

PROVA E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE*

PROOF AND EXCEPTION OF PRE-EXECUTION

Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

RESUMO

Como alternativa em defesa do executado, a doutrina consolidou a utilização de um instrumento conhecido como exceção de pré-executividade, a tratar, a princípio, de matérias de ordem pública, que pudessem ser julgadas pelo juiz de ofício, de forma a se opor, sem necessidade de garantia do juízo, contra situações teratológicas. Ocorre que a praxe estendeu o instituto, em nome do devido processo legal, para outras situações em que a prova fosse pré-constituída. O direito constitucional de prova, agora, questiona sobre a exigência de limitação da prova na exceção e se ela deve se manter.

Palavras-chave: Prova. Exceção de pré-executividade. Limitação. Direito constitucional à prova. Ponderação.

ABSTRACT

As an alternative of defense in execution proceedings, the doctrine consolidated an instrument known as “exception of pre-execution”, used, at first, to discuss matters of public order that can be judged automatically by the magistrate, without any warranty, usually in proceedings that the absence of right is evident. However, based in the principle of the due process of law, the practice extended the institute to others situations when the proof is preconstituted. Now, the right of proof guaranteed in the Constitution questions that limitation and if it’s something that needs to be changed.

Keywords: Proof. “Exception of pre-execution”. Restriction. Constitutional right to proof. Weighing.

INTRODUÇÃO

Os embargos à execução foram concebidos, baseados no direito antigo, como o instrumento por excelência de defesa do executado. A “contra-ação”, nesses moldes, a

¹ Advogado. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Assistente Doutor nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Sócio fundador da Borges & Muller Advocacia.

* Artigo recebido em 02 de julho de 2013 e aprovado em 18 de novembro de 2014.

despeito de modificações sofridas no incurso do tempo, nunca perdera a característica de se oferecer como uma oposição à pretensão executória.

Claro que, recentemente, a impugnação à sentença lhe substituiu no tocante ao título executivo judicial. Mas, embora com diminuição de sua abrangência, os embargos se mantiveram como a defesa oferecida ao executado nos títulos extrajudiciais e, principalmente, na execução fiscal.

A prática, todavia, demonstrou que em alguns casos havia a premente necessidade de um instrumento mais célere e que pudesse ser manuseado sem a necessidade da garantia do juízo. Vale dizer, um instrumento que propiciasse ao devedor sua manifestação sem que para tanto fosse preciso dispor de seu patrimônio.

Assim, ficaria criada doutrinária e jurisprudencialmente a exceção de pré-executividade, embora nem todos concordem com tal denominação.

O fato é que a exceção, oferecendo-se como medida construída fora do âmbito legal e de caráter excepcional, não poderia tratar de toda e qualquer temática.

Dessa forma, num primeiro instante nasceria a ideia das matérias de ordem pública, já que, por seu caráter, poderiam estas ser manejadas pelo próprio juiz sem interferência da parte. A exceção, nessa linha, seria um mero “lembrete” em forma de petição dirigida ao juízo.

Ocorre, todavia, que o leque da exceção se abriu para admitir, por economia processual e devido processo legal, outras matérias em que a prova fosse pré-constituída. Isso exclui a possibilidade de instrução probatória durante a exceção, eis que instrumento que não fora criado para tanto.

Mas, questiona-se, hodiernamente, com a natural construção constitucional do direito à prova, seria caso de se permitir maior amplitude à prova na exceção de pré-executividade? É o que tentaremos responder.

1. BREVE HISTÓRICO E PREVISÕES NORMATIVAS ANÁLOGAS

É lugar comum que a defesa do executado é precipuamente realizada por meio da apresentação dos embargos à execução. Esse fora, aliás, o instituto previsto no nosso Código de Processo Civil, mas com raízes muito mais profundas.

Pontes de Miranda lembra que o instituto já tinha previsão nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 56, § 1, Título 79, § 1, e 89, §§ 1, 2 e 6, Título 92, § 2, e Título 105), Manuelinas (Livro III, Título 71, pr. e §§ 1 e 32) e Filipinas (Livro III, Título 87, pr. e §§ 1-14) e “preexclui, de regra, o interesse na ação declaratória (art. 4º) da existência da relação jurídica que os embargos ‘negam’ (...) e na ação de oposição”. Ressalta, ainda, que mesmo antes dos embargos, já se falava na *ação de oposição à execução* (Josef Kohler, 1888), com o intuito de declarar a nulidade do título executivo ou sua ineficácia².

O professor pernambucano chama a atenção para o fato de que os embargos se apresentam como uma “contra-ação”, da mesma forma que a reconvenção, mas que em nada se confundem com o recurso de embargos³.

O problema, todavia, é que os embargos, principalmente no campo hoje destinado à impugnação, se apresentavam de forma limitada ao executado contra a pretensão de executar, e, embora pudessem incidir tanto sobre requisitos subjetivos (ilegitimidade ativa ou passiva, por exemplo) como objetivos (negativa ao título executivo por ausência de requisitos formais, negativa à possibilidade de execução diante da natureza do bem etc) o que se tinham eram hipóteses pré-definidas em lei sobre seu cabimento, a despeito do caráter aberto de alguns dispositivos⁴, salvo na hipótese dos títulos executivos construídos fora do processo.

Não se deve olvidar, no entanto, que a reforma processual de 2005 (Lei Federal n. 11.232) acabou transferindo a matéria dos embargos em face de título executivo judicial para a impugnação ao cumprimento de sentença, deixando os embargos, praticamente nos mesmos moldes, para a Fazenda Pública – pró e contra – e para os títulos executivos extrajudiciais.

² PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XI, p. 3-4. Ainda: NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VII, p. 191-193.

³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XI, p. 4.

⁴ Mesmo entendendo não encerrar *numerus clausus*, Marinoni e Arenhart asseveram que na impugnação, além das possibilidades descritas no artigo 475-L, não se alongam além das objeções processuais surgidas após o trânsito em julgado: “qualquer defesa que pudesse ter sido oferecida na fase de conhecimento, tenha ou não sido deduzida, não poderá mais ser apresentada”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 3. p. 292.

Assim é que, ao tratar da impugnação, o artigo 475-L adianta a temática, apontando as possíveis matérias de defesa: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título, incluindo a coisa julgada inconstitucional; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Em paralelo, o artigo 741, ao tratar da execução contra a Fazenda Pública, praticamente adota a mesma matéria, apenas excluindo a “penhora incorreta ou avaliação errônea” e incluindo a “cumulação indevida de execuções” e a “incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz”.

Pouco diferente do artigo 475-L, apresenta-se o artigo 745, ao tratar dos embargos à execução em face do título executivo extrajudicial. A peculiaridade de ter sido construído fora do processo permite que se oponham os embargos sobre “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”, além da específica hipótese de “retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa”.

Nota-se neste caso que a peculiaridade em questão permite uma maior dilação probatória, eis que não houve processo de conhecimento do qual se originara o título executivo. Eis a razão do disposto no artigo 745, V, CPC.

As mudanças do CPC, no entanto, acabaram conduzindo os embargos para um papel de destaque apenas quanto às execuções fiscais. Isso porque, em se tratando de disposição especial, assevera o artigo 16 da Lei 6.830/80 que “o executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados” do depósito, da juntada da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora.

2. OS EMBARGOS NA EXECUÇÃO FISCAL E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Os embargos na execução fiscal, assim como aqueles incidentes sobre título executivo extrajudicial, possuem uma amplitude muito maior do que a mera impugnação. O

§2º do artigo 16 assevera que “o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa”, podendo requerer provas, juntar documentos e até mesmo rol de testemunhas.

Ora, se os embargos à execução fiscal podem ter conteúdo extremamente amplo, caracterizando-se mesmo como contestação, por qual razão a doutrina construiria um outro instrumento destinado à defesa do executado, com raízes justamente na execução fiscal?

O §1º do artigo 16, acima descrito, assevera que não são cabíveis embargos antes de garantida a execução. Isto é, o devedor deverá dispor de uma soma em bem ou dinheiro para poder discutir o crédito, o que, muitas vezes, inviabiliza a própria discussão e carrega o devedor para a execução sem que tenha tido a oportunidade de defesa.

Em face dessa limitação ampla de defesa, doutrina e jurisprudência acabaram edificando as bases de um ato contestatório, ainda que limitado, para situações mais teratológicas⁵, nas quais a execução merecesse solução de continuidade⁶ e esse instituto passou a ser conhecido como “exceção de pré-executividade”⁷. Como assevera Cândido Rangel Dinamarco, há muito já não mais vigora o mito dos embargos como único meio de defesa do executado, principalmente em face de questões que o juiz possa decidir de ofício⁸.

O fundamento jurídico da exceção é constitucional e parte do direito ao contraditório e da ampla defesa. Seria o devido processo legal⁹ a razão da criação de uma defesa atípica,

⁵ “O pressuposto teórico dessa defesa está na perspectiva de que a execução não é infensa à tarefa cognitiva e que há vícios que, de tal modo graves, possibilitam o seu reconhecimento mesmo de ofício. Nulidades desse porte não convalidam e podem ser proclamadas a qualquer momento. Portanto, pode e deve o juiz conhecê-las, mesmo que provocado por via estranha aos embargos”. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. p. 432.

⁶ “Conquanto o processo de execução, por sua própria natureza, não comporte defesa, cabendo ao executado valer-se de ação cognitiva autônoma (embargos do devedor) para desconstituir o título executivo e, de resto, apresentar as impugnações que tiver contra o crédito apresentado pelo exequente, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar objeção ou exceção conducente à extinção do feito, por não comportar os requisitos próprios que permitem o seu aforamento”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. p. 387.

⁷ Para alguns autores, enfaticamente Barbosa Moreira, a denominação é equivocada, devendo ser chamada de “objeção de pré-executividade”, tendo em vista que, a princípio, são as objeções, e não as exceções, que são aceitas como matérias desse instrumento. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. Ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexo das ações procedimentais autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. p. 723-724.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. p. 451.

⁹ Tal referência é feita também pelo professor Barbosa Moreira que aponta, além da garantia do devido processo legal, principalmente em face de eventuais defeitos da execução, a existência do gravame da garantia do juízo para a impugnação da pretensão executória, o que conduziria à impossibilidade do exercício do direito de defesa em alguns casos. Execução fiscal. “Exceção de pré-executividade”. p. 206.

inserta em um processo cuja defesa se caracterizou por ser externa e com paternidade indireta atribuída a Pontes de Miranda, em famoso parecer¹⁰.

Sobre o tema, aliás, asseveram os professores Marinoni e Arenhart:

Admite-se ser possível ao executado apresentar no curso da execução, independentemente de momento apropriado ou de cautela especial, certas defesas evidentes. Entende-se que sujeitar o executado a vários requisitos formais – como o prazo específico ou, no regime anterior, a prévia segurança do juízo pela penhora – para que possa deduzir tais defesas seria excessivo exagero, ante a manifesta injustiça do prosseguimento da execução. Por isto se permite que estas defesas sejam apresentadas, sob qualquer formato, no curso da execução¹¹.

De um modo geral, a jurisprudência consolidou-se em admitir nas exceções de pré-executividade as matérias que, antigamente, eram consideradas de “prova fácil”, nas execuções *per officium iudicis*, em oposição à ideia de que a cognição por iniciativa do devedor somente poderia ser a ordinariamente reconhecida, a fim de que a amplitude da defesa não prejudique a presteza da execução¹².

No AgRg no AgIn 775.393/RS, o Ministro Luiz Fux assentou, na toada da jurisprudência do STJ, que “a suscitação da exceção de pré-executividade, dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e prescrição manifesta”.

Além disso, ressalta-se a posição há muito defendida no REsp 745.962 (rel. Ministro Castro Meira), para quem “as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exeqüente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória”¹³.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. Parecer n. 95. v. 4. p. 125-139. Há quem entenda que a fonte do instituto seria Decreto Imperial de 1888, que permitia a defesa em execução fazendária, sem necessidade de garantia do juízo, nos casos em que um documento hábil comprovasse o pagamento ou anulação do débito na esfera administrativa. FLAKS, Milton. *Comentários à lei de execução fiscal*. p. 224. E, ainda, há referência em mesmo sentido no Decreto 848/1890. MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. p. 23.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 3. p. 309.

¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. p. 65. Continua o professor italiano: “Tal será a doutrina comum: o ensejo da execução poder-se-á conhecer das exceções passíveis de prova fácil (*incontinenti*), suspendendo-se, entretanto, o curso dos atos executivos, ao passo que se transferirão à fase posterior as que exigirem maior indagação, e prosseguirão, no entretempo, os atos executivos”. p. 66.

¹³ No mesmo sentido: AgREsp 805.123/MS – rel. Min. Castro Meira.

Recentemente, o Ministro Massami Uieda reconheceu a possibilidade da exceção para discussão sobre a exorbitância das *astreintes*: “Assim, mostra-se perfeitamente possível o manejo da exceção de pré-executividade com objetivo de discutir matéria atinente ao valor da multa diária executada, quanto mais se a matéria poderia ser conhecida até mesmo sem a manifestação das partes” (REsp 1.019.455/MT, julgado em 18.10.2011).

É que, de forma geral, estabeleceu-se a ideia da ausência de necessidade de dilação probatória para a admissibilidade do instrumento processual, consoante entendimento transcrito pelo Min. Franciulli Neto no AgREsp 729.390/RJ: “É pacífico o entendimento de que a oposição da exceção pode ser admitida, em se tratando de nulidade do título, quando for desnecessária qualquer dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor”.

Em resumo, o que se tem é a admissibilidade da exceção, em geral, em matérias de ordem pública ou, quando não seja matéria de ordem pública ou o juiz não deva conhecer de ofício, na existência de prova pré-constituída da alegação feita pelo executado¹⁴. Ou, especificando parte da matéria de ordem pública, quando se trata de questão formal inerente à própria execução¹⁵.

Nem se diga que a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa afasta a possibilidade de prova contrária pelo executado, eis que tal presunção se afigura relativa. Nesse sentido: “havendo prova pré-constituída de que não há certeza nem liquidez da dívida ativa ou de que a execução desponta manifestamente nula, nada impede que se aceite o ajuizamento da objeção de pré-executividade”¹⁶.

¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Objeção de Pré-executividade – aplicação em matéria fiscal. p. 37-54. Ainda: MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. p. 128. Nesse sentido: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. p. 808.

¹⁵ “É uma questão de lógica e bom senso. Se o processo de execução somente pode ter curso dentro da fiel observância de suas condições legais, evidente é que não pode o juiz condicionar a objeção pertinente a estas preliminares à realização dos atos executivos. Somente conhecer das bases de legitimidade do ato depois de consumado ‘afigura-se injusto e mesmo odioso’. ‘Soa, no mínimo como um contra-senso exigir que o demandado se submeta a um ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ser praticado’”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. p. 438-439. Ainda: “Cada ato de execução, com efeito, se condiciona, para sua validade, a determinadas prescrições legais concernentes, seja a seus pressupostos, seja à sua forma, seja, enfim, a seu conteúdo”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. p. 151.

¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. p. 388.

Deve-se chamar a atenção para o fato de que a exceção não configura recurso ou hipótese de rediscussão de questão anteriormente decidida no curso da execução ou na decisão de impugnação¹⁷. Nesse sentido, aliás, o entendimento da Min. Nancy Andrighi, no REsp 705.352, ao asseverar que não cabe exceção de pré-executividade para atacar matéria já decidida em sede de embargos.

Outrossim, a maior razão que justificou a opção pela exceção, para a maioria, sempre se pautou na necessidade de garantia do juízo para oferecimento dos embargos. Mas, a despeito dos entendimentos em sentido contrário, Leonardo José Carneiro da Cunha defende que após as reformas executivas não há mais razão de ser para referida garantia. Isso porque não há mais necessidade de garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução de título extrajudicial e tal entendimento deveria ser estendido aos embargos em face da execução fiscal¹⁸. Melhor dizendo: a alteração do CPC, de caráter geral, teria revogado os dispositivos contrários da Lei de Execução Fiscal, que também possuiria caráter geral. Por essa razão, não teria sentido a utilização da exceção de pré-executividade antes da realização de penhora, momento em que nasceria o interesse, salvo nas hipóteses de perda do prazo para embargos¹⁹.

3. LIMITES À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROVA

Pois bem. Mas como ficariam todas essas limitações ao contraponto do direito constitucional de prova?

Hélio do Valle Pereira ressalta a presença do devido processo legal na fase executiva, denunciando uma visão antiquada acerca das diferenciações entre conhecimento e execução:

Processo de execução é processo jurisdicional e não se desvincula jamais do princípio do contraditório. O engano nasce da impressão de que o processo de reconhecimento reserva para si toda tarefa decisória; a execução seria processo de natureza somente material, fundamentado exclusivamente na concretização de atos

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 3. p. 310.

¹⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. p. 380-382 e 389-390. Deve-se chamar atenção, todavia, para o contraponto de os embargos não mais suspenderem a execução, salvo na hipótese do §1º do artigo 739 do CPC.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo J. C. da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 5. p. 398.

de satisfação. Destarte, o juiz do processo cognitivo nada realizaria de prático, apenas declararia. O juiz da execução nada deliberaria, somente cumpriria²⁰.

Nessa toada, poder-se-ia supor que a exceção não apenas está constitucionalmente alinhada, como sequer poderia ser tão limitada, merecendo maior alargamento das discussões que possibilita.

Seria de se supor que o direito constitucional de prova²¹ traria novos rumos à exceção de pré-executividade, conferindo novas características ao instituto. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “é inconteste o direito do litigante participar da formação e desenvolvimento do processo e de postular contra seus vícios fundamentais”²².

Ao depois, Marinoni e Arenhart lembram que a legitimação da decisão judicial se escora no procedimento que precede a mesma. Assim, a “legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial”²³. Para Héctor Fix-Zamudio, o direito de defesa é “estimado como um derecho inviolable e inseparable de la persona humana”²⁴.

Comoglio, por sua vez, traça uma correlação direta entre o direito de ação e a defesa no plano constitucional. A bem da verdade, a garantia de defesa configuraria aspecto integrante do próprio direito de ação, de forma que não seria possível se falar nesta sem abranger aquela²⁵. E essa garantia diz respeito às alegações e às provas que possam influenciar no julgamento, “ou, ainda, na possibilidade efetiva de agir em juízo para fazer valer as próprias razões”²⁶.

²⁰ PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. p. 432.

²¹ Artigo 5º, LV, CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sobre o tema: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 61-62.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. p. 442.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. p. 53. Ainda, Marinoni: “o direito ao procedimento quer significar o direito ao procedimento que garanta os valores processuais, principalmente a participação plena e efetiva em contraditório”. *Novas linhas do processo civil*. p. 157. Também Bedaque: “A efetiva participação das partes no processo legitima a decisão nele proferida”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 62.

²⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. p. 59.

²⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía costituzionale dell'azione ed il processo civile*. p. 140-141. Em mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p. 307.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. p. 143. Ainda: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía costituzionale dell'azione ed il processo civile*. p. 147.

Ocorre, todavia, que a construção procedimental participativa ou já ocorreu, nos casos em que o título executivo tem natureza judicial, ou irá ocorrer nos termos delineados pelos embargos executórios²⁷, de tal forma que apenas por exceção se justifica a utilização de simples petição para contraposição à execução, mas desde que tal medida não desnature o instituto executório.

Devemos lembrar que a defesa constitucionalmente garantida é a *adequada*, e não a *ilimitada*, vale dizer, aquela necessária para a produção de um contraditório eficaz²⁸. A busca da verdade²⁹ não pode significar uma caça processual implacável, sob pena do processo nunca se findar.

É evidente que advocaria contra a lógica e contra o escopo jurídico do processo que se exigisse a necessidade de propositura de embargos, com garantia do juízo, em casos teratológicos de evidente e patente ilegalidade na execução. Mas isso não significa, de maneira alguma, que as alegações estão libertas em relação à exceção, nem que a instrução probatória seja aqui admitida.

Assim, como um pêndulo, não deve o direito de defesa sufocar o próprio exercício de ação, afastando do processo qualquer garantia de “tempo razoável”³⁰, nem tão menos pode a busca pela celeridade e efetividade justificar o cometimento de atrocidades e limitações que afastem os próprios escopos do processo³¹.

Tem-se que a questão acaba se resolvendo por ponderação. Mas é evidente que a proteção de um direito não pode levar ao sacrifício do outro. Assim, há que se falar em um

²⁷ A ideia é análoga à explanada por Mendonça Lima sobre o artigo 582 do CPC: “Claro que, na execução de sentença, o devedor, mesmo agora, não poderá insistir na aplicação da cláusula, se já o fez na ação e a mesma foi rejeitada, pois isso importaria ‘em volver ao processo da ação de condenação, discutindo-se a mora’. Quando a execução, porém, foi de título extrajudicial, é evidente que a alegação da cláusula pode ser feita normalmente, porque será a primeira oportunidade para a discussão sobre a validade e eficácia da norma”. MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI. t. I. p. 287-288.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. p. 149.

²⁹ Sobre prova e busca da verdade: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v.2. p. 247-253.

³⁰ Artigo 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Sobre o tema e a iniciativa probatória do juiz, traça comentário pertinente ao tema em questão o professor Bedaque: “a iniciativa probatória oficial não pode acarretar excessiva demora, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII)”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 157.

³¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. p. 508.

princípio da “concordância prática”, ou seja, uma análise da unidade da Constituição, harmonizando “da melhor maneira os preceitos divergentes”, “através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”³². Nessa ordem, a atribuição do valor casuístico do bem, por meio de um “processo de argumentação jusfundamental” permite o “controle racional”³³ da ponderação.

Isso porque de nada adianta a suposição de que o direito de ação seja mais importante que o de defesa sem especificar quando e como. Mas, neste caso, as circunstâncias que cercam a questão indicam que a defesa apresentar-se-ia como desarrazoada, eis que sangraria a própria ação sem que tal “sacrifício” fosse proporcional ao benefício oferecido. A defesa deve sempre existir, sim, mas não a tal ponto que prejudique o alcance do bem da vida, retirando o próprio espírito da execução. É evidente que situações jusfundamentadas, na análise sistemática, podem promover limitações ao direito de defesa³⁴.

Como afirma Peter Häberle, “não é concebível um direito fundamental que não seja limitado por bens jurídicos de igual e superior valor e que não esteja provido, portanto, de um ‘limite geral’”³⁵.

É de se ressaltar que o ataque promovido pela exceção não pode subverter a ordem do sistema que disciplina os embargos e a própria execução³⁶. Vale dizer, não seria de se admitir que o sistema de execução fosse esvaziado por um instituto que sequer possui previsão legal, a despeito de seu fundamento constitucional.

É o que ressalta o professor Barbosa Moreira: “o uso do meio alternativo, que não constitui a regra, mas exceção, não deve tumultuar o feito com incidentes capazes de retardar-lhe a marcha, em detrimento da celeridade característica (ao menos em teoria) do processo executivo”³⁷.

³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.222-223.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 553.

³⁴ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. p. 182. Ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1. p. 337.

³⁵ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. p. 38.

³⁶ REsp 7.410/MT, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Execução fiscal. “Exceção de pré-executividade”. p. 209.

É, primeiramente, uma questão técnica, no sentido de que a exceção de pré-executividade não fora construída para discutir prova em “matérias de maior complexidade” ou “análise do suporte fático”, que devem ser deixadas, quando possível, para os embargos³⁸.

Mesmo no processo antigo, já advertia-se que a cognição após a realização da penhora era, em regra, sumária, “limitada ao exame das questões de rápida solução com prazos abreviados para a prova (prova *incontinenti*), remetendo-se para o processo ordinário separado o exame das questões mais demoradas”³⁹.

Há muito tempo, embora partindo da ideia de separação entre conhecimento e execução, Liebman já ressaltava a “necessidade de evitar o retardamento que sobreviria no desenvolvimento da execução se esta houvesse de interromper a cada passo para dar lugar a um processo e a uma decisão”, embora já prevesse a possibilidade do órgão executório verificar “a existência em concreto dos pressupostos legais de sua atividade”⁴⁰.

Mais adiante, o professor italiano ressalta que “a ação executória não exige (diferentemente das ações do processo de cognição) uma atividade de investigações imparciais que preceda o provimento destinado a satisfazê-la”, uma vez que “a obrigação do órgão executivo não é declarar a existência da ação executória, senão, considerando-a existente, satisfazê-la”⁴¹.

Ao depois, não se pode olvidar que a execução e a satisfação do credor também são institutos constitucionalmente assegurados. O devido processo legal também deve ser visto do lado do credor, bem como a garantia de que o alcance do resultado do processo precisa estar submetido ao crivo da efetividade e da razoabilidade.

Deve-se salientar, outrossim, que a própria exceção de pré-executividade fora edificada sob o pálio do direito constitucional de defesa, mas que, em momento algum, se verte em absoluto.

Nesse sentido, aliás, pertinente a observação do professor José Roberto Bedaque:

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. p. 439.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. p. 21.

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. p. 149.

⁴¹ Op. cit. p. 151.

Não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam⁴².

Por essa razão, embora o instituto da exceção de pré-executividade seja necessário, também sob o ponto de vista do razoável, a fim de evitar continuidades que advogam contra a própria finalidade do processo, não se deve tê-lo como instrumento ilimitado nas mãos do devedor, sob pena de ineficácia eterna do próprio título executivo.

CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade, embora de construção doutrinária e jurisprudencial, apresentou-se como necessário instrumento, alternativo aos embargos à execução, e de caráter excepcional.

Sua marca inicial fora justamente a possibilidade de ser oposta na ausência de garantia do juízo, o que, com o tempo, acabou sendo sensivelmente alterado. Há mesmo quem entenda que a garantia não é mais necessária nem mesmo na execução fiscal⁴³.

É que para se tratar de matérias de ordem pública, que pudessem ser conhecidas de ofício pelo juiz, não fazia sentido de que se exigisse a garantia do juízo, mormente quando vícios formais sangravam a própria execução, colocando fim a ela.

Paralelamente, os embargos à execução fiscal, por suas peculiaridades fazendárias, nos mesmos moldes dos embargos em face de título extrajudicial, permitiram não apenas que fosse feita qualquer alegação de conhecimento, como também se produzisse prova do alegado.

A prática jurisprudencial – principalmente nas execuções fiscais - acabou entendendo que era de bom grado em prol da economia processual e afinada com o devido processo legal a possibilidade de se aferir outras questões, ainda que não pudessem ser conhecidas de ofício,

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. p. 169. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. p. 108.

⁴³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. p. 380-382.

desde que fosse desnecessária a produção de prova. Assim, matérias emanadas de provas pré-constituídas poderiam também ser objeto da exceção. Quais razões diferenciava o instituto dos embargos à execução fiscal acima referidos?

A resposta é lógica: em situações em que o título judicial não é construído judicialmente não houve cognição exauriente que pudesse tê-lo como plenamente válido. Assim, não haveria a mesma razão que impusesse a mesma solução para a exceção de pré-executividade.

A despeito do entendimento constitucional do direito à prova, esta não é ilimitada e a sua produção na exceção subverteria a própria razão de ser da execução, afastando-a do seu objetivo, precipuamente em casos em que já houve amplo e profundo conhecimento do direito que subsidia o título formado. Admitir uma suposta ampla defesa também na exceção é a eternização dos conflitos.

Vale dizer, o direito de prova não pode ser visto como absoluto, a ponto de exigir que instrumentos que sequer possuem referência legal sirvam para rediscutir a questão já amplamente debatida ou então para conferir amplo debate fora das circunstâncias transcritas pelos embargos à execução.

Vê-se, pois, que o mesmo fundamento constitucional que propicia a existência da exceção de pré-executividade é o mesmo que lhe apresenta limitações razoáveis e proporcionais, não admitindo-se sua utilização de forma a aprofundar o debate daquilo que já foi debatido.

Embora seja equivocada a premissa de que toda ação de execução sirva apenas aos atos de satisfação, também não se coaduna com sua finalidade a admissão de que se preste a atuar como fase/processo de reconhecimento.

Deve-se ter em mente, antes de tudo, que o direito à prova deve servir também ao direito de ação e, por via de consequência, ao princípio da razoável duração do processo em seu aspecto substancial, produzindo decisões céleres e eficazes.

Assim, na balança da ponderação o direito à prova na exceção cede lugar a outros valores constitucionalmente consagrados, razão pela qual a limitação da prova neste caso deve ser tida por medida serena e razoável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. Objeção de pré-executividade – aplicação em matéria fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 107-123. 6a série.

_____. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. *Revista Forense*, v. 351, p. 585 e ss.

_____. Execução fiscal. “Exceção de pré-executividade”. *Revista Forense - Pareceres*, v. 376, p. 205-212.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151-189.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 5: execução.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIX-ZAMÚDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México: Unam, 1974.

FLAKS, Milton. *Comentários à lei de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Processo de execução*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: teoria geral do processo.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. 6.ed. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2: processo de conhecimento.

_____. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3: execução.

_____. *Prova*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VI. t. I.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: Exceção de pré-executividade*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MÜLLER, Júlio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VII.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XI.

_____. Parecer n. 95. In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexos das ações procedimentais autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SHIMURA, Sérgio (Org.). *Série processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.