

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A DISPENSA DE SEGURANÇA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO*

SERGIO BERMUDES

Advogado. Professor da EMERJ

As minhas reverências à egrégia Mesa. Já contei que uma vez Mauro Cappelletti perguntou-me como deveríamos nos dirigir a um auditório. E eu respondi o seguinte: - É muito simples, você diga: meus caros amigos. A índole brasileira comporta esse tipo de tratamento.

O artigo 135, inciso I, do Código de Processo Civil, dispõe que é fundada a suspeita de parcialidade do juiz quando ele for amigo íntimo da parte. Então, principio declarando a suspeição do meu imenso amigo Des. Hilário Alencar, parcialíssimo como nunca foi enquanto exercia a jurisdição, mas no julgamento que se acaba de ouvir. Julgamento, na verdade, intimidatório, pois ninguém poderia pretender corresponder à semelhante apresentação. Vejo, nela entretanto, uma manifestação do carinho, da amizade, do afeto do Des. Hilário.

Quando era jovem, mocinho, quis de fato ser o maior advogado do mundo. Depois o maior do Brasil. E, mais tarde, o maior dessa cidade do Estado. Hoje, me contento muito quando consigo ser um razoável advogado. E contemplando a minha vida e a minha história, chego à conclusão de que a meu respeito a única coisa que posso dizer, e com orgulho, é que sou um pobre homem de Cachoeiro de Itapemirim. Sem admitir questionamentos acerca da imparcialidade do meu juízo, assisto a um ritual da Igreja Católica, a que tenho a graça de pertencer, a missa que um padre comum celebra na presença de um Bispo ou de vários Bispos, chama-se Missa com Assistência Pontifical. O padre, muitas vezes, se atrapalha, pula folhas do missal, volta algumas vezes etc, pela presença de pontífices diante dele.

Então, farei umas descoloridas considerações acerca do tema proposto,

* Exposição no Simpósio de Processo Civil, realizado na EMERJ, em 28/9/2001.

mas com assistência pontifical. E, se me permitem, dentre os pontífices que ornamentam essa mesa, me sinto extremamente intimidado pela presença de uma das maiores figuras que encontrei, diante dos meus quarenta anos de vida forense, que é a Des. Áurea Pimentel Pereira. Uma das maiores juízas que este país já teve e terá por muito tempo, não apenas por seu devotamento aos processos, pela meticulosidade com que sempre os examinou, pela convicção que sempre expôs seus pontos, não importando em ficar vencida e, também, por sua envergadura moral, por sua intransigência em qualquer deslize ético com o que pudesse se afigurar com a violação à moral, que permeia todo o ordenamento jurídico. Esse seria vazio, se não estivesse fortemente impregnado com um conteúdo moral. De maneira que declaro de público uma paixão muito antiga e muito grande pela Des. Áurea Pimentel Pereira.

A execução gira em torno de um título. Quando falamos em título, temos a tendência de corporificar essa idéia por causa do vezo do ser humano de necessitar de símbolos, de necessitar de algo concreto para exprimir as abstrações com que ele lida. O autor Jorge Amado em seu livro **Dona Flor e seus dois Maridos**, que é um belíssimo romance, narra a história de Dona Flor, cujo primeiro marido, Wadinho, morreu e voltou dizendo “Deus é gordo!”, confirmou. Ele não informou ou contou que Deus era gordo, mas confirmou isso, porque essa é a idéia que nós todos fazemos de Deus.

Márcia Correia, certa vez, mostrou-me um desenho em que um sujeito com pequenas asas estava diante de um trono imenso sobre uma nuvem e acima desse estava escrito Deus, contudo sentado no trono estava um cidadão magro, de bico adunco, com óculos de leitura no nariz e com a manga arregaçada e um sujeito abaixo dizendo: “Mas o Senhor é tão diferente das suas fotografias!”.

Então, quando se fala em título, temos a necessidade de associar a sua idéia a algo concreto. Se se fala em título extrajudicial, por exemplo - para ficarmos nos domínios do inciso I, do artigo 585 do Código de Processo – vislumbramos algo como uma nota promissória tal como ela é comprada na papelaria. Se falamos na sentença condenatória do artigo 584, inciso I, também a imaginamos tal como nos aparece ou o acórdão tal como ele se apresenta nos autos – uma página, ou várias, datilografadas, precedido por uma ementa com o resumo do seu conteúdo. Isso decorre efetivamente da necessidade que o ser humano tem de dar alguma concretude às abstrações com que ele trabalha. Mas, na verdade, quando se fala em título, lida-se

em uma abstração porque ele não passa de uma situação jurídica que põe uma pessoa na condição de exigir de outra um comportamento determinado pelo direito.

Vejam que a lei civil fala em justo título e boa-fé como requisitos do usucapião. Os artigos 584 e 585, do Código de Processo Civil, tratam dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, enquanto o artigo 583 assenta a necessidade de título ou a existência de um título como pressuposto jurídico da execução, *nulla executio sine titulo*. E o artigo 583 nos diz que toda a execução tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial. O artigo 586, por sua vez, insiste, tautologicamente, dizendo: “execução para cobrança de crédito” (mas não há execução que não se destine ou seja para a cobrança de um crédito. O crédito pode até não existir, mas a execução existe para a satisfação de um crédito). A execução para a cobrança de crédito exige título líquido, certo e exigível, como está no artigo supracitado.

O autor Liebman nos diz que o processo de execução tem dois pressupostos. Poderíamos dizer duas condições? Sabemos que a processualística, ora chama de pressupostos aquilo que outra corrente chama de condições; ora chama de condições aquilo que outra corrente chama de pressupostos. A nomenclatura aí não é essencial, contanto que exprima a idéia adequada. Liebman entende que o processo de execução tem dois pressupostos: 1º) existência de um título executivo, que seria o seu pressuposto jurídico, como está no artigo 583, e 2º) o inadimplemento do devedor desse título como está no artigo 580 do Código de Processo Civil. O pressuposto fático da execução será o inadimplemento do devedor.

Sabemos que Calamandrei e Carnelutti discutiram asperamente acerca da existência de lide no processo de execução. Sobre se o processo de execução visaria à composição de uma lide, tal como processo cognitivo, ou se o processo de execução visaria apenas a mera satisfação, efetivação, da direção da ordem do Estado no sentido da composição da lide.

De qualquer maneira, podemos descobrir nesse artigo 580, que dispõe que o pressuposto fático da execução é o inadimplemento do devedor, a existência de uma lide. O devedor deve cumprir espontaneamente a sentença ou satisfaz espontaneamente a obrigação contida no título executivo extrajudicial, que em uma opção política o legislador decidiu equiparar, até certo ponto, às próprias sentenças. Quando o devedor não satisfaz, ele resiste à pretensão de satisfação do credor, surgindo, então, um litígio que o Estado, na verdade, não compõe. Ele parte da presunção de que uma das partes tem

razão. Se quiséssemos fazer uma observação de distinção entre processo de cognição e processo de execução, poderíamos dizer que, enquanto na cognição o juiz indaga, na execução o juiz afirma. Enquanto na cognição o juiz se informa dos fatos para identificar, no arsenal das normas, aquela que incide para aplicá-la corretamente, no processo de execução o juiz não indaga mais, ele parte da afirmação da existência de um direito e pratica sob a direção dele, e com incidência do artigo 125 do Código de Processo Civil, todos os atos necessários à satisfação do direito do credor, do direito contido no título. O processo de execução, então, gira inevitavelmente em torno de um título, sem o título não pode haver processo de execução. E poderíamos adotar, como refrão de qualquer palestra que tratasse desse tema, o *nulla executio sine titulo*, traduzido na norma do artigo 583 do Código de Processo Civil.

Deixemos o título por um momento para abordar outra vertente. A execução é um processo. Ninguém diverge mais quanto a isso, não sendo necessário citar todas as construções que aprendemos na faculdade. Cognição sem execução, ou melhor, condenação sem execução é, mais ou menos, como sino sem badalo, trovoada sem chuva. Quem fez essas observações, as fez muito ligeiramente, pois sabemos que nem sempre havendo trovão, há chuva. Essas afirmações são simpáticas, porém ingênuas. Contudo, como na maioria das vezes o trovão traz chuva e o sino tem badalo, vamos deixar para lá. A condenação sem execução é trovão sem chuva e sino sem badalo. Mas, de qualquer maneira, sabemos e aprendemos que, e o Código nos diz, inclusive, pela topologia, disciplinando em livro próprio, a execução é um processo diferente do processo de cognição do qual resulta a sentença civil condenatória, que é o título executivo por excelência, mesmo não transitado em julgado, naquelas circunstâncias em que só é impugnável por recurso com efeito devolutivo, ela pode ser desde logo executada.

Temos na execução um processo. Existe uma ação de execução, ação executiva, pela qual se invoca a jurisdição no sentido da satisfação de um título, afirmando-se o inadimplemento do devedor. Eis no que consiste o processo de execução, que será o conjunto de todos aqueles atos que se desenvolvem no sentido da satisfação do direito do credor ou dos credores consubstanciados no título. Essa relação processual é idêntica à relação processual cognitiva, isto é, ela requer que as partes possam ser partes, que estejam adequadamente representadas em juízo, requer uma angularização adequada, relativamente à parte contra a qual se propõe a execução (não uso

a expressão “em face da qual” porque acho que é um “francesismo” absolutamente desnecessário). É da história nossa, desde Roma, dizer que a ação é proposta pelo autor contra o réu. Então prefiro continuar dizendo contra o réu como faz o meu querido amigo e colega de turma Ronaldo Passos.

Existe, portanto, uma ação de execução, que dá origem a um processo de execução que se angulariza pela presença do réu na execução. Ele se angulariza com a integração do executado (do devedor) na relação processual, que se faz mediante o comparecimento espontâneo (parágrafo 1º do artigo 214 do Código de Processo Civil) ou mediante a citação, que, na verdade, não é um ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado para se defender (213 do CPC). No meu entendimento, a citação é a integração da pessoa na relação processual, tanto que se pode citar pessoa para integrar o pólo ativo da relação processual apenas para ficar sujeita às conseqüências do processo. Se um condômino propõe ação de divisão e demarcação, ele é obrigado a citar os demais condôminos para ficarem com ele no pólo ativo da relação processual. Idem no caso do § 1º do artigo 12, em que se o inventariante é dativo, todos os herdeiros e sucessores têm que ser litisconsortes nas ações em que o espólio for o autor e em que o espólio for réu.

A relação processual de execução tem pressupostos de validade. Ela está sujeita a determinadas condições e principia por iniciativa da parte (art. 262 do CPC). Não há execução que não comece pela iniciativa da parte. Existem algumas exceções, como o caso em que o juiz pode começar a execução (previsto no ECA), contudo não podemos fazer uma exposição com exceções.

Então, tratando-se de uma relação processual, essa tem que se constituir de acordo com determinados pressupostos. Os pressupostos processuais têm que existir e estar presentes. A condição da ação tem que existir e ela é o título executivo. No que tange aos pressupostos de constituição do processo, de válido desenvolvimento do processo e de sua eficaz terminação, essas questões podem ser suscitadas no próprio processo de execução. Ninguém precisa iniciar uma outra ação, como são os embargos do devedor, para discutir a existência dos pressupostos processuais no processo de execução. Quanto à falta de um autor, há um caso muito conhecido do autor que vai ao escritório do seu advogado, deixa a procuração e pede que ele principie uma execução. O advogado, quase sempre, acaba demorando alguns dias para propor. Então, quando o faz, a parte já morreu, perdendo essa capacidade. A morte extingue a personalidade.

Sendo assim, essas questões inerentes à constituição da execução são questões que se podem suscitar no próprio processo de execução, independentemente da oposição de embargos. Há questões relativas aos pressupostos do processo que se deduzem por meio de embargos. O inciso I do artigo 741 do CPC, dispõe que cabem embargos, se a execução é de título executivo judicial, quando houver um defeito na citação, no processo de conhecimento. E a falta de citação válida é, sem dúvida alguma, um pressuposto processual. Faltando a citação, falta o pressuposto de validade do processo. Mas vejam: isso não quer dizer que não se possa argüir, neste caso específico do artigo 741, inciso I, por meio de embargos, a falta de citação para o processo de conhecimento, e não para a própria execução. Aliás, pode-se tirar daí a conclusão, inclusive, que o Código permite que se questione a falta de citação para o processo de execução no âmbito do próprio processo de execução. Temos no Brasil a cultura dos embargos do devedor, do executado, que constitui uma ação constitutiva mediante a qual o executado se volta contra a eficácia do título executivo ou mesmo contra a eficácia do processo de execução. Entretanto, precisamos compreender que o processo de execução continua sendo processo e a ele se aplicam os dispositivos concernentes à validade e eficácia do processo.

O artigo 598 do CPC manda que se apliquem ao processo de execução as normas do processo de conhecimento. Contudo, isso não é necessário, bastando se verificar que o Livro I, do CPC, não disciplina apenas o processo de conhecimento. Mas ele é repositório de normas que se aplicam a todas as três espécies do processo civil contencioso (cognitiva, executiva e cautelar) e também ao processo de jurisdição voluntária. Então, quando se suscitam essas questões, sem dúvida nenhuma, está se suscitando uma exceção. Qual é o conceito de exceção que a processualística nos dá? Exceção é qualquer defesa apresentada pela parte ou pelo interessado. Isso em uma concepção ampla e abrangente. Temos vários conceitos de exceção: Caio cobra uma dívida de Tício, que se defende argumentando que já pagou essa dívida no todo ou em parte. Tício está querendo excluir a pretensão de Caio por meio de uma exceção material, de pagamento, de quitação. Entretanto, quando se fala em exceção, pensamos no sentido do incidente pelo qual se discute a suspeição, o impedimento, a incompetência relativa, que por meio dela se argüi, aqui, consoante o artigo 112, do CPC. Aquelas exceções que não encerram o processo, mas prolongam a sua vida, a sua marcha, no velho processo, que em Espanhol eram chamados de *artículos de no contestar*.

É sempre interessante ler cultura pela facilidade que alguns autores têm de expor condensadamente os institutos, com grande humildade, no que há de essencial.

A exceção, no sentido de defesa, é qualquer defesa de que se sirva a parte. Essas exceções, que visem a discutir o processo em si mesmo quanto aos seus pressupostos, na verdade, não são exceções de pré-executividade. Conquanto a doutrina e a jurisprudência, hoje, tenham uma tendência a ampliar o conceito de exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade, no meu entendimento, diz respeito apenas ao pressuposto jurídico específico da execução, que é o título executivo. Só se põe sob a expressão “exceção de pré-executividade” a argüição de manifesto defeito do título executivo, que é pressuposto da execução. Está disposto no inc. I do artigo 618 que é nula a execução sem título. E mesmo que não estivesse em nenhum dispositivo explicitamente, estaria insitivamente no Código de Processo Civil.

Então, vejam, o título é pressuposto da execução. Quando, evidentemente, esse título não existe, não há razões para se impor às partes os prejuízos inerentes à execução, que podem ser imensos quando for evidente que o título não dispõe de executividade. José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Júnior, Ovídio Baptista da Silva e outros processualistas criticam a expressão “exceção de pré-executividade”. Eles entendem que executividade é a qualidade de exequível de um título. Só existe executividade quando o título for suscetível de execução. Então, pré-executividade seria uma discussão que antecederia a existência da executividade. Seria algo que se destinasse a discutir a executividade, quando essa exceção a isso não visa (tenho minhas dúvidas).

José Carlos Barbosa Moreira entende que é preciso seguir a terminologia senão acabaremos chamando o polígono de três lados de ângulo e não de triângulo. Contudo, pergunto: a linguagem técnica se vale de metonímias, de elipses, de condensações, de figuras. Seria muito difícil dizer que José da Silva vem com seu advogado abaixo-assinado propor contra o Estado Brasileiro uma ação, cujo processo deve ter o procedimento ordinário diante de Pedro dos Santos. Tanta coisa para dizer, mas o que se diz é que o autor vem propor uma ação contra o réu, mais nada. Pontes de Miranda em um determinado trecho, que Agripino Grieco critica, diz que o advogado precisa conhecer direito, é claro, mas também antropologia, sociologia, pedagogia, didática, biologia etc. Agripino Grieco entende que é muita coisa para re-

querer uma ordem de despejo.

A expressão “exceção de pré-executividade”, usada ao que parece, pela primeira vez por Pontes de Miranda, em um parecer que ele teria dado, em 1968, passou a designar o questionamento que o devedor faz acerca do título, independentemente da oposição de embargos. Não podemos nos esquecer que muitas vezes o credor, especialmente diante do artigo 604 do CPC, que permite que o próprio devedor ou o próprio credor faça liquidação quando ela depender apenas de cálculo aritmético.

Mas, Agripino Grieco dizia sobre o romance **Casa Grande e Senzala** de Gilberto Freire — não é uma observação politicamente incorreta nos dias atuais — que se tratava de um livro bem pensado e mal escrito. Pensado na Casa Grande e escrito na senzala. Houve um dispositivo que imaginamos na Comissão de Revisão do Código de 1985. É o dispositivo que hoje se transformou na norma do artigo 604 do Código de Processo Civil, que permite ao próprio credor fazer o cálculo e trazer ao juiz o pedido de execução do cálculo de liquidação do título ilíquido. Daí surgem problemas terríveis: houve um caso aqui, na 11ª Vara Cível, curiosamente julgado na segunda instância, pela Des. Áurea Pimentel. Ela começou seu voto dizendo que se tratava de uma execução escandalosa e imoral. E, efetivamente, era. Uma pessoa que obteve uma pequena condenação de cerca de onze mil reais contra uma determinada instituição manipulou de tal modo os cálculos que já iam à altura dos milhões de dólares. O Ministro Mailson da Nóbrega, chamado para explicar como isso poderia acontecer, se valeu daquela história do sujeito que pediu uma recompensa leve, pequena, modesta, a um Monarca, por um ato de heroísmo. Queria que Vossa Majestade mandasse colocar um grão de trigo no primeiro quadro do tabuleiro de xadrez, dois no segundo e quatro no terceiro e assim em progressão geométrica, até completar todo o tabuleiro. O Rei, que era matemático, viu que nem todo o trigo do reino satisfaria aquela pretensão modesta, os números se prestam a isso. Tenho enfrentado, ao longo de uma advocacia, que me leva a todos os pontos do Brasil, situações terríveis. Por exemplo, uma situação em que um banco requereu a falência de uma determinada empresa, perdeu e, após apelar, perdeu novamente, embargou e perdeu por três a dois e sofre, com base no artigo 20 da Lei de Falências, uma ação de indenização e o pedido é julgado procedente com sentença ilíquida e ele liquida a sentença e a sua liquidação ascende a setenta e três milhões de dólares. Sabemos que um dos princípios regentes da execução, revelado na norma do artigo 620 do Código

de Processo Civil, é no sentido de que a execução não pode se desenvolver de modo gravoso para o devedor.

Quando o artigo 620 dispõe que a execução se desenvolve de um modo menos gravoso para o devedor, outra coisa ele não está dizendo que a norma, aliás, antes de ser jurídica, é lógica, não podendo causar gravame desnecessário à parte. Então, toda vez que o prosseguimento do processo de execução derivar de um título manifestamente defeituoso, vão questionar se esse advérbio é ou não legal. Contudo, direi que a lei usa esse advérbio. Por exemplo, vejam os incisos VI ou VII do artigo 17 e o inciso II do artigo 295 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz indeferirá a petição inicial quando a parte for manifestamente ilegítima para ver que o direito positivo consagra o critério da evidência como um dos critérios de aferição da existência de uma situação jurídica.

Então, se o título executivo é manifestamente inadequado à execução, porque submeter o devedor do título à penhora, que pode destruí-lo pelo resto da vida? Os senhores imaginem uma empresa que tem penhorado todo, ou parte, do seu capital de giro e depois deixa, por isso, de pagar os seus empregados para atender as suas obrigações tributárias. Imaginem uma decisão de um juiz da 10ª Vara Cível do Recife, que manda penhorar todos os depósitos inclusive das contas de reserva de uma companhia seguradora para atender a uma execução de um bilhão e duzentos e oitenta milhões de reais a partir de um título que era de cento e dez mil reais. Então, obviamente, essas execuções não podem prosseguir. A exceção de pré-executividade deve questionar o título executivo nos casos de manifesta inexigibilidade, ou melhor, inexecutabilidade do título. O juiz pode e deve fazer uma verificação, especialmente quando se tratar de sentenças ilíquidas, entre o título e a pretensão executória, ainda que se valha, muitas vezes, da prova pericial. O sábado foi feito para o homem, e não o homem foi feito para o sábado. As provas são admitidas para quando o juiz precisar verificar a existência de defeito no título. Então, a exceção de pré-executividade é a defesa quanto a existência do título hábil a iniciar uma execução. Pode-se, por meio dela, questionar a existência de todo ou parte do título como alguém que sustenta que a pretensão executória é escorchante. Isso em termos de aparência manifesta, então a exceção de pré-executividade, no meu entendimento, visa apenas ao título executivo judicial ou extrajudicial. E quanto aos outros aspectos que se podem questionar? Esses aspectos não constituem exceção de pré-executividade, mas a exceção processual de que o réu se vale conta

um processo defeituoso. A exceção de pré-executividade é a exceção que se destina a questionar o título quando manifestamente não se mostrar apto ao desenvolvimento do processo de execução.

Astrogildo Teixeira de Freitas, um dos excelentes Desembargadores que tivemos neste Tribunal, era advogado em Minas, antes de vir para o Rio de Janeiro e se tornar juiz. Certa vez, ele estava andando na Rua Gonçalves Dias, quando encontrou uma vizinha e parou para conversar: (vizinha) – *Tudo bem, Astrogildo? O que você faz aqui no Rio?* (Astrogildo) – *Sou juiz.* (vizinha) – *O que o juiz faz?* (Astrogildo) – *Olha, é assim: se a pessoa não pagar o aluguel, coloco-a para fora do imóvel, se a pessoa comete um crime, prendo, se a pessoa não paga uma dívida, pego os bens dela e vendo para pagar.* (vizinha) – *Tem gente para tudo, não é Sr. juiz?*

Dessa forma, vemos que pesa nos ombros do juiz a função altíssima, mas penosíssima de ter que enfrentar todas as questões. Diria, também, que, naquela margem que se permite que haja humanidade no processo judicial, o juiz deve casuisticamente verificar a procedência do cabimento da exceção de pré-executividade que, entretanto, se deve dirigir contra o título manifestamente inato para evitar que o processo judicial se converta de instrumento de libertação em instrumento de opressão. Muito obrigado. ◆