarpinella. 2006. *A nova etapa de reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2006. Vols. 1: comentários sistemáticos às Leis n, 11.187 de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005.

Buzzi, Ministro Relator Marco. 2013. *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - E 905416 / PR*. EREsp 905416 / PR, EREsp 905416 / PR.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=905416&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1> : STJ, 2013.

de Assis, Araken. 2009. *Manual de Execução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

Federal, Supremo Tribunal.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=159871>. *STF*. [Online] [Citado em: 28 de 05 de 2014.]

Guerra, Marcelo Lima. 1998. *Execução Forçada: Controle de admissibilidade*. 2ª. São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 1998.

Lacerda, Galeno . 1981. *Execução de título extrajudicial e a segurança do juízo*. s.l. : AJURIS, 1981. Vol. 23.

Letras, Academia Brasileira de. Academia Brasileira de Letras. *Academia Brasileira de Letras - ABL*. [Online] Academia Brasileira de Letras. [Citado em: 24 de 09 de 2014.]

<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=276&sid=130>.

Lima, Alcides Mendonça. 1981. [A. do livro] Ação executiva - Necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 2. Uberaba : Vitória, 1981.

Moura , Lenice Silveira Moreira de . 2010. *Exceção de pré-executividade em matéria tributária. 2.* São Paulo : Saraiva, 2010.

Oliveira, André Luís Garoni de. 2001. *Defesa na Execução sem Garantia do Juízo: Exceção de Pré-Executividade.* Brasília : Brasília Jurídica , 2001.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. 1974. Parecer nº 95. *Dez anos de pareceres.* Rio de Janeiro : s.n., 1974, pp. 125-39.

Siqueira Filho, Luiz Peixoto de. 2001. *Exceção de pré-executividade.* Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2001.

Theodoro Júnior, Humberto. 2003. Execução forçada e defesa do devedor. *Pareceres de processo civil.* Rio de Janeiro : América Jurídica, 2003, Vol. 2, pp. 370 -379 .

Zavascki, Teorio Albino. 2003. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo : Revista do Tribunais, 2003. Vol. 8.