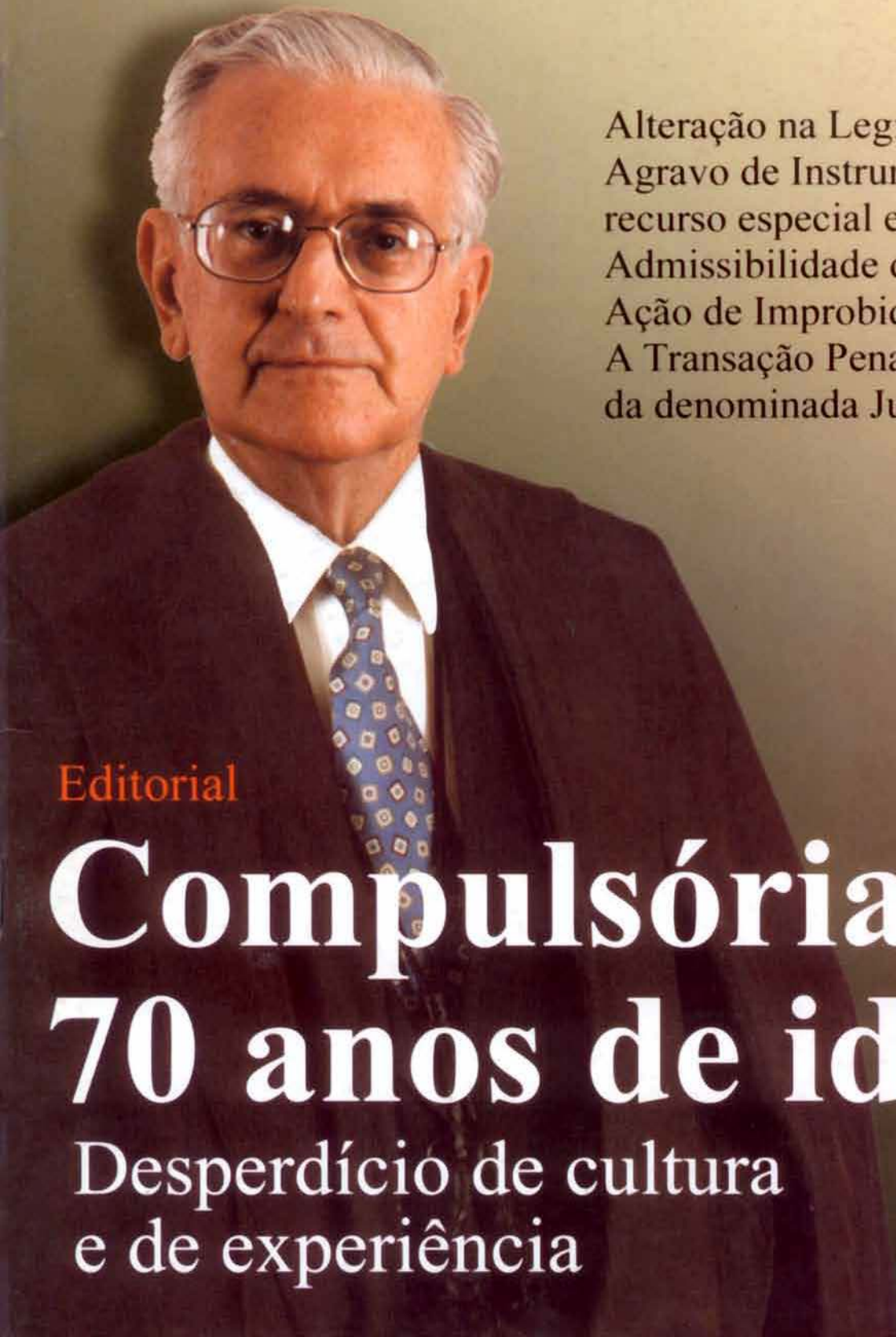




JUSTIÇA & CIDADANIA



Alteração na Legislação de Férias.
Agravo de Instrumento em sede de recurso especial e extraordinário.
Admissibilidade dos recursos.
Ação de Improbidade.
A Transação Penal como Ato da denominada Jurisdição Voluntária.

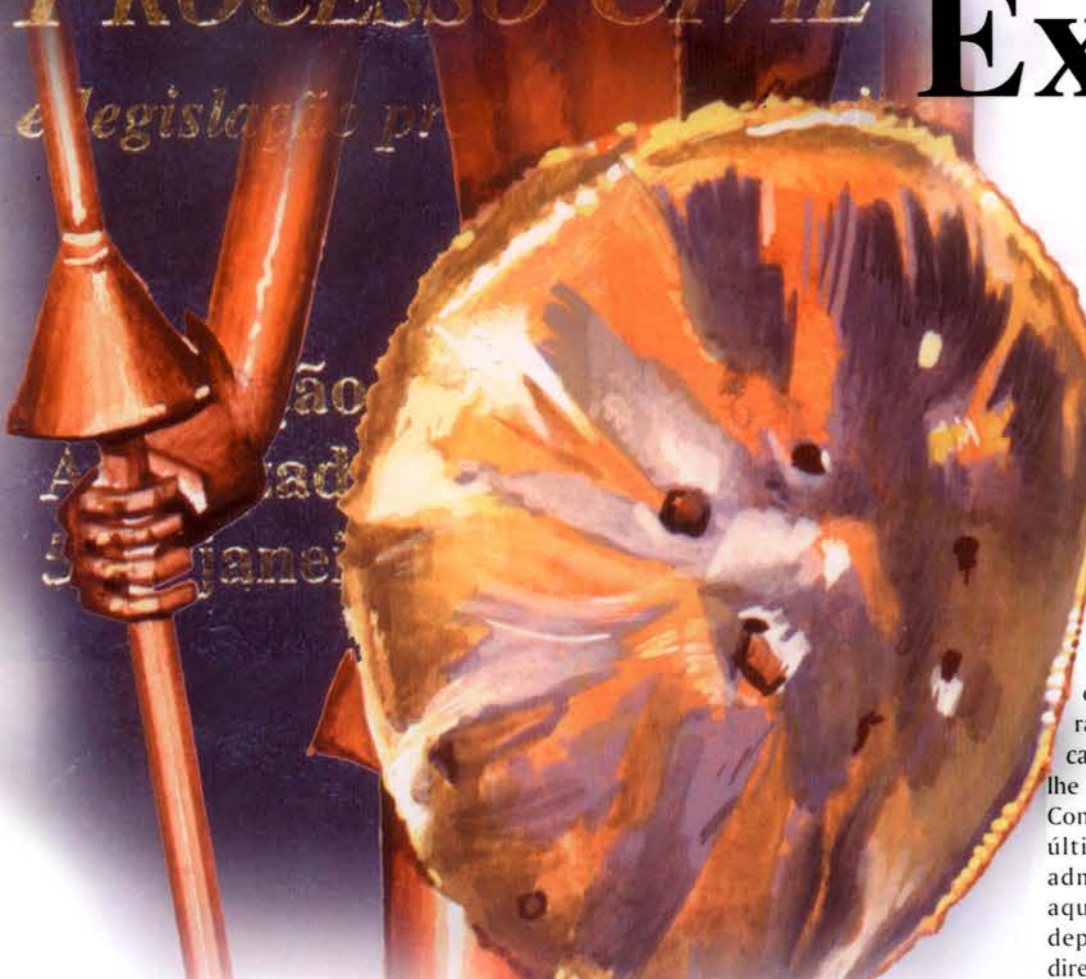
Editorial

Compulsória aos 70 anos de idade

Desperdício de cultura
e de experiência

A defesa do executado - Exceção de pré-executividade

Manoel Álvares - Juiz Federal em São Paulo



1. **Introdução.** No art. 737 do Código de Processo Civil há regra expressa no sentido de que não são admissíveis embargos do devedor sem estar seguro o juízo pela penhora ou pelo depósito.

Por sua vez, o § 1º do art. 16 da Lei 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais) estabelece como condição de admissibilidade dos embargos a garantia da execução, que pode ser feita por depósito em dinheiro à ordem do Juízo, fiança bancária ou penhora de bens (art. 9º).

Caso os embargos sejam ofertados sem a segurança do juízo, a defesa do executado poderá ser rejeitada liminarmente, por sentença, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, por "ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo".

A exigência da prévia segurança do juízo, para a admissibilidade dos embargos, no processo executivo judicial,

guarda **similitude com o chamado depósito recursal no processo administrativo.**

Não é de hoje que se discute, por exemplo, a constitucionalidade do § 1º do art. 636 da Consolidação das Leis do Trabalho ou do art. 93 da Lei 8.212/91, que impõem a obrigatoriedade de depósito prévio do valor da multa trabalhista ou do INSS como condição para o seguimento do recurso administrativo.

Essa discussão, aliás, reacendeu-se com a edição de norma legal que acrescentou o § 2º ao art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a seguinte redação: "Em qualquer caso, o recurso somente terá seguimento se o recorrente o instruir com a prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão".

Como era de se esperar, imediatamente a doutrina posicionou-se contrária a essa exigência, por entendê-la em descompasso com o princípio do devido processo legal e da ampla defesa

insculpidos no inc. LIV e LV da CF/88.

No Judiciário, entre outras, já houve a enérgica reação do em. Des. Federal Andrade Martins, do TRF-3ª Região/SP, ao conceder liminar no Agravo de Instrumento nº 98.03.013285-7, verberando:

"Ora, a toda evidência, o Estado Democrático de Direito, tal como instituído na Constituição, não haverá de tolerar, no bojo do contencioso administrativo tributário da União, que se expulse dos autos este ou aquele contribuinte pela absurda razão de que seja ele despossuído de capacidade econômica, impossibilitando-lhe acesso à via recursal que o levaria aos Conselhos de Contribuintes - segunda e última instância daquela esfera administrativa. Impor aos menos aquinhoados pela fortuna o ônus de depositar, como preço do exercício do direito de petição, valor equivalente a trinta por cento do vulto da controvérsia (que pode ser sobremodo significativo) é, evidentemente, frustrar a garantia insculpida no art. 5º, inc. XXXIV, 'a', da Constituição, limitando-se o espectro do direito de petição ali expressamente assegurado. Aliás, não se haverão de levar a sério argumentos no sentido de que a Constituição, ali, vedou a cobrança de taxas, mas não a de garantias de instância, cauções e quejandos. É evidente que se trata duma excrecência jurídica, pois representa a precipitação de um *indébito* (*si et in quantum* não se declara a existência e o quantitativo de um *débito*), não passando duma escancarada aplicação da injurídica cláusula *solve et repete*" (*Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 33, p. 208/212).

Segundo essa linha de entendimento, a exigência da segurança do juízo para o oferecimento dos embargos do devedor ou do depósito recursal na via administrativa constitui-se em desrespeito ao princípio do *devido processo legal*.

Essa argumentação não procede, pois o devido processo legal, nos termos constitucionais, e tal qual o delimita o ilustre doutrinador Nelson Nery Júnior, é o "a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado e condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado e nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação" (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 37).

É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao poder judiciário, deduzindo pretensão e podendo se defender com a maior amplitude possível, conforme o processo descrito na lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo legal, haja o desapossamento de bens ou a privação da liberdade da pessoa. Havendo um processo descrito na lei este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesses do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também rege a relação processual.

Se assim não fosse, não seriam possíveis também, por exemplo, as medidas cautelares de arresto e seqüestro, pelas quais o credor é protegido em seu direito a ver o crédito satisfeito, e que muitas vezes são imprescindíveis, inclusive *inaudita altera parte*, sob pena do devedor se desfazer de seus bens, restando completamente insolvente.

A Constituição Federal quando

dispôs que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", deixou claro que esses direitos não eram absolutos podendo deles haver privação, na forma do processo disposto na lei, pelo qual presume-se haver resguardo dos interesses de ambas as partes.

Ademais, no processo executivo são obedecidos todos os limites traçados pela expressão *devido processo legal*, ou seja, há citação, o devedor pode se defender por meio de exceção de pré-executividade e, em não sendo esta possível, pode se utilizar dos embargos à execução (após regular garantia), produzindo provas, ficando com os bens como depositário, assim como substituí-los, desde que isso não venha a causar prejuízos ao credor, além de outros mecanismos legais de que pode se beneficiar em favor da defesa de seu patrimônio.

Na verdade, a penhora não priva o devedor de seus bens, eis que é instituto de direito processual, que visa apenas garantir execução, com o fim de satisfação do direito material do credor.

Consoante já referido acima, a exigência da segurança do juízo, para a apresentação dos embargos, guarda similitude com o chamado depósito recursal na via administrativa.

O C. Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, deixou assentado que o cumprimento desse requisito prévio para a admissibilidade do recurso não malferia o princípio do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, os seguintes julgados da Corte Suprema:

No Recurso Extraordinário nº 210.246/GO, "O Tribunal, entendendo recepcionado pela CF/88 o § 1º do art. 636, da CLT - que determina que o recurso administrativo contra a imposição de multa por infração das leis reguladoras do trabalho só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do

depósito da multa -, conheceu e deu provimento, por maioria de votos, a recurso extraordinário da União Federal para reformar acórdão do TRF da 1ª Região que entendera que o prévio depósito do valor discutido pelo empregador violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório".

Ou então:

"Em processo administrativo regular, a legislação pertinente assegurou ao interessado o contraditório e a ampla defesa. A sua instrução com a prova do depósito prévio da multa imposta não constitui óbice ao exercício do direito constitucional do art. 5º, LV, por se tratar de pressuposto de admissibilidade e garantia recursal, visto que a responsabilidade do recorrente, representada pelo auto de infração, está aferida em decisão fundamentada" (STF, 2ª Turma, RE 210235/MG, rel. Min. Maurício Correa, j. 3-11-1997, DJU, 19 dez. 1997, p. 92).

Também no processo de execução, a responsabilidade do devedor está aferida diante da liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo, judicial ou extrajudicial.

2. **Exceção de pré-executividade.**

Tradicionalmente, tem-se entendido que no processo de execução não há contraditório, nem sentença, a não ser de extinção, vez que a defesa do executado somente pode ser feita por meio da ação incidental dos embargos. Contudo, a idéia de que o *único* meio de defesa disponível ao executado seriam os embargos, precedidos da segurança do juízo, começa a perder força à medida em que se passa a admitir a existência do contraditório no bojo do próprio processo de execução.

Com efeito, há situações excepcionais em que a exigência de prévia constrição em bens do executado pode constituir ofensa aos princípios

constitucionais do livre acesso ao Poder Judiciário, da ampla defesa ou do devido processo legal.

“De regra geral, já escrevia Carlos Renato de Azevedo Ferreira há uma década, a defesa do executado, efetuada por meio de embargos à execução, só pode ocorrer após seguro o juízo, na linguagem do art. 737. No entanto, da combinação dos permissivos processuais codificados sob os ns. 586, 618, 652, 736 e 737, esboça-se nos nossos Tribunais a possibilidade, em casos específicos, de o executado insurgir-se contra o despacho inaugural proferido na execução através de argüição de nulidade da execução, agravo de instrumento e mandado de segurança, mesmo sem estar “...seguro o juízo...” (Exceção de Pré-Executividade”, RT, 657:243).

Igualmente é o escólio de Vicente Greco Filho:

“Admite-se, também, independentemente de embargos e do asseguramento do juízo, a alegação de inexistência do título. Se é nula a execução sem título, não se poderia impor ao devedor o ônus de assegurar o juízo para poder denunciar que o credor é carecedor da execução, fato, aliás, que pode ser reconhecido de ofício. Essa possibilidade, aceita jurisprudencial e doutrinariamente, é denominada *exceção de pré-executividade*” (*Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 12ª ed., 3º v., 1997, p. 108).

Assim, a chamada *exceção de pré-executividade*, de criação doutrinária, vem sendo admitida por parte da jurisprudência, mas ainda é objeto de alguma divergência.

Atribui-se a criação desse instituto mais especificamente a Pontes de Miranda, por ocasião da emissão do parecer elaborado na falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann. Com base nesse parecer, os pedidos de decretação de abertura de falência foram indeferidos antes da penhora, ou do depósito, sob o fundamento de que os processos eram baseados em títulos comprovadamente falsos (cf. Marcos Valls Feu Rosa, citando Pontes de Miranda. *Exceção de Pré-Executividade*, 1ª Edição, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 22).

Normativamente, no Estado do Rio Grande do Sul, houve tímida manifestação do instituto no Decreto nº 5.225, de 31.12.32, o qual modificou alguns dispositivos do antigo Código de Processo Civil e Comercial do Estado, criando uma exceção dilatória designada “*exceção de impropriedade do meio executivo*”,

pela qual “*a parte citada para a execução do título executivo poderá, antes de qualquer procedimento, opor as exceções de suspeição e incompetência do Juízo ou de impropriedade do meio executivo — art. 1º, XXIII*” (Luiz Edmundo Bojunga, *A exceção de pré-executividade*, Revista de Processo, nº 55, p. 67).

Na jurisprudência, talvez um dos mais antigos julgados a enfrentar o tema foi o acórdão nº 80.754/S, da lavra do eminente Ministro Moacir Catunda, da 5ª Turma do extinto TFR, no qual ficou assente que, sendo a execução aparelhada em título nulo, face à falta dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, admitem-se embargos do devedor antes de seguro o juízo.

Consoante definição da doutrina, a exceção em tela, quanto ao devedor, é uma espécie de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode, nos próprios autos principais, promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta do preenchimento dos requisitos legais.

Seria uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor, a qual é justificável sob o argumento de que a regra do art. 16, § 1º da Lei de Execução Fiscal ou do art. 737, I e II, “*que condiciona os embargos do devedor à prévia segurança do juízo pela penhora ou depósito cede quando interpretada de forma racional, pois muitas vezes o patrimônio do executado é, até mesmo, insuficiente para a garantia de um processo manifestamente irregular. Impossibilitar a defesa do executado, nestes casos, concedendo ao credor inescrupuloso a tutela vantajosa do processo executório, sem forma de oposição incondicionada, não parece ser o melhor caminho para o Direito*” (Bojunga, ob. cit., p. 63).

Sendo inegável a presença do contraditório no processo executivo, vez que o executado deve obrigatoriamente ser citado e informado sobre todos os atos processuais, sob pena nulidade, é possível que ele possa se utilizar da exceção de pré-executividade.

A doutrina mais liberal tem entendido que essa espécie de defesa, em geral, pode coexistir ou não é prejudicial aos embargos. “Como se trata de um simples pedido, cuja decisão não fica sujeita à coisa julgada material nem suspende o processo, a exceção de pré-executividade pode ser proposta juntamente com os embargos, no curso deste, após seu julgamento ou até mesmo depois de finda a oportunidade de

deduzí-los. Os embargos e a exceção de pré-executividade se diferenciam, basicamente, em relação à necessidade de penhora de bens ou de depósito, que é condição da propositura dos primeiros. A mencionada exceção, ao contrário destes, não gera esse encargo para o executado” (Vallisney de Souza Oliveira, *Embargos à Execução Fiscal*, Tese de Mestrado na PUC/SP, 1998, inédita).

3. *Hipóteses de cabimento - matérias alegáveis.* No nosso ordenamento processual civil em vigor há previsão de várias formas de defesa de que se pode utilizar o réu: defesa de mérito direta ou indireta e defesa processual.

Pela defesa de mérito direta, o réu nega a existência dos fatos constitutivos do direito do autor; pela defesa de mérito indireta, é alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo, e pela processual, se busca impedir a apreciação do pedido formulado.

Podendo a defesa ser conhecida de ofício pelo Juiz, ela é chamada *objeção*, que se subdivide em processual e substancial. Quando se referir ao processo, a exemplo da carência de ação ou incompetência absoluta, é chamada *objeção processual*. Concernente ao mérito, é substancial, como no caso da decadência.

Já na hipótese de ser conhecida apenas quando alegada pela parte, a defesa é chamada de exceção em sentido estrito; referente ao mérito, é exceção substancial (v.g. prescrição), e será processual quando se referir à ação ou ao processo (v.g. incompetência relativa, compromisso arbitral).

Nesse sentido, o ensinamento do Prof. Sérgio Shimura:

“Parece-nos que, embora a lei só preveja a via dos embargos como forma de o devedor deduzir as suas defesas (arts. 741 e 745, CPC), em nossa sistemática processual é perfeitamente viável o reconhecimento ou o oferecimento de defesas antes da realização da penhora.

“Na esteira desse raciocínio, para fins didáticos, podemos classificar as matérias nos seguintes tópicos:

“a) matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, isto é, matérias de ordem pública (pressupostos processuais e condições da ação); tais defesas são argüíveis por meio de *objeção de pré-executividade*;

“b) matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória para sua demonstração; podem ser



Juiz Federal Manoel Álvares

veiculadas pela chamada *exceção de pré-executividade*;

“c) matérias que devem ser alegadas pela parte, cuja comprovação exige dilação probatória; nesse caso, mister se faz a oposição dos respectivos embargos do devedor” (*Título Executivo*, 1ª edição, Editora Saraiva, 1997, p. 70/71).

Na prática forense, contudo, o nome mais corrente que se dá a qualquer tipo de defesa do executado, antes da segurança do juízo, é o de *exceção de pré-executividade*.

Mas, quais seriam as matérias passíveis de serem ventiladas por essa forma excepcional de defesa do executado?

Humberto Theodoro Júnior, em seu ilustre magistério, afirma que “*a nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como de ofício. Não é preciso, portanto que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos autos da própria execução*” (*Processo de Execução*, 15ª Edição, Leud, 1991, São Paulo).

Para Carlos Alberto Carmona, “*não tendo havido penhora, o devedor não precisa preocupar-se desde logo com a suspensão do processo executivo. Nestas situações, convém ao executado evitar o prosseguimento do feito, sem ônus maior (garantia do juízo). Podendo para tal fim utilizar-se de simples manifestação que não pode — e não deve — ser recebida como embargos do devedor. Trata-se da denominada exceção de pré-executividade, ou exceção de direito deficiente, que nada mais é do que a reação do devedor ao processo malformado ou à ausência de uma das condições da ação executiva. Pode assim o executado alegar, por mera petição, a*

inexigibilidade do título ou a sua inexistência (falta de interesse de agir), ou ainda a nulidade da citação para o processo executivo e a incompetência absoluta do juízo da execução (falta de um dos pressupostos processuais)” (*Em Torno do Processo Civil - Processo Civil — Evolução — 20 anos de vigência — Coordenação: Rogério Cruz e Silva, Saraiva, 1995, p. 17/23*).

José Alonso Beltrame, afirma, também, que “*embora as nulidades possam ser vistas nos embargos, nada obsta que sejam objeto de exame nos próprios autos de execução, desde que não envolvam aspectos de alta indagação. Se ao juiz é possível a apreciação de ofício, das nulidades e ao credor é dado apontá-las, é de se delegar ao devedor, também, a faculdade de provocar o exame delas no bojo da execução, embora disponha dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos de execução*” (*Dos Embargos do Devedor*, 2ª edição, São Paulo, 1983, p. 145-146).

Como se vê, predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais), reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, ser objeto da exceção de pré-executividade (na verdade *objeção de pré-executividade*, segundo alguns autores que apontam a impropriedade da outra denominação), até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com o dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação — por ser ilegítima a parte, não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistentes os pressupostos

processuais de existência e validade da relação jurídica-processual e, ainda, por se mostrar a autoridade judiciária absolutamente incompetente.

Perfilho deste entendimento doutrinário, vez que, podendo e devendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz, não há óbice que as nulidades absolutas sejam apontadas por petição simples do devedor, ou mesmo do credor (a quem interessa a regularidade da ação de execução), independentemente de estar seguro o juízo e, existentes, deve o juiz extinguir o feito evitando, assim, a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava sujeito à atividade executiva, com uma atuação jurisdicional absolutamente inócua, que somente serviria para sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário.

Há, também, quem defenda a possibilidade de serem argüidas causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente (v.g. pagamento, compensação, decadência, prescrição, remissão, anistia etc) desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que seja de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução.

De qualquer forma, desacolhida a objeção ou a exceção, o ato do juiz se consubstancia em decisão interlocutória, atacável por meio de agravo de instrumento. Já o ato do juiz que acolhe a exceção de pré-executividade e põe fim ao processo de execução tem natureza de sentença, contra a qual se pode interpor apelação. Em se tratando de execução fiscal, haverá, nesse caso, o reexame obrigatório, nos termos do disposto no art. 475, III, do CPC.