

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: ALCANCE E LIMITES

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Campos dos Goytacazes

1. POSIÇÕES DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Neste trabalho pretendemos sistematizar o alcance e os limites da exceção de pré-executividade. Iniciaremos com a demonstração do pensamento doutrinário brasileiro sobre esta questão e, após, passaremos a analisar o posicionamento jurisprudencial, de modo a observarmos como a exceção de pré-executividade vem se traduzindo no mundo jurídico prático. Em seguida, faremos a sistematização a que nos propusemos.

Dentro dos contornos da doutrina, LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO¹ defende a tese do cabimento da exceção apenas nos casos relacionados com matéria de ordem pública, conhecível de ofício pelo juiz.

DANILO KNIJNIK comunga com esta opinião e, nas conclusões de sua obra², chega a afirmar que o pilar teórico da “exceção de pré-executividade” é o *officium iudicis*, que pode ser implorado pelo executado, apesar de esta idéia ter passado despercebida por muito tempo.

Em contrapartida questiona: “Afinal, o que está, e o que não está no *officium iudicis*?” E, após, explica que o propósito de seu trabalho não é responder ao quesito acima, observando que, se o *officium iudicis* constitui a base teórica do instituto da exceção de pré-executividade, algumas consequências podem ser extraídas desta conclusão, sendo que a mais importante é a de que ela tem os seguintes requisitos³:

“a) *liquidez e certeza, originária e sucessiva, da arguição;*

¹ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de pré-executividade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 69.

² KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 207.

³ Ob. cit., p. 211.

- b) compatibilidade da matéria argüida, qual seja:
 - b.1) pressupostos processuais,
 - b.2) condições da ação,
 - b.3) objeções substanciais, mediatizáveis pelo título executivo;
- c) inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo.”

Sintetizando o pensamento do autor, podemos dizer que ele tem, como objeto da exceção de pré-executividade, a cognição rarefeita das condições da ação, dos pressupostos processuais e das objeções substanciais, sendo certo que *todos os casos devem ser mediatizáveis pelo título*.

É importante enfatizar que DANILO KNIJNIK admite a exceção de pré-executividade como forma de alegação de matéria substancial, e não apenas formal, mas assevera que as objeções substanciais devem ser, tal como as demais, necessariamente mediatizáveis pelo título. Isto ocorre porque é preciso que a alegação seja compatível com o processo executivo, que não admite dilação probatória. Assim, a matéria deve ser toda analisável à luz de prova pré-constituída.

Quando observa a necessidade de inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo, DANILO KNIJNIK salienta que, como forma de revelação parcial do *officium iudicis*, a exceção atende apenas à admissibilidade da execução, de modo a não poder ser utilizada para controlar ocorrências processuais internas, próprias do processo executivo. Daí a impossibilidade de sua utilização em substituição de mecanismos de além penhora. No seu entender, a justificação constitucional da exceção é válida apenas para o preenchimento das lacunas do sistema. Não havendo lacuna, não há de se falar em exceção de pré-executividade. A título de exemplo são citadas questões atinentes à nulidade de praça, excesso de penhora e alienação antecipada de bens, como não passíveis de solução pela via do instituto em estudo⁴.

Também MARCOS VALLS FEU ROSA⁵ expõe idéias a respeito do tema. Ele explica que a execução, como qualquer processo, tem seus requisitos, que devem ser verificados de ofício pelo juiz. Ocorre que a prática

⁴ Ob. cit., p. 194.

⁵ FEU ROSA, Marcos Valls. *Exceção de pré-executividade*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 51.

demonstra que os juízes nem sempre cumprem o seu ofício, não conhecendo ou conhecendo mal das questões pertinentes aos requisitos da execução. Nestes casos a parte pode valer-se da exceção de pré-executividade para noticiar a existência de vício processual ao juiz. Nesta seqüência de idéias, as matérias argüíveis são as conhecíveis de ofício pelo juiz.

ALBERTO CAMIÑA MOREIRA⁶ também não diverge do entendimento de que toda matéria que o juiz pode conhecer de ofício o executado também pode alegar, a qualquer tempo, por intermédio da exceção em estudo. Porém, observa⁷ que a grande dificuldade do tema consiste exatamente em separar as matérias que podem ser alegadas por simples petição e as que dependem de embargos.

O exame de sua obra permite-nos verificar que, na verdade, este autor é favorável a um campo de incidência mais abrangente para a exceção de pré-executividade, e admite, por esta via, a alegação de matérias insuscetíveis de conhecimento de ofício. CAMIÑA MOREIRA espousa a idéia de que são possíveis a alegação de excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação, ampliando bastante o âmbito de incidência. Funda-se o autor, não no fato de o juiz poder conhecer de ofício de todas estas matérias, mas sim no de elas poderem ser objeto de alegação a qualquer tempo, o que conduziria à possibilidade de serem ventiladas no interior da execução.

O excesso de execução é visto pelo autor como matéria de ordem pública⁸ e o pagamento como objeção substancial⁹. Em relação à prescrição¹⁰, ele se socorre da combinação entre os arts. 303, III, do CPC e 162 do CC para justificar sua posição de que ela pode ser alegada a qualquer tempo¹¹. No que pertine à decadência¹², apesar de, no seu entendimento, não poder ser objeto de conhecimento *ex officio* (salvo na execução fiscal) – por se tratar de questão patrimonial de direito privado –, deve receber o mesmo

⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 27.

⁷ Ob. cit., p. 28.

⁸ Ob. cit., p. 139.

⁹ Ob. cit., p. 199.

¹⁰ Ob. cit., p. 199.

¹¹ Carvalho Santos também se posiciona neste sentido. Ver SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil interpretado**. Volume III. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 380.

¹² Ob. cit., p. 156-161 e 199.

tratamento da prescrição, conforme os arts. 303, III, do CPC e 162 do CC. Ao se referir à compensação legal¹³, o autor invoca a sistemática do Código Civil para defender a tese de que ela se opera de direito, independentemente da vontade das partes, razão pela qual, apesar de ter sido instituída por norma de direito disponível, pode ser alegada a qualquer tempo.

ARAKEN DE ASSIS¹⁴, por sua vez, amplia um pouco mais ainda o âmbito de incidência da defesa intra-execução, admitindo o seu ajuizamento também para fins de alegação de matéria que depende da iniciativa da parte, como as anulabilidades.

Também se manifesta por um campo maior de incidência LEONARDO GRECO¹⁵, e admite, tal como ARAKEN DE ASSIS, exceção de pré-executividade relativa a matérias que dependem de iniciativa da parte:

“Como instrumento da plenitude de defesa, a exceção de pré-executividade pode argüir tanto matérias de ordem pública, quanto nulidades relativas e exceções substanciais que dependem de argüição da parte, como a prescrição...”

O exame acurado do pensamento dos autores trazidos à conferência permite-nos observar que a construção teórica da exceção de pré-executividade se baseou na atuação de ofício do juiz, tendo sido reconhecido ao executado o direito de chamar a atenção do julgador para o exercício de uma atividade que lhe competia exercer independentemente da manifestação das partes. Podemos verificar que, por partir desta premissa, a doutrina está praticamente pacificada no sentido de elencar as matérias formais de ordem pública como argüíveis pela via da exceção de pré-executividade. Neste rol estão incluídas as questões referentes à validade do título executivo; à sua liquidez, certeza e exigibilidade; aos demais pressupostos processuais da execução e às condições da ação.

No que respeita às matérias relacionadas ao direito substancial, também examináveis *ex officio*, alguns autores não enfrentam a questão de

¹³ Ob. cit., p. 168.

¹⁴ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 251.

¹⁵ No artigo “Exceção de pré-executividade na execução fiscal” (**Problemas de Processo Judicial Tributário**. 4º volume. São Paulo: Dialética, 2000. p. 185-202), o autor defende o cabimento da exceção de pré-executividade para fins de alegação de excesso de execução.

forma direta, limitando-se apenas a afirmar, genericamente, que a exceção de pré-executividade é cabível quando contém alegação referente à matéria examinável de ofício pelo juiz, sem tomar posição clara em relação às objeções de caráter substancial.

Todavia ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, LEONARDO GRECO e DANILO KNIJNIK, entre outros, são claros ao pugnar pela admissão das objeções substanciais no rol das matérias alegáveis em exceção de pré-executividade. Os dois primeiros admitem esta defesa até mesmo quando relacionada a matérias que dependam de alegação da parte, dando, conforme observado anteriormente, uma amplitude ainda maior ao mencionado rol.

Sintetizando o pensamento da doutrina de uma forma bastante objetiva, podemos dividi-lo em quatro grandes grupos: 1) o dos que rejeitam a exceção de pré-executividade; 2) o dos que a admitem apenas como meio de alegação de matérias processuais conhecíveis de ofício; 3) o dos que a admitem para a alegação de todas as matérias conhecíveis de ofício, inclusive as de direito material; 4) o dos que a admitem também para alegação das matérias substanciais que dependem de iniciativa da parte, desde que alegáveis a qualquer tempo.

No âmbito da jurisprudência o pensamento não difere muito do que predomina na doutrina. A análise das decisões por nós selecionadas demonstra a admissão, mais ou menos generalizada, da exceção de pré-executividade para efeito de exame das questões pertinentes aos requisitos de exigibilidade, certeza e liquidez do título executivo, bem como a todos os pressupostos processuais da execução e às condições desta modalidade de ação.

Porém, verificamos que há uma resistência, por parte de alguns julgadores, em admitir a exceção de pré-executividade quando a matéria argüida está no rol das alegáveis por embargos à execução. Neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferidos nos seguintes feitos: Agravo de Instrumento 2.152/1998¹⁶ e Agravo de Instrumento

¹⁶ “[...]Conquanto a exceção de pré-executividade mereça o maior respeito, no âmbito jurídico-processual, a grande verdade, é que não se harmoniza com os casos em que só através de Embargos à Execução a matéria seja examinada.”

Agravo de Instrumento 2.152/1998 - Reg. 29/03/1999 - Fls. 8087/8091 - Capital - 6ª Câmara Cível - Unânime - Des. Albano Mattos Corrêa - Julg. 27/10/1998 - Partes: Dexter Comércio, Importação e Exportação Ltda. X Jorge Pinto da Silva.

385/1998¹⁷ (inéditos por ocasião da elaboração de nossa pesquisa). No STJ este posicionamento foi expressamente manifestado, dentre outros, nos REsp 187.195/RJ¹⁸ e REsp 56.158/GO¹⁹.

No que pertine especificamente à prescrição, também não existe unidade. Alguns julgados admitem o seu reconhecimento pela via da exceção²⁰ e outros exigem a interposição de embargos, com a prévia segurança do juízo²¹.

Em relação ao excesso de execução, verificamos, expressamente, que a tendência predominante é no sentido de não aceitar sua alegação

¹⁷ “[...] *As matérias suscetíveis em exceção de pré-executividade não são as que compõem as **causae petendi** dos embargos, para cuja interposição exige-se a segurança do juízo.*”

Agravo de Instrumento 385/1998 - Reg. 11/11/1998 - Fls. 26006/26020 - 15ª Câmara Cível - Unânime - Des. Luiz Fux - Julg. 23/09/1998 - Partes: Aluizio Honorato de Oliveira e s/m X Elizabeth Costa de Andrade Silva e Outros.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [27/09/2000].

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [05/03/2001].

²⁰ “[...] *Prescrição reconhecida. Correto o acolhimento da exceção de pré-executividade.*”

Apelação Cível 13.336/1998 - reg. 19/05/1999 - Fls. 38255/38261 - Nilópolis - 11ª Câmara Cível - Unânime - JDS. Des. Célia Meliga Pessoa - Julg. 17/12/1998 - Partes: Estado do Rio de Janeiro X Distribuidora de Carnes Charrua Ltda.

“Processual Civil. Execução. Possibilidade de alegação, antes da penhora de fatos extintivos do direito (prescrição). Embargos infringentes parciais. Limites de sua apreciação. [...]”

VOTO - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator)

“[...] A jurisprudência tem aceitado, interpretando o questionado preceito, a possibilidade de alegação, pelo executado, de extinção do processo, em face da prescrição, mesmo antes da penhora.”

REsp nº 59.351-4 - PR (Registro nº 95.0002697-0) - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - Partes: Fazenda Pública do Estado do Paraná x J Martelli e Companhia Ltda - RSTJ - 87/67.

²¹ “[...] *A alegação de prescrição somente pode ser formulada em sede de embargos, após seguro o juízo por regular penhora. [...]”*

VOTO-VISTA (VENCIDO) - MINISTRO JOSÉ DELGADO

“[...] Peço vênia ao eminente Ministro Garcia Vieira para me posicionar, com a minha compreensão sobre o tema, ao lado do acórdão questionado.

Entendo que a regra do art. 162 do Código Civil, determinadora de que ‘a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita’, não está subordinada a qualquer condicionamento imposto pelo direito formal. [...]”

VOTO-VISTA - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO

“[...] O que tenho defendido é que, em hipóteses excepcionais, o juiz pode extinguir o processo de execução, em face da prescrição manifesta, mesmo antes de seguro o juízo, com a penhora. [...]”

REsp nº 178.353 - RS (Registro nº 98.0044232-4) - Rel. Min. Garcia Vieira - Partes: Estado do Rio Grande do Sul x Famox Indústria e Comércio de Móveis Ltda e outro - RSTJ 118/163.

por exceção de pré-executividade. Neste sentido: Agravo de Instrumento 6.002/1998, do Rio de Janeiro (acórdão inédito) e REsp nº 187.195 - RJ (Registro nº 98.0064189-0) - RSTJ, 123/264.

2. O ALCANCE DO INSTITUTO: SISTEMATIZAÇÃO

A grande preocupação dos que procuram restringir o âmbito de incidência da exceção em estudo é, sem dúvida alguma, o não desvirtuamento do processo de execução. Este tem por finalidade permitir que o credor alcance o bem que obteria com o adimplemento voluntário da obrigação e, em caso de impossibilidade absoluta de lograr obter o referido bem, que lhe seja entregue outro equivalente, na maioria das vezes dinheiro.

É exatamente em razão da sua finalidade que o processo de execução compõe-se de atos essencialmente práticos, que objetivam a reparação do direito originário do credor, violado pelo inadimplemento ou mora do devedor que não cumpre em tempo a sua obrigação. Em virtude desta característica, predomina, no âmbito do processo executivo, a atividade judicial coercitiva, traduzida, na prática, por atos materiais sancionatórios ou de excussão patrimonial. A atividade cognitiva, típica do processo de conhecimento, não é a principal do processo executivo. Pelo contrário, durante algum tempo entendeu-se, predominantemente, que não havia contraditório e cognição no processo de execução, embora hoje se admita a existência de atividade cognitiva rarefeita.

Por outro lado, apesar do posicionamento predominante nos dias atuais, no sentido da admissão da existência de atividade cognitiva no processo de execução²² – uma das premissas necessárias à admissão da exceção de pré-executividade –, é forçoso reconhecer que ela é limitada, já que este processo, em razão de sua natureza, é incompatível com qualquer modalidade de dilação probatória²³.

Vê-se, assim, que o problema do campo de incidência da exceção de pré-executividade não está propriamente na elaboração do rol das matérias passíveis de argüição, mas na questão referente à prova das alegações. É

²² Apenas a título de exemplo podemos citar KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 173-175. GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 581.

²³ Nos AGREsp 241.483/MG, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000]; 197.577/GO, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000] - e 180.734/RN, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000], o STJ decidiu pela impossibilidade de dilação probatória na execução.

esta a razão que impede, a nosso ver, a alegação de matérias que dependem de instrução dilatada para serem demonstradas. Na nossa opinião, não há impedimento de alegação de qualquer matéria, e, sim, inviabilização de alegação daquelas que necessitam da produção de provas no curso do processo.

Também é muito importante salientar que a exceção de pré-executividade tem base constitucional. Ela nada mais é do que a consequência necessária da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva dos direitos. Trata-se de um instrumento da plenitude de defesa. É verdade! A exceção de pré-executividade não tem previsão legal no nosso sistema jurídico, mas sua existência é de aceitação ampla, e isto se dá, exatamente, porque materializa o direito constitucional de defesa – previsto no art. 5º, LV, da CF – num processo que não o prevê. Deixou o legislador infraconstitucional a lacuna no processo de execução e a garantia constitucional não a admite. Surge, então, para preenchê-la, a exceção de pré-executividade.

Como se vê, as razões da aceitação do instituto estão muito acima da discussão em torno da sua previsão ou não no sistema legal. Nesse ponto, com a devida vênia, andaram mal os que não admitem a exceção de pré-executividade por ausência de previsão legal.

Partindo destas premissas, ousamos dizer que não há matéria que não possa ser alegada em exceção de pré-executividade. Se ela reflete o direito constitucional de defesa, é possível utilizá-la para promover qualquer defesa, porque, por evidente, os direitos constitucionalmente garantidos estão acima de qualquer argumento de ordem infraconstitucional, sejam eles jurisprudenciais, doutrinários ou legais.

Afirmar que somente as questões conhecíveis de ofício, formais ou substanciais, podem ser objeto de exceção de pré-executividade, é, com o devido respeito, reduzir o instituto a um mero “puxão de orelhas” no juiz – que deveria ter conhecido da matéria independentemente da alegação da parte, e não o fez – e negar a aplicação do direito constitucional de defesa ao executado.

Por outro lado, é preciso reconhecer a impossibilidade de dilação probatória no processo de execução, o que impõe limites à exceção de pré-executividade. Não estamos afirmando que estes limites impedem a alegação de determinadas matérias, e sim que eles são necessários para que o processo executivo não seja desfigurado. E por que isto acontece? Porque a execução é uma das formas de prestação da tutela jurisdicional, que também

é constitucionalmente garantida. O processo de execução é todo fundado na existência de título executivo líquido, certo e exigível, que traz em si a presunção de que o credor tem um direito subjetivo a ser exercido contra o devedor. Assim, o processo é iniciado com a finalidade de satisfazer este direito – e não de verificar a sua existência –, razão pela qual não há exercício de atividade cognitiva ampla em seu bojo. Em outras palavras: na execução o credor inicia o processo em posição de privilégio, quando comparado ao devedor, e esta estrutura não ofende qualquer dispositivo constitucional²⁴.

Desfigurar a execução significa ofender outro princípio constitucional: o que garante a prestação da tutela, inclusive a executiva. É necessário, então, ponderar os dois: o que garante a prestação da tutela executiva e o que garante, de forma irrestrita, o direito de defesa em todos os processos e procedimentos.

Explica a doutrina que regras e princípios são espécies do gênero normas, porque estabelecem o dever-ser. Porém existe diferença qualitativa entre as duas espécies. Os princípios são mandamentos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes graus. Como não há algum que seja absoluto, eventual choque entre dois princípios de hierarquia idêntica deve ser resolvido mediante ponderação. Assim se posiciona CANOTILHO²⁵, observando, inclusive, que é exatamente a “dimensão de ponderabilidade” dos princípios que justifica a **ponderação** como método de solução de conflito entre eles.

Um princípio, na verdade, não exclui o outro totalmente. É preciso analisar a fundamentalidade de cada um diante do caso concreto, de modo a encontrar o ponto de equilíbrio.

ROBERT ALEXY²⁶ bem explica a questão. *In verbis*:

“...Em esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, poseería mayor peso en el caso concreto...”

²⁴ Ver SLAIBI FILHO, Nagib. “A natural inferioridade do devedor no processo de execução”. **Revista da EMERJ**. V. 1. n.º 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998. p. 58-63.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1.165.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 90.

“Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se estable entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.”

Nessa esteira de raciocínio, se o executado pretende defender-se, fazendo uma alegação que necessite de dilação probatória para ser demonstrada, deve buscar a via dos embargos à execução, exatamente porque tem contra si uma presunção de que é devedor de uma obrigação – materializada no título executivo. Porém, se ele possui prova pré-constituída dos fatos referentes às alegações que pretende fazer, sendo-lhe possível ilidir a posição de desvantagem que tem contra si, sem necessidade de dilação probatória, poderá fazê-lo, independentemente do fato de ser a matéria alegada conhecível ou não de ofício pelo juiz e de estar ou não no rol das matérias alegáveis em embargos do devedor.

Subordinar o pleno exercício do direito de defesa à prévia garantia do juízo, pela penhora ou pelo depósito, constitui violação do princípio constitucional da plenitude de defesa²⁷. O que o Direito precisa é compatibilizar a exceção de pré-executividade com a prestação jurisdicional executiva, e não criar restrições a ela.

Com inteira razão, portanto, LEONARDO GRECO quando admite possa o executado alegar, em exceção de pré-executividade, matéria de ordem pública, *nulidades relativas e exceções substanciais que dependem de arguição da parte, como a prescrição*²⁸. Sem razão as decisões judiciais

²⁷ Ver GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 626.

²⁸ Ob. cit., p. 626.

que não admitem o conhecimento da alegação de prescrição por exceção de pré-executividade.

Conforme já dissemos, e não é demais repetir, o problema do alcance e dos limites da exceção de pré-executividade não está na existência de matérias alegáveis e não alegáveis por esta via, e, sim, na necessidade ou não da dilação probatória para a comprovação das alegações. É exatamente pelo fato de centrar os estudos em torno do alcance da exceção em cima do rol das matérias argüíveis, que, a nosso ver, a doutrina não conseguiu estabelecê-lo. E ousaríamos dizer que não conseguirá, porque, na verdade, não existe critério científico seguro para dizer o que pode e o que não pode ser objeto de exceção de pré-executividade.

Se não compreendermos o tema sob este ângulo de visão, continuaremos o estudo do instituto de forma casuística, com a necessidade de verificação, caso a caso, matéria por matéria, do cabimento ou não da exceção de pré-executividade segundo o pensamento da doutrina e da jurisprudência, sempre com o inconveniente da disparidade de posicionamentos.

A permanecer apenas o pilar teórico do *officium iudicis*, continuará existindo a dificuldade doutrinária e jurisprudencial de identificação do que é e o que não é matéria conhecível de ofício, sempre mencionada pela doutrina que se dedica ao assunto.

O limite da exceção de pré-executividade é, portanto, formal. Está na prova da alegação, que deve ser sempre pré-constituída. Não há limite material.

Podemos citar o processo falimentar como precedente deste nosso entendimento de ausência de limitação material para a defesa em execução. O procedimento desta execução coletiva prevê a apresentação de defesa por parte do devedor, e podemos dizer que este direito não tem limitações no âmbito das matérias alegáveis, já que o art. 4º, da Lei de Falências, regula a questão de forma bem ampla, especialmente no seu inciso VIII.

Novamente ousamos, para dizer que a exigência de prévia garantia do juízo para o exercício de um direito de defesa que pode ser exercido no processo de execução sem comprometer sua estrutura – referente a questões de direito ou de fato que possam ser demonstradas por prova pré-constituída –, é inconstitucional (ofende a disposição do art. 5º, LV, da CF), mesmo

que esta matéria esteja relacionada como argüível pela via dos embargos à execução.

Através desta ação autônoma devem ser feitas as alegações que necessitam de dilação probatória, caso em que a exigência da prévia garantia do juízo é constitucional e justa, exatamente em face da posição de vantagem que o credor-exeqüente possui em relação ao devedor-executado, já que o primeiro é possuidor de um documento – o título executivo – que lhe dá o benefício da presunção de possuir um direito subjetivo exercitável contra o segundo.

No início deste trabalho, mencionamos a observação de DANILO KNIJNIK no sentido de que, para o exercício da faculdade de ajuizamento da exceção de pré-executividade, é necessária a inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo.

Neste ponto estamos de acordo com o autor. É evidente que a exceção de pré-executividade é construção doutrinária que objetiva o preenchimento de lacuna existente na legislação referente ao processo de execução, que não prevê qualquer modalidade de defesa. Assim, não havendo lacuna, não há interesse processual na utilização da exceção, que se torna desnecessária e inútil, já que a defesa pode ser exercitada através dos meios previstos em lei. Válidos, portanto, os exemplos do excesso de penhora (art. 685, I, do CPC); da nulidade de praça (art. 694, I, do CPC) e da alienação antecipada de bens (art. 670, parágrafo único, do CPC). Todos têm previsão de tutela inerente ao processo executivo e não se justifica, pois, sua argüição por intermédio de exceção de pré-executividade.

De qualquer modo, discordamos do autor em relação aos embargos do devedor. Apesar de haver previsão legal em relação a estes, existe sim uma lacuna no processo de execução no que respeita à defesa, porque os embargos constituem ação autônoma (com todos os seus inconvenientes: necessidade de advogado também para ela, pagamento de custas iniciais, taxa judiciária onde é cobrada...) e estão condicionados à prévia garantia do juízo. Deste modo, no nosso entendimento, havendo prova pré-constituída, pode o executado alegar, em exceção de pré-executividade, qualquer matéria prevista no rol das alegáveis em embargos do devedor.

3. O EXCESSO DE EXECUÇÃO

Devido à importância do tema, optamos por tratar este assunto em um tópico à parte.

Dispõe o art. 743 do CPC:

Há excesso de execução:

I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;

II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;

IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

V - se o credor não provar que a condição se realizou.

Entre as hipóteses que o legislador definiu como sendo de excesso de execução, a mais comum é a do inciso I do art. 743 do CPC. Nossos comentários, neste tópico, voltar-se-ão, com maior frequência, para ela. De qualquer modo, a análise de todos os incisos deste dispositivo legal permite-nos verificar que eles têm um ponto em comum: referem-se a hipóteses em que o título executivo não legitima (total ou parcialmente) a execução instaurada. Assim, nossas conclusões a respeito do tema têm pertinência com todas as modalidades de excesso definidas no art. 743 do CPC.

Não existe consenso, nem na doutrina nem na jurisprudência, em torno da possibilidade de alegação do excesso de execução pela via da exceção de pré-executividade. Pelo contrário, pelo menos no âmbito jurisprudencial a pesquisa que efetivamos demonstrou a predominância dos entendimentos que pugnam pela não admissão. Os argumentos principais são os de que não se trata de matéria de ordem pública e que, havendo previsão legal para que esta alegação seja feita em embargos, somente através destes a questão pode ser levada à apreciação judicial.

O problema ganhou relevância após a promulgação das Leis nº 8.898/94, que acabou com a liquidação por cálculo do contador, e 8.953/94, que deu a atual redação ao inciso II do art. 614 do CPC. Merece destaque o fato de que os cálculos referentes à atualização dos valores referidos nos títulos executivos são hoje elaborados unilateralmente pelo credor.

Independentemente das razões expostas no tópico anterior, ousamos discordar da maioria. Novamente invocamos as preciosas lições de LEONARDO GRECO²⁹, que ensina que o título executivo líquido, certo e exigível

²⁹ Ob. cit., v. 1, p. 322.

é um pressuposto processual objetivo do processo de execução. Partindo deste raciocínio, é forçoso reconhecer que a sua falta significa ausência de pressuposto processual, o que constitui matéria de ordem pública. Assim, no nosso entendimento, a alegação do excesso é sempre viável, porque, como já demonstramos, doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em admitir que as matérias de ordem pública podem ser alegadas através de exceção de pré-executividade.

Nesta mesma linha de pensamento está ALBERTO CAMIÑA MOREIRA³⁰, para quem a matéria referente ao excesso é de ordem pública, porque, na verdade, não existe título executivo em relação a ele.

Não se argumente com o fato de que existe previsibilidade legal para alegação em embargos à execução, porque estes pressupõem prévia garantia do juízo, não sendo possível aplicar ao devedor tal restrição ao seu direito de defesa, especialmente porque a matéria é de ordem pública.

Mas não é só! No tópico anterior concluímos que não há limitação material para a exceção de pré-executividade. Nossas razões foram lá expostas e é desnecessária a repetição. Assim, por um argumento ou por outro, é forçoso concluir pela viabilidade da alegação de excesso de execução através de exceção de pré-executividade.

Também é válido recordar nossa conclusão referente à limitação probatória, de modo que o excesso de execução é alegável por exceção de pré-executividade, mas a sua prova há de ser pré-constituída.

É possível, também, alegá-lo quando o reconhecimento de sua existência depender apenas da manifestação judicial a respeito de uma questão de direito. Imaginemos a hipótese em que o exeqüente ajuíza execução acompanhada de cálculos em que é manifesta a cobrança de juros capitalizados. Se o réu alega excesso, em razão da capitalização, e se este é verificável independentemente da produção de qualquer prova, resta apenas a manifestação judicial a respeito de uma questão de direito – relativa à possibilidade ou não, no caso concreto, da capitalização dos juros –, e a exceção de pré-executividade, neste caso, pode e deve ser admitida.

O moderno processo civil garantístico assegura a todos, inclusive ao executado, o direito à ampla defesa. Desse modo não pode o devedor ficar tolhido de defender-se, em sede de execução, alegando que não deve tudo aquilo que lhe estão cobrando. Exigir que esta defesa seja feita pela via

³⁰ Ob. cit., p. 138 e 139.

dos embargos é injusto, porque obriga o executado a submeter-se à prévia constrição de seus bens em valores correspondentes aos pedidos na inicial da execução (estabelecidos unilateralmente pelo credor) e, conforme já dissemos inúmeras vezes, ofende princípios constitucionais, porque condiciona o direito de defesa, que foi concedido pelo constituinte, a todos os litigantes, de forma incondicional.

Apesar de a jurisprudência majoritária ser contrária à admissão da alegação de excesso de execução por exceção de pré-executividade, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu nos termos do nosso entendimento. Faremos a transcrição de parte do acórdão:

“[...] Em tese a execução calcada em saldo devedor de contrato de abertura de crédito comporta a exceção de pré-executividade quando o credor capitaliza os juros e não demonstra claramente a evolução da soma pretendida [...]”

Apelação Cível 10.975/1998 - Reg. 06/04/1999 - fls. 22280/22283 - Capital - 14ª Câmara Cível - Por Maioria - Des. Rudi Loewenkron - Julg. 17/11/1998 - Partes: Banco Fibra S/A X Drogaria Romeiros da Penha Ltda. Acórdão inédito.

4. NOSSAS CONCLUSÕES

1 - Doutrina e jurisprudência brasileiras, majoritariamente, admitem a possibilidade de apresentação de defesa no interior do processo de execução.

2 - A exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de defesa do executado, constituindo manifestação, no processo executivo, das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

3 - Embora não prevista em lei, a admissão da exceção de pré-executividade não ofende o princípio do devido processo legal.

4 - Inexiste uniformidade de pensamento em torno do que pode e o que não pode ser alegado em exceção de pré-executividade.

5 - Não há limitação material para a exceção de pré-executividade, que se presta à alegação de qualquer matéria, mesmo as que dependem de iniciativa da parte e as que não têm autorização legal expressa para serem alegadas a qualquer tempo.

6 - O limite da exceção de pré-executividade é apenas formal. Está na prova da alegação, que, quando necessária, deve ser sempre pré-constituída.

7 - A exigência de prévia garantia do juízo para o exercício de um direito de defesa que pode ser exercido no processo de execução, sem comprometer sua estrutura – referente a questões de direito ou de fato que podem ser demonstrados por prova pré-constituída –, é incompatível com a Constituição Federal, mesmo que esta matéria esteja relacionada como argüível pela via dos embargos à execução.

8 - O excesso de execução pode ser alegado em exceção de pré-executividade. ◆