

XAVIER, Alberto. O Princípio da Legalidade no Brasil. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 117-130, 1987.

Textos obtidos na Internet:

BARROS, Zileida de Vasconcelos. *A reedição de medida provisória*. (<http://www.teiajuridica.com/reedit.html>) 1998, p. 1-8.

PINTO, Adriano. *Reedição de medidas provisórias* (<http://www.teiajuridica.com/reedmp.htm>) 1998, p. 1-2.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Aspectos polêmicos da medida provisória*. (<http://www.teiajuridica.com/mp.htm>) 1997, p. 1-11.

SIQUEIRA, Janilson Bezerra. *A Constituição de 1824 e a medida provisória – ou as medidas provisórias e o Imperador*. (<http://www.teiajuridica.com.medprov.htm>). 1998, p. 1-4.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PROCESSO EXECUTIVO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Pablo Dutra Martuscelli

Sumário

1. Introdução. 2. Ordenamento jurídico. 2.1 Conceito. 2.2 Da unidade lógica e da dinâmica do ordenamento jurídico. 3. Processo e procedimento. 4. O contraditório. 5. Do processo de execução. 6. Dos títulos executivos. 6.1. Características. 6.2. Dos atributos dos títulos executivos. 7. Dos embargos do devedor. 8. Das exceções em sentido próprio. 9. Da exceção de pré-executividade. 10. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O mecanismo da exceção de pré-executividade surge no panorama do ordenamento brasileiro como forma de dar equilíbrio à demanda executiva, viabilizando a garantia constitucional do devido processo legal, sobretudo quando esta se reflete no direito de propriedade do devedor

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 Conceito

É consequência natural do processo de evolução do Estado o seu aparelhamento para a resolução de conflitos, que são inevitáveis em um meio social no qual as necessidades são infinitas e os bens aptos a satisfazê-las, escassos.

Esse aparelhamento alcançou seu atual estágio de desenvolvimento através da existência e do aperfeiçoamento de um complexo de regras que têm a capacidade de fixar parâmetros de conduta e punir atos atentatórios à ordem social. Tal complexo é denominado *ordenamento jurídico*.

Nos sistemas jurídicos que alcançaram certo grau de racionalidade, a aplicação do direito é referida a critérios objetivamente definidos e delimitados pelas normas integrantes do mesmo sistema, evitando-se julgamentos baseados em subjetivismos irracionais e, em última análise, a autotutela.¹

Cabe, aqui, a ressalva feita por Fazzalari ao afirmar que a qualificação das normas em normas de primeiro grau e segundo graus é meramente convencional,² pois ambas disciplinam condutas, inserem-se no mesmo ordenamento jurídico e se completam mutuamente.³

Ainda, tratando-se de um ordenamento e seguindo-se a teoria kelseniana, tais normas devem, obrigatoriamente, ter um referencial constitucional dado pela norma superior do sistema, fundamentadora da validade das demais, embora não determinante de seu conteúdo. Esse referencial constitucional faz parte de um universo em que a dinâmica social é correlata à dinâmica do direito.

1 CINTRA, Antônio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29-31.

2 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 49.

3 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, p. 49.

A própria estrutura escalonada do direito sugere uma constante evolução do aparato normativo de um Estado, através da criação de normas adequadas às novas concepções de direito e ao próprio ideal que a sociedade tem de si. Não que se queira defender uma produção normativa puramente dependente de critérios subjetivos não adequados à análise da sistemática constitucional desse Estado, o que seria de todo modo inconveniente e até difícil de se fazer.

2.2 Da unidade lógica e da dinâmica do ordenamento jurídico

Há que existir uma unidade lógica no ordenamento jurídico. Essa unidade lógica se reflete, também, no momento em que a dinâmica do ordenamento se opera, quando da criação de normas baseadas em novas interpretações de situações jurídicas existentes, já que fruto de uma realidade sem contradições. Não se nega a existência do conflito de normas jurídicas. Justamente, este surge no momento em que esses critérios de reinterpretação das situações jurídicas anteriores se faz sem a devida coerência científica e lógica.

E assim também o é quando do órgão judiciário emana qualquer provimento. O magistrado, quando no julgamento da lide proposta, deve fazê-lo, sempre, tendo como norte a existência de critérios aos quais deve se submeter, principalmente respeitando o referencial constitucional no qual se insere. Caso contrário, estará julgando de acordo com uma subjetividade que extrapola os limites da discricionariedade que lhe é conferida.

Essa necessidade de coerência lógica do sistema encontra eco nas palavras de Carnelutti, citado por Humberto Theodoro Júnior:

“O Direito Processual Civil é não tanto uma fração, mas um aspecto da *realidade jurídica inteira*, isto é, *do direito inteiro* (objetivo). Nessa separação, por mais necessária que seja, uma parte de sua realidade se perde, isto é, fica oculta do observador. Isto quer dizer que o Direi-

to Processual não pode ser conhecido inteiramente por quem não conheça os outros setores do Direito.”⁴

E não se busca descrever apenas uma lógica da produção e coexistência das normas jurídicas, mas também quando de sua aplicação.

Há dois pontos que devem ser ressaltados, porque dizem respeito diretamente ao tema do presente trabalho e servem de exemplo para o raciocínio que se pretendeu demonstrar: um diz respeito à hierarquia legislativa entre a Lei n. 5.869, de 11/1/1973 e a Constituição Federal de 1988; o outro refere-se ao disposto nos incisos XXXV e LIV do art. 5º da Constituição Federal.

A explicação é cristalina. Os procedimentos regulados pela Lei n. 5.869, de 11/1/1973, que é hierarquicamente inferior à Constituição Federal de 1988, devem corresponder ao espírito desta, sob pena de inconstitucionalidade dos dispositivos que vierem a ser conflitantes. O magistrado, pelo controle difuso de constitucionalidade, é capaz de evitar a aplicação de tais dispositivos ou minorar-lhes os efeitos.

Especificamente, a Constituição Federal de 1988, no inciso LIV do art. 5º, estabelece que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O conteúdo de tal preceito pode, sem dúvida alguma, ser fundido ao do inciso XXXV do mesmo art. 5º da Constituição Federal, ambos dispondo sobre garantias efetivas que a Constituição Brasileira encerra.

Novamente, cabe ao magistrado, como fiscal em via incidental da constitucionalidade das leis, velar para que seja respeitado o estatuído em tais dispositivos, e não apenas neles. Tais dispositivos dão conteúdo latíssimo aos conceitos de liberdade e de propriedade e à possibilidade de apreciação de possíveis lesões ao direito, vedando-se ao magistrado a prolatação de

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo – Direito processual civil ao vivo*. v. 5 p. 25.

quaisquer provimentos que possam ir de encontro a esses direitos constitucionalmente consagrados.

3 PROCESSO E PROCEDIMENTO

O processo se integra nesse panorama do ordenamento e vem como que afirmar a existência em concreto do direito, dando segurança a quem por ele pleiteia. Há um sem-número de significados para a palavra processo. Para Liebman,⁵ é “a atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional”. Especificamente, processo civil é aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional civil.

Na linguagem filosófica, Nicola Abbagnano⁶ registra três sentidos para o termo: a) “procedimento, maneira de operar ou de agir”, exemplificando com extratos da *Summa Theologica* de Santo Tomás de Aquino, “o processo de composição e de resolução”, que indica o método que consiste no descer das causas ao efeito [...]; b) “transformação ou desenvolvimento”, exemplificando com Whitehead (*Process and reality*, 1929): “processo da história”; c) uma concatenação qualquer de eventos.

Processo, como já se afirmou, é o *método*, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.⁷

Em Fazzalari⁸ há uma clara inversão na perspectiva de análise dos conceitos, já que ele descreve em sua obra que é o processo uma espécie de

5 LIEBMAN, Enrico T. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

6 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, p. 60.

7 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1, p.14.

8 FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Quinta edizione, Padova: Cedam, 1989.

procedimento. Ele utiliza um critério lógico em sua compreensão e enfatiza que antes de uma distinção há entre os conceitos uma “relação de inclusão”.⁹

A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo é a presença do *contraditório*.

Essas especulações acerca dos conceitos de processo e procedimento tomaram impulso com a reação de Bülow à absorção do processo no procedimento e o posterior movimento de distinção baseado no critério teleológico (atribui finalidades apenas para o processo). Aqui, o procedimento é meramente formal.

Alcala-Zamora y Castillo se refere à idéia de processo correspondendo a uma contemplação teleológica, restringindo-se a de procedimento a um enfoque formalista. É o que predomina na doutrina processual brasileira contemporânea.

Lição valiosa nos foi trazida por Chiovenda¹⁰ ao afirmar que o processo “é unidade jurídica, uma empresa jurídica, em outros termos, uma relação jurídica.” Ele descreve um “estado de pendência”, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se procura descobrir se o é. Durante esse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes deveres e direitos. Fazzalari, em contraposição, não carrega consigo a noção de “relação jurídica”, sim a de “situação jurídica”.

Já, aqui, se mostram alguns fundamentos do princípio do contraditório.

9 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, p. 68.

10 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1, p. 95-96.

4 O CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório está expresso em nossa Carta Magna no art. 5º, LV, e é algo que a doutrina reconhece como inerente à noção de processo.

É certo que, no processo, as partes estejam ligadas por liames jurídicos dos quais defluem direitos e obrigações conexos a ambas as partes. É através da *relação jurídica* que tais situações são reguladas e o direito exerce o seu papel em concreto.

Na realidade, a presença da relação jurídica no processo é a projeção jurídica e a instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório.¹¹ A essência do contraditório está na “simétrica paridade”¹² da participação, daqueles que têm interesse no provimento, nos atos que o preparam.

Rudolf Von Jhering,¹³ quando se referia à justiça no processo, enfatizava que a relação entre as partes deveria se caracterizar pela igualdade jurídica, dando-se armas iguais aos oponentes. O conceito de contraditório significa o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava Von Jhering,¹⁴ quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes. O contraditório não é apenas a participação desses sujeitos processuais. É, sim, a garantia de participação em condições iguais, caso contrário perderia o sentido a denominação que é dada a esses participantes: sujeitos processuais.

Questão grave é a idéia de uma possível violação do princípio em nome da celeridade e economia processual. Tal fato é inadmissível. Não se

11 CINTRA, Antônio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido R., GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 287.

12 FAZZALARI, Elio. *Op. cit.*, p. 80.

13 JHERING, Rudolf V. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, 1992, p. 119.

14 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, p. 119.

pode forçar uma violação ao princípio, visto que o contraditório é garantia constitucional.

É essa igualdade de oportunidade, essa “simétrica paridade”, que compõe a essência do contraditório.

5 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O processo de execução se caracteriza pela realização de um conjunto de atos de coerção sobre o patrimônio do devedor para a realização concreta do direito do credor, direito este consubstanciado em um título executivo líquido, certo e exigível.

O inadimplemento, do qual decorre a execução, é um fato que encerra sempre um conteúdo negativo. Esse fato, por sua vez, pode ser fruto de uma conduta tanto omissiva quanto comissiva. Errônea a afirmação de que o inadimplemento pode assumir o caráter comissivo ou omissivo. É o fato que lhe dá origem que assume essas características.

O processo de execução (e em geral, também, o de conhecimento) focaliza as relações jurídicas no momento em que ocorreu uma violação no direito, assumindo-as como seu objeto apenas na medida em que, em consequência da violação, apresentam um conteúdo obrigacional.¹⁵

Carreira Alvim¹⁶ ensina que

“a execução tende à atuação prática de uma vontade de lei, o que pressupõe, necessariamente, o seu conhecimento (Chiovenda, Carnelutti e Liebman). Se a vontade *abstracta* é conhecida por todos, por vir expressa na lei, a vontade *concreta* não é conhecida por si

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 206.

16 CARREIRA ALVIM, J. E. *Código de Processo Civil reformado*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 178.

mesma, devendo ser procurada caso por caso, através da aplicação da norma à espécie, o que exige operações e investigações por vezes complexas e difíceis. Para superá-las, os ordenamentos jurídicos costumam compatibilizar o fator *tempo* (indispensável à cognição) com certo ‘grau de certeza da existência do direito’ (necessário à execução), atribuindo força executiva a determinados títulos [...] expressamente enumerados na lei, observadas determinadas formalidades”.

Marcelo Lima Guerra leciona:

“através do processo de execução, presta-se a tutela executiva que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação a cumprisse espontaneamente [...] tal resultado é de ser obtido no processo de execução”.¹⁷

Há, então, no processo de execução, uma “certeza” acerca do direito do credor atestado no título executivo, donde se afasta a necessidade do processo de conhecimento.

O devedor, no caso dos embargos, é citado não para se defender, mas, em princípio, para pagar ou nomear bens à penhora. A discussão acerca das condições do crédito (certeza, exigibilidade, liquidez) seriam feitas através dos próprios embargos, por serem procedimento incidental de cognição. Infere-se, então, que no processo de execução não há contraditório, já que a parte não é chamada para se defender. Nesse ponto esbarra a doutrina em um debate sobre a existência ou não do contraditório no processo executivo. Contudo, o que não cabe no processo de execução é a discussão sobre a existência do crédito do exequente, crédito esse já objeto de anterior pro-

17 GUERRA, Marcelo L. *Execução forçada, controle de admissibilidade*. São Paulo: RT 1995, p. 16.

cesso de conhecimento (por presunção) ou consubstanciado em título extrajudicial, assim definido nos termos da lei. Como já se disse, a discussão a esse respeito deve ser feita por meio dos embargos do devedor.

6 DOS TÍTULOS EXECUTIVOS

6.1 Características

O título executivo é o elemento indispensável em qualquer execução. É ele que dá a razão de ser à instauração de um processo executivo (art. 583 do CPC). Seu grau de certeza é tão elevado que apenas alguns poucos artifícios ou instrumentos, descritos de forma expressa no art. 741, são capazes de subtrair-lhe tal característica. Ou pelo menos é assim que se tem entendido até o presente momento.

As recentes alterações do Código de Processo Civil deram nova redação ao art. 632, englobando casos em que obrigações de fazer ou não fazer possam conter-se em títulos executivos extrajudiciais, exemplificativamente, as escrituras públicas ou outro documento com tais características assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

Araken de Assis¹⁸ leciona que, considerando-se a diversidade de documentos unidos à condição de título, a origem discrepante e a heterogênea estabilidade de cada um, já se atribui um caráter ilusório ao título executivo. Faz-se mais relativa a presunção, cujos reflexos poderiam ser melhor avaliados caso o magistrado, quando da instauração da demanda executiva e no desenvolver do procedimento, não lhe atribuisse caráter tão rígido e involutivo.

18 ASSIS, Araken. *Manual de processo de execução*, p. 121.

6.2 Da certeza, liquidez e exigibilidade

O assunto do qual tratamos, pelas características do próprio trabalho, dispensa uma pormenorização dos caracteres dos títulos executivos. Por ser mais didático e mais elucidativo, far-se-á análise geral de seu conteúdo.

O art. 586 do Código de Processo Civil, juntamente com o art. 618, I, já descreve a necessidade de conjugação de tais requisitos. Embora essenciais, nem sempre estarão reunidos no título tais requisitos, pelo que se depreende dos arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil.

Para Carnelutti,¹⁹ o título é certo quando não há dúvida acerca de sua existência; líquido, quando não há suspeita a respeito de seu objeto; e exigível, quando não se levantam objeções sobre sua atualidade.

7 DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Os embargos do devedor são, em princípio, a única defesa do executado.

Reveste-se da característica de ação incidental de conhecimento, cujo objeto seria desconstituir um título executivo ou, declarar-lhe a ineficácia.

A doutrina estabelece a via de embargos do devedor como único meio de desconstituir um título executivo, ou, mais claramente, discutir-se sobre a execução em si, esta consubstanciada nesse mesmo título. Contudo, tal não pode ser sustentado se a execução for nula.

O Código de Processo Civil, em seu art. 618, afirma:

“É nula a execução:

I – se o título executivo não for líquido, certo ou exigível (art. 586);

19 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973. v. 1, p. 279-280.

- II – se o devedor não for regularmente citado;
 III – se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.”

Theotônio Negrão, citando entendimento do STJ, anota:

“Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte arguí-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil (RSTJ 40/447).”²⁰

É nesse sentido que buscamos salientar que o processo de execução possui outras formas, que não os embargos do devedor, passíveis de inviabilizar uma execução excessiva. Há opiniões em contrário, tais como a da 4ª Turma do STJ, no julgamento do REsp. 4.922 – MS, rel. Min. Athos Carneiro, j. 11/6/91, ao qual deram provimento, constante do DJU de 5/8/91, no sentido de que “em nenhuma das hipóteses do art. 618 do Código de Processo Civil encontra-se a de nulidade por excesso de execução, que deve ser apurada em embargos, reduzindo-se, se for o caso, o crédito ao valor correto”.

Mesmo assim, o comando do art. 717, no sentido de viabilizar a ação de embargos apenas pela via da garantia do juízo, é claro. E é esse justamente o ponto que merece ataque.

A segurança prévia do juízo pela penhora ou pelo depósito, para a admissibilidade dos embargos do executado, pressupõe execução normal com obediência aos pressupostos da ação executória. Obrigar o executado a

20 NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, p. 508, nota 2 ao art. 618 do Código de Processo Civil.

garantir o juízo em uma execução excessiva para só depois, por via dos embargos, discutir-se sobre o engano seria manifestamente injusto.

8 DAS EXCEÇÕES EM SENTIDO PRÓPRIO

Em sua natureza jurídica, as exceções são procedimentos que se caracterizam como contradireitos ou, como ensina Chiovenda,²¹ “um direito potestativo à anulação da ação”. No Código de Processo Civil brasileiro, as exceções estão elencadas nos arts. 304 a 314.

Basicamente, as exceções são formas diretas de impugnação da ação por parte do réu. Sua enumeração é taxativa no direito brasileiro, tendo por requisito de admissibilidade forma e momento especiais.

Ainda seguindo a lição de Chiovenda, o ilustre mestre nos ensina que

“a exceção distingue-se dos demais direitos de impugnação exatamente em que, nessa qualidade, sua eficácia de anulação se limita à ação. Ao passo que os direitos de impugnação têm extensão maior ou menor conforme a intenção a que se propõe o autor, e, em regra, se dirigem contra toda a relação jurídica, a exceção tem, por definição, fins obrigatórios: não pode produzir outro efeito que não o de anular a ação [...] deixando intacta a relação jurídica com todas as demais ações que dela possam decorrer para o futuro”.²²

De modo mais claro, auxiliados pela concepção de processo de Fazzalari, as exceções dizem respeito a uma situação jurídica determinada, não espalhando seus efeitos no desencadear de quaisquer outros procedimentos, limitando-se apenas a anular a ação em sua existência. Por conse-

21 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1988, v. 2, p. 408.

22 *Ibidem*, p. 410.

guinte, sendo o exercício da exceção um direito do réu, para que se possa fazer valer esse direito no processo, de se subordina a determinados pressupostos, quais sejam, os da legitimidade e do interesse, dispostos de forma clara no art. 3º do Código de Processo Civil.

O art. 4º do mesmo Código vem no mesmo sentido, proclamando o princípio do *ne eat iudex ultra petita partium*, segundo o qual a iniciativa da parte é essencial para o desenvolvimento do processo.

A lei estabelece em vários casos limites à atuação, tanto do magistrado como das partes. Tais limites, contudo, são passíveis de ataque, pela própria idéia de sistema que o ordenamento encerra, por gerarem algumas indagações.

9 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é construção pretoriana e aos poucos se firma ao lado dos embargos do devedor como meio de possibilitar a desconstituição da certeza jurídica contida em um título executivo, mormente nos casos de excesso na execução. Compreende algumas matérias que o devedor pode alegar nos próprios autos de execução, independentemente da ação incidental de embargos, em sua defesa.²³

Afasta-se um pouco dos embargos do devedor por dizer respeito diretamente a questões que o magistrado deve conhecer de ofício, a qualquer tempo no processo, sem a necessidade de manifestação da parte interessada. Diz-se, na escassa jurisprudência existente, ser necessária a comprovação *prima facie* da inexigibilidade do título ou do excesso da execução.

23 MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. Execução e embargos à execução. *Revista de Processo*, n. 84, 1997.

Deve-se, contudo, chegar a um equilíbrio entre a possibilidade de oposição do devedor na própria execução com a natureza mesma deste processo, que prioriza a figura do exequente.

Diz-se que o risco de abrir o horizonte dessas defesas é inviabilizar o processo de execução e um direito já reconhecido pelo sistema. O problema é justamente mascarar um excesso quando da instauração da demanda executiva, de solução imediata, deixando que tal execução perdure até a fase dos embargos. Por sua vez, essa situação que o processo de execução apresenta, de atribuição de determinadas prerrogativas, não pode ser sustentada quando há violação de direitos e garantias individuais.

Algumas prerrogativas podem ser atribuídas a uma das partes em detrimento da outra, no âmbito do processo. Estas, contudo, nunca podem ir de encontro aos paradigmas constitucionais vigentes. E essa é a razão do aparecimento de tal instituto no corpo da processualística brasileira.

Nelson Nery Jr. esclarece:

“No entanto, mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada exceção de pré-executividade.”²⁴

A exceção de pré-executividade se justifica em hipóteses nas quais se patenteia ausência de condições da ação – exemplificativamente a possibilidade jurídica afastada por título flagrantemente nulo ou inexistente – ou em que sequer se justificaria a realização da penhora, que pressupõe a executividade do título.

24 *Princípios do processo civil na Constituição*. São Paulo: RT, 1995, p. 131.

Essa impropriedade terminológica deriva do fato de o instituto não se revestir dos atributos de uma verdadeira exceção, como se pode perceber ao confrontar o instituto com as exceções verdadeiras, dispostas nos arts. 304 a 314 do Código de Processo Civil.

Verificando-se ser razoável a tese defendida pelo executado, pode-se suspender o andamento da execução até o julgamento da questão levantada em caráter incidental. Mas nem sempre a infração a pressuposto processual transparece na petição inicial, encontrando-se, ao invés, em locais não perceptíveis do título, principalmente o extrajudicial. Algumas vezes, também, os magistrados não dispõem de dados marcados por grande certeza, quando da averiguação da falta de requisito em razão da escassez do conjunto probatório indicado pelo credor.

A exceção de pré-executividade nesses casos é extremamente eficaz, não lhes servindo como único fundamento as alegações de parte, mas também contribuindo para a sua eficácia o exame mais aprofundado das questões de fato, que dizem respeito à matéria, por parte do magistrado. O obstáculo principal a se admitir essa exceção reside no regime legal de oposição do devedor e na ausência de flexibilidade quando verificada a existência de ponto passível de impugnação.

A ação incidental de embargos é o remédio criado, o único contra execução descabida, mas se condiciona à penhora (art. 737, I, CPC) ou ao depósito (art. 737, II, CPC). Conferiu-se, também, efeito suspensivo ao revide do executado. Mas o depósito ou a nomeação de bens à penhora pode privar o executado de tal forma de seus bens, paralisando suas atividades econômicas, que se tornaria inviável a manutenção dessa mesma atividade.

Tal fato é corriqueiro no mundo das pessoas jurídicas, onde empresas que suportam processo de execução potencialmente podem sofrer a carga de uma execução excessiva e, mesmo assim, ter de garantir o juízo para posterior discussão em sede de embargos.

O ônus de se garantir o juízo em uma execução excessiva é somado a uma possível paralisação das atividades da empresa devedora, pelo fato de

lhes serem marcados os bens devido a tal garantia, não podendo deles dispor até o desfecho da lide

Pontes de Miranda ensina que o provimento inicial do juiz não confere ao credor a pretensão de executar. Ela preexiste ou, caso contrário, “o que é declarável de ofício ou decretável de ofício é suscitado *entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora*”²⁵ (grifo nosso). Arremata o ilustre mestre ao afirmar que impor prévia penhora a qualquer audiência do executado importa atribuir “aos juízes o poder incontrolável de executar”, posto que a penhora já é ato executivo e início da técnica expropriativa.

No mecanismo da exceção de pré-executividade, o elemento comum é a iniciativa de conhecimento da matéria por parte do juiz, originariamente, cabendo ao devedor suprir a sua eventual inércia. De certa forma, tal inércia nunca deveria ocorrer. O magistrado, dada a importância do processo executivo, ainda mais lidando com situações jurídicas por vezes extremamente delicadas, deveria sempre e de ofício suscitar tais questões (as já mencionadas, relativas aos excessos e impropriedades no processo executivo e que, de certa forma, não careceriam do recurso de embargos para a sua resolução), sem necessidade de interferência de qualquer das partes.

A questão gira em torno da profundidade e da extensão do conteúdo de aplicação dos princípios dispositivo e inquisitivo e da visão que o próprio magistrado tem desses princípios.

Chioyenda,²⁶ com muita propriedade, esclarece que, a rigor,

“o princípio dispositivo não seria nem um dogma, nem uma consequência deduzida lógica e necessariamente da natureza do processo civil ou do caráter eminentemente privado dos direitos controversos, mas

25 PONTES DE MIRANDA. *Dez anos de pareceres*, v. 4, p. 134.

26 CHIOYENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 411, n. 260, v. II.

apenas um critério de conveniência que terá de ceder toda vez que se patenteie inadequado ou insuficiente”.

Tanto é verdade que atualmente os códigos não mais admitem os princípios dispositivo e inquisitivo em sua acepção original. As legislações carregam em si ambos os princípios, mesclando-os e primando pelo melhor enquadramento deles.

A situação que enseja a utilização da exceção de pré-executividade é mais um desses exemplos, e a explicação de Chiovenda é muito pertinente a essa problemática. Existiria motivo maior para flexibilização do princípio dispositivo, possibilitando ao magistrado, e não só à parte, corrigir uma execução excessiva e evitar que tal chegue à sede de embargos do que uma impropriedade na própria demanda executiva? Poder-se-ia perguntar se uma possível violação às garantias constitucionais já mencionadas não seria motivo suficiente para acatar o uso de tal instituto ou, ao menos, quanto aos seus efeitos, facultá-lo ao magistrado, ao invés de escondê-lo por trás de uma concepção retrógrada dos princípios retores do processo.

Não poderia ser diferente. É claro que a limitação à atuação *ex officio* do magistrado, em qualquer tipo e etapa de procedimento, deve sempre ser flexibilizada quando se tratar de questões de natureza constitucional, pelo imperativo do controle difuso de constitucionalidade. O contrário seria ataque frontal a nossos paradigmas constitucionais.

Esses, sem dúvida alguma, são alguns dos muitos obstáculos impostos à utilização do instituto da exceção de pré-executividade, que aos poucos vem sendo aceito pelas correntes mais atuais da doutrina e da Magistratura nacional.

10 BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed., 1997.
 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

- CINTRA, Antônio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed., 1997.
 FAZZALARI, Elio. *Instituzione de diritto processuale*; Quinta edizone.. Padova: Cedam, 1989.
 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
 GUERRA, Marcelo L. . *Execução forçada, controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995.
 GUERRA, Willis Santiago. Aspectos da execução forçada no sistema processual brasileiro. *Revista de Processo* n. 83.
 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel. Dinamarco. Forense, 1985.
 _____ *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942.
 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, 1958.
 MEDEIROS, Maria L. C. de. Execução e embargos à execução. *Revista de Processo* n. 84, 1997.
 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição*. São Paulo: RT 1995.
 PONTES DE MIRANDA. *Dez anos de pareceres*, v. 4.
 RUDOLF VON Jhering. *A evolução do direito*. São Paulo: Progresso, 1956.