

**DA EXECUÇÃO FISCAL. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
(Uma abordagem jurídico-doutrinária e jurisprudencial à luz do
princípio da ampla defesa)**

Tese de Doutorado apresentada ao curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Recife (FDR), da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Juliano do Rêgo Feitosa

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
Faculdade de Direito
Recife – 2002

DEDICATÓRIA

Aos

Meus pais, *Eustáquio Manoel da Silva (in memoriam)* e *Sofia Maria da Silva* que, na simplicidade de suas existências, soube ele e sabe ela, orientar-me na minha vida;

A

Elieenai Maria da Costa e Silva, esposa amada e companheira dedicada de todas as horas;

A

Emiliano Júnior, Edjane Maria e Eduardo Eustáquio, meus filhos queridos, que muito me incentivam e estimulam a estudar e aplicar o direito justo;

A

Adriana, querida nora, que me admira; a *Emiliano Neto* e *Maria Eduarda*, meus netos queridos, que me alegram e em quem deposito minhas esperanças, acreditando num mundo melhor;

Aos

muitos amigos e colegas, do Recife e de Carpina, que impossível nominá-los, porque em mim acreditam;

A

todos os meus familiares, que, de toda forma, participam da minha vida e em mim confiam;

À

memória dos professores *Lourival Vilanova* e *José de Moura Rocha*, meus saudosos professores, juristas e mestres queridos, pelo muito que honraram, por muitos anos, as Cátedras da Faculdade de Direito do Recife e dignificaram a casa de Tobias Barreto, como demonstração de saudades.

Para chegar ao fim, e como conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito, a elaboração desta tese de doutorado contou com o auxílio de várias pessoas que, de forma direta e indireta, me apoiaram. Assim, a elas devo agradecer, o que faço de modo muito especial.

A

Deus, primeiramente. Senhor do céu e da terra, por tudo e porque me fez um homem bom e justo; a Ele que é pai e bondoso para todos e Senhor das nossas vidas, agradeço. (“Sem mim nada podeis fazer.”, Jó. 15:5)

Ao

Prof. Dr. *Raimundo Juliano do Rêgo Feitosa*, mestre incansável e de reconhecida cultura, que, como meu professor e orientador, desde o Mestrado, colaborou e participou da minha vida acadêmica. Muito me estimulou e em mim acreditou. Sua contribuição será sempre lembrada, pelo que, e ainda como amigo, muito lhe agradeço.

Ao

Prof. Dr. *João Maurício Leitão Adeodato*, mestre e doutor, estimado e de reconhecida vocação para o magistério acadêmico. Pelos ensinamentos de Filosofia e de Direito, e por tudo mais, muito obrigado. Sua amizade sincera e o estímulo a mim proporcionado, foram muito importantes. Dessa amizade e do aprendizado que tive, fica a certeza de que *tudo vale a pena quando a alma não é pequena*.

Aos meus professores *Moura Rocha* e *Lourival Vilanova* (*in memoriam*); *Ivo Dantas*, *João Maurício*, *Eduardo Rabenhorst*, *Paulo Lobo*, *Raimundo Juliano* e *Sílvio Loreto*, porque eles todos, com muita sapiência, me ensinaram, e não só a ciência do direito. Transmitiram-me muito mais. Ensinaram-me o conhecimento, e falando como eruditos, a epistemologia.

A

Josina de Sá Leitão, Elaine, Joanita, Eurico, Vando, Carminha, Geane, Jeane, Emmanuel, Elizeu e Raquel, auxiliares da Pós-Graduação e meus amigos. A eles, meus agradecimentos especiais, pelo estímulo e porque em mim acreditaram.

A

Edjane Maria, minha filha querida, que, bacharela em Direito e conhecedora dos segredos da informática, foi de uma importância sem igual para a elaboração deste trabalho. A ela fico muito grato e deposito-lhe mais esperanças, pedindo a Deus que sempre e mais a proteja.

Ao

mestre e amigo *Djalma Andrelino Nogueira Júnior*, honra da magistratura pernambucana, muito obrigado. Sua colaboração e incentivo foram muito importantes para mim, em todos os estudos da Pós-Graduação em Direito.

À

Professora e amiga *Norma* e ao filósofo-artista e amigo *Baccaro*, que ao final foram muito importantes, dando-me grande contribuição para a elaboração deste trabalho. Muito agradecido.

Ao

Compadre e amigo *José Lopes de Souza Neto Irmão*, pela sua efetiva e necessária assistência material ao longo destes estudos, que a mim trouxeram grande colaboração, muito obrigado.

À

Faculdade de Direito do Recife · FDR e à *Universidade Federal de Pernambuco · UFPE*, pela oportunidade oferecida e aproveitada, de ser mestre e doutor em Direito, para servir ao direito justo e à justiça humana, em todo tempo e lugar. Meus agradecimentos, enfim, ao curso de Pós-Graduação.

“Mas, justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

(Rui Barbosa, *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40.)

Nobilitas sola est atque unica virtus.

(A única nobreza é a virtude)

Juvenal, 8, 20.

Gratuita est virtus; virtutis praemium est ipsa virtus.

(A virtude tem por prêmio a própria virtude)

Sêneca, *De vita beata*, 9, 4.

A	ano
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ac.	acórdão
ampl.	ampliada
atual.	atualizada
cam.	câmara
cap.	capítulo
cfr.	confira, confrontante
cf.	conforme
c/c	concomitantemente, combinado
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição Federal
Cív.	Cível
Coord.(s)	Coordenador (es)
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DJU	Diário da Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
Ed.	Editor(a)
e.g.	<i>exempli gratia</i> = por exemplo
<i>ibid (ibidem)</i>	no mesmo lugar, na mesma obra
<i>id. (idem)</i>	o mesmo autor
<i>i.e. (id est)</i>	isto é, a saber
<i>in</i>	em
lat.	latim
LC	Lei Complementar
LEF	Lei das Execuções Fiscais
LF	Lei Fundamental
Min.	Ministro
n/a	não anotada
op.cit.	(<i>opus citatum</i>) obra citada
Org.	organizador
p.	página
par.	parágrafo
Par. Ún.	Parágrafo Único
p. ex.	por exemplo
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial

RJ	Rio de Janeiro
RT	Revista dos Tribunais
Rev.	Revista
s.a.	sem anotação
<i>sic</i>	assim mesmo, tal qual
SP	São Paulo
ss.	seguinte
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
T.	Turma
TAES	Tribunal de Alçada do Espírito Santo
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
TASP	Tribunal de Alçada de São Paulo
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
trad.	tradução, tradutor (es)
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TRF	Tribunal Regional Federal
un.	unânime
v.	volume
<i>v.g.</i>	(<i>verbi gratia</i>) = por exemplo

Dedicatória, III
Agradecimentos, IV
Lista de Abreviaturas, VII
Sumário, IX
Resumo, XII
Riassunto, XIII
Introdução, 14

CAPÍTULO I

DA EXECUÇÃO FISCAL – NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E, SUBSIDIARIAMENTE, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 23

1. Noções Introdutórias: um excursus jurídico-doutrinário, 23
2. Conceito e natureza jurídica da Ação Executiva Fiscal, 34
3. Pressupostos e condições legais da Ação Executiva Fiscal, 42
4. Objeto da Ação de Execução Fiscal, 51
5. Títulos Executivos – fundamentos da Ação de Execução Judicial, 53
 - 5.1. Títulos Executivos Judicial e Extrajudicial – fundamentos da Execução Civil, 61
 - 5.2. Título Executivo Extrajudicial – fundamento da Execução Fiscal, 65
 - 5.3. Instituição e requisitos do Título de Execução Fiscal, 66
6. Sujeitos da Ação Executiva Fiscal, 72
 - 6.1. Sujeito ativo da Execução Fiscal – a Fazenda Pública, 74
 - 6.2. Sujeitos passivos da Execução Fiscal – o contribuinte e o responsável tributário, 76
7. Juízo de admissibilidade na Ação de Execução Fiscal, 78

CAPÍTULO II

A DEFESA DO EXECUTADO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, 83

1. Noções Introdutórias: uma abordagem jurídico-legal, 83
2. Embargos à Execução Fiscal, 95
 - 2.1. Conceito e natureza jurídica da Ação de Embargos à Execução Fiscal, 99
 - 2.2. Citação do devedor e penhora de bens, 101
 - 2.3. Matérias dedutíveis, a teor do art. 16 da LEF c/c os arts. 741 e 745 do CPC, 103
 - 2.3.1. Inexeqüibilidade do Título de Crédito, 109
 - 2.3.2. Ilegitimidade das partes, 115
 - 2.3.3. Cumulação indevida de execuções, 117

- 2.3.4. Excesso de Execução Fiscal, 119
- 2.3.5. Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação tributária, 120
- 2.4. Das exceções e das preliminares argüíveis na execução fiscal, 123
- 3. Do prazo para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal, 124
- 4. Da impugnação aos Embargos à Execução Fiscal, 127
- 5. Do efeito suspensivo dos Embargos à Execução Fiscal, 130
- 6. Do julgamento antecipado da lide executória fiscal, 132
- 7. Do efeito do julgamento nos Embargos à Execução Fiscal, 134
- 8. Da venda em hasta pública dos bens penhorados em garantia do juízo, 136
- 9. Da extinção da relação executiva e do processo de execução fiscal, 139

CAPÍTULO III

O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E SUAS IRRADIAÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO, 147

- 1. Noções Introdutórias: uma abordagem constitucional e normativa, 147
- 2. O pagamento como forma de extinção da obrigação tributária, 154
- 3. O sentido do princípio da ampla defesa, 159
- 4. O princípio da ampla defesa na Constituição de 1988, 164
- 5. Irradiações do princípio da ampla defesa, na execução fiscal, 168

CAPÍTULO IV

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE COMO DEFESA DO DEVEDOR, 173

- 1. Noções introdutórias: uma abordagem teórica, 173
 - 1.1. Pressupostos teóricos relativos à Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 193
 - 1.2. Uma construção jurídico-doutrinária e jurisprudencial, 199
 - 1.3. Uma construção à luz do princípio da ampla defesa, 215
- 2. Da denominação do tema: Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 225
- 3. Da competência e do procedimento na Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 233
- 4. Legitimidade e conseqüências do incidente da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 237
- 5. Das matérias suscetíveis de argüição na Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 247
- 6. Das decisões judiciais após a argüição da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, 264

CAPÍTULO V

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, 267

1. Uma proposta do art. 618 do Código de Processo Civil, 279

Conclusões, 281

Bibliografia, 287

Esta tese pretende demonstrar que, em face do nosso sistema de direito, a partir da nossa atual norma fundamental e que em seu art. 5º, inc. LV encerra o princípio da ampla defesa, a pessoa – sujeito de direito e obrigações –, na esfera do direito, pode, em ação executiva proposta pela Fazenda Pública, como executado, defender-se por instrumento que se denomina Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, independentemente da Ação de Embargos à Execução, após seguro o juízo pela penhora de bens do devedor ou de terceiro pela fiança ou, ainda, pelo depósito. É que, em face da norma legal, somente após a penhora de bens, fiança ou depósito, o contribuinte ou responsável tributário, como executados, deverão defender-se mediante oposição de Embargos à Execução, arguindo as matérias elencadas nas disposições do Código de Processo Civil (arts. 741 e 745 do CPC) e da Lei das Execuções Fiscais, de nº 6.830/80 (art. 16, § 2º - Execução Fiscal); demonstrando assim que em função de princípios jurídicos – constitucionais e processuais –, o executado, ausentes regras e normas legais, não deve sacrificar o seu patrimônio, quando indevida e injusta a execução, como garantia para oferecer defesa mediante Embargos do Devedor, e, porque impossível o prosseguimento do processo executório quando ausentes os requisitos exigidos pela norma processual, para a sua instauração. Aborda, ainda, como fundamento da argumentação teórico-científica, os princípios específicos da Constituição Federal.

Questa tesi pretende dimostrare che, in relazione al nostro sistema di diritto, a partire dalla attuale norma fondamentale – che nel suo art. 5°, inc. LV, contiene il principio dell' ampia difesa - , la persona, soggetto di diritto e obbligazioni, nella sfera del diritto può, in azione esecutiva proposta dall'Erario Pubblico, difendersi usando uno strumento denominato Eccezione di Pré-Esecutività o Obiezione di Non-Esecutività, indipendentemente dall'Azione di Impedimento all'Esecuzione, una volta assicurato il giudizio con il pignoramento di beni del debitore o di terza persona; oppure, ancora, attraverso il deposito. È che, come norma legale, soltanto dopo il pignoramento di beni o deposito il contribuente o responsabile tributario, come esecutati, potranno difendersi mediante opposizione di Impedimento all'Esecuzione, servendosi delle materie elencate nelle disposizioni del Codice di Processo Civile (art. 741 e 745 del CPC) e della legge delle Esecuzioni Fiscali, di n°. 6.830/80 (art. 16, 82° – Esecuzione Fiscale); dimostrando così che in funzione di principi giuridici – costituzionali e processuali – l'esecutato, assenti regole e norme legali, non deve sacrificare il suo patrimonio, quando indovuta e ingiusta l'esecuzione, come garanzia per la difesa attraverso Impedimenti del Debitore; e perché impossibile il proseguimento del processo esecutivo quando assenti i requisiti richiesti dalla norma processuale per la sua instaurazione. Abborda inoltre, come fondamento dell'argomentazione teorico-scientifica, i principi specifici della Costituzione Federale.

Não há dúvida de que o progresso e o desenvolvimento do *mundo* são uma realidade. Realidade esta bem mais visível a partir do século XVIII, impulsionada no século XXI, em face do avanço das ciências e da tecnologia. De um lado, as ciências exatas; do outro, as ciências sociais, mas todas buscando, por intermédio dos seus cientistas e operadores, a verdade e as novas verdades, em permanente movimento discursivo, dirigido para diante, sem cessar. A realidade atual, que culmina com o avanço da tecnologia e da ciência, é a globalização, que faz com que os povos e as nações interajam com o objetivo de alcançar a integração global. No mapa das ciências sociais, encontra-se a ciência do direito, na busca da verdade real-jurídica, mesmo que relativa e provisória, quando superado o positivismo no momento da aplicação e decisão do direito, prevalecendo a importância da jurisprudência e da interpretação como mais válidas, no contexto dos modelos e fontes jurídicos. Daí, maior carga de responsabilidade àqueles que procuram dar um discurso teórico, mesmo contrário, dirigido ao direito como ciência.

Nosso sistema de direito reclama uma reavaliação da norma e sua interpretação. E, nesse plano, é de se reconhecer e recepcionar a participação ativa dos cientistas. Diz-se que está em prática, não só no Brasil, uma divergência sobre pontos do direito, por causa do emprego de comportamentos práticos antigos, como cultura, que afetam, no seu campo de atuação, a importância da dogmática jurídica.

Nesse sentido, afirma-se¹ que:

¹ ADEODATO, João Maurício Leitão, *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência* –: Saraiva/SP, 1996, pp. 8-9.

Em nosso país, por exemplo, axiomas fundamentais dos sistemas jurídicos nas sociedades desenvolvidas não têm aplicabilidade generalizada, tais como a hierarquia normativa que culmina no princípio da supremacia constitucional, o primado da lei, a isonomia ou a neutralidade da decisão judicial. (...)

Aponta ele, como fonte de uma crise que se vê no Brasil de hoje: “um desinteresse generalizado pela cultura diante de questões consideradas prioritárias. (...)”

Contudo, apesar dos chamados conflitos, sente-se e vê-se um despertar da comunidade científica. Novas teorias são construídas, é bem verdade, à custa de sacrifícios, mas esse é o preço da contribuição científica. A sociedade dos homens muda e os cientistas devem acompanhar essas mudanças.

A própria sociedade se alterou, na sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação, etc. Ora, neste contexto, o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se e torna-se também, e, sobretudo, um mecanismo de controle premunitivo: (...); Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser, também, um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício, quando examina, por exemplo, incentivos fiscais, redução de impostos, vantagens contratuais, avalia a necessidade e a demora nos processos judiciais, etc.²

Neste contexto, é de suma importância para a compreensão do *direito-ciência* e do *direito-norma*, como ramos do conhecimento a serviço dos homens em sociedade, que cada um cumpra o seu papel, usando os instrumentos por eles postos à disposição. Importante que se faça um estudo da história e da história do direito; da filosofia e da filosofia do direito; da teoria geral do direito, da hermenêutica e da hermenêutica jurídica. Isto porque, como ciência social, o direito é uma ciência cultural em busca da justiça real – ideal do homem. Justiça que Hans Kelsen diz ser inacessível à cognição

² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*: Atlas/SP, 1988. p. 85.

humana e que “não é direito objetivo nem tampouco o direito ideal. Na melhor das hipóteses, este último é o objeto da intenção dos homens justos.”³ Bem verdade que:

Para alcançar a realização de seus ideais de vida o homem ‘tem’ de atender às exigências de um condicionamento imensurável. Submeter-se às leis da natureza e construir seu mundo cultural. São duas exigências valoradas pelo criador, como requisito à vida do homem na terra, com o vocábulo vida implicando em desenvolvimento de todas as faculdades do ser.⁴

A nosso ver, é necessário uma releitura dos conceitos e definições quando a questão dos conflitos de idéias e práticas jurídicas residem na falta de compreensão da função teleológica do direito e de seus institutos, como instrumentos de controle social, em busca da paz e da justiça. Nesse sentido, impõe-se o estudo do direito a partir de suas fontes e da hermenêutica jurídica e especial-constitucional, com o objetivo de “levantar questões e analisar a aplicabilidade à realidade brasileira da metódica estruturante do direito e correspondente concretização normativa, sobretudo constitucional, em diálogo com alguns escritos de Friedrich Müller.”⁵

O objetivo deste trabalho é provocar uma releitura da sistemática processual, em relação ao processo de execução fiscal e à defesa do executado, na posição de hiposuficiente ou hipodevedor, sem menosprezar o direito do credor, pressupondo a prova da argumentação. Daí que ele:

Não tem a pretensão de inovar por inteiro e, transgredindo regras, princípios e métodos, chegar a soluções de absoluta originalidade. Como a natureza, também a ciência do pensamento não costuma dar saltos muito bruscos. O que se pretende aqui é reconstruir o pensamento dos processualistas modernos e interpretar os rumos atuais de sua ciência, propondo algum passo em continuação à marcha e na linha da direção adotada, para concluir com

³ HARTMANN, Nicolai, *Ethik, op. cit.*, cap. 44, p. 420, *apud* ADEODATO, João Maurício Leitão, *op. cit.*, p. 132.

⁴ NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito: Forense/RJ*, 7ª ed., 1992. p. 17.

⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão, *Ética e Retórica para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. Saraiva/SP, 2002. pp. 221-222. “De realce, porque pontua ele o tema deste trabalho, como teoria, apontando seu objetivo, continua o mestre: “Um objetivo evidente a desconstruir algumas decisões judiciais paradigmáticas no Brasil de hoje, buscando explicitar melhor uma das teses básicas deste livro, sem prejuízo das diferenças apontadas, qual seja, a de que o texto normativo genérico previamente dado não constitui a norma jurídica, mas, apenas, fornece o ponto de partida para sua construção diante do caso concreto.”

uma enfática mensagem ao espírito de todos quantos manipulam o instrumental da justiça.⁶

Nesse quadro, consciente da responsabilidade que nos cerca, deparei-me com o pensamento voltado para a justiça devida, aos homens, em negócios jurídicos, especialmente os hiposuficientes. Aos demandados em juízo. Àqueles que se situam como devedor-executado pela Fazenda Pública, no processo judicial tributário de execução fiscal, quando indevida, à luz do direito e seus princípios, mais precisamente, em face do princípio da ampla defesa, porque ausentes, na norma, disposições que protejam o devedor, que ofereçam possibilidades outras de se defender, senão por meio de embargos, mediante penhora de bens, para garantir a execução fiscal, muitas vezes de forma indevida, cuasando-lhe vexames e transtornos injustos.

A análise do instrumento que a doutrina e a jurisprudência denominam ora de *Exceção de Pré-Executividade*, ora de *Objeção de Não-Executividade*, mostra ser um instituto aceito por doutrinadores, juízes e tribunais – embora por tantos outros, rejeitado –, que permite ao devedor-executado se defender sem oferecer embargos à execução e sem garantia do juízo ou depósito, fazendo-o sem maior formalismo processual. Esse instituto, forma a base da construção teórico-jurídica jurisprudencial e doutrinária, para a solução do conflito, *inter pars*, no processo executório, provocado na ação executiva fiscal, pela Fazenda Pública.

Em conclusão, pretende-se dar ao devedor, que não deve ser injustamente executado, uma possibilidade real de se defender, em juízo, sem que seja preciso dar em garantia da execução os seus bens, quiçá, por tempo indeterminado.

Essa é a nossa pretensão, como tese acadêmica de Direito.

Em várias situações e, especialmente, se paga a dívida e provado esse pagamento, pela quitação, indevida é a pretensão executória e, conseqüentemente,

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*: Malheiros Editores/SP, 4ª ed.,

quaisquer coações judiciais. Concorde nesse sentido, é o magistério de LEONARDO GRECO⁷. Em verdade, impõe-se um novo modelo de defesa do executado, ante as falhas e deficiências dos embargos à execução, instituto que, atrasado no nosso sistema, não sofreu modificações no curso das reformas do Código de Processo Civil, de 1994 em diante. Nessa visão, como Cândido Dinamarco, “necessário é acabar com o mito dos embargos.”

Em sede de tese acadêmica e de doutorado, formulada como teoria científica e como resposta a quaisquer perguntas: qual a tese que se defende e, como contributo a uma normatização legal, demonstra-se que à falta de legalização de um instituto de defesa do devedor, *in executivis*, nessa hipótese, o trabalho constitui-se um veemente discurso processual-científico em prol do devedor *hiposuficiente* ou detentor de qualquer monte econômico, executado, pois que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, apesar dos esforços empreendidos, reclamam uma resposta autêntica e precisa para afastar, como resistência à pretensão da credora-exeqüente (a Fazenda Pública) contra o devedor-executado, a unicidade dos embargos do devedor, como disposições legais únicas os arts. 736 e 737, I do Código de Processo Civil pátrio, apresentando um novo instrumento de defesa do executado devedor.

A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, como denominados, analisados os seus conteúdos doutrinários e jurisprudenciais, urge e reclama uma releitura da posição da parte demandada no pólo passivo da demanda, principalmente na execução fiscal, ante a real posição privilegiada da Fazenda Pública. Pode-se dizer que são situações de vexames e constrangimentos. Nossa intenção é, com uso do que nele – no instituto da Exceção ou Objeção – se contém, reconstruí-lo ou substituí-lo em bases sólidas, à luz da hermenêutica constitucional, focada no princípio da ampla defesa, sendo de se considerar a sua utilização prática e muito necessária, nos

1994. pp. 11-12.

⁷ *O Processo de Execução*, vol. II: Renovar/SP, 2001. p. 583, *verbis*: “A análise da disciplina dos embargos do devedor no Direito Brasileiro, especialmente se comparada com a de institutos equivalentes em outros sistemas jurídicos, põe de imediato a amostra as graves deficiências de que se recente. De um lado criam eles injustificável obstáculo ao acesso à Justiça pelo devedor que não pode se defender, nem mesmo para alegar nulidade absoluta ou o pagamento da dívida, sem o pesado ônus da imobilização de parte do seu patrimônio, através da penhora ou do depósito.”

tempos que correm, em grande velocidade. E o direito, ciência da ordem social, de há muito centrado na praticidade, tornando a doutrina científica mero discurso acadêmico, volta-se para a dogmática e para o positivismo jurídico com um interesse voltado para o conhecimento, constituindo o item tematizado a nossa lição maior e devida.

Por essa razão, concorda-se e avaliza-se que houve e há uma inadiável necessidade de alterar, nesta matéria, o paradigma, retificar cientificamente o instrumental disponível e criar um metadiscurso científico capaz de atender às demandas técnicas apresentadas à ciência do processo civil e ao seu operador prático.

Em primeiro lugar, a teoria investe contra um pressuposto teórico e renunciável: a da função do processo executivo. O apelo à ‘desigualdade’, à ‘hiposuficiência’ e à ‘inferioridade’ do devedor é, não só querido, como imanente à realidade do executivo, não revelando, por si só, uma situação de inconstitucionalidade: antes disso, faz parte de seu binômio estrutura-função alhures examinado. Na verdade, nem é lícito falar-se em desigualdade, mas em ‘estrutura’ e ‘função’ do processo.⁸

Assim é, na realidade, uma construção científica que parte de um discurso metajurídico, uma vez que é sustentável não em norma de direito positivo posta, mas em interpretação ampla de princípio = hermenêutica constitucional, construindo-se uma certeza jurídica, em que o demandado defender-se-á usando meio jurídico e não legal, porque omisso o sistema de norma processual.

Nessa linha e para a realização do projeto, agora materializado, foram imprescindíveis as doutrinas dos nossos publicistas, em especial de Pontes de Miranda e de Alcides de Mendonça Lima e a jurisprudência dos nossos tribunais, especialmente do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ. Reconhecendo a complexidade da questão, recorreremos, por vezes, à nossa biblioteca e às bibliotecas da Faculdade de Direito da UFPE e do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Navegar na Internet e nos endereços eletrônicos dos tribunais foi importante e necessário.

⁸ KNIJNIK, Danilo, *A Exceção de Pré-Executividade*: Forense/RJ, 2000., p. 156.

O trabalho foi dividido em 5 (cinco) capítulos e vários itens, especificados os temas referentes e obedecidas a temática e a delimitação, bem como atendidas as exigências acadêmicas. Quanto à forma, obedeceu-se às regras da ABNT.

A delimitação do tema contém a orientação acadêmica⁹, sendo distribuído por assunto e em espaço e forma exigidos pela norma. Tratou-se do tema de forma clara e objetiva e de maneira acentuada dirigida para a temática nuclear. Este trabalho pode ser declarado como científico, pois tem como objetivo construir ou reconstruir um novo instrumento de defesa do executado fiscal, qualificando-o como hipodevedor. Tratou-se o instituto da Exceção ou Objeção como fenômeno jurídico, procurando trazer uma contribuição ao processo executivo, em relação ao fenômeno da defesa do executado.

No Primeiro Capítulo, *Da Execução Fiscal, na Lei de Execução Fiscal e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil*, foram abordados temas a cerca das execuções civil e fiscal, na norma processual e na norma especial, tratando dos conceitos e das definições dos subtemas elencados.

No Segundo Capítulo, *A Defesa do Executado por meio de Embargos à Execução*, descreveu-se a posição do Embargos à Execução como único instrumento legal de defesa do executado, à luz dos arts. 736 e 737, I do CPC, c/c o art. 16, § 2º da LEF (Lei das Execuções Fiscais), na execução civil e na execução fiscal.

No Terceiro Capítulo, tratou-se d'*O Princípio da ampla Defesa e suas Irradiações no Direito Tributário*, com enfoque no pagamento como justificação para a arguição da defesa do devedor, em face do princípio constitucional que o isenta do gravame da penhora de bens e dos embargos na execução fiscal, como aplicável no direito tributário, ante o enunciado na Carta Política, de 1988, em seu art. 5º, inc. LV.

⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão, *Bases para uma metodologia em direito*, Revista do Centro de Estudos Judiciários/Brasília, Conselho da Justiça Federal, abr. 1999, pp. 143-150.

No Quarto Capítulo, *A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade como Defesa do Devedor*, como centrado, dissertou-se sobre o sentido ou significado da ampla defesa, considerando a sua importância como núcleo da argumentação teórica, em todo o desenvolvimento deste trabalho-tese.

Finalmente, no Quinto Capítulo, *A Exceção de Pré-Executividade contra a Fazenda Pública*, procurou-se demonstrar a possibilidade de arguição da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade contra a Fazenda Pública, fundado nos argumentos esposados, mostrando que é possível, como necessidade de se afastar o mito dos embargos e, no devido processo legal, aplicar-se o princípio do contraditório; e, veementemente, em discurso teórico, delimitado o tema, invocar o princípio da ampla defesa, como enunciado no art. 5º, inc. LV da *Magna Carta*, como certeza de sua aplicabilidade.

A proteção do hipossuficiente, no processo executório, é um imperativo de justiça e é isso que se busca na execução fiscal ou comum, uma vez que nela o executado se coloca em plano inferior em relação à exeqüente ou ao exeqüente. Uma luz, em favor do devedor, na execução judicial, já aponta para a reforma do processo de execução, à verificação do art. 620 do CPC. Nesta análise de conteúdo dos direitos constitucional e processual é que se buscou desenvolver uma defesa do devedor executado, sem onerar o seu patrimônio, porque amparado, na ausência de lei, pelo direito como sistema global de normas e princípios.

Na produção deste trabalho, adotou-se o método de abordagem dialético-discursivo: histórico, adaptando-o, como devido, no procedimento monográfico, em se tratando de uma tese, como requisito parcial, para a obtenção do título de Doutor em Direito, em face das regras da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas: usou-se o itálico para destacar os termos estrangeiros, títulos de obras e destaques mais importantes; as aspas para as citações doutrinárias de até quatro linhas e caixa de texto com fonte Times New Roman, corpo 11, para citações doutrinárias acima de cinco linhas. Destacou-se, em notas de rodapé, o método “citação-nota” como ensina a

doutrina técnica¹⁰, usando-se a nota como referência bibliográfica. Foram usadas uma e duas aspas para destaques dos termos e expressões dos autores citados.

Este trabalho, como tese de doutorado, tem por objetivo dar uma contribuição ao sistema de direito nacional, tendo como destinatários o poder dotado de competências para a elaboração de normas. A pretensão é contribuir, como possível, para a normatização desse instituto, como exposto e definido, inserindo-o em norma legal. Não se pretende neutralizar a eficácia dos embargos à execução nem tumultuá-los, em prejuízo do credor-exeqüente. Pretende-se, sim, como contributo a uma normatização, ante a ausência de regulação legal e unidade das decisões e interpretações jurídicas, apresentar concretamente o projeto na forma demonstrada. Proclama a possibilidade de defesa do executado, por meio do instrumento – *Exceção* ou *Objeção* – sem embargos e sem penhora de bens ou depósito. Isto para que, mediante projeto de lei, seja colocado no sistema de norma como instrumento de defesa, em favor do devedor-executado, como forma teórica, posto que imposta a prática como exigência de uma nova ordem jurídica processual, à execução fiscal, em favor do devedor fiscal executado.

¹⁰ ECO, Umberto, *Como se Faz uma Tese*: Editora Perspectiva /SP, 2ª ed., 1985. pp. 132-133.

CAPÍTULO I

DA EXECUÇÃO FISCAL – NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E, SUBSIDIARIAMENTE, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: UM EXCURSO JURÍDICO-DOCTRINÁRIO

A execução fiscal é a forma instrumental, como direito constitucional, garantida à Fazenda Pública, para a cobrança judicial, perante a justiça fiscal, dos seus créditos tributários e não-tributários, estampados em um título executivo extrajudicial, contra o contribuinte ou responsável tributário, devedor desse crédito, porque inadimplente. Disciplinam a execução fiscal a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei das Execuções Fiscais, LEF) e, subsidiariamente, as normas do Código Processual Civil - CPC - Lei nº 5.869, de 11.1.73. A ação executiva fiscal é uma espécie do gênero ação executiva, ao lado da ação executiva civil ou comum, esta regulada no Estatuto Processual Civil, especificamente, e que, também, é meio processual de provocação da tutela jurisdicional executória, como direito de todas as pessoas credoras, físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, contra quaisquer pessoas devedoras, de direito privado ou de direito público, para a recuperação do seu crédito devido e representado, igualmente, em um título executivo, judicial ou extrajudicial, como disciplinada nos artigos 566 e seguintes do Código de Processo Civil (livro II).

A ação executiva é um direito público subjetivo da Fazenda Pública ou da pessoa particular (privada). Ainda mais, a ação executiva é um direito abstrato e autônomo¹¹; isto porque começa com a propositura da demanda e conclui-se com

¹¹Cfr. WACH, Adolpho. In: *Teoria do Direito Concreto à Tutela*, leciona: “A ação é um direito autônomo, no sentido de que não tem, necessariamente, por base, um direito subjetivo, ameaçado ou

satisfação do credor, pela entrega de bens.¹² Define-se, ainda, como o meio utilizável pela Fazenda Pública ou pelas pessoas particulares, para que seus créditos, tributários e não-tributários ou comuns, sejam cobrados dos devedores tributários (contribuinte ou responsável), ou devedores comuns, inadimplentes ou faltantes para com o dever de pagar o devido crédito, este representado pelo título executivo, judicial ou extrajudicial. Dotado dos requisitos legais (liquidez, certeza e exigibilidade), o título de crédito fundamenta a ação executiva, consoante dispõe a Lei das Execuções Fiscais, LEF, e a norma processual civil, CPC. No exercício da ação de execução fiscal aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, nos termos do art. 1º da LEF, *verbis*: “A execução judicial para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

A ação executiva fiscal presta-se igualmente para a cobrança de créditos não-tributários, que são os créditos cobráveis pela Fazenda Pública, conforme as regras da Lei das Execuções Fiscais. São equiparados aos créditos tributários, por força do que dispõe o art. 2º, § 2º, da LEF (Lei das Execuções Fiscais); e que, a ambos somados atualização monetária, multa, juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato, constituem a Dívida Ativa da Fazenda Pública. Títulos de crédito não-tributários são aqueles como definidos na Lei nº 4.320/64, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 1.737/79, *verbis*:

Art. 39 – Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não-tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º – Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como

violado, porquanto também há lugar para obter uma simples declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, o que ocorre com as chamadas ações meramente declaratórias.” *Apud* SANTOS, Moacir do Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, vol. I: Saraiva/SP, 12ª ed., 1985. pp. 150-151.

¹² Nesse sentido, ASSIS, Araken de. In: *Manual do Processo de Execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 101-102, dissertando sobre a ação executiva e a carência de ação, leciona: “(...) Instituída a relação processual, houve ação. Logo, a ação executória é abstrata e incondicionada, comportando exercício sem o ‘brutal cárcere’ de qualquer condição. É quase unânime, hoje, a tendência doutrinária que outorga autonomia à função jurisdicional executiva. (...)”

Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º – Dívida Ativa tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não-tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preço de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restrições, alcance dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

§ 3º – *Omissis*.

§ 4º – A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que trata o art. 1º do Decreto Lei n. 1.645, de 11 de dezembro de 1978.

§ 5º – *Omissis*.

MARIA HELENA RAU DE SOUZA¹³ afirma, lecionando, que:

Os créditos não-tributários decorrem de quaisquer débitos de terceiros perante a Fazenda Pública resultantes de obrigações vencidas e previstas em lei, regulamento ou contrato, que não tenham natureza tributária. Abrangem, exemplificadamente, multas (exceto as tributárias), foros, laudêmios, taxas de ocupação e aluguéis, preços, indenizações, reposições, alcances, créditos de obrigação em moeda estrangeira, sub-rogações de hipoteca, fianças, avais e outras garantias e contratos.

A ação executiva que se desenvolve no processo de execução reclama, pois, a tutela jurisdicional do Estado. Ela tem o objetivo de obrigar o devedor inadimplente, por meio de atos executórios coercitivos, a pagar o *quantum debeatur* ao credor. Trata-se de uma atividade dirigida pelo Estado e sob sua administração, em substituição ao credor exeqüente – a Fazenda Pública ou o particular –, contra o devedor executado, que não pagou seu débito ou dívida, no vencimento, para que o faça, incidindo a coação sobre si e seus bens.

¹³ *Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência*, Coord. Vladimir Passos de Freitas: Saraiva/SP, 1988, p. 20.

As ações de conhecimento e cautelares também são direitos subjetivos que buscam a tutela jurisdicional, dirigidas ao Estado, pelo titular de direito ou interessado, que visam a uma sentença que reconheça o direito reclamado, ou uma atividade judicial acauteladora de direito ou interesse violados ou ameaçados, uma vez que é vedada a autotutela de direitos e interesses, na nossa sistemática jurídico-processual aplicada. A primeira postula uma sentença e a segunda, uma atividade judicial.

Nas *Primeiras Linhas* de MOACIR DO AMARAL SANTOS¹⁴, encontram-se os magistérios de CELSO¹⁵, a definir a ação como instrumento formal e legal dirigida à proteção jurisdicional do Estado, a partir da concepção romana, para quem: “A ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*” – e de MUTHER¹⁶, para o qual “ação consiste no direito à tutela do Estado, e que compete a quem seja ofendido no seu direito. Ação é um direito contra o Estado para invocar a sua tutela jurisdicional.”

Ação é um direito contra o Estado para invocar a tutela jurisdicional. É, pois, um direito público subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, mas tendo por pressupostos necessários esse direito e sua violação.

Para ADOLFHO WACH¹⁷, um dos caracteres da ação é a sua autonomia: “Direito autônomo no sentido de que não tem, necessariamente, por base um direito subjetivo, ameaçado ou violado. Como direito autônomo, a ação, com base no direito subjetivo material, se dirige contra o Estado e contra o adversário, visando a tutela jurisdicional.”

OSCAR BÜLOW, em síntese, extrai da teoria de WACH que “a ação é o direito a uma sentença justa.”

¹⁴ *Op. cit.*, p. 149.

¹⁵ *Apud* SANTOS, Moacir do Amaral, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶ *Ibidem*, p. 150.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 150-151.

Para ENRICO TULLIO LIEBMAN¹⁸:

Dirige-se a ação contra o Estado, na sua qualidade de poder jurisdicional e por isso é, no seu significado, o direito à jurisdição; mas não lhe corresponde uma obrigação do Estado, porque a sua característica consiste em ser um direito de impulso e iniciativa ao desenvolvimento de uma função na qual também o Estado é interessado.

Ao fazer a distinção entre processo e ação, quando muitos juristas equivocadamente os usam como sinônimos, prossegue MOACIR DO AMARAL SANTOS¹⁹, como definidos e distintos, ao lecionar:

Processo é o complexo de atividades que se desenvolvem tendo por finalidade a provisão jurisdicional; é uni ou de um todo, e é uma direção no movimento. É uma direção no movimento para a provisão jurisdicional. Mas o processo não se move do mesmo modo e com as mesmas formas em todos os casos; e, ainda, no curso do mesmo processo pode, nas suas diversas fases, mudar o modo de mover ou a forma em que é movido o ato. Vale dizer que, além do aspecto intrínseco do processo, como direção no movimento, se oferece o seu aspecto exterior, como modo de mover e forma como é movido o ato. Sob aquele aspecto fala-se em processo, sob este fala-se em procedimento.

GIUSEPPE CHIOVENDA²⁰ define ação como direito autônomo; como direito processual e sua relação com o direito material, realizável no processo, dizendo, *verbis*:

Com o tema da lesão dos direitos está estreita conexão com o tema da ação, no sentido de que a ação é um dos direitos que podem influir na lesão de um direito; e eis como aquela se apresenta na maioria dos casos: como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo. Contudo essa que constitui mera conexão, conquanto estreita, foi, em certo tempo, exagerada, ao ponto de se resolver numa confusão dos dois conceitos, a lesão dos direitos e a ação; (...)

¹⁸ *Processo de Execução*: Saraiva/SP, 5ª ed., 1986, pp. 24-25, completando o mestre seu magistério, *verbis*: “(...) Observa-se em contrário, porém, que a natureza da ação se caracteriza pela sua finalidade e não pelos seus pressupostos”.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 84.

²⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Tradução do original italiano *Instituzioni di Diritto Processuale Civile* – 2ª ed., por Paolo Capitanio: Bookseller/SP, 1998, pp. 37-38, 42-43.

A ação e a obrigação (e falando de obrigação entende-se todo direito a uma prestação, porquanto, como vimos, todo direito, absoluto ou relativo, se apresenta como obrigação no momento do processo), são, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente juntos e unidos preenchem plenamente a vontade da lei.(...)

As ações desenvolvem-se no processo. As ações como direito à tutela jurisdicional, sejam comuns ou especiais, visam à tutela do direito subjetivo, violado ou ameaçado, pelo titular desse direito, contra quem o ofendeu. As ações de conhecimento desenvolvem-se no processo de conhecimento; as ações cautelares desenvolvem-se no processo cautelar; e as ações executivas desenvolvem-se no processo de execução. Trata-se, esta, de execução comum, enquanto a ação de execução fiscal é uma execução especial, regida por uma lei especial (nº 6.830/80).

A ação executiva fiscal desenvolve-se no processo judicial tributário, que se define como sendo o conjunto de atos ordenados, tendente a compor a lide executiva fiscal, e cuja finalidade é compelir o devedor, tributário ou não-tributário, inadimplente, e por meio de coação legal, a pagar à Fazenda Pública o seu crédito tributário, após o que, quando satisfeita a credora, extingue-se a ação executiva entre a exeqüente e o executado, porque cumprida a obrigação. Em consequência, extingue-se também o processo de execução, tudo como disciplinado nos arts. 794 e 795, do Código de Processo Civil.

No processo, através da ação do titular de interesse ou direito violados, o Estado exerce a sua função jurisdicional pacificadora de dizer o direito. Quando o titular de um direito ou interesse sofre ameaça ou violência contra esse direito ou interesse, por outrem, ele provoca a atuação do Estado. Pede ele, assim, a tutela jurisdicional por meio da ação judicial proposta. Com isso, instaura-se o processo judicial, obedecidos os princípios processuais da iniciativa das partes e do impulso oficial, compondo-se a lide, observados, ainda, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A ação executiva fiscal inicia-se com uma peça de petição inicial ou exordial, de autoria da credora (a Fazenda Pública-exeqüente), contra o devedor (executado) no processo de execução fiscal, obedecida a forma estatuida no art. 282 e ss. do CPC, c/c o art. 6º da LEF.²¹

Autor ou demandante, como se denominam no processo de conhecimento, é o que promove a ação; e, réu ou demandado, aquele contra quem é promovida a ação; requerente, no processo cautelar, é o interessado na medida acauteladora; e, requerido, aquele contra quem se pede a providência cautelar. Assim denominados os titulares de direito ou de interesses, as ações são formatadas e ajuizadas em conformidade com as regras dos artigos 282 (ação ordinária), 576 (ação executiva) e 801 (ação cautelar), todos do Código de Processo Civil, perante os juízos competentes, de acordo com as normas que fixam os limites da jurisdição, ou competência de foro, materializadas nos devidos códigos instrumental e de organização judiciária.

A ação executiva fiscal ou civil funda-se em um título de crédito, extrajudicial; e judicial ou extrajudicial, respectivamente, consoante dispõem os arts. 6º, III, §§ 1º e 2º, da LEF e 583, do CPC; e, como tais, estão elencados nos arts. 584 e 585, da mesma norma processual. O fundamento da ação executiva fiscal ou civil é o título de crédito, judicial ou extrajudicial. Da ação executiva fiscal, o fundamento é o título de crédito extrajudicial, representado pela Certidão da Dívida Ativa, CDA, (art. 585, inc. VI, do CPC). Legitimadas para promoverem a ação executiva civil são as pessoas elencadas nos arts. 566 e 567; e executáveis, no pólo passivo, aquelas relacionadas no art. 568, do mesmo código. O art. 575 dispõe sobre a competência do juízo para processar e decidir sobre a ação de execução por título judicial, enquanto o art. 576 dispõe sobre a competência do juízo para processar e decidir quanto à ação executória por título extrajudicial, na conformidade do Livro I, Título IV, Capítulos II e III, ambos do CPC, consoante dizem aqueles dispositivos de lei:

²¹ Cfr. art. 598 do CPC, *verbis*: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”; e cfr. Súm. 196 do STJ.: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para a apresentação de embargos.”

Art. 575 – A execução fundada em título judicial processar-se-á perante:

I - Os Tribunais superiores, nas causas de sua competência originária;

II - O Juízo que decidir a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - O Juízo que homologou a sentença arbitral.

Art. 576 – A execução, fundada em título extrajudicial, será processada perante o juízo competente, na conformidade do Livro I, Título IV, Capítulos II e III.

Especificadamente, repita-se, a ação executiva fiscal tem por base um título executivo extrajudicial fiscal (arts. 2º e 3º da Lei especial, c/c o art. 585, inc. VI do CPC), sendo legitimadas para promovê-la as fazendas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e suas respectivas Autarquias (art. 1º da LEF), representadas judicialmente por seus procuradores; e, no pólo passivo, como executados, deverão figurar os contribuintes e ou os responsáveis tributários, como disciplinado no art. 4º da lei das execuções fiscais e art. 568, incs. I e V do Código de Processo Civil.

A competência para processar e julgar a ação executiva fiscal é das varas da Fazenda – especializadas – (Federal e Estadual) ou varas judiciais comuns onde não houver juízos especiais da Fazenda, conforme as disposições do Código de Processo Civil referidas, combinadas com as regras dos Códigos de Organização Judiciária das respectivas Justiças – Federal e Estadual –, observada a ressalva consignada no art. 5º da Lei Especial de Execução Fiscal, que diz: “A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.”

Disciplinada na Lei nº 6.830/80 e, subsidiariamente, no digesto processual civil, a execução fiscal será ajuizada no foro do domicílio do réu, a teor do art. 578 do CPC, entendendo-se como domicílio o domicílio civil (arts. 31 a 42 do CC) e não o domicílio fiscal (art. 127 do CTN), assim prevalecendo a doutrina majoritária. Em face do Parágrafo Único:

A Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

A competência é o limite da jurisdição, o que pressupõe um território onde, como e quando a função jurisdicional exercerá a sua atividade, no devido processo. Daí que a verificação do juízo competente para o ajuizamento e julgamento da demanda executória deve ser observada, sob pena de ser declarada a incompetência relativa ou absoluta do juízo, esta de ofício e aquela por provocação da parte executada ou interessada. Bem verdade:

O processo, portanto, constitui-se na concatenação de atos destinados a tutelar o direito, seja objetivo, seja subjetivo. Consoante orientação sociológica, o fim colimado pelo processo é a ‘composição’ do conflito de interesses sobre um bem da vida. A concepção sociológica busca resolver os problemas do processo com fulcro em conceitos de natureza ética-sociológica, tais como interesse, conflito de interesses, litígio e pretensão.²²

A função teleológica do processo é a composição da lide e o objetivo perseguido é uma sentença justa – dar a cada um o que é seu –, segundo as leis e os princípios que lhes informam, perseguindo-se a ordem e a paz social.

Em suma, a função jurisdicional do Estado é proclamar, ou dizer o direito (*ius dictio*, como definiam os romanos); o Estado-Juiz pretende, por meio da ação proposta pelo interessado, no processo que se instaura, a solução dos conflitos de interesses ocorrentes concretamente. O processo judicial, através da ação, desenvolve-se por meio de vários atos ou atividades ordenados e coordenados, que se encerram com uma decisão sentencial ou acórdão, pelo Juízo ou Tribunal.

²² MOREIRA, Lenice Silveira, *A Exceção de Pré-Executividade em Matéria Tributária*: Livraria do Advogado/RS, 2001, p. 30.

O desenvolvimento desses atos, dentro do processo, é formador dos procedimentos, que na lição de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, referido por MOACIR DO AMARAL SANTOS²³, define o direito de ação, dizendo: “O direito de ação corresponde ao dever de prestação jurisdicional, como sendo o modo e a forma pelos quais os atos se movem no processo.” Com efeito, pois, a finalidade do processo é a composição da lide e seu objetivo é uma sentença, consoante o direito positivo, a expressar uma justiça real e objetivamente aplicada, dirigida às partes demandantes, e a espelhar o princípio da segurança jurídica.

Por conseguinte, a ação executiva fiscal desenvolve-se no processo judicial tributário, que é disciplinado pela Lei das Execuções Fiscais (LEF nº 6.830/80) e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), assim dispondo o art. 1º da citada lei especial de execução, *verbis*: “A execução judicial para cobrança de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias, será regida, por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Registre-se que, antes do advento da Lei Especial de Execução, o processo executivo fiscal era inteiramente regulado pelo Código de Processo Civil, como processo de execução civil. Portanto, seguia ele o procedimento comum, como se uma execução civil fosse. Daí a aplicação subsidiária, ainda atual e complementar, das suas regras procedimentais, quando silente a LEF (Lei de Execução Fiscal) e o CTN (Código Tributário Nacional), quanto à matéria.

Na ação executiva fiscal, o titular legítimo do interesse ou do direito de crédito é o Estado, representado pelas Fazendas Públicas dos entes políticos-administrativos (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas Autarquias). O interesse ou direito está representado pelo crédito tributário, materializado no título extrajudicial, formatado pela Certidão da Dívida Ativa, CDA; o Estado, como titular da ação e do crédito, qualificado de Fazenda Pública, coloca-se no pólo ativo da ação

²³ *Op. cit.*, pp. 160-161.

executiva, denominada agora de exeqüente, contra o devedor da obrigação tributária, que no pólo passivo é denominado, então, de executado. Em juízo, busca a Fazenda Pública a satisfação da dívida pelo contribuinte, perante o Estado/Juiz, por meio de uma atividade coercitiva, incidente sobre o devedor e seu patrimônio, correspondendo à retirada de seus bens, tantos quantos bastem ao cumprimento da obrigação.

No pólo passivo está, pois, o contribuinte devedor/executado ou responsável tributário, obrigado a aceitar e pagar a dívida reclamada, no prazo legal, quando intimado; ou se defender, depois de intimado e garantida a execução, pela penhora de bens. Isto como parte legítima e interessada que é, e deverá fazê-lo através dos meios de defesa postos a sua disposição pela norma processual, depois de seguro o juízo, pela penhora de bens, através de Embargos à Execução ou através do instrumento que a doutrina e a jurisprudência proclamam (a Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade); procedimento esse que dispensa a penhora de bens do executado, quando ausentes, no processo de execução, quaisquer de seus requisitos formais: pressupostos processuais ou condições de ação e noutras situações que, alegáveis, dispensam dilação probatória, em face do conteúdo da prova trazida, a exemplo da prova do pagamento, pela quitação, e da prescrição, etc. (prova pré-constituída).

Outros remédios constitucionais e processuais poderão socorrer, como defesa, o executado, adiantando serem o Mandado de Segurança, Ação Declaratória de Anulação de Ato Administrativo, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento, etc., o que deixa de ser tratado nesta sede, porque não se constituem como defesa no processo de execução, configurando-se em processos distintos e específicos, estudados noutros campos da sistemática processual vigente, a tratar de matérias outras de fato e de direito; e por meios de procedimentos específicos, estando, tais institutos, fora da projeção temática delimitada.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL

A ação executiva fiscal, como meio utilizável pela Fazenda Pública, na qualidade de titular do crédito tributário não pago, no vencimento e, pois, do direito violado pelo devedor tributário (contribuinte ou responsável), é o procedimento no processo a se instaurar ou instaurado, para a proteção desse direito violado, constituindo-se na provocação da tutela jurisdicional. Esse direito violado é o crédito tributário. A ação executiva fiscal é um direito público subjetivo da Fazenda Pública, que se dirige ao Estado, a fim de que realize, através de atividades coercitivas, contra o devedor inadimplente, a satisfação do seu crédito (direito subjetivo), na forma legal, concedido ao devedor executado o direito de ampla defesa, como direito constitucional consagrado na CF, art. 5º, inc. LV.

Diz-se direito público subjetivo, porque a todos, pessoas físicas ou jurídicas (públicas e privadas), é dado o direito de invocar a tutela jurisdicional - direito de ação-, por meio do devido processo (forma legal). É no chamado *due process of law* (devido processo legal) que se pede a tutela jurisdicional, através da ação, e se formula a defesa, princípio esse construído pelo sistema de direito inglês (Carta Política de 1215), e recepcionado pelas legislações dos povos de ordem sistêmico-democrática, inclusive o Brasil, como observado na Carta Política de 1988, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

No caso, o direito reclamado pela Fazenda Pública é o seu crédito tributário, representado pelo título de crédito extrajudicial, instituído pela inscrição da dívida na repartição administrativa e estampado na Certidão da Dívida Ativa.

E, ainda, em referência à função jurisdicional do Estado, dispõe o mesmo art. 5º da CF, inc. XXXVI: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

As diretrizes constitucionais são válidas para a defesa de todos e quaisquer direitos, quando violados ou ameaçados de violação; seja no processo de conhecimento, no processo de execução ou no processo cautelar. Também, nos processos de ritos

especiais e no Processo Penal, são aplicáveis aqueles princípios. Princípios outros, consignados na Constituição e que protegem os direitos de ação do demandante e os direitos de defesa do demandado, encontram-se no mesmo art. 5º, inc. LV, da CF, especificamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, *verbis*: “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.”

Historicamente, o *due process of law* (*devido processo legal*) foi instituído pelo direito inglês, no século XII (Carta do Rei João Sem Terra, de 1215), e confundiu-se com a *common law*: “O conceito depois evoluiu como modo de contenção do chefe de governo, para evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade o seu direito a vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, alcançou os departamentos subalternos do governo.”²⁴

Aí começa então um novo processo, construído por princípios que retiraram parte do poder da monarquia, levado para outros Estados constituídos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁵, em lição sobre *Direito ao Devido Processo Legal*, faz a combinação entre os enunciados da Constituição, que formam o ciclo das garantias processuais, ratificando o que antes afirmamos, lecionando, *verbis*:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional Positivo com um enunciado que vem da ‘Magna Carta’ inglesa: Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada de Frederico Marques.

²⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal – Due Process Of Law*: Del Rey/BH, 1996. p. 63.

O processo, como instrumento da jurisdição, é formado por inúmeros atos ordenados, segundo as regras procedimentais instituídas pelas normas processuais. São os chamados procedimentos ordinários, sumários e especiais.

Inicia-se o processo com uma petição exordial, que é o ato ou a peça processual primeira, em que o titular de direito ou interessado demonstra, ao juízo, o seu direito violado ou ameaçado de violação (direito subjetivo), segundo o direito objetivo (a norma legal – *norma agendi*), a pedir uma providência e que seja chamado aquele contra quem aponta como violador do seu direito subjetivo (*facultas agendi*), para integrar a lide e oferecer defesa, dando-se o chamamento através da citação, como definida no art. 213 do CPC, *verbis*: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender.”

Nesse momento compõe-se a lide, ou seja, a ação (o direito de) e a defesa (o direito de), que são direitos públicos subjetivos constitucional e que não se confundem com o direito subjetivo material, a ser discutido no processo judicial, começado este pela ação que é proposta, mediante os pressupostos processuais e as condições = condições da ação, na forma do art. 3º do CPC, que dispõe: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

Nesse sentido e modo, a norma de direito processual francesa²⁶ regula que: *L'action et le droit, pour l'auter d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le dise bien ou mal fondé. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien. Fondée de cette prétention.*

E, ainda, como condição processual, impõe-se que o demandante tenha capacidade processual, a teor do art. 7º, do mesmo códex, que dispõe: “Toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.”

²⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*: Malheiros Editores/SP, 10ª. ed., 1995. p. 411.

²⁶ Cfr. art. 30 do Código de Processo Civil Francês.

No processo comum, sumário e ordinário, “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”, conforme dispõem os arts. 276 e 283 do CPC, quanto ao processo de conhecimento; e no processo de execução, a fundamentar a ação executiva (civil ou fiscal) começa com a juntada do título executivo, ditando o art. 583, do mesmo estatuto, *verbis*: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

Completando o trio das ações típicas processuais: A ação cautelar, formadora do processo cautelar, inicia-se, também, por petição exordial, a teor do art. 801, do CPC.

A ação dá início ao processo, que terá seu curso até a sentença final, obedecendo ao sistema de procedimentos, conforme as regras processuais transcritas. Procedimentos processuais que são modo e formas como os atos se movem no processo, como define JOÃO MENDES JÚNIOR²⁷, repita-se. No atual Código de Processo Civil, de 1973, procedimento processual corresponde ao rito processual no Código de Processo Civil revogado, de 1939. Assim, no processo ordinário ou comum, contêm-se os procedimentos sumário e ordinário (arts. 275 e ss. e 282 e ss.), a reclamarem uma sentença condenatória, declaratória ou constitutiva; no processo de execução, os procedimentos de execução (arts. 566 e ss.) invocam uma providência ou atividade de tutela do direito de crédito; e no processo cautelar, os procedimentos cautelares (arts. 796 e ss.), que reclamam uma providência acauteladora de direito, sendo todos os dispositivos do CPC, instituídos na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Enquanto a ação executiva geral (civil ou comum) se inicia, formando o processo de execução, seguindo as disposições dos arts. 566 e ss. do mesmo estatuto de rito (Livro II, Título I), onde estão regradas as atividades ativas do exeqüente (através da coação judicial) e passivas do executado, ela encerra-se com a satisfação do crédito reclamado ou pela declaração judicial de procedência da defesa, em Ação de Embargos do Devedor; as ações ordinária e sumária (de cognição) e cautelares iniciam-se

²⁷ *Apud* SANTOS, Moacir do Amaral, *op. cit.*, pp. 145 e ss.

formando os respectivos processos nas formas preconizadas nos arts. 275, 282 e 796, do mesmo diploma procedimental, respectivamente.

No processo de execução, a defesa do executado se dá por meio dos Embargos do Devedor (cfr. art. 736, do CPC), cujas matérias de defesa estão elencadas nos arts. 741 e 745, do CPC). Ou se for o caso, por meio do incidente de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade (em face da doutrina e da jurisprudência hodiernas), quando ausentes os requisitos legais necessários a sua propositura; no processo comum (ordinário ou sumário), a defesa se dá por meio de contestação, exceções e reconvenção (art. 397 e ss. do CPC); e no processo cautelar, por meio da contestação, na forma preconizada nos arts 801 e ss., do CPC.

Para ilustrar a exposição, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁸ é oportuna e clara, ao invocar a Constituição Federal em relação ao direito de ação e de defesa, como direitos e garantias constitucionais, dizendo ele:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Agora, a seguinte passagem do magistério de LIEBMAN²⁹ tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional Brasileiro, quanto à natureza e função teleológica da ação, como direito de pedir a tutela jurisdicional, lecionando, *verbis*:

O poder de agir em juízo e defender-se de qualquer pretensão de outrem, representa a garantia fundamental da pessoa, para a defesa de seus direitos e competem a todos, indistintamente, pessoa física e jurídica, brasileiros e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, que pertencem, por isso, à categoria dos denominados direitos cívicos.

²⁸ *Op. cit.*, p. 411.

²⁹ Cf. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vols. I/10 e 11, *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 411.

As lições do jurista valem pela clareza e objetividade explicativas; fáceis de entendimento e compreensão. Portanto, a ação é o direito público subjetivo que tem a pessoa, titular de um direito privado subjetivo, de pedir ao Estado a tutela jurisdicional, a fim de restaurar aquele direito violado. É na ação executiva que o credor pede ao Estado/Juiz que, no processo instaurado, obrigue o devedor inadimplente a pagar o devido, ou seja, a cumprir a obrigação civil (decorrente de um ato negocial ou sentença judicial) ou tributária (decorrente dos tributos), instituída por lei e representada pelo título executivo fiscal.

O escopo da execução fiscal ou comum é a cobrança e satisfação do crédito comum ou tributário, em favor do credor(a), contra o devedor inadimplente. E a finalidade da execução do crédito tributário, que se dá na ação de execução fiscal, é a prática de atividades coercitivas do Estado/Juiz, em substituição ao credor, a fim de que o Estado/Credor – A Fazenda Pública – recupere o seu direito de crédito, sendo o que lhe interessa, como se o devedor tributário cumprisse, e porque não cumpriu, *sponte suo*, a obrigação tributária, fora do processo. Não cumprindo a obrigação devida ou o crédito tributário do Estado, com o pagamento devido, o Estado compele o devedor a fazê-lo coercitivamente. Satisfeita a credora, pelo recebimento (satisfação da dívida), a ordem jurídica foi restaurada, o que configura o cumprimento da sanção legal, atingidas as finalidades, reparatoria e satisfativa da execução, *in casu*, na execução fiscal.

Na execução civil ou geral, de igual modo, o devedor comum será forçado a pagar o crédito comum, de sua responsabilidade, ao credor, sob pena de penhora e venda pública dos seus bens, até o quanto necessário para a satisfação da dívida. A hasta pública é a forma de venda pública, onde serão vendidos e comprados os bens penhorados do devedor. Seja a execução fiscal ou particular, para que com o produto da venda seja pago o crédito da parte exequente (da Fazenda Pública ou do particular). Diz-se que os bens do devedor vão à hasta pública, quando os bens penhorados forem levados à arrematação, se antes não forem adjudicados. Os atos de arrematação são regulados pela LEF (arts. 22, 23 e 24) c/c as disposições do CPC (arts. 686 e ss.).

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA³⁰, nesse sentido, também diz da finalidade da execução, *verbis*:

A execução forçada tem por finalidade a satisfação do direito do credor, e não a definição para o caso concreto, do direito de uma das partes. Isto é, não é objetivo da execução forçada determinar quem tem razão. Pode-se dizer, assim, que, visualizada a tutela jurisdicional como resultado, na execução forçada tal ocorrerá, normalmente, com a entrega do bem devido ao credor.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³¹, dissertando sobre o caráter jurisdicional da execução, proclama que: “A finalidade do Estado, no processo de execução, é a busca de um resultado que o próprio obrigado deverá realizar e só à falta dessa realização é que os órgãos públicos (em princípio) intervêm. Nisso reside o caráter substitutivo da atividade estatal na execução.”

Por fim, pode-se dizer que a execução judicial é uma espécie de tutela jurisdicional que visa à satisfação do crédito devido pelo devedor ao credor, incidindo a coação judicial em seus bens, tantos quantos bastem e necessários ao cumprimento da obrigação. Do magistério de LEONARDO GRECO³², colhe-se como definição e natureza jurídica da execução, que:

Pode-se definir a execução como a modalidade de tutela jurisdicional consistente na prática pelo Juiz ou sob o seu controle de uma série de atos coativos concretos sobre o devedor e sobre o seu patrimônio, para à custa dele e com ou sem o concurso da sua vontade, tornar efetivo o cumprimento de prestação por ele inadimplida, desde que previamente constituída na forma da lei.

Portanto, a ação executiva fiscal, acrescente-se, é o modo processual posto à disposição do Estado – credor –, contra o contribuinte ou responsável – devedor –, para a cobrança do crédito tributário devido (representado pelo título executivo) sob coação

³⁰ *Processo de Execução, série Processo de Execução e Assuntos Afins*, vol. 2, Coord. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier: Revista dos Tribunais/SP, 2001. p. 510.

³¹ *Execução Civil*: Malheiros Editores/SP, 7ª ed., revista e atualizada, 2000, n. 115, p. 190.

legal, que incide sobre este e seus bens. É um direito subjetivo do Estado, utilizável por sua iniciativa (princípio da iniciativa das partes), obedecidos os procedimentos legais e o devido processo legal (*due process of law*). Impulsionado pelo juízo (princípio do impulso oficial), o Estado/Juiz substitui o credor, tudo o que se extrai, também, do magistério de ENRICO TULLIO LIEBMAN³³: “A natureza jurídica da ação executiva caracteriza-se por sua finalidade e não por seus pressupostos. O processo, iniciado por ato executivo e continuado depois pelos atos sucessivos, deve ser considerado em sua unidade e, portanto, definido como processo executivo.”

Igualmente, em favor do executado e como resistência à pretensão executiva, protege-lhe o direito de oferecer defesa, em toda a sua plenitude, nos termos da *Carta Magna*, vindo a jurisprudência e a doutrina a interpretar a norma ensejadora desse direito, consagrado nas constituições de todos os países de orientação democrática, inclusive o Brasil, o que constitui os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como o princípio do devido processo legal, todos contidos no art. 5º, inc. LV, da norma fundamental, adiante transcritos.

3. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES LEGAIS DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL

A ação executiva fiscal, que se realiza no processo judicial tributário, está regulada, especialmente, na Lei das Execuções Fiscais, nº 6.830/80 e, subsidiariamente, nas disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73, arts. 566 e ss.), como está disposto no art. 1º daquela lei especial – LEF: “A execução judicial, para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias, será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

³² *Op. cit.*, vol. I, Renovar/RJ, 1999. p. 164.

³³ *Op. cit.*, p. 25.

Dá-se a relação jurídica, no processo de execução fiscal, entre a Fazenda Pública (da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e respectivas Autarquias) e o contribuinte devedor ou o responsável tributário. A demanda, que tem como exequente a Fazenda Pública, que tem a Certidão da Dívida Ativa como fundamento e que se configura como título extrajudicial, a teor do art. 585, VI do CPC, pugna e se realiza, para a sua eficácia e validade, pelos mesmos pressupostos e condições gerais e específicos do processo comum e do processo de execução geral. Daí que, “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, como diz o art. 3º do Estatuto Processual Civil, equiparada a Fazenda Pública ao particular, em qualquer relação jurídico-processual, nesse aspecto.

A Certidão da Dívida Ativa, dotada de liquidez, certeza e exigibilidade, por força de uma presunção legal, a teor do art. 3º da LEF, constitui o título executivo devido à Fazenda Pública (art. 585, VI, do CPC) e que servirá a aparelhar a execução. Ela, a Certidão da Dívida Ativa, constitui os créditos tributários inscritos de acordo com a Lei das Execuções Fiscais (nº 6.830/80) e a Lei nº 4.320/64, que disciplinam a constituição dos créditos tributários e não-tributários, dispondo o seu art. 2º daquela, *verbis*: “Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que institui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.”

Deflui, daí, que não só o título de crédito tributário, representado pela Certidão da Dívida Ativa, fundamenta a execução fiscal. Outros créditos, denominados não-tributários, poderão formatar o documento creditório e embasar a execução fiscal. A dívida ativa é aquela definida no art. 201 do CTN, como disposto: “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

A dívida ativa origina-se da instituição dos tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria (art. 145, I a III da CF/88); os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais (art. 3º do CTN); as multas tributárias, moratórias ou penais (art. 134, Parágrafo Único, do CTN); e os juros de mora, que forem acrescidos ao crédito principal (arts. 161 e 201 do CTN). Nenhuma ação executiva pode ser ajuizada sem o título executivo anexo, seja judicial ou extrajudicial. O título executivo fundamenta a execução, sendo o que contém o art. 583 do Código de Processo Civil e o art. 6º da Lei de Execução Fiscal, respectivamente em termos:

- a) Art. 583 do Código de Processo Civil:
Toda execução tem por base título judicial ou extrajudicial.
- b) Art. 6º da Lei de Execução Fiscal:
§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.
§ 2º - A petição inicial e a Certidão da Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

Qualquer ação executiva que não tiver base em um título executivo (judicial ou extrajudicial), deverá ser indeferida liminarmente. E, se ultrapassada a análise preliminar, pode ser declarada, pelo juiz, a nulidade, a qualquer tempo. Por título executivo, magistra CECÍLIA M. VEIGA³⁴:

Entende-se o documento que, ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução, como precedendo o objeto, os limites e a extensão da execução; o título executivo qualifica o credor, ao mesmo tempo que dá poderes a este para efetivar a regra sancionadora especificada na sentença condenatória, quando a execução é fundada em título judicial.

Válida a definição, a qualquer espécie de título de crédito, porque ali se enumeram todos os requisitos essenciais e não essenciais. Em grande lição, anota-se a definição de CESARE VIVANTE³⁵, mestre italiano, ao definir o título de crédito: “Título de crédito é um documento necessário ao exercício do direito nele mencionado,

³⁴ *Execução e Embargos*: Desafio Cultural Editora/SP, 2001, p. 41.

dotado dos requisitos essenciais e não-essenciais, que servirá como papel de circulação cambial e base de execução, por falta de pagamento, no vencimento.”

A execução fiscal, ou comum, fundar-se-á em um título de crédito tributário e não-tributário ou comum. Repita-se: título de crédito exeqüível é aquele dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, na forma do art. 586 do CPC). O título é líquido quando o valor está previamente determinado, consignando o valor monetário; é certo quando sobre este título não se apresentar nenhuma dúvida quanto à obrigação dele originada; e é exigível quando não pender sobre este título nenhuma condição ou termo. O título de crédito executivo devido à Fazenda Pública é a Certidão da Dívida Ativa, a representar os créditos inscritos em conformidade com o art. 2º da Lei nº 6.830/80.

ARAKEN DE ASSIS³⁶, ao tratar dos pressupostos processuais da execução fiscal, leciona, em complemento, que:

A demanda executória da Fazenda Pública, baseada na Certidão da Dívida Ativa (art. 585, VI), gera uma relação jurídica que reclama, para sua existência, validade e eficácia, os pressupostos gerais e específicos do processo, em geral, e os do processo executivo, em particular. Esses aspectos já foram amplamente tratados.

Presentes esses requisitos, o título torna-se exeqüível, isto é, está em condições de ser instrumento de cobrança judicial, por meio da ação executiva – execução geral ou fiscal.

Em relação às condições da ação, o Código de Processo Civil dispõe que: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

³⁵ *Apud*, REQUIÃO, Ruben, *Curso de Direito Comercial*: Saraiva/SP, 3ª ed., 1973. p. 382.

³⁶ *Op. cit.*, p. 834.

Ademais, o art. 7º consigna a capacidade processual, como elemento da ação, sem o que ela não prospera, *ab initio*, dispondo que: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.”

A capacidade ativa para demanda executória é da Fazenda Pública. No pólo passivo estará o devedor tributário. Baseada na Certidão da Dívida Ativa (art. 585, VI), constituir-se-á uma relação jurídica que reclama, para sua validade e eficácia, os pressupostos gerais e específicos do processo, em geral, e os do processo executivo, em particular. A Lei nº 6.830/80 adicionou, porém, várias particularidades, imbuída do espírito fiscalista e criou alguns problemas perfeitamente dispensáveis.

A possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, traduz-se pela compatibilidade do pedido com a norma de direito, o que ausente impõe-se a extinção do processo, na forma do art. 267, inc. VI, do CPC, configurando-se como condição jurídica uma relação fato-norma.

Assim, pois, as mesmas condições e pressupostos exigidos para se propor ações de conhecimento (cognição), são também os mesmos para as demais espécies de ações, seja executiva, cautelar ou de procedimentos especiais.

As disposições retro, do estatuto processual, elencam as figuras ou sujeitos da relação jurídica processual, dotadas de legitimidade, no processo de execução geral e especial – execução fiscal, verberando o art. 566, do Código de rito:

Podem promover a execução forçada:

I – O credor a quem a lei confere título executivo;

II – O Ministério Público, nos casos previstos em lei.

Ainda há a legitimidade ativa superveniente, como gizado no art. 567 do CPC:

Podem também promover a execução ou nela prosseguir:

- I – O espólio, os herdeiros ou sucessores do credor, sempre que por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;
- II – O cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transmitido por ato entre vivos;
- III – O sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Podem, ainda, promover a execução ou nela prosseguir, como parte legitimada, a massa falida, através do seu síndico; a herança jacente ou vacante, através do seu curador, com assistência do Ministério Público; e o árbitro, nos casos de execução de sentença homologatória dos honorários.

No pólo passivo da ação executiva, estão aqueles sujeitos passíveis de ação executiva, como elencados no art. 568 do CPC:

São sujeitos passivos na execução:

I – O devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II – O espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III – O novo devedor que assumir, com o consentimento do credor, a obrigação resultante de título executivo;

IV – O fiador judicial

V – O responsável tributário.

Da análise da disposição contida no art. 570 do CPC, surge uma execução diferente que se processa como se fosse uma Ação de Consignação em Pagamento, como regrado nos arts. 890 e ss. do CPC. Isso ocorre quando o credor recusa o pagamento ofertado pelo devedor. Nesse caso, o devedor pede ao juiz que cite o credor para vir receber o devido. Na espécie, a posição das partes se inverte, passando o credor para o pólo passivo e o devedor para o pólo ativo da ação executiva, com característica de ação de consignação em pagamento.

Nessa linha, a ação executiva fiscal tem como exequente, portanto, no pólo ativo: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas Autarquias; ao que classifica o art. 1º da LEF; e, como executado (a), assim no pólo passivo, o devedor; o fiador; o espólio; a massa falida; o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não-tributárias de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e de direito público e os sucessores a qualquer título, como elencado no art. 4º, acrescentado o § 1º que diz:

Ressalvado o disposto no art. 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou darem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.

Para concluir, ratificando a subsidiariedade das normas do Código de Processo Civil à execução fiscal, regida pela Lei nº 6.830/80, registre-se o magistério de

ARAKEN DE ASSIS³⁷, dizendo ele, ao tratar dos pressupostos processuais da execução fiscal:

A demanda executória da Fazenda Pública, baseada na Certidão de Dívida Ativa (art. 585, IV), gera uma relação jurídica que reclama, para sua existência, validade e eficácia, os pressupostos gerais e específicos do processo, em geral, e dos processos executivos, em particular; (...) A Lei 6.830/80 adicionou, porém, várias particularidades, imbuída do espírito fiscalista, e criou alguns problemas perfeitamente dispensáveis.

Dito antes, que a Certidão da Dívida Ativa constitui o título executivo, art. 585, VI, do CPC, e art. 2º da LEF, fazendo remissão à Lei nº 4.320/64, descrevem-se a constituição e inscrição da dívida ativa da Fazenda Pública, assim disposto no art. 2º, *verbis*:

Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A dívida da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não-tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato do controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez, a certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 (cento e oitenta) dias até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorre antes de findo aquele prazo.

§ 4º - A dívida ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 5º - O termo de inscrição da dívida ativa deverá conter:

I - nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

³⁷ *Op. cit.*, p. 834.

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita a atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no registro de dívida ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A certidão da dívida ativa conterá os mesmos elementos do termo de inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

§ 7º - O termo de inscrição e a certidão de dívida ativa poderão ser preparados e enumerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a certidão da dívida ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

§ 9º - O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Extraí-se, ainda, das lições de ARAKEN DE ASSIS³⁸, em boa exposição, a técnica legal sobre a Inscrição do crédito fazendário e a Certidão da Dívida Ativa:

Um dos privilégios do fisco, anota Aliomar Baleeiro, consiste em criar o seu próprio título executivo, independentemente da colaboração do devedor. Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 626). E isto se justifica porque do particular não se pode esperar colaboração voluntária e amistosa neste propósito. A atribuição legal se revela oportuna e o ato pelo qual a Fazenda credora cria o título se designa de inscrição. A inscrição se realiza no livro ou fichário do órgão administrativo, por qualquer processo manual, mecânico ou eletrônico (art. 2º, § 7º da Lei 6.830) e, na esfera federal quanto aos créditos tributários, compete ao procurador da Fazenda Nacional (art. 12, I, da Lei 7.393). Dela se extrairá um traslado designado de certidão da dívida ativa (art. 2º, § 6º), que comprovando a causa de pedir da demanda executiva, guarnecerá a respectiva inicial (art. 6º, § 2º). Da inscrição, observa Milton Flaks (comentário n. 104, pp. 90–91), se originam efeitos contábeis, pois ela facilita o controle da arrecadação e faculta a inclusão do débito, por ventura insolvindo no exercício, na previsão da receita orçamentária seguinte, a par das matérias, derivadas da criação do próprio título, e processuais (v.g., a presunção de certeza e liquidez e de prova pré-constituída, *ex vi* do art. 204, *caput* do art. CTN. Mas, o art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80 recebe críticas em dois aspectos: em primeiro lugar, confundiu lançamento e inscrição. Ademais, supôs que o mesmo órgão realizará ambos os atos. Realmente, o controle da legalidade se efetiva através do lançamento (art. 142, *Caput*. do CTN), no qual se apura o *an* e o *quantum debeatur* (Aliomar Baleeiro, *op. cit.*, p. 502, e Tavares Paes, comentários, p. 149). Quando muito, a inscrição representa um controle suplementar (Milton Flaks, comentários, n. 106, p. 93) restrito a aspectos formais (neste sentido, Milton Flaks, comentários, n. 106, p. 93, Costa e Silva, *Teoria...*, n. 201, p.61. Iran de Lima, a dívida..., p. 93, chega a função “judicante” a

³⁸ *Op. cit.*, pp. 836-838.

Procuradoria). De outro lado, o lançamento e a inscrição da dívida ativa da União, ressalvada a das Autarquias (Milton Flaks, comentários..., n. 109, pp. 97-98., Costa e Silva, *Teoria...*, n. 22, p. 66) é inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional. A inscrição dos créditos do Estado e do Município dependerá das leis locais. (...)

E, sobre a inscrição da Dívida Ativa, ARAKEN DE ASSIS³⁹, quanto aos requisitos do termo, leciona, em continuação, afirmando:

O art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 institui os requisitos do termo de inscrição. Em primeiro lugar, ele deverá conter, sob pena de nulidade, a cabal identificação dos sujeitos passivos da obrigação, ou dos seus responsáveis, e a residência ou o domicílio de um e de outros. Embora exista, quanto ao último ponto, alternativa evidente a favor da Fazenda, eventuais incorreções também implicam nulidade, principalmente se provocam prejuízos à defesa administrativa, a seguir, o termo inicial e a forma de calcular os juros moratórios, e, enfim, quaisquer encargos. Prendem-se tais exigências à necessidade de o título executivo, extraído mediante certidão deste termo, trazer consigo todos os elementos hábeis à apuração final do *quantum debeatur*, se o executado desejar remir a execução. Além disso, o termo registrará dados numéricos, para fins de seu reconhecimento administrativo (art. 2º, V e VI, e a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual – da dívida, (...)). Por fim, o termo consignará a data, referida no art. 2º, § 5º, V, princípio, cuja relevância decorre da fixação do termo inicial do prazo de 180 dias, em que, quando cabível, remanesce suspensa a fluência do prazo prescricional. Expedi-se a certidão do termo de inscrição (art. 2º, § 6º), autenticada pela autoridade encarregada do ato.

Em conclusão, repita-se, a Certidão da Dívida Ativa, inscrita na forma legal mencionada, constitui o título executivo devido à Fazenda Pública, como preconizado no art. 585, VI do estatuto processual, com o qual a ação executiva fiscal será aparelhada; e sem o qual ela será inválida. A ser o título executivo fiscal o documento indispensável à propositura da ação executiva fiscal, dispõe o art. 6º da Lei das Execuções Fiscais:

A petição inicial indicará apenas:

I, II e III – (...)

§ 1º – A petição inicial será instruída com a certidão da dívida ativa que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita:

§§ 2º, 3º e 4º – *omissis*.

³⁹ *Op. cit.*, p. 837.

Invocada a tutela jurisdicional executiva, no processo de execução fiscal, a Fazenda Pública terá o seu crédito satisfeito pelo devedor/contribuinte, sob coação do Estado, em face da sua atividade de jurisdição, no devido processo legal.

Não paga a dívida tributária, os bens do devedor serão levados à venda (hasta pública) pelo juízo e satisfeito o credor com o produto da venda judicial, através de arrematação, cuja finalidade é a transferência de bens penhorados do executado para terceiro (arrematante) ou para o exeqüente (adjudicante), cujos procedimentos estão regulados nos arts. 22 e ss. da Lei de Execução Fiscal c/c os arts. 686 e ss. do CPC. Nesse sentido, esclarece MANOEL ÁLVARES⁴⁰:

Na execução fiscal, a arrematação abrange uma série de atos processuais e procedimentais, que se desenvolvem no que se pode chamar de “fase de arrematação”, com início assim que certificado o decurso do trintídio legal sem interposição de embargos do devedor ou logo após o seu julgamento de rejeição liminar ou improcedência (ainda que tenha sido interposta apelação, dado o caráter definitivo da execução), prolongando-se até efetiva tradição (bens móveis) ou registro da carta de arrematação (imóveis, veículos, linhas telefônicas, etc.).

4. OBJETO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

A tutela jurisdicional da execução fiscal é provocada pela Fazenda Pública, quando o contribuinte ou responsável tributário não cumpre a obrigação tributária devida. Isto é, não paga o tributo. Ou seja, não cumpre a prestação que lhe compete. A finalidade da ação executiva é compelir o devedor, de forma coercitiva, a cumprir a obrigação, satisfazendo o pagamento do quantum debeatur ao credor, incidindo a coação legal sobre o devedor/contribuinte e seus bens, tantos quantos bastem a essa satisfação.

⁴⁰ *Execução Fiscal - Doutrina e Jurisprudência* -, Vladimir Passos de Freitas (Coord): Saraiva/SP, 1998, p. 384.

A coação legal começa com a citação válida e regular, ao executado, para pagar, no prazo de 5 (cinco) dias, a dívida apurada legalmente e representada pelo título de crédito originado da inscrição da Dívida Ativa, expressa na Certidão – CDA (art. 8º da LEF), ao que disposto:

O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão da Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de justiça ou edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do juízo; § 1º O executado ausente do País será citado por edital com o prazo de 60 (sessenta) dias.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁴¹ faz a distinção entre o ato citatório no processo ordinário e o ato citatório em ação de execução, dizendo: “Diversa é a função do ato citatório na execução. Nada tendo o juiz que decidir a respeito do direito do credor, a citação não é feita como convocação para que o devedor se defenda, mas sim para que pague a dívida líquida e certa provada pelo título executivo. (...)”

Não paga a dívida, após a citação, em 5 dias, serão penhorados os bens do devedor e levados a hasta pública, se persistir o inadimplemento, tudo o que disciplinado no dispositivo supra e ss. da Lei nº 6.830/80 c/c os arts. 686 e ss. do CPC. A coação tem como finalidade obrigar o devedor a cumprir a prestação, que se exaure com o cumprimento da obrigação, ou seja, com o pagamento da dívida e seus acréscimos legais (juros de mora, multa, correção monetária e outros encargos indicados na CDA), o que constitui, por fim, o objeto da execução fiscal. O executado opor-se-á à execução por meio de embargos, garantido o juízo (art. 9º da LEF), ou independentemente de penhora, nos casos informados pela Ação de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade; ou, ainda, através de outras medidas

⁴¹ *Lei de Execução Fiscal*: Saraiva/SP, 7ª ed., 2000, p. 57.

judiciais de que dispõe, *ex vi legis*, em processos dotados de autonomia especial, independentes e fora das defesas típicas do processo executório, tais como o mandado de segurança, a ação declaratória (negativa ou positiva), etc.

A execução fiscal visa a compelir o executado ao cumprimento da obrigação de pagar o devido. *In casu*, obrigar o devedor a pagar o crédito da Fazenda Pública, devidamente instituído.

Com efeito, o objeto da execução fiscal é a tutela do direito subjetivo do Estado credor. Quer dizer, é a proteção de um bem, representado pelo crédito tributário. É o crédito tributário estampado no título executivo fiscal, que, por sua vez, é originado da Certidão da Dívida Ativa, que se busca, uma vez inadimplente o devedor executado.

Enfim, o objeto da ação de execução fiscal é a entrega do crédito da Fazenda Pública, pelo devedor tributário, no devido processo legal, oferecida ao executado o direito de ampla defesa e do contraditório.

5. TÍTULOS EXECUTIVOS – FUNDAMENTOS DA AÇÃO DE EXECUÇÃO JUDICIAL

Desde a antigüidade – o comércio de Cartago e Atenas, conta-nos a história –, e nos tempos modernos, o comércio ativo emergente e seu desenvolvimento no mundo fizeram nascer um instrumento de facilitação das relações negociais, tanto na órbita das relações comerciais, como nos negócios ou relações entre particulares. Esse instrumento denomina-se crédito, que, mais hoje, exerce uma função social e que se pode definir como: Uma operação negocial, entre duas ou mais partes, onde o negócio se realiza no momento, e a obrigação se realiza no futuro.

Nas operações creditícias, o que se realiza é a troca de um objeto presente e atual por um objeto futuro. Aqui se pode traduzir o objeto negocial por *bem* ou *valor*.

Na operação a crédito ou a prazo, como se diz comumente, o proprietário do objeto troca-o (valor ou bem presente e atual) pelo compromisso de pagamento futuro (valor ou bem), com o adquirente ou comprador.

O crédito é a expressão de confiança entre o proprietário (vendedor) e o comprador (adquirente) de *valores*, que, no comércio moderno, são representados por *bens e serviços*. Economicamente, como definição, o crédito é uma negociação de uma obrigação futura. Juridicamente, o crédito é a expressão de confiança entre credor e devedor de uma obrigação, decorrente de um negócio ou de uma sentença, estampada num título, denominado título de crédito. Mas o crédito não se verifica só nas relações negociais, a dar *gênesis* aos títulos de crédito extrajudiciais. Não só é oriundo de uma obrigação assumida, em face de uma confiança concedida pelo credor/vendedor ao devedor/adquirente. Também surge quando do dever de indenizar, por danos causados a outrem, fato reconhecido por uma sentença judicial (cf. arts. 159 e 160 c/c os arts. 1518 e ss. do CC), e ao tratar de direito real. Em qualquer situação, o crédito surge de uma relação obrigacional. Na hipótese de danos causados, a obrigação surge pela necessidade de o causador do prejuízo ressarcir o prejudicado. No caso do direito real, leciona ENRICO TULLIO LIEBMAN⁴²:

É necessário esclarecer que a palavra obrigação é empregada aqui, como sempre neste curso, e em sentido mais amplo. Não é obrigação só aquela que nasce de relação obrigacional. Também o direito real, que se caracteriza pelo fato de dever ser respeitado por todos, em caso de lesão, faz surgir para aquele que o lesou ou para outrem (p. ex. o possuidor) obrigação pessoal e determinada de repor as coisas no estado primitivo: restituição da coisa, reparação dos danos causados, etc. O processo em geral, e, muito especialmente, o processo de execução, considera as relações jurídicas no momento em que ocorreu algum ato contrário ao direito; e nesta fase toda relação jurídica, qualquer que seja a sua natureza, se apresenta como sendo relação entre duas pessoas exatamente determinadas, uma delas obrigada a fazer alguma coisa em benefício da outra (Chiovenda, *op. cit.*, p. 45; Carnelutti, Cezioni, *op. cit.*, pp. 61-2). A falta de cumprimento desta obrigação é que torna necessária a execução.

Os elementos do crédito são a confiança e o tempo, posto que sem a confiança mútua, entre o vendedor do bem ou serviço e o comprador, durante certo espaço de

tempo, não há de se falar em crédito, como definido: “A confiança é a aceitação da promessa de pagamento futuro, ao comprador da mercadoria, pelo vendedor da mercadoria; e tempo, constituindo o prazo ou intervalo, é o período que medeia entre a prestação presente e atual, e a prestação futura.”⁴³

A função social e econômica do crédito é imensurável, desde os tempos antigos, e mais a partir do século XVIII, com as revoluções comercial e industrial e a expansão do comércio nacional e internacional. Presta ele importantes serviços à economia e à produção, pois que, embora não produza capital, propicia uma sua melhor utilização na circulação da riqueza existente, representada pelo capital.

Objetivamente, o crédito é materializado e expressado no *título de crédito*. O título de crédito é uma cártula ou papel que, repetimos: “É um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”, na lição de Cesare Vivante. Todo título de crédito é um documento, embora nem todo documento seja um título de crédito. É comum, e se vê na vida de cada um, nos pequenos, nos médios e nos grandes negócios – negócios econômicos e negócios jurídicos – a circulação de bens, serviços e capitais, em que as relações negociais e econômicas se realizam com a emissão de um título de crédito, nas suas várias espécies (cheque, duplicata, letra de câmbio, nota promissória, ações etc.), a exemplo da compra e venda e das sentenças que obrigam ao cumprimento das obrigações pactuadas ou por prática de atos ilícitos.

Esses fatos e atos jurídicos estão cada dia mais presentes nas atividades do homem destes tempos, quer nos pequenos ou nos grandes negócios. A expansão e crescimento do comércio geral e da indústria exigem, maiormente, a utilização do crédito e do título que o representa, como instrumento prático da circulação da moeda; esta representativa de mercadorias e serviços.

⁴² *Op. cit.*, p. 7.

⁴³ BORGES, João Eunápio, *Títulos de Crédito*: Forense/RJ, 2ª ed., 1971, p. 7.

Com efeito, o crédito tributário, que se configura pelo aparecimento de situações que produzem o fato gerador, ou fato imponible, implicando na incidência tributária e a criar uma relação jurídica Fazenda Pública/Fisco *versus* contribuinte ou responsável tributário, é *instituído* pelo lançamento (criado, pois, o tributo devido), como definido no art. 3º do CTN. Instituído e exigível administrativamente, o crédito tributário, representado no título de crédito, pode-se dizer, título de crédito fiscal-tributário, a Fazenda Pública, como credora, passa a exigir (cobrar) do contribuinte devedor o que entende ser o seu direito; no caso, direito ao crédito tributário, estampado no título.

HUGO DE BRITO MACHADO⁴⁴ explica que:

A constituição do crédito tributário é da competência privativa da autoridade administrativa. Só esta pode fazer o lançamento. Ainda que ela apenas homologue o que o sujeito passivo fez, como acontece nos casos do art. 150 do CTN, que cuida do lançamento dito por homologação.

É o tributo que cria um vínculo jurídico e que liga duas pessoas jurídicas – constituindo uma relação de direito que incide sobre um fato gerador ou fato imponible, porque diz respeito à vontade do Estado/Fisco e à situação do contribuinte/responsável. Daí surgem o “sujeito ativo” da obrigação, que é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento – como definido no art. 119 do CTN (Código Tributário Nacional); e o “sujeito passivo” da obrigação principal – contribuinte ou responsável tributário – e acessória, que são as pessoas obrigadas ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária e aquelas obrigadas às prestações que constituam o seu objeto, respectivamente, como disposto nos arts. 121, Parágrafo Único, I e II e 122 do CTN.

A regra estatuída no Código Tributário Nacional (Título III, Cap. I) dispõe sobre a origem e constituição do crédito tributário, assim contendo:

Art. 139 - (...)

⁴⁴ *Curso de Direito Tributário*: Malheiros Editores/SP, 12ª ed., 1997, p. 119.

I - O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Do magistério de HUGO DE BRITO MACHADO⁴⁵, colhe-se ainda que:

Na terminologia adotada pelo CTN, crédito tributário e obrigação tributária são coisas distintas. Em primeiro lugar, a lei descreve a hipótese em que o tributo é devido. É a hipótese de incidência. Concretizada essa hipótese pela ocorrência do fato gerador, surge a obrigação tributária, vale dizer o vínculo jurídico por força do qual o particular sujeita-se a ter contra ele um lançamento tributário. O crédito decorre da obrigação e tem a mesma natureza (CTN, art. 139): O crédito tributário, portanto, é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional).

A obrigação tributária, vale dizer o poder jurídico de criar o crédito tributário, não é afetada por qualquer circunstância capaz de modificar o crédito tributário, sua extensão, seus efeitos, mas garantias e privilégios a ele atribuídos ou excluir sua exigibilidade (CTN, art. 140). O crédito tributário como realidade formal pode ser afetado sem que o seja a sua substância.

Os títulos de crédito comuns (judiciais e extrajudiciais), que nascem de uma sentença judicial ou de uma relação negocial (ou um fato), fundamentam a ação executiva comum e a ação executiva fiscal, sem os quais, a ação não prosseguirá. É o que dispõe o art. 583 do CPC: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 118-119.

Relativamente ao título de crédito fiscal, como fundamento da ação de execução fiscal, diz o art. 6º da Lei de Execução Fiscal em seus §§ 1º e 2º:

§ 1º - A petição inicial será instituída como a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante;

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por meio eletrônico.

As espécies de títulos, inclusive o título executivo fiscal, estão elencadas na norma processual civil, listando-os o art. 584:

a) São títulos executivos judiciais:

I - a sentença condenatória proferida no processo civil;

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;

IV - a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;

V - o formal de partilha.

b) São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos de hipotecas, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

IV - o crédito decorrente de foro laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargos de condomínio desde que comprovado por contrato escrito;

V - o crédito e serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei.

VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribui força executiva.

Como se vê, a Certidão da Dívida Ativa constitui título executivo da Fazenda Pública. E porque originado de relação obrigacional tributária, é denominado título executivo fiscal. Fiscal porque representa título de crédito do Fisco, como se

denominam, também, os entes políticos titulares do crédito tributário (União, Fazenda Nacional; Estado membro, Fazenda Estadual, Município, Fazenda Municipal, Distrito Federal, Fazenda do Distrito Federal).

Dito antes sobre o título executivo, como a fundamentar a execução fiscal, está gizado na lei que regula a execução fiscal (nº 6.830/80), em seu art. 6º, que:

A petição inicial indicará apenas:

I - O juiz a quem é dirigida;

II - O pedido; e

III - O requerimento para a citação;

§ 1º - A petição inicial será instruída com a certidão da dívida ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita;

§ 2º - A petição inicial e a certidão da dívida ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

No Título I, Cap. II, Livro II do CPC, que trata da execução em geral e da competência, nos arts. 575 e 576, consignam-se os títulos judiciais e extrajudiciais como fundamento da execução. Quanto ao juízo competente para o processamento da ação executiva, lê-se no 1º artigo citado:

A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:

I - os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo que homologou a sentença arbitral;

IV - o juízo cível competente, quando o título executivo for a sentença penal condenatória.”

E, no segundo (art. 576), assim se lê: “A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, na conformidade do disposto no Livro I, Título IV, Capítulos II e III.”

Mais explícita é a disposição legal, contida no art. 583 do Código de Processo, quanto ao título de crédito, fundamento da execução, *verbis*: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

De tudo decorre que, para as execuções comuns por título judicial ou extrajudicial, e fiscal por título extrajudicial, serão elas instruídas com os devidos títulos executivos – comuns ou fiscais –, perante o juízo competente, a partir da petição inicial, de iniciativa do credor(a) – particular ou a Fazenda Pública –, pois é vedada a tutela executiva *per officium judicis*. A iniciativa da parte de propor a execução judicial é exigência legal e abrange todo e qualquer processo civil, assim pugnando o art. 262 do CPC: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

Vale ser transcrita a disposição legal, porque tem relação com ser o título executivo o fundamento da execução civil ou fiscal, o que dispõe o art. 283 do diploma processual, *verbis*: “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

São normas cogentes ou imperativas; que obrigam; e que se não observadas, são reclamadas e punidas com a pena de indeferimento da inicial e conseqüente extinção do processo, sem julgamento do mérito, *ex vi* do art. 267, inc. IV, c/c os arts. 282, 283, 284 e seu Parágrafo Único, quando dado pelo juiz o prazo de 10 dias, não for ela emendada, a teor do art. 284, Parágrafo Único do mesmo estatuto de rito.

A iniciativa das partes é princípio informador do processo judicial. A inação da parte em não ajuizar a demanda, pode significar a renúncia ao direito, e, verificada esta, por um lapso temporal, fixado na lei, acarretará uma declaração judicial de prescrição ou de decadência, que se traduz pelo perecimento de direitos.

Ao tratar especificamente das diversas espécies de execução, no Título II, Cap. I, Livro II, o Código de Processo Civil dispõe, ainda e mais enfaticamente, sobre o título executivo, como base da execução e sua importância para a regularidade e prosseguimento do processo executivo. E, assim, contém-se o art. 614:

Cumpra ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

I – com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença (art. 584);

II – com a prova de que se verificou a condição ou termo.

E, oportunamente, o art. 616 determina a correção de qualquer irregularidade quando do ingresso da demanda executiva, pelo (a) exeqüente, rezando o dispositivo: “Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.”

5.1. TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – FUNDAMENTOS DA EXECUÇÃO CIVIL

Em Roma antiga, no processo de execução, o credor que fosse detentor de um título representado por uma sentença, usava-o contra o devedor e seus bens de forma direta e pessoal. No final da Idade Média, com o surgimento das mudanças e o crescimento do comércio e da indústria, provocados pelas revoluções comercial e industrial, e, conseqüentemente, das relações mercantis, os títulos portados pelos particulares foram equiparados aos títulos representados pelas sentenças dos juízes, os quais serviam a fundar a execução contra o devedor impontual, ou seja, inadimplente em relação ao pagamento.

O revogado Código de Processo Civil de 1939 tratava de duas espécies de ações executivas: a ação executiva propriamente dita, ou execução por título extrajudicial e fundada em título extrajudicial; e a ação executória, fundada em título judicial, extraído este de uma sentença judicial, no processo de conhecimento.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11.1.73 (publicada no DOU de 17.1.1973), as ações executivas foram unificadas, fundadas no princípio da unidade do título, que é a base da execução, como regrado no

art. 583 do CPC, que reza: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

Por conseguinte, ausente o título, a execução é nula (*nulla executio sine título*), como contido no art. 618, I, do mesmo códex: “É nula a execução: se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586).”

A faltar qualquer requisito essencial, o título é, pois, inexecutável. Então, unificadas as ações executivas, são elas nominadas de ação executiva (ou de execução forçada) e executória, que se constitui como continuação ao cumprimento da decisão, no processo de cognição. E tantas outras denominações podem ser emprestadas ao termo execução, que não atrapalham a idéia única da ação executória da executiva. Nem mesmo aquelas de procedimentos especiais reguladoras dos juizados especiais (Lei nº 9.099/94) e das execuções fiscais (Lei nº 6.830/80), sendo aplicável a lição de ARAKEN DE ASSIS⁴⁶, ao afirmar:

No código atual, opera-se a unificação das vias executivas, fundada no princípio do título (retro 10.2). Toda execução se baseia em título executivo (art. 583), judicial ou extrajudicial, os quais de resto, ostentam idênticas qualidades (art. 586, *caput*). Assim, a existência de ritos especiais (p. ex. o do crédito fiscal, contemplado na Lei 6.830/80; o das causas de menor expressão econômica, (arts. 52 e 53 da Lei 9.099/94) não rompe a base ideológica única da ação executória: dotou o legislador de procedimento específico a expropriação de bens para satisfazer aqueles créditos.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁷, lecionando sobre a unificação das execuções judiciais, afirma no mesmo sentido:

Hoje, porém, está unificada a execução. Na trilha de uma tendência já muito antiga no direito europeu (séc. XVI), eliminou-se a nossa chamada ação executiva e fez-se com que os títulos extrajudiciais tivessem a mesma eficácia dos judiciais de modo que toda execução é realizada, no direito brasileiro vigente, como a que se funda em sentença condenatória.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 179.

Isso posto, a execução executiva judicial tem por base o título judicial ou extrajudicial. Os títulos de crédito judicial, que embasam a ação executiva judicial, são aqueles documentos que representam uma sentença judicial, e que estão alinhados no art. 584 do Código de Processo Civil, sendo eles:

- I – a sentença condenatória proferida no processo civil;
- II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;
- IV – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;
- V – o formal e a certidão de partilha.

A disposição contida no art. 584, supra, enumera uma série de sentenças, que formam títulos executivos (sentenças cíveis, penais, arbitral e homologatória; e estrangeiras homologadas pelo STF.), fazendo inserir o formal e a certidão de partilha, porque estes se apresentam como a sentença que julga a partilha de bens, no processo de inventário e se contém como se a sentença fosse. O seu reconhecimento, como tal, é referido no inc. V, Parágrafo Único, ao dispor: “Os títulos a que se refere o nº V deste artigo têm força executiva exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título universal.”

Isso quer dizer que a certidão ou formal de partilha figura como título ao portador, decorrente de uma sentença em inventário de bens, a beneficiar aquelas figuras ali descritas, como titular do crédito, representado pelo quinhão hereditário estampado no documento. A sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, § 1º do CPC). É que a sentença em inventário encerra o processo, mandando que se extraia certidão e formal de partilha, em favor dos interessados, para fazerem valer os seus direitos (partilha, divisão, alienação, transcrição e registro de quinhão, etc.).

A sentença que constitui o título executivo judicial é o provimento decisório que extingue o processo. No caso, proclama uma decisão condenatória, seja no processo

civil, seja no processo penal, a impor, por coação, o cumprimento da obrigação representada na sentença judicial.

O título de crédito judicial é extraído do processo de conhecimento (ou cognição), o que não ocorre com as sentenças que se contêm nos processos que reclamam uma decisão declaratória ou constitutiva de direito. A disposição do art. 584 do CPC é taxativa, ao excluir as sentenças de cunho declarativo e constitutivo, em sua relação.

Contudo, de realce, vale clarear que nas sentenças de cunho não condenatório, mas de eficácia condenatória, tanto no processo cautelar (que reclama um provimento sentencial cautelar) como no processo de execução, surge uma obrigação a ser cumprida. É o que ocorre nas ações de busca e apreensão (de cunho satisfativa); e de alimentos provisionais.

No processo de execução, por exemplo, quando ocorre a extinção da execução ou da ação cautelar, em face de alegada decadência ou perda da eficácia da liminar, a sentença determina o pagamento de custas e honorários advocatícios. *In casu*, na sentença, como consequência ou efeito, consigna-se o dever da parte de pagar perdas e danos. E, portanto, há condenação ao efeito do art. 584, “I: São títulos executivos judiciais: a sentença condenatória, proferida no processo civil; (...) Ademais, o termo ‘sentença’ empregado no art. 584, I, mostra-se passível de exegese compreensiva. (...)”. Com isso, evidencia-se que as decisões interlocutórias, principalmente sob formas de liminares, franqueiam acesso à execução forçada. Logo, a nota fundamental do art. 584, I, reside, concretamente, na eficácia condenatória do ato decisório, e não na sua tipificação legal (arts. 162 e 163). A respeito, essa é a lição explicativa e interpretativa do mestre ARAKEN DE ASSIS.⁴⁸

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 146.

5.2. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – FUNDAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

O título de crédito é uma cártula, ou documento, onde se inserem direitos e obrigações entre as partes que firmaram e formataram o ato negocial (título extrajudicial); ou a sentença judicial condenatória, ou com eficácia de condenação, que obriga o condenado a uma prestação (título judicial). O título extrajudicial dispensa uma sentença condenatória que obrigue as partes, posto que ao ser formatado na forma legal, por si só já tem força executiva, tornando lei *inter pars*. O título de crédito – judicial ou extrajudicial – “é um documento necessário ao exercício do direito nele mencionado”, lembra Cesare Vivante.

Para JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴⁹, como definição:

Título executivo judicial é a denominação dada à prestação típica provida de força executiva, quando certa líquida e exigível. Trata-se de prestação típica, porque não há título executivo sem disposição expressa de lei. Indica esta qual a prestação que integra o título executivo e, ao mesmo tempo, dá os contornos formais deste. Portanto, se a prestação e respectivo instrumento se subsumem na descrição legal, configurado se acha o título executivo.

Como instrumento a aparelhar a execução, deve o título estar rigorosamente formado (requisitos essenciais e não essenciais), porque, se assim não for, deixa de ser líquido, certo e exigível e, por conseguinte, inexecutível. Não pode, nesse caso, servir a aparelhar a execução. O art. 585 do CPC enumera as várias espécies de títulos executivos extrajudiciais, sendo eles:

- I - letra de câmbio, nota promissória, debênture, duplicata e cheque;
- II - instrumento público ou particular de confissão de dívida;
- III - contratos de caução e seguros de vida e acidentes pessoais;
- IV - rendas imobiliárias e encargo de condomínio;
- V - custas, emolumentos e honorários de auxiliares do juiz;
- VI - certidão da dívida ativa da Fazenda Pública;

⁴⁹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol.V: Campinas Millennium/SP, revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1999, p. 17.

VII - títulos previstos em leis extravagantes.

Os títulos de crédito são formados em cédulas ou papel e se constituem em um documento que representam um direito de crédito. São criados de acordo com a lei para definir uma relação jurídica obrigacional, decorrente de um negócio jurídico ou de uma decisão judicial. Elencados, pois, no estatuto processual e nas leis extravagantes, firmam um liame jurídico de compromisso entre o devedor e o credor. Sendo um compromisso com vencimento futuro, somente à falta desse pagamento, no prazo fixado, a norma legal autoriza a execução judicial do título contra o devedor inadimplente. Quer dizer, a falta do pagamento no vencimento, ou inadimplemento, é pressuposto da ação executória. Tratando-se de pressuposto para a execução, cabe ao juiz observar a existência do inadimplemento. Obviamente, não se trata de pressuposto processual, mas de pressuposto de fato da execução, fato constitutivo da demanda executória, ou pressuposto prático da execução, como na lição de LIEBMAN⁵⁰ que afirma, em síntese: “A situação de fato que pode dar lugar à execução consiste sempre na falta de um cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado.”

5.3. INSTITUIÇÃO E REQUISITOS DO TÍTULO DE EXECUÇÃO FISCAL

A fonte dos títulos de crédito, em regra, é a manifestação de vontades entre duas ou mais partes, em uma relação obrigacional, ou decorrente de uma imposição decisória, extraída de sentença judicial, num processo de conhecimento. Trata-se de títulos de crédito comuns que ligam devedor e credor, por força do contrato ou da lei e da sentença, pelos quais as partes que celebram um negócio neles fixam direitos e deveres. Em relação ao título decorrente de sentença, obriga-se o devedor a cumprir a prestação em face de descumprimento de um dever, por dolo ou culpa, nascido da prática de um ato ilícito, civil ou penal.

Nesse caso, o título de crédito comum nasce ou é instituído, sem maiores formalidades, no momento em que as partes – credor e devedor –, ao celebrarem o

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 6.

negócio jurídico, confirmam o compromisso que os vincula, o qual, depois de celebrado, deverá ser respeitado, quanto ao que nele se contém. No caso de inadimplemento, a parte credora dele fará uso para embasar a cobrança judicial, por meio da ação executiva, até a satisfação do crédito, ou seja, até o limite do bem ou valor que lhe fora retirado pelo devedor, ou de uma sentença judicial, em que o devedor fora condenado pela prática de uma ação, civil ou penal, contrária à lei.

Quanto ao título de crédito executivo fiscal, para a sua instituição, várias situações se apresentam. Primeiro, o título de crédito fiscal, ao contrário dos demais títulos civis ou comuns, não nasce da vontade de partes que praticam atos negociais, entre si; a dois, a relação que origina o título de crédito fiscal se dá entre o Fisco/Estado e o contribuinte ou responsável tributário, em face de uma obrigação tributária e de um crédito tributário, nascido este por força de lei. Isto é, a lei institui as situações fáticas que geram o tributo e, a seguir, a forma de instituir a obrigação tributária que o representa, para efeito de torná-lo crédito do Estado e débito do Contribuinte. É verdade que o crédito tributário nasce com o lançamento – que é a atividade administrativa de inscrever a dívida nos registros da receita fazendária –, apesar de algumas opiniões contrárias afirmarem que o crédito tributário nasce com o surgimento do fato impositivo ou fato gerador.

Mas, recorramos à Lei nº 6.830/80, que é a norma básica da execução fiscal e vamos anotar que o título de crédito fiscal é: *a Certidão da Dívida Ativa da Fazenda Pública* (art. 585, VI, do CPC). A Certidão da Dívida Ativa é extraída da inscrição da dívida em registro, ou livro, o que define o art. 2º da LEF:

Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17.03.64, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

E complementa a disposição no § 1º: “Qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública.”

Com efeito, a dívida ativa da Fazenda Pública diz-se tributária ou não-tributária, como definidas na Lei nº 4.320/64, com a redação que lhe dá o Dec.-Lei nº 1.735/79, com vigência em 1/1/80, e depois escriturada como crédito, dispondo o art. 39: “Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não-tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.”

Como consequência, em face da inadimplência do devedor, incidirão sobre o crédito tributário principal, originado da dívida ativa da Fazenda Pública, multa, juros e correção monetária, se for o caso, nos termos do § 2º da LEF, *verbis*: “A dívida ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não-tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos em lei ou contrato.”

A natureza jurídica do lançamento tributário já foi objeto de grandes divergências doutrinárias. Hoje, porém, é praticamente pacífico o entendimento segundo o qual o lançamento não cria direito. Seu efeito é simplesmente declaratório. Entretanto, no CTN, o crédito tributário é algo diverso da obrigação tributária. Ainda que, em essência, o crédito e a obrigação constituam a mesma relação.

Do enunciado contido no art. 2º da Lei nº 6.830/80, extrai-se, pois, que a dívida se reparte em dupla natureza: natureza tributária e natureza não-tributária. Tem natureza tributária quando originária de obrigação, legalmente instituída, em favor da Fazenda Pública, relativa a tributos, seus adicionais e multas, como anotadas no registro da repartição administrativa, após o prazo de pagamento, fixado por sentença judicial transitada em julgado ou pela lei. Quanto à dívida ativa não-tributária, esta se expressa nos créditos oriundos de contribuições fixadas em lei, empréstimos compulsórios, multas, com exceção das multas tributárias, juros, laudêmos, aluguéis ou taxas de

ocupação, custas processuais, preços de serviços, indenizações, reposições, restituições, alcances do responsável; ainda os créditos oriundos de obrigações em moeda estrangeira, de contratos, ou operações de financiamento, ou sub-rogações de garantia, hipoteca, fiança ou aval, que sejam impagos à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou suas Agências Financeiras. (*ex vi* do art. 201 do CTN, c/c o art. 39, § 2º da Lei nº 4.320/64, com a redação introduzida pelo art. 1º do DL nº 1.735/79).

JAMES MARINS⁵¹, ao lecionar sobre a instituição da dívida ativa, gênese do título executivo extrajudicial, afirma:

A autotutela da administração tributária encerra-se com a formação do título executivo extrajudicial, que se procede através da inscrição do crédito tributário definitivamente lançado e não pago, corporificando a denominada Certidão da Dívida Ativa, CDA, que aparelhará a execução fiscal. A execução forçada dos bens do devedor dá-se, no Brasil, através da ação própria (disciplinada pela Lei 6.830/80), que deve ser proposta pela Fazenda Pública, perante o Poder Judiciário.

Dos requisitos da Certidão da Dívida Ativa: A CDA é extraída dos registros – livro próprio ou arquivo virtual – e é o documento que formata o título executivo e lhe dá caráter de executoriedade. A inscrição da dívida ativa é a atividade da administração que, obedecidos os requisitos legais, criará o título de crédito fiscal, fundamento da execução fiscal, a ser promovida pela Fazenda Pública, e perante o juízo competente, como está disciplinado no art. 578, que dispõe: “A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado.”

Ainda mais, a regra acima ditada estende a competência do juízo da fazenda, para processar a execução fiscal, dispondo o seu Parágrafo Único, ressalvada a disposição do art. 5º da L.E.F, como transcrito:

a) Na execução fiscal a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um ou o foro de qualquer um dos

⁵¹ *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*: Dialética/SP, 2001, p. 531.

domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida embora nele não resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida dele se originar.

b) Art. 5º da LEF - A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

Nas disposições que fixam a competência jurisdicional para o julgamento da ação executiva fiscal, proposta pela Fazenda Pública, dá-se ênfase ao domicílio do devedor a ser executado, sendo certo afirmar que a Fazenda Pública não tem foro privilegiado, verificando-se a instituição de varas especializadas, nas capitais dos Estados, segundo as normas da Lei nº 6.830/80 e de Organização Judiciária.

Nesse sentido, têm decidido os tribunais, vindo a afirmar o STJ.⁵², *verbis*:

Ainda que o devedor venha a falecer, a cair em falência, em insolvência ou liquidação, continuará a Fazenda com o privilégio de executar a sua Dívida Ativa no foro da execução fiscal, e sob o procedimento da Lei n. 6.830, sem nenhuma sujeição ao juízo universal eventualmente instaurado. Dessarte, a existência de procedimento administrativo de liquidação extrajudicial não impede a instauração de execução fiscal nem acarreta a suspensão da qual já estiver em curso contra a empresa insolvente.

Quanto aos requisitos da Certidão da Dívida Ativa: primeiramente a Certidão da Dívida Ativa deverá estar autenticada pela autoridade administrativa competente. É o que diz o art. 202 do CTN, elencando os requisitos indispensáveis à instituição da inscrição da dívida ativa:

O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará, obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

⁵² STJ., 1ª T., REsp. 191.104.SC, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 14.12.1998, DJU, 29 de mar. 1999, p. 101.

- II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
 - III - a origem e a natureza do crédito, mencionada especialmente a disposição da lei em que seja fundado;
 - IV - a data em que foi inscrita; e,
 - V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se origina o crédito.
- Parágrafo Único: A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

De realce, as disposições dos arts. 203 e 204, que dizem das causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança decorrente de erros ou omissões verificadas no ato da inscrição e omissões de quaisquer daqueles requisitos enumerados. A dívida, devidamente inscrita, goza da presunção de liquidez e certeza, e tem efeito de prova pré-constituída. Registre-se, ainda, que a alegada nulidade pode ser sanada, no decurso do processo, até a decisão da 1ª instância, mediante a substituição da certidão nula (art. 2º, § 8º da LEF). Em relação à presunção de liquidez e certeza, ela pode ser elidida, posto que a presunção é relativa, argüível pelo sujeito passivo ou terceiro a que aproveite, substituída a presunção *jure et de jure* pela presunção *jure tantum*.

Também, os requisitos da inscrição da dívida ativa estão alinhados no art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/80) que, apenas, reproduz aqueles referidos no CTN e antes citados, observando-se que o § 5º da Lei especial das Execuções Fiscais exclui, indevidamente, os requisitos do termo de inscrição da dívida ativa, em referência à indicação do livro e da folha em que figura a inscrição. Tal omissão, se não seguir o art. 202 do CTN, anula a inscrição e o processo, uma vez que são os requisitos legais que tornam o título líquido e certo. E, ainda mais, por presunção legal, como disciplinado na disposição de lei, reza o art. 204 do CTN: “A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.”

6. SUJEITOS DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL

Sujeitos da ação executiva fiscal são aquelas pessoas a que as normas de execução fiscal e subsidiária processual civil atribuem legitimidade ativa ou passiva, para estarem em juízo, no processo judicial tributário de execução, como integrantes da lide. Uma como demandante, mais propriamente exequente, outra como demandada ou executada, impondo a norma processual a necessidade de demonstrarem elas interesse e legitimidade processual, como gizado no art. 3º do Estatuto Processual Civil, seja o exequente, seja o executado: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

A ação, ordinária ou especial, é o meio de que se serve o titular de um direito ou interesse material, violado ou ameaçado de violação, contra aquela pessoa que agiu *contra legem*, em prejuízo concreto daquele. No juízo, a ação é proposta pelo autor contra o réu. Ali se forma o processo com a peça inicial de fls. 2 ou 2 e ss., aparelhada com os documentos indispensáveis a sua propositura. As matérias de fato e as matérias de direito serão discutidas e apreciadas, na fase de instrução processual e ou preliminarmente. E, ao final, por sentença ou acórdão, será dirimido o conflito entre as partes. Sentença do juízo ou acórdão dos tribunais, este em grau de recurso ou em sede de competência originária, quando irrecorríveis, põe termo ao processo e, assim, encerram o ofício da jurisdição. A tutela jurisdicional foi prestada, finalmente, na conformidade da lei, gizando o art. 463 do CPC:

Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

- I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento das partes, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros;
- II - Por meio de embargos de declaração.

Sujeitos ativos da ação executiva geral ou fiscal – legitimidade *ad causam* – não confundir com os sujeitos processuais – são aqueles elencados nos arts. 566 do CPC:

Art. 566: Podem promover a execução forçada:

- I – o credor a quem a lei confere título executivo;
 - II – o Ministério Público, nos casos prescritos em lei; e
- Art. 567: Podem também promover a execução ou nela prosseguirem:
- I – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitidos o direito resultante do título executivo;
 - II – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;
 - III – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

São estes os sujeitos ativos ou dotados de legitimidade ativa quando portadores de títulos executivos – comuns ou fiscais –, como relacionados no art. 585 do CPC, que podem promover a ação de execução, civil ou fiscal.

Sujeitos passivos ou de legitimação passiva são aquelas pessoas ou entes alinhados no Código de Processo Civil, que os relaciona, e a serem chamados executados, como está no art. 568:

- São sujeitos passivos na execução:
- I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo;
 - II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo devedor, que assumiu, com consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
 - III – o novo devedor que assumir com consentimento do credor, a obrigação resultante de título executivo;
 - IV – o fiador judicial;
 - V – o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

São denominados sujeitos ativos porque se situam como credores de uma relação jurídica obrigacional, e, em consequência, no pólo ativo da demanda executória – ação de execução –; e sujeitos passivos porque são os devedores da prestação devida, representada no título de crédito, o que se extrai da relação obrigacional, originada da lei, do contrato ou da sentença.

6.1. SUJEITO ATIVO DA EXECUÇÃO FISCAL – A FAZENDA PÚBLICA

A respeito da legitimação ativa da execução fiscal, afirma ENRICO TULLIO LIEBMAN⁵³: “Legitimação (ou legitimidade ‘ad causam’) é a qualidade da pessoa que pode promover ou contra a qual se pode promover a execução. Legitimação ativa é, pois, a titularidade da ação executória.”

Na ação executiva civil, a legitimidade ativa é da pessoa física ou jurídica (particular ou de direito público), indicada pela norma processual civil a estar no pólo ativo da demanda executória, como sujeito ativo, qualificado na peça inicial de exequente. Essa pessoa se coloca como credora de uma obrigação, em relação a outra, devedora de uma prestação, constituída a relação jurídica obrigacional. É a parte que pode promover a execução forçada, elencadas nos arts. 566 e 567 do Código de Processo Civil.

Na ação executiva fiscal, o sujeito ativo, dotado de legitimidade ativa *ad causam et ad processum* é a Fazenda Pública (art. 566, I, c/c o art. 585, VI, ambos do CPC), posto que detentora de título executivo fiscal, conferido por lei, podendo-se, ainda, ampliar a definição, dizendo: “A Fazenda Pública é o ente político, dotado de competência e capacidade para instituir e cobrar tributos – de acordo com a CF (arts. 145 e ss). Em matéria tributária, os entes políticos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, são denominados Fazenda Pública.”

Prossegue ainda o mestre, em referência ao CPC de 1939 e à inclusão do Ministério Público, no elenco dos sujeitos ativos da Execução:

Com melhor sistemática que o anterior, o código vigente discrimina os legitimados ativamente para a execução nos arts. 566 e 567 expressamente incluindo dentre eles, o Ministério Público, nos casos prescritos em lei (p. ex., CPP, art. 68; Lei 1.341, de 30.1.1951, art. 38, XI). Afora a expressa indicação de lei, o Ministério Público terá legitimidade para promover a execução sempre que possa atuar no processo como parte (art. 81, CPC/1973), mas não nas causas em que deva intervir como fiscal da lei (art. 82).

⁵³ *Op. cit.*, p. 91.

A Constituição Federal, o Código de Processo Civil e a Lei Orgânica do Ministério Público disciplinam as atribuições do Ministério Público, inclusive quanto a ser parte no processo civil.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que dispõe o art. 127 da Constituição atual. Dotado de autonomia funcional e administrativa (§ 2º), o art. 129 elenca suas atribuições nos incisos I a IX.

(...) Quem é a Fazenda Pública? pergunta e responde CASSIO SCARPINELLA BUENO⁵⁴:

O termo Fazenda Pública – seja Federal, Estadual, Distrital e Municipal – é usado comumente quando: o tema é execução para destacar que quem sofre a atividade jurisdicional é a parcela financeira da administração pública. Quem paga, em última análise é o erário. Nesse sentido, não haverá maiores dúvidas de que a União, os Estados-membros, os municípios e o Distrito Federal são Fazendas Públicas, para fins de execução. Por identidade de razões, suas autarquias e fundações, pessoas regidas pelo direito privado, tanto quanto aquela pelo Direito Público, também devem estar sujeitas às mesmas regras que não é demais repetir, derivam do direito material público.

No mesmo sentido, traz o mestre a definição de Fazenda Pública, por AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA⁵⁵: “A Fazenda Pública é a representação do Estado e suas autarquias, em todas as suas esferas, tratando-se de agente arrecadador

⁵⁴ *Processo de Execução*, série Processo de Execução e assuntos afins, vol. 2, Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier: Revista dos Tribunais/SP, 2001, p. 122.

⁵⁵ “Fazenda Pública é a soma de todos os bens patrimoniais, públicos e privados, de uma entidade de direito público interno e de seus rendimentos e rendas, impostos, taxas e outras contribuições ou receitas não-tributárias arrecadadas. Diz-se, também, que a Fazenda Pública é o Estado, financeiramente considerado. Por outro lado, o conceito de Fazenda Pública é amplo, uma vez que sem os adjetivos ‘federal’, ‘estadual’ ou ‘municipal’, abrange, além da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as suas respectivas autarquias e fundações públicas; Da mesma forma, a Administração Pública, a bem da verdade, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais ou autárquicas, ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque o seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.” *Apud* BUENO, Cassio Scarpinella, *op. cit.*, p. 122.

dos tributos e como ente perante a justiça tributária, ora como autora-exeqüente, ora como ré-executada.”

6.2. SUJEITOS PASSIVOS DA EXECUÇÃO FISCAL – O CONTRIBUINTE E O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

No pólo passivo da ação executiva fiscal está o sujeito passivo, que é o contribuinte ou o responsável tributário. São as pessoas, físicas ou jurídicas (privadas ou de direito público), que, por lei, estão obrigadas a pagar o tributo, e que, não o fazendo, serão compelidas a fazê-lo, por meio da ação executiva fiscal, promovida pela Fazenda Pública. O contribuinte ou responsável tributário obriga-se a pagar o tributo, decorrente da obrigação tributária principal e acessória, uma vez que está em relação direta e pessoal com a situação que constitui o fato gerador, respectivo. Denomina-se responsável tributário, quando o devedor se caracterizar como contribuinte indireto, e sua condição de obrigado está disposta na lei.

A LEF discrimina, em relação, os sujeitos passivos da ação executiva fiscal, em seu art. 4º, ao dispor:

A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I – o devedor;

II – o fiador;

III – o espólio; a massa; o responsável, nos termos da lei por dívidas tributárias, ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado;

IV – os sucessores a qualquer título.

Em síntese, define-se:

I – devedor é aquele que na posição de contribuinte, situa-se na relação obrigacional de caráter pessoal e direto com a situação que constitui o respectivo fato gerador (art. 121, Parágrafo Único, c/c o art. 122, do CTN);

II – fiador, é o sujeito que se responsabiliza pelo cumprimento de obrigação assumida por terceiro, se o devedor não o satisfaz, na quantidade e número devidos;

III – trata-se o espólio de representação do inventário por bens deixados por morte de uma pessoa (física), devendo ser apurada, por informações ao juízo e a seu ofício, sobre a existência de débitos fiscais, antes da partilha;

IV – a massa falida é a representação judicial ou extrajudicial da pessoa jurídica de direito privado. De se observar que, sendo o crédito perante a Fazenda Pública de natureza tributária, esta não submeterá a concurso de

credores ou habilitação em concordata ou falência. Mas no caso de dívida ativa de natureza não-tributária, os créditos serão relacionados, para pagamento posterior, pela massa falida, em ordem de preferência (*ex vi* do art. 29, Parágrafo Único da LEF);

V – o responsável tributário é aquele que sem revestir-se da condição de contribuinte, assume, para com a Fazenda Pública, obrigação decorrente de expressa disposição legal e,

VI – os sucessores. Regra geral é que a obrigação de pagar os tributos é do contribuinte – aquele que está em relação econômica direta com o ato, fato ou negócio, que dá origem à tributação. Contudo, a lei, considerando que as relações fisco/contribuinte fundam-se em critério econômico, nomeia pessoas outras como obrigados tributários. Sucessor tributário é, pois, a pessoa física ou jurídica – que se obriga, pelo sucedido, a pagar o tributo (ex. no caso de herdeiros e sucessores *causa mortis*; a massa, decorrente de falência da pessoa jurídica; o adquirente de bens, etc. (arts. 129 a 133 do CTN).

A responsabilidade dos sucessores nasce a partir do fato que gera a sucessão. Todavia, a obrigação dirige-se aos tributos apurados, em lançamento, devidos mesmo antes do momento da sucessão. É o que se extrai da disposição contida no art. 133 do Código Tributário, que define:

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente como o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão.

7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

No processo de execução civil ou de execução fiscal, impõe-se que as ações sejam instruídas e formatadas segundo as regras estatuídas nas normas de processo de execução civil e de execução fiscal. Os documentos indispensáveis à propositura da demanda, bem como a legitimação e o interesse, são requisitos que, se não observados, maculam o seu processamento regular. No Juízo de admissibilidade, é de se observar a existência dos requisitos essenciais, para que o processo atinja a sua função teleológica, que é a composição da lide executória e, também, que se atenda ao seu objetivo, qual seja, uma sentença justa, conforme o direito, a satisfazer os interesses das partes e manter a paz social.

Para propor ou contestar a ação, é necessário ter interesse e legitimidade; os documentos necessários à instrução do processo são requisitos impostos de forma cogente, a serem apresentados pelas partes processuais; a competência, como sendo o limite da jurisdição, é de ser observada, para que um juiz sem competência jurisdicional não se coloque na relação triangular do processo indevidamente, impondo, em todos os casos, a sua anulação.

Assim, para que qualquer nulidade seja sanada, de plano, deve ser observada qualquer desatenção às disposições normativas, nesse sentido.

A ação executiva fiscal tem como fundamento o título executivo fiscal. No juízo de admissibilidade, devem as partes, inclusive o juízo, observar a existência ou não daqueles requisitos de admissibilidade. Daí decorre que, como maior interessado, o executado aponte esse fato, que poderá provocar a nulidade do processo de execução, ao juiz desatento, o que não se deve confundir com a improcedência da execução. O que objetiva a arguição, que pode ser oposta por simples petição ao juiz, é evitar a nulidade da execução ou do processo, ausente um dos requisitos ou pressupostos para a sua propositura (pressupostos processuais ou condições da ação). Ressalte-se que, nesse caso, o juiz pode decidir de ofício, uma vez que se trata de matéria de ordem pública,

concedendo prazo legal, para a sanção da irregularidade, ou extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, em face da situação de direito argüida ou verificável de ofício.

HUGO DE BRITO MACHADO⁵⁶, em relação ao juízo de admissibilidade, na ação de execução civil e fiscal, leciona que:

Todo ato postulatório deve ser submetido ao crivo no juízo de admissibilidade. No processo de execução o juízo de admissibilidade está previsto expressamente no art. 616 do CPC, e art. 7º da Lei 6.830/80, oportunidade na qual pode o juiz constatar vícios insanáveis no título, e, assim o fazendo, deve indeferir a inicial. A nulidade da execução pode ser decretada em qualquer fase do processo por iniciativa do próprio juiz.

Em conclusão, confirma-se a norma invocada, dispondo o art. 616 do Código de Processo Civil, *verbis*: “Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez), sob pena de ser indeferida.”

E, na mesma linha de imposição legal, dispõe o art. 7º da Lei das Execuções Fiscais:

O despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para:
I – citação pelas sucessivas modalidades previstas no art. 8º;
II – penhora, se não for paga a dívida nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança;
III – arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar;
IV – registro de penhora ou de arresto, independentemente de pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no art. 14; e
V – avaliação dos bens penhorados e arrestados.

A citação é o ato ou forma – procedimento – que se traduz no chamamento do executado para pagar a dívida, no prazo de 5 (cinco) dias, com os acréscimos legais (juros, multa e encargos constantes da CDA) ou garantir a execução, *ex vi* do art. 8º da

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 112.

LEF. Na execução civil, o devedor é citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar a dívida ou nomear bens à penhora (art. 652 do CPC).

Citado o devedor/executado, compõe-se a lide executória integrando-a independentemente de resposta ao chamamento citatório. Querendo, ele pode oferecer defesa, por meio de Embargos à Execução, garantido o juízo, pela penhora de bens ou, se for o caso, oferecer a Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, independentemente de garantia da execução sobre seus bens, esta, segundo orientação da doutrina e da jurisprudência, prevalecentes e atualizadas.

LENICE SILVEIRA MOREIRA⁵⁷ dá importância ao enfrentamento da alegação de nulidade da execução, no juízo de admissibilidade, independentemente de penhora e embargos, por simples petição, concluindo que: “(...) Pelas razões antes referidas, é de se concluir que é inaceitável incluir os embargos como ônus inevitável imposto ao devedor pela execução fiscal nula, posto que a nulidade pode ser apontada e decretada a qualquer tempo independentemente de embargos.”

Assim, verificada a falta de algum pressuposto processual ou condição da ação, compete ao juiz, no juízo de admissibilidade da execução, de ofício, extinguir a ação executiva, antes da citação, sem penhora de bens do executado, cabendo ao executado opor Exceção ou Objeção, se não observado o fato pelo juiz da execução.

Na verdade, em qualquer tempo e juízo pode-se alegar a nulidade da ação executiva nas hipóteses em que informam as disposições do Código de Processo Civil e da Lei Especial de Execução Fiscal, cotejando-as com os princípios constitucionais e processuais atinentes à espécie, ou seja, em face da ausência de requisitos legais, independentemente de garantia do juízo.

A execução fiscal – que é a ação judicial tributária do Estado, contra o contribuinte ou responsável tributário inadimplente – está disciplinada, no Brasil, pela

Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1988 – denominada Lei das Execuções Fiscais (LEF.) e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11.1.1973), por força do que dispõe o art. 1º da lei especial supra, que reza: “A execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Antes de 22 de setembro de 1980, quando passou a vigorar a LEF (Lei nº 6.830/80) a execução fiscal era totalmente regulada pelo Código de Processo Civil de 1973, como execução comum (*ex vi* dos arts. 566 e ss.). O novo regime ditado pela LEF., de 1980, foi instituído para acelerar e disciplinar melhor a execução fiscal, em favor da Fazenda Pública. Norma subsidiária, o Código de Processo Civil presta-se a preencher as lacunas e omissões da lei especial, que, em seus 42 artigos, trata, basicamente, da constituição da Dívida Ativa, da competência especial do Juízo e das partes processuais; e muito pouco trata da venda em hasta pública de bens do executado, para a entrega do “valor” arrecadado à Fazenda Pública credora-exeqüente. Nada trata da extinção da execução e do processo.

Toda ação executiva, comum ou fiscal, tem por base um título de crédito (judicial ou extrajudicial). O título de crédito da Fazenda Pública origina-se da inscrição do crédito lançado definitivamente e não pago, corporificando a Certidão da Dívida Ativa, que, justamente, aparelhará a execução fiscal, sendo neste aspecto o que dispõem os arts. 6º, III, § 1º da LEF, e 583 do CPC (norma instrumental subsidiária).

Indispensável, na aplicação da mais nova lei de execução fiscal, o acompanhamento subsidiário do Código de Processo Civil, dada a complexidade que se contém no tema *ação executiva fiscal*, no processo judicial tributário.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 114.

JAMES MARINS⁵⁸, tratando do sistema de execução da Lei das Execuções Fiscais, leciona:

A Lei de Execução Fiscal, inovando na cobrança dos créditos tributários e outros a eles equiparados, veio trazer novas disposições no intuito de otimizar a cobrança desses créditos inscritos na Dívida Ativa. Mesmo havendo sido inaugurado novo regime para cobrança de tais créditos, as regras do Código de Processo Civil remanescem subsidiariamente aplicáveis. Quando omissa a Lei de Execução Fiscal, ou ainda, quando forem imprestáveis suas disposições, por serem incompatíveis com a sistemática geral das execuções, aplicar-se-á o disposto no Código de Processo Civil.

As inovações da Lei Especial da Execução Fiscal, que vieram trazer maior celeridade e segurança à execução fiscal, em benefício do Estado, não desprezam, contudo, os interesses e direitos do contribuinte. Daí que o Código de Processo Civil, em subsidiariedade, deve ser mais bem observado e aplicado, pois que, ajuizada qualquer ação executiva contra o devedor, comum ou tributário, o direito de ampla defesa, pelos meios postos a sua disposição, pelo sistema de direito, deve ser garantido plenamente, em face da Constituição Federal.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 531.

CAPÍTULO II

A DEFESA DO EXECUTADO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: UMA ABORDAGEM JURÍDICO-LEGAL

A defesa judicial do executado, como oposição ou resistência à pretensão executória do (a) exeqüente, também é uma ação autônoma e incidental, em se tratando de Ação de Embargos à Execução, nos moldes do art. 16 da Lei das Execuções Fiscais. A Ação de Embargos à Execução ou Ação de Embargos do Devedor é um direito público subjetivo constitucional, insculpido na *Carta Magna*, em seu art. 5º, inc. LV e disciplinado, subsidiariamente, nos arts. 736 *usque* 746 do Código de Processo Civil. Tratando-se de execução fiscal, exeqüente a Fazenda Pública, o executado oferecerá embargos, no prazo de 30 dias, mediante garantia da execução, pela penhora de bens, depois de citado para pagar a dívida executada, em cinco dias. O prazo referido é contado, de acordo com a regra da Lei de Execuções Fiscais, *supra*, a partir:

- I – do depósito;
- II – da juntada da prova do depósito bancário;
- III – da intimação da penhora.

Como disposto no art. 16 da Lei de Execução Fiscal de nº 6.830/80, que, por força do seu art. 2º, recepciona o Estatuto Processual Civil, como norma subsidiária, dispondo o seu art. 1º, repita-se: “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Os Embargos à Execução ou Embargos do Devedor é uma ação autônoma e incidental que se realiza num processo autônomo e apenso ao processo principal de execução. É o meio de que se serve o devedor-executado, como defesa, contra a pretensão executória que lhe é promovida pela credora exequente, no caso a Fazenda Pública.

A história aponta as Ordenações Filipinas que vigoraram, no Brasil Império, como normas jurídicas a regularem as nossas relações de direito material e de direito processual. Isto, até o advento do Decreto 737, de 1850. As ordenações Filipinas do direito português recebiam influência do direito romano, que, em relação à ação executiva ainda operava, de forma regular, a execução *per officium iudicis* e, excepcionalmente, a *actio iudicati*. Naquela forma de execução, impunha-se um processo prévio de cognição sumária quando se tratasse de execução por títulos extrajudiciais ou créditos especiais, denominado *assinação de 10 dias*.

O Regulamento 737, de 1850, marco inicial do moderno processo judicial brasileiro, instituiu três espécies de execução: a execução de sentença, a assinação de 10 dias e a ação executiva. O Código de Processo Civil de 1939, aproveitou, apenas, a primeira (execução de sentença ou ação executória) e a segunda (ação executiva). A primeira dirigia-se à execução de títulos judiciais (sentença judicial) e a segunda, aos títulos extrajudiciais. O Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, unificou o processo de execução, regulando a execução forçada, nos arts. 566 e ss., fundada em título judicial (arts. 583 e 584) e extrajudicial (583 e 585), eliminando, praticamente, a ação executiva, ao estabelecer outros atos e instrumentos processuais de eficácia, como se títulos judiciais fossem. Nesse aspecto, esclarece HAROLDO PABST⁵⁹: “Como a determinação desses atos e instrumentos é problema de política legislativa, o código vigente manteve, em parte, a exequibilidade dos títulos arrolados pela lei anterior e inclui outros que no regime velho não tinham tal característica.”

⁵⁹ *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*: Forense/RJ, 2ª ed., 2000, p. 25.

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁶⁰ afirma a natureza dúplice daquela ação executiva, ao lecionar:

Caracteriza-se ela por ser uma ação mista de cognição e de execução. Concedida a favor dos créditos cujas cobranças a lei quis favorecer sua finalidade e proporcionar diretamente a satisfação do credor pelos meios executivos, prescindindo do requisito normal de sentença condenatória proferida em processo ordinário. Por isso mesmo, todavia, depois de feita a penhora, abre-se uma fase de cognição destinada ao exame de sua procedência e, portanto, da existência do crédito.

Caracteristicamente de natureza mista, a ação executiva no Código de rito de 1939, com uma fase de conhecimento, deu origem à Execução de Título Extrajudicial, como ainda se denomina. Iniciava-se ela com a citação do réu para adimplir a dívida executada em 24 horas, que à sua falta, penhorados seus bens como pena, lhe era fixado o prazo de 10 dias para oferecer contestação. Seguia-se o rito (procedimento) ordinário. Se julgada procedente, a execução prosseguia, com a avaliação do bem penhorado, sem nova citação.

Era um misto de execução e cognição, com providência de execução, como finalidade específica, cuja sentença não admitia efeito suspensivo, ocorrendo a fase de defesa (contraditório) entre a penhora e a avaliação, o que não caracterizava uma ação autônoma, como hoje se titulam os Embargos à Execução, como defesa do executado, a partir da norma instrumental de 1973.

Em resumo, tinha-se pelo estatuto processual de 1939, uma ação executiva, extraída do processo executivo, na qual se verificava a existência do crédito, o que para ENRICO TULLIO LIEBMAN⁶¹ era execução mista e condicionada à verificação do crédito; e a ação executória, que tinha base em um título instituído por uma sentença judicial (título exeqüível ou executório).

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 24.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 22.

LIEBMAN⁶² faz melhor distinção entre ação executória e ação executiva, no Código de 1939, assim lecionando:

Desse modo, duas são as vias possíveis para instaurar-se a execução: a ação executória e a ação executiva. Elas têm requisitos substanciais e formas introdutórias diferentes: a primeira pressupõe a existência de sentença condenatória exequível, isto é, de título executório, que lhe permite correr expedita até a consumação sem necessidade de ulteriores justificações de seu fundamento. A segunda, não precisando daquele requisito, nem tendo sido procedida por processo de cognição, autoriza de início a realização de ato executivo da importância da penhora, mas deve em compensação justificar sua procedência no curso da própria execução, em fase contraditória intermédia entre a penhora e a continuação da execução.

Em todos os processos judiciais, a defesa, e em todas as suas formas, é a resistência à pretensão do autor da ação proposta, perante o juízo. De um lado, no pólo ativo da ação proposta, o autor ou titular do direito, e do outro, o réu ou demandado, a pretender que o direito daquele a ele se subordine. A defesa dirige-se contra o processo e ou contra o mérito da causa. Através do processo, busca-se a solução da lide, pela sentença. Pelo pedido, o autor formula uma pretensão, contra ou em relação ao réu, que pela citação se vincula ao processo, que pode com ele concordar ou contestá-lo, oferecendo resistência contra a pretensão ao direito material e/ou ao direito processual, o que se constitui em defesas direta e indireta.

Em resistência ao processo, o réu quer trancá-lo, não aceitando sujeitar-se a ele. Na defesa processual, o réu pretende que a decisão judicial anule a pretensão processual, e não a pretensão material, formulada pelo autor. No primeiro caso, a defesa do réu poderá ser direta ou indireta, com a pretensão de obter a declaração de nulidade ou de carência da ação. Fundamenta o pedido de defesa na falta de pressupostos processuais ou na falta de condições da ação (art. 3º do CPC), a ensejar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, como disposto no art. 267, incs. IV e VI do Código de Processo Civil. A defesa indireta ou mediata, contra o processo, fundamenta-se em circunstâncias exteriores ao direito material, sem molestar os elementos que o

⁶² *Op. cit.*, p. 23.

compõem, mas que o encerram, por declaração de uma sentença judicial. Essa defesa processual dar-se-á por meio das exceções processuais, que estão elencadas no art. 304 do CPC e autorizadas como tal no art. 297 do mesmo estatuto de rito.

Em relação à defesa de mérito, repita-se, o réu vai de encontro à pretensão formulada pelo autor, sob o argumento de ser ela improcedente, visando uma sentença que assim a declare, rejeitando-a. Chama-se a defesa de mérito ou contra o mérito, como resistência à pretensão inicial.

A pretensão executória do credor contra o devedor é formulada por iniciativa daquele, no processo judicial de execução, através da ação executiva. Composta a lide executiva, pela citação válida, o devedor que não concordar, pagando a dívida cobrada, deverá resistir a ela, depois de seguro o juízo, pela penhora, oferecendo a sua defesa, através do remédio processual posto na norma legal, que são os Embargos à Execução.

A defesa do executado, em princípio, dar-se-á depois de garantido o juízo, pela penhora de bens do devedor, através de embargos do devedor ou embargos à execução. Ela configura uma resistência à pretensão executória do exeqüente, que, ao reclamar a tutela jurisdicional executória, quer o seu direito de crédito restabelecido, por meio da atividade do Estado, contra o devedor inadimplente, obrigando-o, de forma coercitiva, com a retirada de bens seus, a repor o seu patrimônio. A base ou fundamento da ação de execução é o título de crédito, judicial ou extrajudicial, como dispõe o art. 583 e especificados nos arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil, respectivamente.

Se citado regularmente o devedor, que se denominará doravante embargante, e não pagando a dívida cobrada, deverá ele oferecer a defesa ou oposição, deduzindo, como matéria de defesa, aquelas elencadas nos arts. 741 e 745 do mesmo diploma processual, como disposto no Código de Processo Civil:

1 – Em se tratando de execução por título judicial, diz o art 741:

Quando a execução se fundar em sentença, os embargos serão recebidos com efeito suspensivo se o devedor alegar: I- Falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II- inexigibilidade do título; III- ilegitimidade das partes; IV- cumulação indevida de execuções; V- excesso de execução, ou nulidade desta até a penhora; VI- qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

2 – No caso de título extrajudicial define o art. 745:

Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Isso significa que, no processo de execução, as matérias de defesa não são só aquelas dedutíveis na ação de execução, propriamente, mas também quaisquer outras que não só o direito estampado num título de crédito, base da execução. Nesse caso, os embargos à execução apresentam-se como processo autônomo e incidental a ser apensado ao processo principal de execução, onde neles serão discutidas quaisquer matérias, como num processo de ampla cognição, a se questionar matérias de direito e de fato. Composta a lide executória, de um lado o credor a reclamar o seu direito, pela provocação da tutela jurisdicional, do outro lado encontra-se o devedor a impugná-la, arvorando-se na norma legal e princípios de direito.

Outros meios de oposição, contra a execução e o processo, que não os embargos do devedor ou à execução, serão tratados nos capítulos IV e V seguintes e se referem à Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade contra a Fazenda Pública. Trata-se do Mandado de Segurança; da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica; da Ação Anulatória de Ato Declaratório de Constituição de Crédito; da Ação de Consignação em Pagamento; da Ação Declaratória de Anulação de Lançamento, etc. São todas ações que podem ser utilizadas pelo devedor, porém, desnaturadas como defesa direta contra a execução, pois são promovidas em processos

de ritos especiais, também autônomos, estudados e disciplinados por outras normas jurídicas específicas.

Na Ação de Embargos à Execução, no pólo ativo, como embargante, está o devedor, contra quem é reclamado o cumprimento da obrigação; e do outro lado, no pólo passivo, como embargado, está o credor, que na execução pretende o recebimento do seu crédito, pela coação do Estado sobre o devedor e seu patrimônio.

O objetivo do processo de execução é a composição da lide executiva, para atingir uma finalidade específica, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional ao credor pelo Estado. Oferecida a resistência do devedor, o processo de execução reclama uma atividade efetiva e eficaz, dotada de celeridade e economia, como princípios outros informadores do processo judicial, colimado com a entrega da tutela jurisdicional reclamada.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶³, antes tratando da instrumentalidade do processo e a dizer que o sistema processual vigente não acompanha as mudanças trazidas pelas reformas dos sistemas de direito material, leciona, com muita propriedade que:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. (...) Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade.

Prossegue o jurista, em sua crítica à sistemática do processo vigente, fazendo referência à atividade jurisdicional e à finalidade do processo:

(...) Por isso é que hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição,

⁶³ *Op. cit.*, pp. 149-150.

encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecerem num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento, destoantes das diretrizes do próprio Estado social.

Extraí-se do magistério do jurista sua visão crítica devida ao processo. Diz-se devida ao processo como um todo. A instrumentalidade, finalidade e objetivo dos processos: de cognição, de execução, cautelares e especiais, realmente deixam a desejar, no momento em que o destinatário da tutela jurisdicional não está bem e melhor contemplado, quando da aplicação da norma instrumental. A idéia do mestre é a mudança do sistema processual, com crítica ao atual modelo, a partir dos critérios de aplicação e efetiva função teleológica do processo judicial.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL⁶⁴, dissertando criticamente sobre a efetividade do processo de execução e da jurisdição quanto a sua finalidade, começa em lição dizendo:

Já faz algum tempo que a doutrina processual civil, preocupada com a efetividade do processo e da jurisdição, tem dirigido críticas severas ao modelo brasileiro de tutela executiva dos direitos. De um modo geral, as críticas que se voltam contra o próprio processo de execução, não são – para alguns talvez nunca tenha sido – aptas a atingir, de forma adequada, os escopos da atividade jurisdicional, nessa seara; fala-se dessa forma, em reaver ou mesmo ‘desestruturar’ o processo de execução.

Melhor se coloca o jurista, quando leciona sobre *os remédios processuais com efeito suspensivo*, a justificar a morosidade da justiça e a ineficiência do processo de execução, pugnando que:

Com efeito, parece-nos razoavelmente claro que o que contribui decisivamente para retardar o andamento da justiça - no qual o processo de execução tem papel decisivo - não é a previsão legal de que uma dada decisão pode ser revista por meio de um recurso ou de outro meio de impugnação. Pelo contrário, sob a ótica dos escopos da jurisdição (e, dentro

⁶⁴ *Processo de Execução, série Processo de Execução e assuntos afins*, vol. 2, Coord. Sergio Shimura e outro: Revista dos Tribunais/SP, 2001, p. 81.

deles, do escopo jurídico), todo recurso é forma de aperfeiçoamento da cognição realizada no processo e, propiciando melhor conhecimento dos fatos trazidos a Juízo, é fator que contribui para a Justiça da decisão, isto é, para sua adequação e fidelidade às posições do direito objetivo.⁶⁵

Mas, fatores outros e diversos levam a Justiça a uma demora injustificável na prestação jurisdicional. A doutrina e a jurisprudência revelam os princípios e normas legais a serem observados, na condução do processo. Todavia, acrescentem-se, como fatores determinantes da morosidade da máquina judiciária, a má interpretação dos princípios e normas de direito, pelos juízes e tribunais, respeitadas as boas interpretações e decisões; a deficiente organização estrutural do Poder Judiciário, carente de revisão e reforma; tudo isso contribui para o desrespeito aos princípios processuais, desnaturando o caráter instrumental do processo, instrumento da jurisdição. Bem verdade que um mínimo de tecnologia, representada por aparelhos de comunicação e informação, além do aumento no quadro de servidores da Justiça e juízes, é visível. Mais e melhores julgadores fariam a diferença, no momento em que as mudanças sociais exigem o acompanhamento dessas transformações, colocando-se o direito e a justiça acima e não abaixo das normas, quando em busca do direito justo.

Ora, o devido processo legal, a ação e a ampla defesa e o contraditório são direitos consagrados na *Carta Magna*. As normas legais e os princípios a serem interpretados e aplicados impõem dever de observância a todos os sujeitos e os fatos que integram a relação jurídica processual. A inobservância de um princípio ou norma, por um sujeito, deve ser reclamada pelo outro, no processo, por meio dos recursos cabíveis.

Daí que a crítica ao sistema processual deve ser mais cautelosa. Tudo que está, como regra, no mesmo sistema de processo, deverá ser acompanhado de uma outra crítica, no momento em que todo processo tem seu tempo e lugar, carecendo de aperfeiçoamento, para a validade da sua efetividade e eficácia, como instrumento das jurisdições, impondo-se uma revisão, depois de uma devida e merecida análise crítica.

⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz, *op. cit.*, p. 383.

Nesta sede, acalenta o argumento, após a crítica ao sistema, a lição continuada de FLÁVIO LUIZ YARSHELL⁶⁶, ao afirmar:

(...) Sobre o tema, não será demasiado lembrar que, quando se fala genericamente em “recurso” (dotado ou não de efeito suspensivo), muitas vezes se está pensando nas chamadas ações de impugnação, por encontrarem raízes na garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV), não podem e não devem ser simplesmente suprimidas; ainda que em nome da celeridade; de outra parte, garantias, como as do contraditório e do devido processo legal (C. F., art. 5º, LV e LIV) são pilares do Estado democrático de direito e, a pretexto de se resolver o problema da morosidade (certo que gravíssimo), não se pode simplesmente criar outro (igualmente sério). Assim, torna a prestação da Justiça mais célere com o comprometimento das apontadas garantias constitucionais. Seria mais ou menos que se pretender curar uma dor de cabeça pelo método da decapitação.

E finaliza o mestre, a confirmar o que é reclamado pelas partes prejudicadas, *verbis*:

Na verdade, o que impede maior rapidez no andamento dos processos e na execução dos provimentos que reclamam – entre outros fatores – é a circunstância de que tais “recursos” acabam suspendendo a eficácia das decisões recorridas e, portanto, retardando a satisfação do direito já reconhecido.

De conclusão, o direito de ação do autor ou do exequente e o direito de defesa do réu ou do executado, no processo de cognição, cautelar ou de execução, devem obedecer todos os princípios e normas de direito. E mais, princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, gerais e especiais, a fim de que a melhor tutela jurisdicional seja prestada ao seu destinatário, como de direito e de justiça. Portanto, mais célere, mais eficaz e mais econômica.

De resto, afirma-se que a defesa do demandado, a quem se reclama o cumprimento de uma prestação, deve ser ampla, em face da previsão constitucional; e

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 383.

de várias formas. A Carta Política de 1988, ao dizer da ampla defesa, no art. 5º, inc. LV, não elenca as espécies de ações ou remédios processuais que cabem para impugnar a demanda, o que depende da natureza da ação proposta pelo demandante e do pedido, conforme os modelos e formas que orientam o sistema de norma processual. Não só a ação de embargos à execução, embora mais usual, é o meio do devedor para impugnar a pretensão executiva do credor: o mandado de segurança, ação de repetição de indébito, a ação anulatória de ato administrativo, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica, a ação de embargos de terceiro, as ações cautelares, etc. são ações defensivas diretas contra determinadas atividades executórias da Fazenda Pública ou preventivas e acauteladoras, como direito do devedor ou interessado; também é muito utilizável nos juízos de execução, civil e fiscal, a Ação de Exceção de Pré-Executividade, aqui estudada e pesquisada, tanto no direito nacional, como em estudos de direito comparado, o que será mais comentado adiante.

É com fundamento na doutrina da maioria dos publicistas e na jurisprudência dominante dos tribunais que a Ação de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade toma forma e posição de destaque nos foros de Justiça do nosso país, como instrumento de oposição à pretensão executiva, ausentes os requisitos ou pressupostos processuais e/ou quaisquer condições da ação, no processo de execução judicial. Não obsta, ainda, que se suscite matéria de fato, devidamente provada, que dispense uma maior dilação probatória.

A defesa do executado, por meio de embargos, que se constitui numa ação autônoma, forma-se num processo autônomo – Processo de Embargos –, em apenso ao processo de execução, definido como *processo principal*. Quando produzido o título executivo num processo de conhecimento, representado por uma sentença, o direito do credor é extraído do seu bojo, uma vez que ele busca o direito das partes litigantes, ou seja, a certeza a ser expressa na sentença de mérito. Enquanto isso, o processo de execução começa da certeza estampada na sentença e tem como fim a realização do direito do credor, quando, com base em título extrajudicial, a certeza, liquidez e exigibilidade, que por presunção nele se contém, torna-o exequível contra o devedor.

Isso quer dizer que o processo de execução tem o fim de, sendo instrumento da tutela jurisdicional executória, fazer a entrega do direito do credor, mediante atos coercitivos contra o devedor, pelo Estado/Juiz.

Cediço é que a ação de execução sofreu alterações, para melhor, com as inovações introduzidas pela reforma do Código de Processo Civil de 1994, minimizando as críticas ao sistema processual então vigente, quanto a sua finalidade e efetividade instrumental, em relação ao processo, como instrumento da jurisdicional. Da reforma do estatuto processual, colhe-se uma maior celeridade e efetividade da atividade jurisdicional e do processo de execução, com maior benefício às ações ativas do exeqüente e do juízo da execução, também em relação aos sujeitos processuais.

Infelizmente, a reforma processual de 1994 não alterou nem criou disposições em defesa do executado.

Contudo, em defesa do devedor, adstrito, antes, somente aos Embargos à Execução, após a penhora de bens a garantir o juízo, outro meio de defesa é utilizado em resistência à pretensão executiva. Promove-se com maior ênfase, eficácia e efetiva aplicação, quando cabível, a figura processual da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, argüíveis pelo devedor, se for verificada a ausência de pressupostos processuais e/ou condições de ação. Esse novo instituto, embora contestado por poucos, é fruto das melhores interpretações doutrinárias e jurisprudenciais aos princípios jurídicos, atinentes a ampla defesa e ao contraditório, que devem estar no *due process of law*. A máxima desse novel instituto, que não está na norma, é a defesa do executado, ou terceiro interessado, sem a exigência da penhora de seus bens e, conseqüentemente, sem Embargos à Execução, bastando simples petição, em alguns casos (p. ex.: alegação de prescrição do título); ou por petição mais ampla, com documentos que provem a alegação: (ex.: extinção do crédito, pelas várias formas: pagamento, transação, novação, etc.)

2. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

A ação executiva judicial para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, regida pela Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil (cf. o art. 1º da lei especial), funda-se em um título executivo extrajudicial fiscal, representado pela Certidão da Dívida Ativa, originada, por sua vez, da inscrição da Dívida Ativa da Fazenda Pública, nos registros da Repartição Fazendária; dívida essa tributária ou não-tributária, como definidas na Lei nº 4.320, de 17.3.1964. Por sua vez, dispõe o art. 598 do CPC que: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.”

Portanto, fica entendido que as regras da ação de execução civil e da ação de conhecimento são subsidiárias da ação de execução fiscal, o que dispõe o art. 1º da LEF supra, *verbis*: “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

Afirmado que “a Certidão da Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, do Distrito Federal, do Território, dos Municípios, e suas Autarquias, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei é título executivo extrajudicial” (art. 585, inc. VI do CPC), repita-se que a Certidão da Dívida Ativa, CDA, é a base da execução fiscal, a teor do art. 583 do mesmo código instrumental, cuja competência para processá-la e instruí-la, é o foro do domicílio do réu, como disposto no art. 578 do CPC, que assim reza: “A execução fiscal (art. 585, inc. VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado”, combinado com o art. 5º da LEF, que diz: “A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário;” e, ainda, conforme a Súmula nº 58 do Col. STJ., que dita, *verbis*: “Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.”

Da análise das disposições comentadas, tem-se que a lei especial de execução não tratou de definir ou instituir juízos especiais para a execução fiscal. Definiu que tal

competência continua sob a égide do Código de Processo Civil. É que para as execuções da Fazenda Pública Federal obedece-se a regra do art. 125, I da CF, firmando jurisprudência o STJ no sentido de que na comarca onde não houver jurisdição federal, o Juízo competente para tais processos é o da Justiça estadual e, somente neste caso, observado o que dispõe o art. 109, I da *Magna Carta*.

Com efeito, objetivamente, proposta a execução fiscal pela Fazenda Pública e no juízo competente, o executado – devedor contribuinte ou responsável tributário – será citado, regularmente, para no prazo de 5 (cinco) dias pagar a dívida ou garantir a execução (citação por edital, pelo correio ou por oficial de justiça), o que preconizado no art. 8º da lei específica (nº 6.830/80). Nesse caso, o executado é citado para pagar a dívida executada, fundada em título de crédito líquido, certo e exigível, que representa o direito da exeqüente. A exigência é o cumprimento da obrigação, pelo devedor, de pagar uma quantia líquida, certa e exigível (título executivo fiscal), com os acréscimos legais (juros de mora, correção monetária, despesas processuais, honorários advocatícios), podendo opor-se, por meio de embargos do devedor, no prazo de 30 dias e na forma do art. 16 da lei de execução especial citada.

A admissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal está condicionada à garantia do juízo ou da execução, o que ocorre pelo depósito em dinheiro; pela fiança bancária; ou pela nomeação de bens à penhora do devedor/executado ou de terceiros interessados, estes, aceitos pela Fazenda-exeqüente, tantos quantos bastem à satisfação da dívida executada; sendo o que descreve o art. 9º da LEF e 737, inc. I do CPC (disposição subsidiária da LEF), cujo prazo é contado, diz o art. 16 da lei específica, *da intimação da penhora*. “Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” (art. 659), o que combinando com o art. 16 referido e arts. 737 e 738 do CPC. Em ambos os casos, na execução civil ou fiscal, os prazos para os embargos são contados *da intimação da penhora*, vindo a corroborar o prazo de 10 dias, na execução comum, o art. 669 do CPC, nesses termos: “Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 dias (dez dias), impondo-se a intimação do cônjuge, recaindo a penhora em bens imóveis (Parágrafo Único).”

É o que dispõe, igualmente, a Lei de Execução Fiscal, no seu art. 16: O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I – (...); II – (...); III – da intimação da penhora.

Atente-se que o devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; II – *omissis*; III – *omissis*; IV – *omissis*; (inteligência do art. 738, I do CPC). Por conseguinte, o prazo para oferecimento dos embargos não é aquele relativo à citação para pagar e nem o da intimação da penhora, mas aquele que começa da juntada da prova de intimação da penhora aos autos, o que omite a LEF (art. 16), fixando o prazo dos embargos em 30 dias, a partir da intimação da penhora e não da juntada da prova da intimação de penhora. Nesse sentido, a jurisprudência pretoriana apresenta divergências, porque a intimação, no caso, dar-se-á ora pelo oficial de Justiça, ora pelos correios ou pela imprensa oficial.

Os embargos à execução civil ou fiscal (ou embargos do devedor) formam-se num processo apenso *ao processo principal* (de execução, cf. o art. 736), no qual o executado argüirá, como defesa, todas as matérias de fato e de direito, repetimos, constituindo-se num misto de execução e cognição, o que se observa do elenco descrito no art. 745 do CPC, combinado com o art. 16, § da Lei de Execução Fiscal, que disciplina: “No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.”

Trata-se de título extrajudicial fiscal, a Certidão da Dívida Ativa, da Fazenda Pública, que fundamenta a ação executiva fiscal, e que por força do art. 3º da LEF goza de presunção de liquidez e certeza e, verificada a exigibilidade, torna-o exeqüível. Daí que, essa presunção *jure tantum* pode ser elidida por provas admitidas em direito, configurando-se a execução num processo de cognição. No caso, disciplinado, subsidiariamente, pelas regras dos processos de execução e de conhecimento.

O § 2º do art. 16 da LEF não especifica *toda matéria útil a defesa*, devendo-se, como referido, reportar-se ao elenco do art. 745 do Código de Processo Civil, em face da subsidiariedade emprestada à execução fiscal, em complemento.

Os embargos à execução comum ou fiscal são uma ação autônoma? Ali se discute matéria de fato e de direito. A *quaestio juris* é argüível em preliminar e a *quaestio meriti*, de fundo, é suscetível após aquelas, incidentalmente. Ambas serão decididas nos embargos, estas, após dilação probatória, sumária, diante das disposições cogentes das normas sistematizadas, processual e constitucional, quanto aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, como princípios constitucionais e das regras ordinárias.

Os embargos são dotados de autonomia, uma vez que constituem uma nova relação jurídica, independente da execução.

2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

FISCAL

As palavras *embargar* e *embargos* têm vários sentidos, na linguagem gramatical e na linguagem jurídica. Na linguagem do direito, embargar significa opor-se, oferecer resistência ou defesa, mandar parar, etc. No nosso vernáculo, significa, também, pôr obstáculo, estorvar, tolher, reprimir, conter e impedir.⁶⁷

Os Embargos à Execução são a forma de defesa ou de resistência à ação de execução, comum ou fiscal, proposta pelo (a) exeqüente, após a citação válida e seguro o juízo, no prazo de 10 (dez) dias ou de 30 (trinta) dias, respectivamente, a contar da prova da intimação da penhora, nos termos e forma acima comentados, invocadas aquelas disposições do Código de Processo ante a omissão da lei especial de execução, quanto à prova da intimação da penhora, ao executado, nos autos.

Todavia, é do teor seguinte, quanto à intimação nos autos e prazo para a apresentação dos embargos, a decisão do TRF⁶⁸ da 1ª Região: “Não há também necessidade de intimação da penhora, quando o ato se realiza por termo nos autos assinado pelo próprio executado.”

O inciso III do art. 16, que se reporta à intimação, refere-se à penhora feita à revelia do devedor.

De igual teor é o *decisum* seguinte, também do TRF⁶⁹:

Por outro lado, feita a penhora fora dos autos, pelo oficial de justiça, com intimação do executado, é irrelevante a data da juntada do termo ao processo. Nos termos do art. 16, inc. III, da Lei nº 6.830/80, os trinta dias para ajuizamento da ação incidental de embargos do devedor são contados da penhora, e não da juntada aos autos do respectivo termo.

⁶⁷ HOLANDA, Aurélio Buarque de, *op. cit.*, p. 630.

⁶⁸ TRF. da 1ª Região, Ap. 91.01.02927, GO, Rel. Juiz Adhemar Maciel, ac. de 6.5.1991, CAD, Bol. 32/91, n. 55.195, p. 510). No mesmo sentido: TRF., 4ª T., Ap. 112.299, RJ, Rel. Min. Armando Rollemberg, ac. de 25.6.1986, Boletim do Tribunal Federal de Recursos, log. 16.

⁶⁹ TRF., 1ª região, Ap. 20.01.896 - MG, Rel. Juiz Adhemar Maciel, ac. de 02.12.1991, Boletim de Jurisprudência, 52:37).

Nessa linha, quanto ao prazo para os embargos, o Col. STJ.⁷⁰ observa mais além, contudo desprezando a disposição subsidiária do art. 738, I do CPC. Segundo a decisão pretoriana:

O devedor oferecerá embargos no prazo de 10 dias, contado: I - da juntada aos autos da prova da intimação da penhora, proclamando: Deve-se ter em conta, ainda, que a assinatura do auto e depósito do bem penhorado não equivale à intimação da penhora, para os efeitos da Lei nº 6.830/80 (art. 16). Para que se tenha o devedor como intimado da penhora, no processo de execução fiscal, é necessário que o oficial de justiça advirta-o expressamente de que a partir daquele ato inicia-se o prazo de trinta dias para oferecimento dos embargos.

Quanto à natureza jurídica dos embargos: trata-se de uma ação autônoma, assim professando, à unanimidade, a doutrina moderna, que ainda a qualifica de desconstitutiva do título executivo, que é a Certidão da Dívida Ativa, total ou parcialmente estampada. Desconstitutiva quando se tratar de matérias elencadas nos arts. 16 da Lei de Execução Fiscal e 745 do CPC, porquanto as matérias referentes aos pressupostos e condições da ação constituem-se em requisitos de admissibilidade, que quanto às suas faltas, impõe-se a extinção do processo, na forma do art. 267, § 3º do CPC (sem julgamento do mérito), argüível em sede de preliminar ou decididos pelo juiz, de ofício, a qualquer tempo.

E, por ser assim, os Embargos à Execução, quando apresentados, devem atender às formalidades processuais exigidas: *legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do (s) pedido (s)*, acrescidos daqueles contemplados, respectivamente, no *Caput* e § 2º do art. 16 sob comento, isto é, o prazo para seu ajuizamento e a prévia garantia da execução, exceção feita, quanto a este último requisito, relativamente aos entes públicos.⁷¹

⁷⁰ STJ., 1ª T., REsp. 97.389 - MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 28.11.1996, DJU, fev. 1997, p. 679.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 321.

São os embargos uma ação autônoma, repita-se. Portanto, a falta de pressupostos processuais e condições de ação leva o juiz, de ofício, a extingui-la, sem julgamento do mérito, *ex vi* dos arts. 3º e 267, VI do Código de Processo Civil. E, como indispensável à garantia da execução para a apresentação dos embargos, a teor do art. 737, I do CPC, a sua falta levará o juízo a rejeitá-los liminarmente, de ofício.

2.2. CITAÇÃO DO DEVEDOR E PENHORA DE BENS

A citação judicial é o ato judicial formal, pelo qual, no processo ordinário, o demandado é chamado para apresentar defesa em 15 dias, que se pode dar por contestação, exceções ou reconvenção (art.297, do CPC), e, no processo de execução, para pagar a dívida em 24 horas ou 30 dias, conforme o caso ou garantir a execução. Não paga a dívida, após tais prazos e garantido o juízo, poderá oferecer resistência à pretensão executória, por meio dos embargos ou por outros meios de defesa, postos a sua disposição, pelas normas de direito e pela doutrina e jurisprudência, sem garantia do juízo por meio da Exceção ou Objeção.

Nesse sentido, o art. 213 do Código de Processo Civil assim define: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado a fim de se defender.”

Repete-se que, no processo de conhecimento, o réu é citado para oferecer defesa em 15 dias, enquanto no processo de execução fiscal o devedor é citado para pagar ou garantir o juízo, iniciando-se o prazo para oferecimento dos embargos, que é de 30 (trinta) dias, após a intimação da penhora ou da prova desse fato, nos autos, como contido no seguinte aresto do TJSP⁷²: “O prazo para embargar, na execução fiscal, é de 30, e não mais de 10 dias, contados da intimação da penhora, *ex vi* do art. 16, III, da Lei nº 6.830/80.”

Assim, citado o devedor, no processo de execução fiscal, ele (o executado) terá o prazo de 5 (cinco) dias para pagar a dívida ou garantir a execução, conforme diz o art.

8º da LEF. No processo de execução comum ou civil, o executado citado terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para pagar ou nomear bens a penhora. Não paga a quantia cobrada, serão os bens, indicados ou por ato do oficial de justiça, penhorados, quando o devedor, depois de intimado da penhora e juntada a prova dessa intimação, terá o prazo de 10 dias para oferecer embargos, como dantes comentado.

Disso resulta que, citado o executado, compõe-se a lide, oferecida ou não oferecida qualquer defesa. Todavia, somente a citação válida, quanto a forma e conteúdo, produzirá os efeitos legais, de chamamento do devedor para pagar ou garantir a execução; do contrário, impõe-se a pena de perda do direito de indicar bens à penhora, seguidos os atos executórios subseqüentes. Os embargos à execução fiscal são a defesa do executado – do devedor tributário – contra a pretensão executória da Fazenda Pública. Se paga a dívida cobrada, via execução, após a citação, extingue-se a obrigação, e, conseqüentemente, a ação executiva e o processo de execução, porque satisfeita a credora/Fazenda Pública. Com a apresentação dos embargos, suspende-se a execução, até seu julgamento, retomada após julgamento dos embargos, por sentença. Se julgados improcedentes, cabendo apelação, sem efeito suspensivo a teor do art. 520, V do CPC, prosseguem os atos executórios seguintes, até a prestação da tutela jurisdicional completa, em favor da exeqüente; se julgados procedentes, cabe recurso *ex officio* e voluntário, extinguindo-se o processo de execução, se mantida a decisão recorrida na forma dos arts. 267 ou 794 do Código de Processo Civil.

A penhora é o ato judicial de constrição sobre os bens do devedor ou de terceiro, como garantia da execução ou do juízo e não constitui garantia do crédito reclamado, isto porque a ação de execução é meio de provocação da tutela jurisdicional executória, que para a sua efetiva atividade necessita de segurança. Isto é, segurança do juízo e não do credor-exeqüente. Em garantia da execução, o devedor poderá indicar bens à penhora, próprios ou de terceiros; os próprios, de acordo com o elenco do art. 11, da Lei de Execuções Fiscais, e os de terceiros que, indicados, sejam aceitos pela Fazenda/exeqüente (*ex vi* do art. 9º da mesma Lei) e que poderão ser substituídos por

⁷² TJSP, Ap. 41.279.2, ac. de 14.9.1983, Jurisprudência Brasileira, 99:149.

depósito em dinheiro ou fiança bancária, cabendo à Fazenda Pública, no seu interesse, pedir a substituição dos bens penhorados por outros, mesmo fora da relação contida no art. 11. Poderá, inclusive, pedir, a Fazenda Pública, reforço de penhora (art. 15 da cit. Lei).

2.3. MATÉRIAS DEDUTÍVEIS, A TEOR DO ART. 16 DA LEF C/C OS ARTS. 741

E 745 DO CPC

A ação executiva fiscal, promovida pela Fazenda Pública contra o devedor tributário, tem por base um título executivo extrajudicial. Nesta sede, citado para oferecer defesa por meio dos embargos à execução, no prazo de 30 dias, antes seguro o juízo, pela penhora, o embargante deverá alegar toda e qualquer matéria útil à sua defesa; requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, tudo como dispõe o art. 16, § 2º da LEF.

“Por toda matéria útil à sua defesa” deve-se entender as matérias de fato e as matérias de direito, sendo de lembrar que os embargos à execução são um misto de procedimento executório (atividade coercitiva propriamente) e de cognição (de conhecimento), configurando o seu caráter dúplice. A segurança do juízo, pela penhora de bens do devedor, é requisito fundante para o oferecimento dos embargos à execução, como afirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁷³, *verbis*:

Só depois de seguro o juízo pela penhora (arts. 737, inc. I), é que o devedor poderá apresentar qualquer defesa de mérito ou de natureza meramente processual. Mas, para deduzir sua oposição, deverá o devedor estabelecer uma nova relação processual incidente, fora do processo executivo propriamente dito, em que ele será o autor e o credor o réu: São os embargos à execução (arts. 741 e ss.).

ARAKEN DE ASSIS⁷⁴, nesse sentido, pondera: “(...) De outro lado o art. 745 do CPC regra que “na execução fundada em título extrajudicial, além das matérias do art. 741 do CPC, o executado alegará quaisquer outras que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. (...)”

⁷³ *Op. cit.*, p. 249.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 1085.

Os embargos devem conter todas alegações de defesa do devedor, vale dizer, não apenas aquelas previstas nos sete incisos do art. 741 do CPC (exceção feita a compensação e a reconvenção), como qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (art. 745 do CPC), isto é, a matéria de direito e a de fato e seus respectivos desdobramentos (...).⁷⁵

A jurisprudência dos tribunais, inclusive do Col. STJ.⁷⁶, é de clareza indiscutível, a corroborar a interpretação da norma e a ensinância doutrinária, como transcrita: “Não são admissíveis, na execução fiscal, Embargos do Executado antes de garantida a execução.”

Nesse sentido, não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo (art. 737, I do CPC).⁷⁷

Execução Fiscal. Oposição de Embargos do Executado, antes de garantida a execução. Lei nº 6.830/80, rejeição dos embargos.⁷⁸

Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.⁷⁹

Na peça inicial, em face da disposição contida no § 2º do art. 16 da LEF, o executado deverá requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas; o que faltando, presume-se haver ele renunciado ao direito de fazê-lo, no tempo devido. Contudo, os tribunais têm sido mais abertos, dando entendimentos em favor das partes, vindo à colação a lição de MIRIAM COSTA REBOLLO CÂMERA⁸⁰, *verbis*:

O TRF. da 1ª Região já decidiu que o silêncio das partes, ante o despacho que determina a especificação de provas, importa renúncia, mesmo que na

⁷⁵ CÂMERA, Miriam Costa Rebollo, *Execução Fiscal – Doutrina e Jurisprudência* –, Coord. Vladimir Passos de Freitas: Saraiva/SP, 1988, p. 326.

⁷⁶ STJ., 2ª T., REsp. nº 195.258/PR, DJ. de 21/06/1999, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 20/05/1999.

⁷⁷ TRF., 1ª região, ac. 0117887-90/GO, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, DJU 6/5/91, p. 9468.

⁷⁸ TRF., 1ª região, 4ª T., Ap. Civ., nº 0110203-92/DF, Rel. Juiz Leite Soares, DJU, 10/5/93, p. 16966.

⁷⁹ TRF., 4ª região, 3ª T., AgIn. 0423628-91/RS, Rel. Juiz Gilson Laugaro, Dipp, DJU, 8/4/92, p. 8538.

⁸⁰ *Op.cit.*, pp. 327-328.

inicial ou impugnação as provas tenham sido requeridas; Mas, ainda assim, se o juiz ordenar no saneador a especificação, deve (m) a (s) parte (s) se manifestar, sob pena de se entender que houve desistência. Num segundo aresto, a Corte decidiu, em face da apelação interposta, que a audiência só é dispensável quando a matéria discutida for de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental. No caso concreto, porém, como se realizara a prova pericial, o TRF da 1ª Região entendeu que não era dado ao juiz dispensar a audiência para julgar antecipadamente os embargos do devedor. E, num terceiro julgado, entendeu este que a alegação de excesso da execução deve ser acompanhada de prova documental – inocorrente no caso concreto – razão pela qual repeliu a tese do recurso de que se caracterizara cerceamento de defesa, no julgamento antecipado, também porque entendeu a Corte que a matéria não comportava prova testemunhal. Outrossim, aduziu o Tribunal que em grau de apelação é incabível o pedido de suspensão do processo de execução fiscal, que deve ser formulado perante o Juízo monocrático – fundado em ulterior parcelamento do débito.

A juntada de documentos e rol de testemunhas, quando do ajuizamento da ação de embargos à execução fiscal, é imposição legal, contida no mesmo art. 1º, § 2º da Lei das Execuções Fiscais. Trata-se de documentos indispensáveis à propositura da ação executória e testemunhas que deverão provar os fatos articulados na defesa, descritos na peça exordial. Oferecidos os embargos, suspende-se o curso da ação executiva fiscal, sendo o que se depreende dos arts. 18 e 19 da Lei Especial, que tratam da espécie e o art. 739, § 1º do CPC (subsidiariamente).

Portanto, conclui-se que nos embargos à execução fiscal o devedor executado deve alegar todas as matérias de defesa. Entende-se por “alegar” não só aquelas matérias elencadas no art. 741 do CPC, afora a compensação e a reconvenção (§ 3º do art. 16 da LEF), mas também “qualquer outra”, como disposto no art. 745 do mesmo código, “que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”. Com efeito, trata-se de matérias de fato e matérias de direito, afinal. Nos embargos à execução fiscal, pois, caracterizam-se nos enunciados regradados os princípios do contraditório e da ampla defesa, em toda a sua plenitude, uma vez que suscetíveis “todas e quaisquer matérias de fato e de direito”, o que embasado nos julgados infratranscritos:

EXECUÇÃO FISCAL. Embargos do devedor. Princípio da concentração.

I – O devedor deve concentrar nos embargos toda matéria útil a sua defesa, precluindo, depois do respectivo prazo, qualquer inovação.⁸¹

A defesa do devedor, nas execuções fiscais, deve ser feita através de embargos do executado após garantido o juízo por regular penhora (Lei 6.830/80, art. 16, §§ 1º e 2º).

II – Nessa ocasião, deverá ele alegar toda matéria útil a sua defesa, inclusive, pois, a ilegitimidade passiva de parte.⁸²

O Código de Processo Civil é a norma aplicável, subsidiariamente, à Lei das Execuções Fiscais. Daí que, a execução fiscal, naquilo que omite a norma especial, invocável as regras de execução comum, insertas nos arts. 566 e seguintes do Código de Processo Civil, em vigor. Por conseguinte, quanto às matérias dedutíveis nos embargos à execução fiscal, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições dos arts. 741 e 745 do CPC, observando o que dispõe o § 2º do art. 16 da LEF, *verbis*: “No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.”

Vedada, ao embargante, na defesa, argüir a compensação de créditos e a reconvenção, sendo o que consigna o § 3º, do mesmo art. 16 da lei especial: “Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

Resume-se, portanto, que o art. 16, em seus parágrafos 2º e 3º, regra as linhas gerais do conteúdo dos embargos à execução fiscal (conteúdo material); a proibição à reconvenção e à compensação; e o processamento das exceções (conteúdo formal), respectivamente: incompetência (relativa), suspeição e impedimento, argüíveis em preliminares.

⁸¹ TRF., 4ª região, 1ª T., Ap. Cív. nº 0413693-91/RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJU, 13/5/92, p. 12245.

⁸² TRF., 3ª região, 4ª T., AgIn. nº 03045696-90/SP, Rel. Juiz Oliveira Lima, D.E., 22/4/92, p. 91.

A execução fiscal será ajuizada mediante petição inicial, com os documentos indispensáveis à sua propositura, contendo: os pedidos e requerimentos, de forma fundamentada; pedido de produção de provas; e valor da causa, nos termos dos arts. 614 e ss., c/c os arts. 282 e ss., do CPC, secundando o art. 6º da Lei das Execuções Fiscais. Do mesmo modo, os embargos à execução fiscal, que é uma ação autônoma incidental, com conteúdo de cognição, inicia-se por uma petição, instruída e formatada nos termos dos mesmos dispositivos do CPC c/c o art. 16 da LEF. Os embargos serão autuados em apenso ao processo principal (de execução) e, ofertados no prazo legal, garantido o juízo pela penhora, fica suspensa a execução fiscal, a teor do art. 18 e 19 da LEF c/c o art. 739, § 1º do CPC (aplicação subsidiária), podendo prosseguir quanto à parte não embargada, quando os embargos forem parciais (§ 2º do citado artigo).

Todas as matérias, de fato e de direito, repita-se, poderão ser argüidas. Aquelas elencadas no art. 16, §§ 2º e 3º: “Toda matéria útil e as exceções de suspeição, incompetência e impedimento”, estas em preliminar, estando elencadas, extensivamente, nos arts. 741 e 745, ambos do CPC e que, por aplicação subsidiária, são todas as matérias de defesa suscítáveis na ação executiva fiscal, relacionadas elas nos dispositivos supra, que dispõem:

Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu a revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – ilegitimidade das partes;

IV – cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução, ou nulidade desta até a penhora;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Art. 745. Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Posto isso, observe-se, nas disposições citadas, que o devedor/embargante tem um amplo campo de atuação e variedade de matérias argüíveis como defesa. Implicitamente, deverão ser observados os princípios constitucionais que informam o processo judicial, do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio do devido processo legal, todos proclamados no art. 5º da Carta Política de 1988.

Recebidos os embargos à execução fiscal, a Fazenda Pública será intimada para impugná-los, em 30 dias. Em seguida, será designada audiência de instrução e julgamento, e sendo só de direito a questão posta, o juiz julgará antecipadamente o feito, por sentença, em 30 dias, na forma do art. 17 da LEF, recorrendo da mesma *ex officio*, para o Tribunal superior, *ex vi* do art. 475, III, *Caput* do CPC, que dispõe:

Art. 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – *omissis*;

II – *omissis*;

III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Observado, pois, que a Fazenda Pública é citada para impugnar os embargos. E porque o direito da Fazenda já está constituído no título (através de processo administrativo, observado o contraditório, ou por declaração do contribuinte), não incide o ônus do art. 302 do CPC. A falta de impugnação não gera efeito algum, podendo, todavia, influenciar o livre convencimento do juiz, em face de outros elementos de provas, nos autos.

Com efeito, observa-se que os §§ 2º e 3º do art. 16 da LEF traçam, em linhas gerais, o conteúdo de defesa dos embargos à execução fiscal e a proibição quanto à compensação e à reconvenção, bem como em relação ao processamento das exceções – conteúdo e forma dos embargos –, que, ajuizados no prazo e garantido o juízo pela penhora, suspende a execução, quando devem eles, assim, conter, em si, todas as razões de defesa, pelo devedor. Isto é, além das matérias elencadas no art. 741, quaisquer outras que poderiam deduzir, como defesa, no processo de cognição, devem ser

suscitadas na ação de embargos, como disposto no art. 745, ambos do Código de Processo Civil, a exceção das matérias relativas à reconvenção e à compensação, em face do art. 16 da Lei específica de Execução Fiscal, como já referido.

2.3.1. INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO DE CRÉDITO

O título executivo extrajudicial, que fundamenta a ação executiva fiscal, é o documento, dotado dos requisitos formais: essenciais e não essenciais, que representa o direito de crédito da Fazenda Pública-exeqüente, contra o devedor da obrigação, o executado, tornando-o exeqüível quando dotado de liquidez, certeza e exigibilidade. Título de crédito é o documento necessário ao exercício do direito nele mencionado, portanto, estampado em uma cártula, mediante forma escrita, cujo conteúdo substancial é a individualização do direito, que se constitui em requisito essencial a sua formação, como título executivo. Instrumento a fundar a execução, que se configura como um processo prático e objetivo – através de meios para a realização do direito e não para o accertamento de sua natureza -, necessário que nele se estampe o valor devido – o *quantum debeatur* –, ou seja, a natureza e a medida do sacrifício a ser exigido sobre o patrimônio do devedor, pelos meios coercitivos legais, valendo ser transcrita, como lição explicativa e complementar, a advertência de CÂNDIDO DINAMARCO⁸³, *verbis*:

Desde que se reconheça ao título executivo a sua função causadora, ou seja, a função de tornar adequada a tutela jurisdicional executiva (cfr. supra, nn. 272, 306 e 311), são condições necessárias e suficientes para sua existência a abstrata outorga legal de eficácia a categoria a que pertence o ato, e mais a concreta individualização do direito a que o ato se refere.

Esse conteúdo substancial, contido no título executivo, como requisito, configura-se pelos seguintes predicados: liquidez, certeza e exigibilidade. Somente os títulos líquidos, certos e exigíveis são passíveis de instrumentar a execução, embora a disposição legal consigne o advérbio sempre, em vez do advérbio somente, conforme dispõe o art. 586, do CPC: “A execução para a cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.”

⁸³ *Op. cit.*, p. 485.

A rigor da norma, não se pode fundamentar execução judicial (fiscal ou civil) em título não dotado dos requisitos legais, pois que na falta de um deles torná-lo-á inexecutável (= não executável). Se ilíquido – sentença judicial – proceder-se-á primeiro a sua liquidação, podendo o credor promover a execução da parte líquida e promover a liquidação da parte ilíquida, simultaneamente, conforme for a sentença (§§ 1º e 2º, art. 586, do mesmo CPC), dispondo o art. 603: “Far-se-á a liquidação do título judicial quando o provimento judicial não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação.”

O título é líquido quando o objeto da obrigação está determinado nele. No caso da execução fiscal o objeto contido no título é a quantia devida, inscrita no próprio título – obrigação de dar (pagar), não o desnaturando, no que diz respeito aos acréscimos legais, segundo a doutrina e decisões pretorianas atualizadas.

ARAKEN DE ASSIS⁸⁴ esclarece e define sobre a liquidez do título, lecionando:

Note-se que a liquidez, nos títulos extrajudiciais e judiciais, traduz-se na simples determinabilidade do valor (*quantum debeatur*) mediante cálculos aritméticos. Como se infere do art. 604 do CPC, a liquidez se configurará mediante a simples apresentação de planilha explicitando principal e acessório. Assim há liquidez se o valor originário do crédito se submete a reajuste monetário, inclusive na hipótese de se expressar em cláusula penal moratória, cujo montante poderá ser discutido nos embargos, estimou a 4ª Turma do STJ.

E, com ênfase apreciável, em relação ao título executivo extrajudicial (fundamento da ação executiva fiscal) e sua liquidez configuradora, assim se expressa o mestre ARAKEN⁸⁵: “Mas, quanto ao título extrajudicial, ele ou é líquido, e, portanto, título; ou não é líquido, e, por isso refoge ao gabarito de título executivo.”

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 140-141.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 140.

A tipicidade do título executivo e a liquidez do crédito são bem delineadas por CÂNDIDO DINAMARCO⁸⁶, ao lecionar sobre a probabilidade da existência do direito, dizendo ele:

A probabilidade da existência do direito, suficiente para legitimar uma execução forçada, no direito brasileiro, advém de dois fatores, os quais ao legislador, tem sido bastante difícil e que são: (a) ou o prévio reconhecimento do direito por ato judicial idôneo, produzido segundo os cânones do devido processo legal, ou (b) o reconhecimento da obrigação pelo próprio obrigado. A primeira hipótese é representada principalmente pela sentença condenatória civil (CPC, art. 584, I (...)); outro ato estatal reportado idôneo e suficiente para embasar a execução é a inscrição da dívida ativa dos entes estatais tributantes (art. 585, VI), a qual só pode ser eficaz se produzida após regular contraditório e oferta de reais oportunidades de defesa (...). Na outra vertente, encontram-se os títulos executivos, que só são tais porque neles existe um ato de reconhecimento da obrigação, celebrado pelo próprio sujeito que se diz obrigado (...). Mas, a idoneidade do reconhecimento judicial ou voluntário da obrigação deve ser associada à prévia indicação das dimensões desta, sem o que não há parâmetros para executar com a seriedade e sem excessos. Refiro-me ao requisito da liquidez das obrigações. Executar sem uma prévia indicação do valor significaria reduzir a praticamente nada a exigência do reconhecimento judicial ou voluntário, porque não se sabe se o juiz ou o obrigado teriam ou não a intenção de reconhecer aquele valor que depois veio a ser atribuído à obrigação pelo credor. Daí a severíssima exigência da liquidez, formulada e reiterada solenemente pelo Código de Processo Civil (arts. 586 e 618, I).

A liquidez da obrigação, em síntese, é requisito substancial do título, integrando a sua forma, como expresso no documento em que ele se configura.

Em relação à exigibilidade do título, o termo e a condição são as suas marcas dominantes, pois que constatáveis no mesmo documento. Reveste-se ela do termo ou condição, o que defere atualidade ao crédito, como disposto no art. 572 do CCB, interpretando a jurisprudência do Col. STJ.⁸⁷, *verbis*: “Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita à condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que realizou a condição ou que ocorreu o termo.” Nula se apresenta a execução

⁸⁶ *Op. cit.*, pp. 81-82.

⁸⁷ STJ., 4ª T., REsp. 1.680/PR, Rel. Min. Sávio de Figueredo, DJU. 2.4.90., p. n/a.

se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, como proclamam as regras dos arts. 572 e 618, III do CPC.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁸⁸:

A exigibilidade é estranha ao conceito e configuração do título executivo. Enquanto o título executivo pertence à disciplina da adequação da tutela executiva como requisito para que concorra o legítimo interesse de agir, a exigibilidade do direito é caracterizadora do interesse necessidade.

Para CHIOVENDA⁸⁹, “o título precisa ser definitivo, completo e ‘incondicionado’ residindo neste último adjetivo o requisito de que ele fosse exigível.”

O termo dispensa ser provado, absolutamente na inicial, porque constante da própria cártula; ao passo que a condição admite e exige seja provada, com a exordial, uma vez se tratar de fato incerto e futuro, definido no art. 614, III do CPC. Veja-se:

Cumpra ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a inicial:

I – (...);

II – (...);

III – com a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo (art. 572).

É que possível, em face do art. 582 do CPC, a exeqüibilidade do título, por exigível, correspondendo a negócio celebrado mediante prestações recíprocas e simultâneas, configurando título executivo, como p. ex. na locação de coisa móvel, sendo certa a decisão jurisprudencial do Colendo STJ.⁹⁰: “O contrato bilateral pode servir de título executivo quando o credor desde logo comprova o integral cumprimento de sua prestação.”

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 486.

⁸⁹ *Principii*, § 10, IV, p. 255, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 486.

⁹⁰ STJ., 4ª T., REsp. 170.446 – SP, Rel. Min. Rui Rosado, DJU. 14.9.98, p. 82.

A certeza, como elemento a integrar a forma do título de crédito, constitui-se e relaciona-se à existência do crédito. Diz-se que a certeza está na existência real – concretamente – do direito (crédito), surgindo este, pois, com o nascimento da cártula, e não depois.

Ao direito de crédito constante do título opõe-se a obrigação existente. Essa obrigação existente correspondente exsurge de uma relação obrigacional criada entre devedor e credor. Quando se tratar de relação obrigacional entre particulares, ela surge da vontade das partes, por atos que praticam; e, quando entre a Fazenda Pública e o devedor tributário, origina-se, por força de lei, de um fato preexistente – fato gerador ou fato imponível da obrigação.

A análise do título, para a verificação da certeza, dirigir-se-á a certas disposições de lei, que dão essa característica. No caso de uma duplicata não aceita, se ela estiver acompanhada do instrumento de protesto e da prova de remessa da mercadoria; no caso de letra de câmbio, sem aceite, e mesmo protestada, a execução deve ser rejeitada. São elementos extrínsecos, que se faz necessário entender por uma presunção relativa, não se revelando absoluta a certeza da existência do crédito a ser também suscetível pelo executado. Nesse sentido é o magistério de PONTES DE MIRANDA⁹¹:

A certeza que o juiz aprecia é a existência da obrigação, diante apenas do título (sentença, ou título extrajudicial), e não só dos pressupostos formais do título executivo. A certeza e a liquidez do título são exigidas aos credores que pretendem inserir-se na relação jurídica processual, como exequêntes. Certeza do crédito é ausência de dúvida quanto a sua existência, tal como está no título extrajudicial, posto que, nos embargos do devedor possa esse alegar causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, se superveniente à sentença (art. 741, VI). A incerteza não existia.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.533 do Código Civil Brasileiro, em vigor: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto a sua existência, e determinada quanto ao seu objeto.”

⁹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX: Forense/RJ, 1976, pp. 377-378.

Do mesmo modo e na mesma linha de entendimento, leciona ARAKEN DE ASSIS⁹², dizendo: “Como jamais se configurará certeza absoluta em torno do crédito, a lei sufraga a relativa certeza decorrente de certo documento, que é o título. Faz o título prova legal ou integral do crédito.”

Enfim, a liquidez, certeza e exigibilidade são elementos ou requisitos do título de crédito que o tornam exeqüível – cf. o art. 583, c/c os arts. 614, I e II e 618, I e II, do CPC. Nesse sentido já afirmado, dispõe o art. 586 do Código de Processo, repita-se: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.”

A falta de quaisquer desses elementos torna o título inexecutível, pois que descaracterizado, imprestável, portanto, para fundar a ação de execução, embora seja certo, sem macular o rigor da lei, que acréscimos que podem ser apurados por simples cálculo do contador e a não-fixação da quantia exata no título executivo, não o desnatura, tirando a sua liquidez e certeza. A jurisprudência tem decidido, dizente a exigibilidade⁹³: “O vencimento do título, posteriormente à prova da ação não afasta a extinção do processo, com base na disposição supra.”

Ainda, por analogia, empresta igual entendimento a interpretação jurisprudencial dada ao art. 462 do CPC⁹⁴: “O acolhimento do fato novo é admissível quando não altera a *causa petendi*: o princípio do art. 462 do CPC de 1973 deve ser entendido considerando-se o que dispõem os arts. 302 e 303 do mesmo diploma legal.”

Certo é que, extinta a execução por vício de forma do título executivo, o credor poderá renová-la, apresentando a original. A obrigação deve ser líquida, e antes liquidada para configurar o título executivo, se for o caso. A exigibilidade do título se completa pela verificação da condição ou termo.

⁹² *Op. cit.*, p. 132.

⁹³ NEGRÃO, Theotônio, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor*, em nota nº 5, ao art. 586: Revista dos Tribunais/SP, 21ª ed., (RTJ. 117/8), p. 338.

⁹⁴ *Idem*, nota nº 8 ao art. 462, (RT. 488/209), p. 256.

São entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, em face da norma. Faltando um dos elementos ou requisitos, inexecutável é o título apresentado à execução, como imposição legal.

2.3.2. ILEGITIMIDADE DAS PARTES

São os títulos executivos judiciais e extrajudiciais que fundamentam a ação executiva, seja uma execução civil (título judicial e extrajudicial), ou execução fiscal (título extrajudicial), como dispõem os arts. 583 e 584, inc. VI, do Código de Processo Civil. Para promover a execução judicial, a parte legítima ativa deverá ser portadora de um título de crédito, que a fundamentará, como credora; são os entes físicos ou morais, como relacionados nos arts. 566 e 567 do mesmo CPC e art. 1º da Lei nº 6.830/80 – LEF. Na execução fiscal, especificadamente, a Fazenda Pública, como parte legítima ativa, está referida no inciso I, do art. 566, como portadora de título executivo extrajudicial (art. 585, VI).

São partes, como sujeitos passivos, na ação executiva (fiscal ou civil), denominados executados, aqueles entes (pessoas físicas ou morais), enumerados no art. 568 do CPC. E, mais especificamente, na execução fiscal: são os entes classificados no art. 4º da Lei de Execução Fiscal. Nessa linha, mister se faz que se complete a definição do sujeito ativo para promover a execução fiscal, como parte legítima ativa, conforme a disposição ditada pelo art. 119 do CTN *verbis*: “Sujeito ativo da obrigação tributária é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.”

E, ainda, em relação à parte legítima passiva, como classificada, são as pessoas, ditas executadas e decorrente da condição de *contribuinte* ou *responsável* tributário inadimplentes, classificadas de forma genérica pelo CTN, nos arts. 121 e 122, ao dizerem: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária; sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.”

Em síntese, com ênfase aos arts. 566, I e II e 567, I do CPC, respectivamente (norma subsidiária), em combinação com a disposição extensiva da LEF, sujeito passivo e sujeito ativo são as pessoas ali elencadas, quanto às legitimidades, ativa e passiva, para estarem na ação executiva: civil e fiscal. É o que se contém naqueles dispositivos, como disposto:

Tem legitimidade ativa para a execução (podem promover a execução forçada) o credor a quem a lei confere título executivo; o Ministério Público, nos casos prescritos em lei; podem também promover a execução, ou nela prosseguir:

I – o espólio, os herdeiros ou os sucessores (...);

II – o cessionário (...); o subrogado (...);

São sujeitos passivos na execução:

I – o devedor (...); o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III – o novo devedor (...);

IV – o fiador judicial;

V – o responsável tributário (...).

Conclusivamente, tem legitimidade ativa para promover a ação de Embargos à Execução ou Embargos do Devedor quem no processo executório comum, ou de execução fiscal, figura no pólo passivo da demanda processual executória (da relação processual). E, como parte legítima passiva, os entes que figuram no pólo ativo da relação processual executória, como exequente. No caso da execução fiscal, a Fazenda Pública.

Quaisquer outras pessoas – físicas ou jurídicas (privada ou pública) –, que não aquelas supramencionadas, não podem, *ex vi legis*, estar na relação processual executória, como parte executada ou como parte exequente. E como tal, devida é a arguição, nos embargos à execução, pelo interessado ou executado, de ilegitimidade de parte, ativa e ou passiva, nessas hipóteses.

2.3.3. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE EXECUÇÕES

Na execução fiscal, que se funda em um título executivo extrajudicial, representado pela Certidão da Dívida Ativa, em se regendo, quando omissa a norma especial, pelo CPC, subsidiariamente, admite-se e declara-se ser legal a cumulação de

execuções, rezando o art. 573, *verbis*: “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas sejam competente o juiz e idêntica a forma do processo.”

Como se vê, a norma processual impõe a pluralidade de créditos e a sua unidade subjetiva para a reunião das ações executivas num mesmo processo.

In casu, pressupostos necessários à cumulação é que seja competente o mesmo juiz e a forma processual, quando o credor ajuizar, a título de cumulação de execuções, mais de um título extrajudicial, mesmo que diferentes. São três os requisitos no nosso regime, para a cumulação de ações executivas: meio executório, identidade de sujeitos e identidade de juízo. Portanto, admite-se outra pretensão a executar, no mesmo processo, como ocorre na hipótese de o sócio, que pagou a dívida social, executar a sociedade (art. 596, § 2º, c/c o art. 595, Parágrafo Único).

Importante ressaltar, que a imprestabilidade de um dos títulos não anulará a execução, que prosseguirá em relação ao que se aproveita, porque caracterizado, e somente com ele, a ação está validamente instrumentalizada. Assim tem decidido os nossos colégios judiciais.⁹⁵

Em face do enunciado no art. 573, trata-se da cumulação de ações de uma faculdade outorgada pela norma, ao credor. Por conseguinte, nada proíbe que, munido dos títulos, como titular do crédito, promova ele ações autônomas contra o mesmo devedor. Não obstante isso, o Col. STJ. “Proíbe ao credor ajuizar duas execuções, uma baseada no contrato e outra em nota promissória emitida em garantia daquele, a primeira contra o obrigado, a segunda contra os avalistas, impondo à execução a cumulação dos títulos *in simultaneos processus*”.⁹⁶

⁹⁵ Nesse sentido, ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 320.

⁹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Embargos à Execução*, n. 71, p. 173, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 322.

O que caracteriza, pois, a cumulação de execuções, por ser competente o mesmo juízo e a mesma forma de procedimento processual, é que qualquer outra situação constituirá indevida cumulação, suscetível em embargos.

De igual modo, imprescindível é que a ação cumulada tenha base em título ou títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais.

Portanto, não se pode cumular ações executivas se distintos os meios de execução; diferentes as partes – ativa ou passiva – na relação processual; e diferentes competências de foro, não sendo vedado, ao exequente, propor as ações separadamente.

A cumulação indevida de execuções, que é matéria de fato, é questão oponível por meio de embargos à execução, a teor do art. 741, IV do CPC, que dispõe: “Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: (...); IV – cumulação indevida de execuções; (...)”, v.g. do art. 586, § 2º, que impõe a liquidação da sentença para fazer líquido o título e torná-lo apto a fundamentar a execução.⁹⁷

Reconhecida a cumulação indevida, de ofício ou por provocação, extingue-se a execução, na forma do art. 267 do CPC. Claro está que a ação ‘descumulada’ subsiste incólume à rejeição, devendo ser renovada no juízo competente.⁹⁸

2.3.4. EXCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

A doutrina tem-se referido à dificuldade em caracterizar a situação em que ocorre excesso de execução no procedimento executório judicial, especificadamente na execução fiscal, pela Fazenda Pública, em face dos enunciados do art. 743 do CPC.

⁹⁷ Nesse sentido: NEGRÃO, Theotônio, em nota n. 12, ao art. 741 do CPC, *op. cit.*, p. 543: “Não é possível cumulação, no caso do art. 586, § 2º, sendo cabíveis embargos à execução, para excluir da execução a parte ilíquida”.

⁹⁸ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 525.

Da sua análise, vê-se de plano, como nele se contém, serem inaplicáveis, por impossibilidade de estarem no título executivo fiscal. Trata-se dos incisos II, III, IV do artigo supra. Assim, resta tratarmos do inciso I, dispondo o art. 743, como se transcreve:

Art. 743 - Há excesso de execução:

I – Quando o credor pleiteia quantia superior à do título.

II – e ss. – *omissis*.

Nesta sede, observe-se que a execução, para a cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível, sendo o que rege o art. 586 do CPC. Portanto, a liquidez, como sinônimo de um valor ou bem estampado na cártula, dá-lhe atendimento, como requisito legal exigido. Se o título é ilíquido, ou em parte ilíquido, proceder-se-á à liquidação (§§ 1º e 2º). A Certidão da Dívida Ativa, que formaliza o título de crédito fiscal, é dotado de presunção de liquidez e certeza, a teor do art. 3º da LEF e exigibilidade, usável pela Fazenda Pública, após a devida apuração administrativa do *quantum* devido, precedida de inscrição no registro próprio.

Importante não confundir, e entender, que os acréscimos legais, como juros, multa e outros valores, incidentes sobre o título de crédito, não constituem excesso de execução, considerando que ditos valores se prestam à atualização do valor principal, ou seja, atualização do crédito. A ocorrência de excesso de execução caracteriza-se quando o credor pleiteia quantia superior à do título, o que deverá ser questionado e aceito, quando da oposição nos embargos do devedor ou da execução. Como exemplo, traz-se o v. acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁹⁹: “Os embargos do devedor são opostos à execução. Incabíveis, no entanto, quando é feita mera atualização do valor constante do título executivo. A execução é una; por isso cabem embargos apenas uma vez. Erro posterior da conta é reparável por outra via processual.”

2.3.5. QUALQUER CAUSA IMPEDITIVA, MODIFICATIVA OU EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

⁹⁹ REsp. nº 4.775.PR, apud Negrão, Theotônio, *op. cit.*, p. 5512.

Trata-se de hipóteses ou situações argüíveis pelo executado, nos embargos, em face do art. 16, § 2º da Lei das Execuções Fiscais, repetindo, que dispõe: “No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos documentos e rol de testemunhas, até três ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.”

Completem quaisquer causas extintivas da obrigação tributária, as hipóteses elencadas no art. 741, inc. VI, do estatuto processual, subsidiariamente c/c o art. 170 do Código Tributário Nacional.

A regra disposta na lei especial de execução generaliza e não especifica as hipóteses possíveis, ao referir que “o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa”, fazendo com mais clarividência os arts. 741 do CPC, secundado pelo art. 156, incs. I a X e Parágrafo Único, do Código Tributário Nacional.

Defensáveis as hipóteses elencadas nos cânones invocados, por simples verificação da ocorrência concreta, merece relevo, numa maior análise, o instituto da compensação, quando argüível, em face do art. 16, § 3º da LEF. É como dispõe aquele parágrafo: “Que não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

Portanto, inadmissível a compensação, argüível nos embargos em face daquela disposição legal. Todavia, o instituto da compensação é disciplinado no Código Civil de 1916, constituindo-se em forma de extinção da obrigação, dispondo o art. 1.009: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.”

Há divergências doutrinárias, prevalecendo a grande maioria, quando se trata de compensação de crédito oriundo de relações obrigacionais, mormente na órbita do

Direito Civil. Todavia, estampados os direitos de crédito nos títulos portados por credor e devedor (títulos líquidos, certos e exigíveis), reciprocamente, é possível e devida a compensação. No caso, os títulos devem estar aptos, aparelhando ou a aparelhar uma execução, assim contendo o art. 1.010, da mesma lei substantiva civil: “As dívidas compensáveis devem ser vencidas, isto é, exigíveis.”

No âmbito do Direito Tributário, afastada a regra do art. 16, § 3º da LEF (Lei Complementar nº 5.172, de 1980) e a exceção colada pelo art. 1.017 do CC, que admite a compensação na execução fiscal, “nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizadas nas leis e regulamentos da Fazenda”, o Código Tributário Nacional autoriza a compensação –, como causa de extinção da obrigação. Observável é que o CTN é uma lei complementar, de caráter ordinário. Portanto, hierarquicamente superior à norma ordinária. É o que disciplina o art. 170 do CTN: “A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

De realce, na disposição legal, a possibilidade de compensação com os créditos vincendos, o que não autoriza o Código Civil, em seu art. 1.010. Claramente se trata de uma inovação do CTN, bem acolhível pelo demandado em ação executiva civil ou fiscal, portador de título de crédito contra o exeqüente ou a exeqüente – Fazenda Pública.

A compensação, pois, como instituto de direito e acolhida pelo CTN, está condicionada, em face da lei, ao poder discricionário do poder público, deixando, pois, de ser um direito subjetivo do contribuinte, para ser uma faculdade (ou direito) da administração pública (poder de acolher ou não acolher a compensação), de acordo com sua vontade/interesse e discriminação legal.

Nesse sentido, é o magistério de ALIOMAR BALEEIRO¹⁰⁰:

No direito brasileiro, o encontro de dívidas é raro e excepcional, como modo de extinção delas, na medida em que se contrabalançam. A regra é o pagamento inexorável do crédito público líquido e certo, por efeito da inscrição da dívida do sujeito passivo, nos livros do sujeito ativo, salvo disposição legal em contrário.

A disciplinar a compensação, como causa de extinção da obrigação tributária, em vigência está a Lei 8.383/80¹⁰¹, cujo art. 66, diz:

Nos casos de pagamento indevido ou “a maior” de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º – A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

Em suma, a compensação é argüível e devida, como defesa, nos embargos à execução fiscal, reconhecível em sentença, observado o trânsito em julgado, em face do recurso obrigatório¹⁰².

2.4. DAS EXCEÇÕES E DAS PRELIMINARES ARGÜÍVEIS NA EXECUÇÃO FISCAL

Esta é a fase, garantido o juízo pela penhora de seus bens, em que o executado apresentará sua ampla defesa, em ação autônoma – Embargos à Execução – apensado o processo ao de execução, mormente esse em que o executado argüirá *toda matéria útil à sua defesa*, a teor do art. 16, § 2º da lei executória fiscal, devendo ele especificar os meios de provas que lhe interessa e o rol de testemunhas. Tudo a demonstrar o que alega como defesa, atendendo-se aos princípios da eventualidade e da celeridade processual. Nesta sede, os embargos à execução correspondem a uma contestação,

¹⁰⁰ *Direito Tributário Brasileiro*: Forense/RJ, 11ª ed., 1999, p. 572.

¹⁰¹ Institui a unidade fiscal de referência, altera a legislação do imposto de renda, e dá outras providências (DOU 31/12/1991).

¹⁰² Nesse sentido, o art. 170 do CTN, dispõe que: “A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”.

como defesa no processo de conhecimento. Aos embargos à execução fiscal aplicam-se, subsidiariamente, as regras do CPC.

O princípio da eventualidade, quanto ao autor, encontra-se previsto no art. 294 do estatuto processual e o acréscimo do rol de testemunhas, forçando a sua especificação na inicial, encontra apoio no art. 276 do mesmo códex, aplicável ao procedimento sumário. Este dispositivo nada ostenta de excepcional e incompatível com a estrutura do processo de conhecimento. Somente revela a opção do legislador pela celeridade processual.

Ante o silêncio do art. 17 da LEF, em relação a sua prova e ao seu tempo, socorre a Fazenda Pública, como embargada, o Código de Processo Civil, em seu art. 300, que diz: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”

Em referência às exceções suscetíveis pelo executado/embargante, extrai-se a possibilidade de sua arguição no enunciado do art. 16, § 2º da Lei das Execuções Fiscais, ao dispor que “o executado deverá alegar toda matéria útil a sua defesa”, entendendo-se, por conseguinte, poder excepcionar ou objetar também, tudo, em observância ao princípio da ampla defesa, conforme o art. 5º, inc. LV da CF. Portanto, além das questões de direito material – contidas na inicial e ou no título executivo (CDA) – e fatos modificativo, extintivo ou impeditivo de direito (defesa material), o embargante/executado deverá oferecer uma defesa contra o processo, como a visar, sem análise do mérito, o indeferimento da peça exordial, autorizado pelos arts. 304 e 742 do Código de Processo Civil, em forma de exceções, em face do art. 134 e 312 do mesmo estatuto processual.

Na execução fiscal é inadmissível a compensação e a reconvenção, a teor do art. 16, § 3º, da LEF, observável a hipótese consignada no art. 170 do CTN, atinente à compensação. Argüidas as exceções de suspeição, impedimento e incompetência

relativa, serão elas processadas em procedimento a parte, ficando suspenso, agora, além da execução, o processo de embargos, cujo processo será julgado em primeiro plano. Por sua vez, as exceções de incompetência absoluta, coisa julgada, prescrição, etc. serão alegadas, como preliminar, na mesma peça inicial dos embargos (§ 3º, art. 16, citado), tratando-se de matéria de ordem pública, que deve ser apreciada de plano e de ofício, pelo juízo.

3. DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Enquanto na ação executiva comum o prazo para a oposição dos embargos à execução é de 10 dias (art. 740, *caput*, do CPC), o prazo para a oferta dos embargos à execução fiscal é de 30 dias, consoante preceitua o art. 16, *caput*, da LEF.

O art. 16, *caput*, da Lei das Execuções Fiscais, estipula o prazo de 30 dias para o oferecimento dos embargos à execução pelo devedor/embargado, repita-se. Mas, os embargos somente serão admitidos mediante garantia do juízo, pela penhora de bens, depósito em dinheiro, fiança bancária e bens de terceiro, como relacionados no art. 9º da mesma LEF.

Todavia, enquanto na execução civil o prazo para a oposição dos embargos é de 10 dias e começa a fluir da data da intimação da penhora, na execução fiscal, e em face da lei especial, que admite ou traz formas de garantias do juízo, várias maneiras de se contar o início do prazo acontecem, o que dá ensejo a divergências doutrinárias. Na hipótese de penhora de bens, a regra é simples. Conta-se o prazo da intimação do ato de constrição (início a partir da prova da juntada nos autos da intimação, por carta, por oficial de justiça, ou pela imprensa oficial, nos moldes do art. 8º, I e II); no caso de garantia do juízo, através de depósito em dinheiro, inicia-se o prazo de 30 dias, para os embargos, a partir da prova do depósito, em banco oficial, cujo comprovante deverá ser juntado nos autos. De tudo, em relação aos prazos para os embargos à execução, especificam os incs. I, II e III, do art. 16, da lei especial, silente a disposição quanto à penhora de bens de terceiro, que deverá seguir o mesmo roteiro da penhora de bens do

devedor. Isto é, o prazo para os embargos começa a fluir a partir da prova da juntada, aos autos, da intimação da penhora.

Para completar, o magistério de MIRIAM COSTA REBOLLO CÂMERA¹⁰³ explica:

Da leitura do *caput* do art. 16 e seus três incisos depreende-se que o prazo de 30 dias para o oferecimento dos embargos tem termo inicial variável consoante a modalidade de garantia da execução. Na hipótese de tal garantia consistir em depósito em dinheiro ou fiança bancária, Milton Flaks, Humberto Theodoro, Iran Lima e Alonso Beltrame, Regis de Oliveira e Rui Stoco convergem no sentido de que o termo inicial é, respectivamente, o da data mesma em que se efetuou o depósito em dinheiro, conforme comprovada na guia de instituição financeira; e no caso de fiança, o *dies a quo* e o da juntada da carta de fiança aos autos da execução.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência divergem, em detalhes, quanto à finalidade que a norma aponta: ser o devedor intimado, regularmente da penhora, quando terá o prazo de trinta dias, para o oferecimento da sua defesa, através dos embargos, fluindo o tempo a partir do dia seguinte à intimação ou no 1º útil, findando-se no 30º.

O STJ¹⁰⁴, continuando a mestra MIRIAM COSTA,

porém, em julgado que se reporta a precedentes, diversamente da doutrina retro citada, entendeu que no caso de depósito em dinheiro, há necessidade da lavratura de termo, devendo ser o executado dele pessoalmente intimado, com expressa advertência do prazo para oferecimento dos embargos. Na hipótese de a garantia da execução decorrer de penhora (inclusive quando nemeado bens à constrição), a jurisprudência diverge: ora entendendo que o prazo se conta a partir da data da intimação, como constante do mandado, ora no sentido de ser tal termo a data da juntada aos autos do mandado cumprido. O STJ, em pelo menos sete julgados, todos por votação unânime, manteve o entendimento de que quando a intimação da penhora é pessoal, o prazo para embargos começa a correr desta data e não da posterior publicação no Diário da Justiça (Súmula 190 do TFR), sendo dispensável tal publicação.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 323.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 322.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁰⁵, admitindo as divergências em face das várias formas de garantia da execução fiscal, professa que é a partir do ato processual de segurança do juízo que começa a fluir o prazo de embargos, que, para a nova execução fiscal, foi ampliado para 30 dias (art. 16). Como, no entanto, a lei admite várias formas de garantir a execução e não apenas a penhora, o prazo de embargos também sofre variações na sua forma de contagem do início, a saber:

I – Na hipótese de garantia por depósito de dinheiro, (...) começará a correr o prazo de embargos da data do depósito (art. 16, I), com a juntada do comprovante aos autos, o qual não tem influência sobre o início do prazo (art. 9º, § 2º (...));

II – No caso de garantia por fiança bancária, (...) critério contrário do observado no depósito. O prazo dos embargos começará a fluir da data da juntada da carta de fiança (art. 16, II) (...);

III – No caso de penhora, seja por termo nos autos ou através de auto de penhora do oficial de justiça, a forma de contar o prazo é a mesma, e sofre as seguintes variantes:

1ª – Na capital: será a partir da data em que o ato da juntada do termo ou auto for publicado no órgão oficial (art. 12, *caput*). Será, porém, necessária a intimação por mandado se o AR da citação postal não estiver assinado pelo próprio devedor;

2ª – No interior: a intimação pode ser por via postal, como por mandado. Se for por correspondência, o prazo será contado de acordo com a regra do art. 8º, I, II, ou seja:

a) a data da entrega da carta, conforme constou do AR, ou

b) do décimo dia após o registro da carta, se o AR voltar sem data.

“Quando a intimação se realizar por mandado, na capital ou no interior, a data de início do prazo de embargos será a da intimação constante da certidão do oficial de justiça.” Assim encerra o publicista.

A conclusão, pois, é que a lei oferece uma orientação diversa e complexa, quando poderia, em melhor técnica, torná-la mais simples na sua aplicação. Ao dar o bem em garantia, de qualquer forma, o executado tem conhecimento da ação executiva contra si proposta, quando intimado ou citado, e que deverá oferecer defesa, em 30 dias, a partir da data da segurança judicial, com a advertência do art. 285 do CPC, consignada no mandado, a ser cumprido pelo oficial de justiça, como aplicação analógica.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 38.

4. DA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Os Embargos à Execução Fiscal, apresentados pelo devedor, após seguro o juízo, correspondem a sua defesa, tal qual a contestação, no processo de conhecimento, onde será alegada toda matéria útil a essa defesa (art. 16, da LEF). Recebidos os Embargos à Execução, pelo juízo, a embargada (exeqüente, e no pólo ativo da execução), agora no pólo passivo da nova relação jurídica (ação autônoma de embargos do devedor), será intimada, a requerimento do embargante, para impugná-los, no prazo de 10 dias, em se tratando de execução civil (comum), o que define o art. 740, *caput*, do CPC. No caso da execução fiscal e oferecidos os embargos, dispõe o art. 17, *caput*, da lei especial, que a embargada (a Fazenda Pública) será intimada para impugná-los em 30 dias¹⁰⁶, sendo legal e acolhida pela jurisprudência, o chamamento judicial obrigatório (através de intimação, em vez de citação), sob pena de serem declarados nulos os atos subsequentes, através do procurador da Fazenda Pública.

Tratando-se de matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, e a prova for exclusivamente documental, não se realizará audiência e será proferida sentença, em 30 dias (art. 17, Parágrafo Único da mesma lei).

Correspondem os Embargos à Execução a uma ação incidental e autônoma, apensos ao processo executório; constituem eles uma nova relação jurídica, na qual, como defesa, o executado, agora denominado embargante, apresenta resistência à pretensão executória do exeqüente, chamado de embargado. De conseguinte, a embargada deverá impugnar os embargos, no prazo legal (art. 17), não se referindo à lei, nos seus artigos seguintes, quais matérias são argüíveis como defesa. Todavia, há de se observar a regra do art. 598 do CPC (aplicação subsidiária do processo de conhecimento – inaplicável ao procedimento sumário). Recorre-se, ainda, ao art. 300 do mesmo estatuto, a consagrar o princípio da eventualidade, dispondo esse cânone do CPC: “Compete ao réu alegar, na contestação, toda matéria de defesa, expondo as

¹⁰⁶ Art. 17 da L.E.F.: *Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda Pública, para impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias, designado, em seguida, audiência de instrução e julgamento.*

razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”

Em matéria de ação de execução, embargar significa opor-se, rejeitar, parar, etc. a ação e/ou o processo, enquanto impugnar corresponde a contestar, resistir, replicar, etc. os embargos à execução. São espécies do gênero defesa: do réu à pretensão do autor; do executado à pretensão do exeqüente; do requerido à pretensão do requerente; e do impugnado à pretensão do embargante, nos respectivos processos.

O art. 17 da Lei das Execuções Fiscais, ao determinar a intimação da Fazenda Pública executada para impugnar os embargos, não especificando os meios de provas utilizáveis, manda designar, em seguida, audiência de instrução e julgamento, que não se realizará, em se tratando de matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, se a prova for exclusivamente documental (Parágrafo Único).

Assim, aplicada a norma do art. 300 do CPC – aplicação subsidiária – a Fazenda Pública, no caso, “deverá alegar toda matéria de defesa e especificar as provas que pretender, inclusive suscitar preliminares” (art. 301, I, II e III), presumindo-se verdadeiros os fatos articulados na inicial e não impugnados, em se tratando de matéria de fato, a teor do art. 302 do mesmo estatuto de rito, fortalecendo o livre convencimento do juízo, não se aplicando pena de revelia.

À embargada, quando da impugnação aos embargos, também compete, como defesa, suscitar as exceções processuais, como atribuído ao embargante; argüível, pois, pela embargada, as exceções de suspeição e impedimento do juiz, não podendo fazê-lo com referência à incompetência relativa, em face da sua fixação na execução, em razão do título que a originou e, assim, inaplicável a regra do art. 112. A competência do juiz, nesse caso, é sempre absoluta e questionável na impugnação, como preliminar, a qualquer tempo.

Nesse sentido, vem-nos o magistério de ARAKEN DE ASSIS¹⁰⁷:

Ao embargante, juntamente com os embargos (art. 742) e no seu próprio âmbito (art. 741, II) compete oferecer defesa processual indireta contra a execução (retro 35); de seu termo, o embargado, ocupante do pólo ativo na relação executiva, face ao advento dos embargos e à instauração de outro processo, tem a faculdade de excepcionar, *ex vi* dos arts. 304 a 314, suspendendo-os (art. 306).

A falta de impugnação aos embargos, fatalmente, levará o juízo à sentença, na hipótese no Parágrafo Único do art. 17, não se aplicando a pena de revelia, como efeito, “primeiro porque o título exequendo por si só é prova completa do direito da exequente, revestindo-se das qualidades de certeza e liquidez por força de lei. Ao devedor que o ataca é que toca, por inteiro, o ônus da prova em contrário. Depois, porque está em jogo direito indisponível não suscetível de abdicação presumida ou implícita.”¹⁰⁸ Por isso, já decidiu o TJMG¹⁰⁹, com referência à execução fiscal.

No caso de falta dos embargos, a Fazenda Pública deverá manifestar-se sobre a garantia da execução (art. 18 da LEF). Prosseguindo-se a execução, nos termos dos arts. 19 e ss., c/c as disposições atinentes à avaliação e venda dos bens penhorados, até a satisfação da dívida, em favor da Fazenda-exequente (arts. 684/685 e 686 e ss. do CPC).

5. DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

A Lei das Execuções Fiscais não se refere diretamente à suspensão da ação executiva, após os embargos. Daí, recorre-se ao Código de Processo Civil, como aplicação subsidiária (art. 1º da LEF). Mais precisamente, às disposições contidas nos arts. 739 e 740, ao determinar a rejeição liminar dos embargos, nos casos que especifica e que o juiz mandará intimar o credor para impugná-los em 10 dias, designando-se

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 1162.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 90/91, *apud* TJMG, *verbis*: “Mesmo que não tenha havido impugnação aos embargos, não pode o juiz promover o julgamento antecipado da lide, uma vez que a falta daquela peça não produz, em

audiência de instrução e julgamento que não se realizará, em se tratando de matéria de direito ou, se de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental (Parágrafo Único).

A mesma disposição está contida no art. 17 e seu Parágrafo Único da LEF, referindo-se à intimação da Fazenda Pública para impugnar os embargos, em 30 dias e designação de audiência de instrução e julgamento, que não se realizará igualmente quando se tratar de matéria de direito, ou se de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, exceto quanto ao prazo trintídio, *verbis*: “Não se realizará audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença no prazo de 30 (trinta) dias.”

Ainda, da interpretação dos arts. 18 e 19, da Lei de Execução Fiscal, extrai-se o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal. Pelo art. 18, somente após decorrido o prazo dos embargos é que a Fazenda Pública falará sobre a garantia da execução; e, pelo art. 19, não sendo embargada a execução ou rejeitados os embargos, garantido o juízo, por terceiro, este terá 15 dias, após intimado para remir o bem ou pagar o valor da dívida (inc. I e II), “sob pena de prosseguir a execução.”

A suspensão da execução, ante a defesa do executado no prazo legal e garantido o juízo, é factual e jurídico. Os embargos significam ação incidental, que visam a estancar a atividade executória, afinal; e que antes, como de sua índole, provoca a suspensão da ação, quando serão discutidas as questões suscitadas, podendo ocorrer uma execução provisória da sentença que rejeitar os embargos. É o que diz o art. 17 da lei especial fiscal, como interpretado.

relação à Fazenda Pública, os efeitos da revelia, havendo a necessidade de provas”. (Ap. nº 12. 598/8, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, ac. de 31.8.93, jurisprudência mineira, 125/79).

A respeito desse caráter suspensivo dos embargos, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais¹¹⁰ manifestou-se, em acórdão, ao decidir assim: “Recebidos os embargos (para discussão), suspensa fica a execução e em processo suspenso não se pratica ato; no entanto, se praticado, nenhum prazo pode ocorrer contra as partes, sendo, pois, inaplicável a figura da preclusão.”

A suspensividade da execução, oferecidos os embargos, é colocada implicitamente, ainda, no art. 20 da LEF, que trata da execução por carta. No caso, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado e o julgamento se dará no juízo deprecante.

Nessa linha de entendimento, quanto ao efeito suspensivo dos embargos do devedor, em relação à execução, a doutrina e a jurisprudência são unânimes, e a prática diuturna, nos foros judiciais, dispensa mais comentários, porque sem divergência.

Por fim, objetivamente, invoca-se o art. 739, § 1º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 8.953/94, que dispõe: “Os Embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”; e o art. 791, III, do CPC diz: “Suspende-se a execução ‘quando o devedor não possuir bens’.” Trata-se, nesse caso, de repetir o art. 40 da LEF.

6. DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE EXECUTÓRIA FISCAL

O processo de conhecimento, disciplinado no Código de Processo Civil, Livro I, arts. 1º a 565, trata do julgamento antecipado da lide, no art. 330, que dispõe:

O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – Quando ocorrer à revelia (art. 319).

¹¹⁰ RJTA/MG, nº 18, p. 150.

E, no processo de execução em geral, regido pelo mesmo CPC, Livro II, arts. 566 a 795, rege-se o julgamento antecipado da lide (dos embargos), autorizado pelo art. 739, onde se lê:

O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I – quando apresentados fora do prazo legal;

II – quando não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741;

III – nos casos previstos no art. 295.

Por força das disposições contidas na LEF, os processos de conhecimento e de execução emprestam subsidiariedade à execução especial (fiscal), o que se extrai da leitura e interpretação das disposições, entre si, quando se transcreve o art. 17, Parágrafo Único da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais). Nesse sentido, a respeito do julgamento antecipado da lide: “Não se realizará audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença, no prazo de 30 (trinta) dias.”

A execução fiscal funda-se num título extrajudicial, representado pela CDA – Certidão da Dívida Ativa – dotado de liquidez, certeza (por presunção legal) e exigibilidade. Daí que é comum a argüição, como defesa, nos embargos à execução fiscal: “Além das matérias previstas no art. 741 do CPC, toda e qualquer outra susceptível de apreciação em processo de conhecimento”, como disposto no art. 745 do Código de Processo.

Então, em face do art. 17, Parágrafo Único da LEF, duas são as possibilidades em que o julgamento da lide se dará antecipadamente, dispensada a realização de audiência:

I – Se os embargos versarem sobre matéria exclusivamente de direito; ou

II – sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença no prazo de 30 (trinta) dias).

A Lei de Execução Fiscal concede muitos privilégios à Fazenda Pública. Por conseguinte, somente e naquelas hipóteses, haverá julgamento antecipado da lide, mesmo à falta de impugnação dos embargos, considerando que, *in casu*, não se aplica à Fazenda Pública a revelia dita no art. 319 do CPC, e considerando, ainda, que o litígio, neste caso, versa sobre direitos indisponíveis (art. 320, II). É o que a jurisprudência orienta, aplicada a Súmula 256 do extinto TFR, que enuncia: “A falta de impugnação do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos da revelia.” A conclusão é que os requisitos de exigibilidade, liquidez e certeza do título reduzem as situações em que os embargos serão julgados antecipadamente.

7. DO EFEITO DO JULGAMENTO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Os embargos à execução fiscal pelo devedor, correspondem à sua defesa contra a execução proposta contra si, pela Fazenda Pública credora. Toda matéria útil, em seu favor, deve ser alegada – matéria de direito e matéria de fato - nos termos art. 16, § 2º da Lei nº 6.830/80 – (Lei das Execuções Fiscais).

Instruída com o título executivo dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, a credora pretende um provimento judicial que garanta o recebimento de seu crédito por meio da ação executiva fiscal, perante o juiz competente, intimado o devedor-executado para pagar a dívida em 5 dias ou garantir a execução. A parte executada (ou executado) terá o prazo de 30 dias para oferecer embargos (art. 16 da LEF), que devem ser autuados em apenso ao processo, na forma do art. 736 do CPC, devendo registrar-se que: “Em linhas gerais, os embargos à execução fiscal serão processados e julgados com observância dos mesmos procedimentos dos embargos do devedor, regulados pelo Código de Processo Civil.”¹¹¹

Oferecidos os embargos, suspende-se a execução, como efeito, o que se conclui, implicitamente, da leitura dos arts. 18, 19 e 20 da Lei nº 6.830/80 e por ser da própria

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 88.

natureza dos embargos, interpretando-se a norma processual subsidiária (arts. 739, §§ 1º e 2º e art. 791 do CPC), na mesma linha de entendimento.

Com efeito, não sendo necessária a realização de audiência, considerando tratarem os embargos de matéria de direito ou que se de direito e de fato a dispensa, por ser somente documental (art. 17, Parágrafo Único da LEF), ocorrerá o julgamento antecipado da lide: “No caso o juiz proferirá a sentença no prazo de 30 dias.”

Por conclusão, ratifica-se que o julgamento antecipado só ocorre nas hipóteses do art. 17 da Lei das Execuções Fiscais, afirmado por MIRIAM COSTA REBOLLO CÂMERA¹¹², que leciona:

Quando os embargos versarem matéria exclusivamente de direito; e quando, embora versem sobre matéria de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental. É que qualquer audiência para discutir as questões suscitadas e a elas relativas, não modificaria a situação, trazendo-se aos autos outras provas estranhas à discussão pré-questionada.

E, por fim, julgados os embargos à execução fiscal, duas situações daí decorrem: julgados procedentes ou improcedentes.

1 – Se procedentes, vencida a Fazenda Pública embargada, ela será condenada em verbas sucumbenciais e honorários advocatícios, (art. 20 do CPC)¹¹³; e, observado o trânsito em julgado, em face do recurso obrigatório por força do art. 475, II e III, do CPC e ou voluntário, sendo improvido, extingue-se a execução. A Fazenda Pública, por seu representante (o procurador da Fazenda Pública, este por dever de ofício), deve oferecer recurso de apelação (recurso obrigatório). Em caso de provimento do recurso necessário ou da Fazenda Pública, a execução terá prosseguimento, realizando-se os

¹¹² *Op. cit.*, p. 335.

¹¹³ STJ., 3ª T., nesse sentido, decidiu: “Com as despesas do processo haverá de arcar quem, de modo objetivamente injurídico, houver-lhe dado causa, não podendo redundar em dano para quem tenha razão” (REsp. 43.366.5, de 25.4.94, *in* NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil, 28ª ed., 1999.

atos subseqüentes até a satisfação da dívida reclamada, com os acréscimos legais; resultado da venda do bem penhorado, em hasta pública.

A teor do art. 34 da LEF, “fixado o valor da alçada em 50 ORTN e respeitadas as conversões, por força de várias alterações legislativas, cabível são os embargos infrigentes, como recurso para atacar a sentença de 1ª instância, nos embargos e não o recurso de apelação”¹¹⁴, sendo esta a interpretação à regra legal. Esses embargos são uma espécie de recurso, na execução fiscal, que não se confunde com tal recurso conforme o art. 530 do Estatuto Processual Civil.

A respeito, leciona MIRIAM COSTA REBOLLO CÂMERA, *verbis*: “Excetua-se do disposto no art. 475, II e III, porém, as causas da alçada a que alude o art. 34 da LEF. Caso em que julgada a decisão confirmatória, nestas proferidas, extingue-se a execução sem reexame obrigatório.”

2 – Se improcedentes, vencido o embargante, a ação toma o seu rito regular com os atos subseqüentes. No caso, a sentença pode ser definitiva (julgado o mérito) ou terminativa (sem julgamento do mérito, não comportando o efeito suspensivo, em face do art. 520, V, do CPC (vale destacar que determinados tribunais, via agravo instrumentado, têm concedido efeito suspensivo, nessa questão); com o ato final, observada a norma, ocorrerá a venda pública (arrematação) do bem penhorado, para pagamento da dívida executada, ao exeqüente.

Como efeito, ainda, a sentença condenará o embargante, como vencido, ao pagamento das custas processuais, já recolhidas quando ajuizada a ação de embargos, e dos honorários advocatícios, assim decidindo os nossos Tribunais, independentemente

¹¹⁴ STJ., 2ª T., nesse sentido, *apud*. ÁLVARES, Manoel, *op. cit.*, p. 493 decidiu: “Cuida-se de apelação interposta contra sentença proferida em autos de embargos à execução fiscal de valor inferior a 50 OTNs. Nesse passo entendo que o recurso cabível era o de embargos infrigentes, tendo em vista o que preceitua o art. 34, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o qual continua em inteiro vigor (Lex, 1991/522, RDA., 184/329).”

dos honorários fixados no processo executivo, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

8. DA VENDA EM HASTA PÚBLICA DOS BENS PENHORADOS EM GARANTIA DO JUÍZO

Considerados improcedentes os embargos à execução, cível ou fiscal, como oposição do devedor, seguem-se os atos executórios, tendentes a se concluir pela satisfação da dívida, em favor da credora(o)-exeqüente, sobre os bens dados em garantia da execução, em face do art. 591, do Código de rito, que diz: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Isto, combinado com o art. 646, ambos do CPC, que dispõe: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591), antes avaliados os bens penhorados, por perito ou avaliador oficial, em atendimento aos arts. 680 usque 685, do Estatuto Processual.”

Depois de avaliados os bens penhorados, serão eles levados a hasta pública para venda e pagamento ao credor, com o produto (dinheiro). Em hasta pública, que se traduz por venda em praça pública, procede-se a arrecadação, que tem como objetivo nuclear a conversão do bem penhorado em dinheiro (Produto da arrecadação = maior lance), em favor da exeqüente/credora(o), como giza o art. 709 do CPC, quando: “Dar-se-á a arrematação em favor da pessoa que oferecer maior lance. Este deverá ser feito com dinheiro à vista ou com prazo de 3 dias para o pagamento ou caução fidejussória idônea.”¹¹⁵

ARAKEN DE ASSIS¹¹⁶, dizendo da finalidade e do objeto da arrematação proclama:

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 660.

Através da arrematação, o meio executório utilizado na execução das obrigações pecuniárias, a única racionalmente específica ante a ampla fungibilidade do objeto da prestação, oferece ao público o bem penhorado, a quem mais der, para obter dinheiro e, ‘com o produto dos bens alienados’, conforme reza o art. 709, *caput*, satisfazer o credor.

A arrematação é meio e forma utilizável pelo juízo no processo de execução fiscal e execução civil, com a finalidade de transformar o bem penhorado (bem imóvel) em dinheiro, para a satisfação da dívida, vindo a afirmação daquele mestre¹¹⁷, nesse sentido: “Em vista do objetivo da arrecadação, a primeira idéia mais nítida consiste na sua instrumentalidade. Ela não é um objetivo em si mesma, ‘mas o meio idôneo para conseguir aquele fim’, se distinguindo, neste passo, da desapropriação por utilidade pública.”

Em verdade, a ação executiva, completada pelos atos coercitivos informados pela lei, visa ao cumprimento da obrigação pelo devedor, em favor da credora. Todavia, observado que os atos executórios são praticados, à ordem, pelo órgão judicial (o juízo) da execução, como substituto do credor, traz-se à colação a lição de MANOEL ÁLVARES¹¹⁸, para quem: “A natureza jurídica da arrematação é tema controvertido, mas a sua finalidade é a transferência da posse e/ou da propriedade do bem penhorado para terceiro ou para o próprio exeqüente, na busca da satisfação do crédito assegurado no título executivo.”

A autoridade estatal, pelas exigências de sua função jurisdicional, expropria e faz sua a faculdade de vender bens pertencentes, por lei, ao proprietário devedor e, subsequente, exerce essa faculdade vendendo o bem ao arrematante ou entregando-o ao adjudicante.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 660.

¹¹⁸ *Op. cit.*, pp. 382-383.

PONTES DE MIRANDA¹¹⁹ diz ser a arrematação um ato negocial, afirmando que:

O Estado aliena, e ‘alienar é negociar’; enquanto LIEBMAN¹²⁰, em campo oposto, observa, na alienação coativa, um ato jurídico unilateral, da parte do Estado, condicionado a ato igualmente unilateral do arrematante e, a ‘fortiori’, do adjudicante, concluindo o seguinte: Os dois atos são heterogêneos e distantes e não se fundem para dar lugar a um único ato bilateral, apenas um condiciona o outro e os efeitos são produzidos unicamente pelo ato do órgão judicial.

Nesse sentido, melhor e excelente, o entendimento de PONTES DE MIRANDA, aceito maiormente pela doutrina, posto que a arrematação, entendendo-se como ato negocial, configura-se pela ação do Estado, como alienante (vendedor), em substituindo o proprietário do bem, e o arrematante, adquirente, que oferece maior lance e adjudicações aceitos pelo vendedor, o Estado. Por fim, diz ele: “arrematar é tornar último o lance que se fez.”

A arrematação ou ‘a alienação’ se realiza após a publicação de edital que, como ato de comunicar a venda judicial pública, deve obedecer a determinadas formalidades, sob pena de nulidade, na forma do art. 686 e seus incisos, do CPC; nulidade essa argüível, por quem se interessa (o arrematante ou licitante), como parte legítima. O edital visa a dar uma maior publicidade ao ato: no lugar próprio e de costume do *forum* judicial (*átrio*) e, sem vedação legal, na imprensa, e por outros meios, que atinjam a sua finalidade. Em qualquer situação, o edital será publicado com prazo de 30 dias de antecedência do ato de venda pública (art. 22 da LEF.). Na execução civil, esse prazo é de 5 dias, a teor do art. 687 do CPC.

Da venda em hasta, as partes serão intimadas pessoalmente e, na execução fiscal, a Fazenda Pública o será através do seu procurador (art. 22, § 2º e art. 25 e Parágrafo Único da LEF).

¹¹⁹ *Apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp. 660-663.

¹²⁰ *Apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 663.

9. DA EXTINÇÃO DA RELAÇÃO EXECUTIVA E DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

De regra, excluída a hipótese de embargos à arrematação ou à adjudicação, o efeito imediato da arrematação é a transferência do domínio ou propriedade do bem penhorado e arrematado ou adjudicado ao arrematante ou adjudicante, consumado o ato expropriatório. Em seguida, paga-se à credora Fazenda Pública, com a entrega do dinheiro, fruto da venda, ou pela adjudicação ou através do usufruto, tratando-se de bem imóvel ou empresa, consoante dispõe o art. 708, I, II e III, do CPC. Assim feito, o crédito da exequente está satisfeito quando cumprida a tutela jurisdicional reclamada.

Assim ocorrendo, sem embargos, a Fazenda Pública levantará a quantia apurada na venda, até a satisfação integral de seu crédito, na forma do art. 709 do mesmo estatuto processual, cabendo ao executado/devedor receber qualquer valor que remanescer, enquanto qualquer credor, inclusive a mesma Fazenda Pública, em caso de insuficiência do valor arrecadado com a venda (arrematação), poderá promover o prosseguimento da execução, com a penhora de outro bem do devedor/executado, se encontrado, o que se denomina reforço de penhora, como disposto no art. 667, inc. II, do CPC.

Regra geral, a extinção da execução se dá, conforme o art. 794 do CPC, em três situações:

- I – quando o devedor satisfaz a obrigação;
- II – quando o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;
- III – quando o credor renunciar ao crédito.

O CTN cuida de elencar as modalidades de extinção do crédito tributário em seu art. 156:

- I – o pagamento;
- II – a compensação;
- III – a transação;
- IV – a remissão;
- V – a prescrição e a decadência;

- VI – a conversão de depósito em renda;
- VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do art. 150, e seus §§ 1º e 4º;
- VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164;
- IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
- X – a decisão judicial passada em julgado.

Já concebido que a ação executiva é instrumento de provocação da tutela jurisdicional pelo credor. Para JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹²¹ “a acção executiva surge para dar satisfação a um direito subjetivo violado, que tem por objeto expropriar bens do devedor para a entrega ao credor.” Neste sentido traz ele, ainda, o magistério de CARNELUTTI¹²², tratando do objeto mediato e do objeto imediato da execução, *verbis*:

A execução traduz-se prática e juridicamente nisto: tira-se alguma coisa ao devedor e entrega-se ao credor. Ora bem. Podem dar duas hipóteses: 1ª: encontrar-se no património do devedor, ‘precisamente’, a coisa a que o credor tem direito, a ‘coisa devida’; 2ª: não se encontrar no património do devedor a coisa devida. Na primeira hipótese não há o que hesitar: tira-se ao devedor e entrega-se ao credor a coisa a que este tem direito. Na 2ª hipótese, a disciplina do processo executivo é mais complicada. Seria incompreensível que o Estado, pelo facto de não encontrar no património do devedor a coisa devida, renunciar-se a dar qualquer satisfação ao direito do credor. Não podendo entregar-lhe precisamente o que lhe é devido, o órgão da execução procura dar-lhe uma coisa juridicamente equivalente, procura dar-lhe ‘dinheiro’; e para o obter actua sobre o património do devedor, penhora-o, expropria-o e vende-o.

Concebe-se, *in casu*, que o processo executivo é instrumento da jurisdição executiva, cujo escopo é a satisfação do crédito do demandante, sob coação incidente sobre o devedor e seus bens. Contudo, em face da nova ordem legal, a atividade executiva – do credor e do juízo – deve se voltar para o respeito ao executado e a seu património, o que se observa nas disposições do art. 620 do código de rito.

Mas o processo de execução, como todos os demais, é um conjunto de atos em movimento (procedimento): que terá um fim, principalmente com a satisfação do

¹²¹ *Processo de Execução*, vol. 1: Coimbra Editora/Coimbra, 3ª ed., 1985, p. 23.

¹²² *Ibidem*, p. 273.

crédito. Contudo, a execução pode se encerrar ou se extinguir, se a dívida já foi paga; no caso de prescrição da dívida ou transação ou compensação. Mais precisamente, quando extinta a obrigação tributária, nos moldes do art. 156 do CTN.

Com o pagamento, o crédito está satisfeito, sendo esta a forma normal que justifica a extinção da execução (art. 794, I, do CPC). “Na obrigação por quantia certa, essa extinção normal se dá com a entrega do dinheiro, com a adjudicação ou com o usufruto de imóvel ou de empresa.”¹²³

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹²⁴, “A execução só se extingue com o direito do exeqüente satisfeito, no caso do inc. I do art. 794.” De forma normal, distinguindo-se, como vem se classificando a doutrina, da extinção anormal, lecionando ele que “o inc. I do art. 794 do Código de Processo Civil prevê a única hipótese em que a execução tem desfecho normal e que é aquela em que o devedor satisfaz a obrigação.”

LEONARDO GRECO¹²⁵, igualmente, ensina: “Na execução por quantia certa, essa extinção ‘normal’ se dá com a entrega do dinheiro, com a adjudicação ou com o usufruto de imóvel ou de empresa.”

Satisfeita, pois, a exeqüente, a finalidade e objetivos da execução foram alcançados, não devendo ser praticado nenhum ato outro contra o executado, eis que encerrada a atividade jurisdicional executória pedida.

Por sua vez, a extinção anormal da execução ocorre nas demais situações. Isto é, quando a execução não atingiu sua finalidade, com a satisfação do credor-exeqüente, pelo recebimento do crédito. Nesse sentido, ARAKEM DE ASSIS¹²⁶ leciona: “No processo de execução, porém, a doutrina tende a distinguir a extinção normal do

¹²³ GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 240.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 159.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 240.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 1234.

processo executivo, quando atingida a satisfação do credor, por qualquer meio, e a extinção anormal, que engloba os demais casos, nos quais tal escopo não é alcançado.”

Da leitura do art. 755 do CPC, colhe-se que “a extinção da execução só produz efeito quando declarada por sentença”, que terá um conteúdo declaratório sem maior rigor formal. Para LEONARDO GRECO¹²⁷ “A existência de declaração por sentença da extinção é, pois, ocioso formalismo, servindo apenas para encerrar o procedimento executório.” E, ARAKEN DE ASSIS¹²⁸, também, nesse sentido, entende excessivo os termos do art. 795 supra, dizendo irrelevante a sentença declaratória, porque sem força a produzir efeito de coisa julgada, assim professando: “Entretanto, convém fugir do excesso, induzido pelo texto transcrito do art. 795, de outorgar semelhante sentença força declaratória.”

Portanto, essas formas encerram a execução; como encerram, também, a transação e a renúncia, como lineado nos incs. II e III do art. 794, do CPC. São situações jurídicas que extinguem, igualmente, o crédito e, conseqüentemente, não poderá a ação executiva prosperar. Transação (arts. 1.025 a 1.036 do CC) é um acordo judicial ou extrajudicial entre as partes sobre a relação jurídica, com a finalidade de extinguir ou prevenir litígio, ante concessões recíprocas. Todavia, atente-se para “que nem toda transação extingue a execução, algumas apenas a suspendem (JTA, 40/41, 59/60, 60/110). Assim, a transação em execução fiscal não extingue, mas apenas suspende a execução (RJT. JESP 106/296, JTJ 143/57, JTA 36/219).”¹²⁹

Também, pela remissão.

Almejando, sinceramente, solver a dívida, o procedimento da remissão, apesar das escassas diretrizes do art. 651, não encontrará entraves insuperáveis. Até o termo final, o legitimado a remir depositará a importância por ventura devida, atualizando ele próprio a planilha que acompanhou a inicial, (art. 614, II),¹³⁰ extinguindo-se a execução.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 240.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 1234.

¹²⁹ *Apud* NEGRÃO, Theotônio, nota 10 ao art. 794, *op. cit.*, p. 560.

¹³⁰ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 1240.

A renúncia, como liberação graciosa, onde o credor de forma unilateral desobriga o devedor, autoriza a extinção da execução.

Renunciar é desistir do direito. No caso, o credor renuncia ao direito de crédito e exonera o devedor, extinguindo-se a execução, (art. 614, inc. III).

Assim, nas hipóteses elencadas, a extinção da execução dar-se-á e produzirá efeito mediante sentença. Assim reza o art. 795 do CPC: “A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.”

ARAKEN DE ASSIS¹³¹ classifica a extinção da execução própria e infrutífera, após afirmar que “no processo de execução, a doutrina tende a distinguir a extinção normal do processo executivo, quando atingida a satisfação do credor”, fazendo alusão ao art. 794, I, que espelha a situação de extinção própria. Diz ser “a dicção desse dispositivo imprópria, porque na maioria das vezes, o executado não presta espontaneamente a obrigação; desaparecendo a dívida, ao invés, pela vitoriosa atuação dos meios executivos e até de ato de terceiro”; quanto à extinção imprópria, diz também da improbidade contida no inc. II, identificada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹³²: “Pois de considerar a transação como meio de remissão da dívida, quando nos termos da legislação civil a remissão e a transação representam modalidades equiparáveis da extinção de obrigações (...).”

E conclui: “Concebe-se que o devedor se libere da dívida sem prestar e sem satisfazer o crédito, nem mesmo expondo seu patrimônio à atuação dos meios executórios (...);”

¹³¹ *Ibidem*, p. 1237.

¹³² Notas sobre a extinção da execução, n. 5, p. 288, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 1245.

Em relação à extinção infrutífera, continua ele: “De ordinário, a existência de bens penhoráveis provocará a suspensão do processo executivo (retro 408). O art. 6º, da Lei 8.009/90 que mandou cancelar as execuções é interpretado, corretamente, no sentido da ocorrência de simples suspensão (...). Findo, porém, o prazo de suspensão, e não se oferecendo à penhora os tais bens ‘futuros’, a que alude o art. 591 (retro, 102), o juiz extinguirá a execução infrutífera.”

De conclusão, à semelhança da extinção da execução, em nosso ordenamento jurídico, a teor dos arts. 794 e 795 do CPC, norma subsidiária da execução fiscal, traz LEONARDO GRECO¹³³, o magistério exemplificativo de SÉRGIO COSTA e a disposição do art. 630 do Código Italiano¹³⁴, no mesmo sentido, que não exige a declaração por sentença como requisito para a extinção da execução, a teor do nosso art. 795.¹³⁵

Quanto à extinção propriamente do processo de execução: conjunto de atos sistematizados, cuja finalidade é a composição da lide e que tem por objetivo uma sentença, o processo define-se como uma direção no movimento. Movimento igual a procedimentos. Portanto, o processo que tem *vida*, forma-se por *iniciativa da parte* e se move por *impulso oficial* (= princípios processuais). Assim, falado sobre a extinção da execução, nas suas várias formas e por vários motivos, eis que a extinção do processo, sem embargos, se dá de duas formas: 1 – sem julgamento do mérito dos embargos, na forma do art. 267 e; 2 – com julgamento do mérito dos embargos, na forma do art. 269, ambos do CPC, considerando-se que, nos termos do art. 598 do mesmo código, reza: “Aplicam-se, subsidiariamente, à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.” A extinção do processo de execução em algumas hipóteses, nos embargos, recebe fundamento dos dispositivos acima referidos.

¹³³ *Manuale di Diritto Processuale Civile*, UTET, Torino, 1973, p. 607: “*Il processo esecutivo ha termine nel modo normale, con l'esaurimento degli atti ed il raggiungimento scopo; ma può estinguersi anche in modo anormale, per rinunzia, per inattività. O per mancata comparazione all'udienza*”, apud GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 240.

¹³⁴ Art. 630.2: “*L'estinzione opera di diritto, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa, salvo il disposto dell' articolo successivo. L'estinzione è dichiarata con ordinanza*

Assim, em relação ao art. 267, este é parcialmente invocável no processo executivo, como base de sua extinção: “I – haverá extinção nos casos de inépcia da inicial; falta de pressupostos e condições da ação (incs. IV e VI); ocorrendo litispendência, perempção, ou coisa julgada (inc. V); e, ainda nas demais situações elencadas nos incs. I, III, VII, VIII, IX, X e XI.” Os embargos, como defesa do devedor, constituem-se em ação e processo autônomos. A extinção da ação executiva dar-se-á nos moldes dos arts. 794 e 795, mediante sentença; enquanto a extinção do processo, pagas as custas sucumbenciais e honorários advocatícios, dar-se-á independentemente da extinção da execução, embora na mesma sentença dos embargos à execução ou no caso de julgamento de qualquer incidente processual.

dal giudice dell'esecuzione, la quale è comunicata a cura de cancelliere, se è pronunciata fuori dell'udienza.”

¹³⁵ Art. 795 do CPC: “A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.”

CAPÍTULO III

O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E SUAS IRRADIAÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E NORMATIVA

A Constituição Federal de 1988 elenca e consagra, em seu art. 5º, uma série de direitos e garantias, individuais e coletivos, destinados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Consagra a inafastabilidade do controle judicial, dispondo em seu inc. XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; estabelece, ainda, em seu inc. LIV, “que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Com efeito, quaisquer normas legais ou atos administrativos que venham a afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito deverão ser declarados inconstitucionais.¹³⁶ Também, em face da regra constitucional, todo direito à

¹³⁶ FERREIRA, Pinto, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva/SP, 12ª ed., 2002, p. 40. Nesse sentido e lecionando sobre a inconstitucionalidade da norma constitucional e leis ordinárias é que o mestre consagra, sabiamente, doutrina: “(...) Poder-se-ia objetar a existência de normas constitucionais contrárias. Mas, é de ponderar que ocorre na realidade uma hierarquia das normas constitucionais, que não têm a mesma força de realidade. Algumas normas são colocadas no ápice do sistema, decorrem da sistemática da Constituição, do próprio sistema enquanto outras são acessórias e secundárias, defluem do princípio básico.

Assim sendo, cada preceito constitucional deve ser interpretado dogmaticamente, de acordo com a teleologia do sistema, em harmonia e concordância com este.” No mesmo sentido, traz ele o magistério de Hebert Kruger, em seus estudos sobre constituição, que alude às normas constitui

liberdade e patrimonial será apreciado pelo Poder Judiciário, dentro do processo legalmente instaurado, em que presentes deverão estar os também constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse passo, segue-se que de importância relevante, em favor das pessoas em juízo, instaurado o processo, que possam estar nele, conhecendo, discutindo e contestando a pretensão do autor, fazendo-o de forma ampla, como consigna o inc. LV do art. 5^a da Carta Política de 1988, *verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa.”

Assim consagrados, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, como normas dotadas de um grupo de abstração relativamente elevado e que, como princípios constitucionais, impõem aos órgãos do Estado a realização de fins, a execução de tarefas e a formulação de programas, contendo, em si, um comando datado de imperatividade superior às demais normas.

Para RAUL MACHADO HORTA¹³⁷, “a norma designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem”, assinalando HANS KELSEN¹³⁸, sob o ângulo da norma jurídica, que “a norma confere poderes, permissões e opera derrogações.” Também, como espécie do gênero norma, além dos princípios, aparecem as regras. Ambas impõem como deve ser e o que deve ser.

anticonstitucionais, concluindo que: “Além de Hebert Kruger, outros doutrinadores assim pensam, cabendo, a propósito, citar a obra de O. Bachof e de Ulrich Scheuner, que debatem o problema das normas constitucionais contrárias à constituição e a necessidade de interpretá-las na estrutura total do sistema (v. a propósito O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnorm*, Tübingen, 1961).” E, finalmente, quanto à inconstitucionalidade das leis, proclama que “as leis constitucionais têm força superior às demais leis; ocupam o ápice da pirâmide jurídica no escalonamento hierárquico das suas normas, embora com diferentes graus de eficácia. As leis ordinárias ou complementares que com elas conflitam são reputadas inconstitucionais. O ato inconstitucional é tido como nulo na doutrina clássica de Marshall e quando aplicado é nula a sua aplicação.”

¹³⁷ *Direito Constitucional*: Del Rey/BH, 3^a ed., 2002, p. 283.

¹³⁸ *Teoria Geral das Normas*: Sérgio Antônio Fabris/RS, p. 1, *apud* HORTA, Raul Machado, *op. cit.* p. 283.

JORGE MIRANDA¹³⁹ esclarece que:

Os princípios não se colocam além ou acima do direito (ou do próprio Direito Positivo). A distinção entre os dois é uma distinção entre dois tipos de normas, não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; às normas jurídicas é que se dividem em normas – princípios e normas disposições.

Sendo este também o magistério de KILDARE GONÇALVES CARVALHO.¹⁴⁰

KILDARE GONÇALVES CARVALHO¹⁴¹, traz, ainda, a distinção entre os princípios e regras, extraída do magistério de JJ. CANOTILHO, que apresenta os seguintes critérios distintivos:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau relativamente elevado; as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) Caráter da fundamentalidade no sistema das fontes de direito: princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do estado de direito);
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz), as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

J.J. GOMES CANOTILHO¹⁴² diz da complexidade em distinguir princípio e norma dizendo:

¹³⁹ *Manual de Direito Constitucional*, p. 189, *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Didático*: Del Rey/BH, 8ª ed., 2002, p. 219.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 219.

¹⁴¹ *Idem, idem*, p. 219.

¹⁴² *Direito Constitucional – Teoria e Prática*: Almedina/Coimbra, 2ª ed., 1998, pp. 1034-1035.

Saber distinguir, no âmbito do super conceito norma, em regras e princípios é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. Essa complexidade deriva, muitas vezes, do fato de não se esclarecerem duas questões fundamentais:

- (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórico-argumentativa ou se são normas de conduta;
- (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencente a mesma ‘família’ e havendo apenas uma diferença do grau (quanto a generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, (conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa).

A seguir, mais precisamente, interessa-nos e devemos mais tratar dos princípios constitucionais. Princípios-garantia, como classificados pela doutrina de CANOTILHO¹⁴³ e KILDARE¹⁴⁴, elencados no art. 5º da *Magna Carta*; E mais, o princípio da ampla defesa (inc. LV). Com ênfase, interessa-nos mais o princípio da ampla defesa, como tematizado, acentuando-se a sua qualidade normativa, que impõe obediência cogente como norma verdadeira, qualitativamente distinta das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas, eis que: “(...) Os princípios fundamentais, portanto, integram o núcleo material da constituição e vinculam *strictissime* o legislador, o magistrado e os órgãos do executivo.”¹⁴⁵

Com efeito, pode-se afirmar que: “Os princípios constitucionais irradiam-se não só por toda a constituição, mas por todo o ordenamento jurídico, produzindo efeitos jurídicos vinculantes e de conformação, limitando o poder do Estado e seus órgãos, por um lado e, por outro, conferindo-lhes direitos.”¹⁴⁶

Isto porque, à evidência, este trabalho, considerando a delimitação de sua temática, não comporta uma análise de todos os princípios fundamentais e suas

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 1041. Tratando do princípio-garantia, afirma o mestre lusitano: “Há outros princípios que visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. Daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estritamente vinculado na sua aplicação.”

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo, 1986, pp. 55-59, *apud* ARAÚJO, Jackson Borges de, *Da Inadmissibilidade de Ficção do Fato Gerador do ICMS em face do Princípio da Igualdade na Constituição de 1988*, Dissertação de Mestrado de 2000, p. 42.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Jackson Borges de, *op. cit.*, p. 42.

influências objetivas no âmbito das normas tributárias, elencadas na Carta constitucional de 1988.

Nesta sede, os estudos dirigir-se-ão a uma irradiação e aos efeitos do princípio da ampla defesa, em relação à resistência do executado, no âmbito da ordem tributária, como contida na Constituição Federal, observável que está suficientemente esclarecido que o conteúdo fundamental do sistema jurídico tributário brasileiro encontra-se normatizado na Constituição da República, assim entendendo a doutrina constitucional e tributária.¹⁴⁷

Da leitura do inc. LV, do art. 5º da CF, colhem-se, como princípios-garantia, o contraditório e a ampla defesa, aplicáveis a toda espécie de processo e, expressamente, aos processos civil e administrativo (a CF, revogada de 1969, previa o contraditório só para o processo penal, cf. o art. 153, § 16). Em relação ao processo administrativo, compatível com a constituição, dispõe a lei nº 9.784, de 29.01.99 (Lei do Processo Administrativo), em seu art. 2º, *Caput*: “O processo administrativo é informado, entre outros, pelo princípio do contraditório.”

O princípio do contraditório, que pressupõe direito de ação e de defesa, é direito de ação e de defesa das partes, no devido processo legal, civil ou administrativo. Nesse sentido, trazendo a doutrina alemã e a italiana, em notas a respeito, NELSON NERY JÚNIOR¹⁴⁸ esclarece:

¹⁴⁷ Nesse sentido argumenta TORRES, Ricardo Lobo, em lição doutrinária: “Com exceção das constituições do Brasil e da Alemanha Ocidental (esta explícita ao regular matéria tributária), as demais constituições são formalmente parcimoniosas no dispor sobre assuntos tributários, vale dizer, nos demais países ‘não se encontrarão sistemas tributários formalmente estruturados no nível constitucional, mas apenas normas e princípios esparsos’”, 1986, pp. 59.60, *apud* ARAÚJO, Jackson Borges de, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁸ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*: Revista dos Tribunais/SP, 7ª ed., revista e atualizada com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001, 2002, p. 135, nota de rodapé nº 226: ROSEMBERG.SCHWAB.GOTTWALD. *Zivilprozeßrecht*, cit., § 85, III, pp. 456-457, “para quem o contraditório significa poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder fazer-se ouvir”; nº 227: Nesse sentido, tem-se manifestado a doutrina italiana moderna, entendendo haver estreita ligação entre o art. 24 da CF italiana e o art. 101 do CPC italiano, razão pela qual contraditório significa garantia de *ação e defesa para ambas as partes*..

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

Efetivamente, na execução, com aceitação quase unânime, admite-se o contraditório, pois que ela pretende um provimento final satisfatório, numa relação processual entre as partes. É como proclama CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁴⁹:

E, como esta é a instrumentação jurídica da exigência política do contraditório, conclui-se que tal garantia constitucional se faz presente no processo de execução, sem ser limitada ao cognitivo. Sem isso não seria possível estabelecer o indispensável equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e seu patrimônio.

A ampla defesa é o mesmo que defesa plena; significa plenamente: “Ad.1. de modo pleno; de todo; inteiramente (...). Amplo (a); significa de grandes dimensões; muito grande; de grande amplitude; sem restrições, ilimitado; que abrange um grande campo; Extenso, etc. (do latim ‘amplu’)”, define AURÉLIO.¹⁵⁰

Sobre a *Defesa do Executado*, JAMES MARINS¹⁵¹ enfatiza que:

Embora o processo de execução se dê levando em conta primordialmente o interesse do credor, não se pode conhecer um processo, ao menos em nosso ordenamento jurídico atual, que prescindia de valores constitucionais garantidores do devido processo legal, ‘ampla defesa’ e acesso à justiça. Nesse ponto, renova-se a discussão que contrapõe as prerrogativas da Fazenda aos direitos do contribuinte, especialmente o direito de ampla defesa.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 168.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 110-1347.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 562. E, prosseguindo o seu magistério, diz o mestre: “Tradicionalmente, é prevista como a única forma de defesa do contribuinte a oposição de embargos à execução fiscal de rito próprio e expressa previsão legal. Ao lado da previsão expressa de defesa contida na Lei 6.830/80, admite-se, ainda, que com reserva, também, a Exceção de Pré-Executividade como meio hábil de defesa do contribuinte.”

Conclusivamente, defesa ampla é defesa plena, extensa, total, etc. Defesa significa resistência, oposição a uma ação. *In casu*, uma ação de defesa ou de resistência ampla pelo devedor, contra a ação executiva do credor.

E o que é princípio? Etimologicamente, a palavra princípio (do latim *principium*) tem vários sentidos e acepções, como descreve AURÉLIO BUARQUE¹⁵², entre outros, definindo-o: “Princípio = 4. Preceito, regra, lei, o que corresponde ao conceito jurídico.” Os princípios jurídicos são espécies de normas que se integram ao direito positivo como instrumento de formulação de conceitos estruturadores da ordem jurídica.

RUI SAMUEL ESPÍNDOLA¹⁵³ traz a definição de EROS GRAU (*op. cit.*, p. 117), que transcrevemos, *verbis*:

Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de derecho de una institución jurídica, de um Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de derecho, el motivo determinante, la razón informadora del derecho ‘ratio juris’, aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.

E faz o mestre a distinção entre a norma e o texto, produtores do princípio, dizendo:

Os princípios constantes nas normas devem distinguir-se dos princípios próprios à interpretação das normas. E ao se realizar esse exercício de distinção, chega-se à conclusão de que a noção de princípio antes apontada é apenas o primeiro momento de uma indagação tendente a dar conta dos grandes problemas que são colocados aos operadores do direito, no momento que lidarem com os princípios do direito.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 1393.

¹⁵³ *Conceito de Princípios Constitucionais*: Revista dos Tribunais/SP, 1999, p. 48.

Ainda, na opinião de EROS GRAU¹⁵⁴, tem-se que: “...um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Ele se compõem, também, de princípios jurídicos ou princípios de direito.”

Por fim, como corolário deste título, transcreve-se a lição de MANOEL ÁLVARES¹⁵⁵, que encerra esta exposição, dizente aos princípios jurídicos e, em particular, ao princípio da ampla defesa, proclamando ele, tratando da possibilidade de ajuizamento da exceção de Pré-Executividade, pelo devedor executado:

Há situações excepcionais em que a exigência de prévia constrição em bens do executado pode constituir ofensa aos princípios constitucionais do livre acesso ao Poder Judiciário, a ampla defesa ou do devido processo legal; e, também, o magistério de JAMES MARINS¹⁵⁶, segundo o qual Ampla Defesa significa, ainda, defesa ilimitada. O interessado tem o direito de invocar todos os argumentos que entender pertinentes e adequados a evitar decisão desfavorável. (...). Somente poderiam ser excluídos os argumentos incompatíveis com o sistema jurídico e os valores fundamentais. (...)

2. O PAGAMENTO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Nas relações em sociedade, os indivíduos assumem obrigações e adquirem direitos elencados no ordenamento jurídico. A uma obrigação assumida por ‘A’ corresponde um direito adquirido por ‘B’. Se ‘A’ não cumprir com a obrigação assumida e devida, ‘B’ poderá pedir, em juízo, o adimplemento da obrigação não cumprida por ‘A’. No âmbito do direito, as obrigações são especificadas em obrigação de *dar, fazer e não fazer*.¹⁵⁷ Essas obrigações originam-se de contratos, celebrados *inter pars*, onde, nas suas várias modalidades, devem estar presentes os requisitos legais,

¹⁵⁴ Cf. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 95, *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁵ *Apud* MARINS, James, *op. cit.*, p. 567, “A completar: Sopesados os princípios constitucionais que garantem a defesa plena, em especial, no processo de execução, com as supostas prerrogativas da Fazenda Pública, há de se levar em conta a letra da constituição.”

¹⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁵⁷ Cf. arts. 863-877; 878-881 e 882-883 do CCB.

como “objeto lícito, agente capaz e forma prescrita e não defesa em lei”¹⁵⁸, ou resultante da prática de ato ilícito cometido por ‘A’ contra ‘B’.¹⁵⁹

R. LIMONGI FRANÇA¹⁶⁰, após definir que “obrigação é o vínculo jurídico ou de equidade pelo qual alguém está adstrito a, em benefício de outrem, realizar uma prestação.”, acrescenta: “Em suma, a obrigação é um *vinculum juris quo adstringimur alicuius solvendae rei*, onde estão contidos os elementos essenciais da obrigação: a) sujeito ativo (*alicuius*); b) sujeito passivo (nós subtendido no verbo *adstringimur*); c) objeto (*solvendae rei*); e d) vínculo (*vinculum juris*).

O pagamento é a forma voluntária e normal de extinção da obrigação, dispondo a norma civil que “o devedor que paga tem direito à quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto lhe não for dada; e que a quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou quem por este pagou, o tempo e lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante.”¹⁶¹

Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁶², “o pagamento tem natureza de contrato”; para outros, caracteriza-se como um fato jurídico, devendo ser considerado como um fato porque decorrente, como consequência, de uma obrigação contratual ou sentencial, caracterizada a obrigação contratual ou aquiliana.

O pagamento é objeção no direito processual, como ensinado pela doutrina e como deve ser conhecido pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição. CÂNDIDO DINAMARCO¹⁶³, em julgamento proferido na Ap. 299.161, em voto vencido, defendeu que “o pagamento é objeção que o juiz conhece de ofício.”

¹⁵⁸ Cf. art. 82 c/c os arts. 129-130-145, todos do CCB.

¹⁵⁹ Cf. art. 159 do CCB, que dita: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 à 1.532 e 1.537 à 1.553.”

¹⁶⁰ *Instituições de Direito Civil*: Saraiva/SP, 5ª ed., 1999, p. 539.

¹⁶¹ Cf. arts. 939 e 940 do CCB.

¹⁶² *Curso de Direito Civil*, vol. 4: Saraiva/SP, 24ª ed. atualizada, 1990, p. 248.

¹⁶³ Cf. RT 562:123.

Nesse sentido, ALBERTO CAMIÑA MOREIRA¹⁶⁴ traz a lição de LOPES DA COSTA (613), “para quem a objeção pode ser conhecida de ofício pelo juiz, pois indica o pagamento como exemplo de objeção.” Diz mais que CELSO AGRICOLA BARBI (614), ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (615), OVIDIO BATISTA DA SILVA (616), ANTÔNIO CARLOS MARCATO (617) também indicam “o pagamento como exemplo de objeção.” Não discrepa SÁLVIO DE FIGUEREDO TEIXEIRA (618), que “arrola o pagamento como objeção de direito material.”

Pagamento, define HUGO DE BRITO MACHADO¹⁶⁵: “É forma ordinária, usual, de extinção do crédito tributário. O pagamento é a entrega ao sujeito ativo, pelo sujeito passivo ou por qualquer outra pessoa em seu nome, da quantia correspondente ao objeto do crédito tributário.”

Nas obrigações em geral, como nas obrigações tributárias, disciplinadas na norma civil e especial, Código Civil Brasileiro e Código Tributário Nacional, o pagamento é a forma mais comum de extinção da obrigação, satisfeito o direito de crédito do credor.

Para JOSÉ DA SILVA PACHECO:¹⁶⁶ “O pagamento da dívida ou o cumprimento da obrigação discutida na ação e objeto da sentença que se executa tornam sem objeto a execução. Comprovados, suficientemente, ‘podem ser alegados a qualquer tempo’, ainda que fora do prazo.”

¹⁶⁴ *Defesa sem Embargos do Executado, Exceção de Pré-Executividade*, Saraiva/SP, 3ª ed., 2001, p. 161: (613): Ob. cit., vol. 3, p. 40, louvando-se em Felicia Escobedo, *L’eccezione in senso sostanziale*, p. 91; (614): Ob. cit., n. 200, p. 122; (615): *Teoria geral do Processo*, p. 244. Cândido Dinamarco, em voto vencedor proferido no julgamento da Ap. 299.161, sustentou que o pagamento é objeção que o juiz conhece de ofício, cf. RT, 572:123; (616): *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 270; (617): *Ação de consignação em pagamento*, n. 3.2.2, p. 59; (618): *Código de Processo Civil Anotado*, nota ao art. 22.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁶ *Tratado das Execuções, incidentes da execução*, vol. 3, p. 265, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 161.

Enquanto o crédito tributário se constitui através do lançamento¹⁶⁷, nas suas várias espécies (por declaração, cf. art. 147 e por homologação, cf. art. 150, ambos do CTN), a extinção se dá através do pagamento e outras formas, que elenca o CTN¹⁶⁸. Contudo, a lei básica (Código Tributário Nacional), permite, por meio de lei ordinária, que os efeitos da extinção do crédito só se dê após verificação de possíveis erros ou irregularidades quando da sua constituição, nos termos do art. 156, Parágrafo Único.

PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁶⁹, contudo, adverte nossa atenção para a devida quitação do pagamento, cujo fato gera a extinção da obrigação, assim escrevendo:

Quero chamar a atenção, todavia, para a circunstância de que não é o evento do pagamento que extingue a obrigação: “esta desaparecerá tão-somente quando esse evento for passado em linguagem, surgindo aquilo que se chama de ‘documento de quitação’ ou ‘recibo de pagamento’”. Quem exercitar a ação físico-material do pagamento e não obtiver a linguagem competente que a comprove, sabe-se, não quitou juridicamente a dívida. ‘Quem paga mal, paga duas vezes’. O fato do pagamento aparece para o mundo do direito com a edição do competente ‘recibo’.

Contudo, obviamente. A extinção do crédito tributário dar-se-á pelo pagamento, mediante prova desse fato – fato do pagamento; pela quitação formal = recibo. Assim, o crédito, qualquer que seja, somente se extingue mediante o pagamento, demonstrado este pelo recibo de quitação. À Fazenda Pública, todavia, por lei, compete verificar qualquer irregularidade na constituição do seu crédito, valendo como pago o valor

¹⁶⁷ Cf. art. 142 do CTN: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo Único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

¹⁶⁸ Cf. art. 156 do CTN: “Extinguem o crédito: I – o pagamento; II – a compensação; III – a transação; IV – a remissão; V – a prescrição e a decadência; VI – a conversão de depósito em renda; VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º.; VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164; IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X – a decisão judicial passada em julgado.”

¹⁶⁹ *Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência*: Saraiva/SP, 2ª ed. revista, 1999, pp. 195/196.

efetivamente quitado, pois que não tolera o CTN a presunção de pagamento de um crédito quando incompleto, como disposto no art. 158, I e II.

Nesse sentido é o magistério de HUGO DE BRITO MACHADO¹⁷⁰, dizendo que:

Cada quitação só vale em relação ao que na mesma está indicado. Assim, o fato de um contribuinte, por exemplo, provar que pagou a última parcela de seu imposto de renda de determinado exercício não faz presumir-se tenha pago as demais parcelas. (...); Por isso mesmo não tem a Fazenda Pública motivo para recusar o recebimento de um tributo ao argumento de que há dívida, ainda não paga, de um outro tributo.

Efetivamente, realizado e provado o pagamento, extinguem-se, simultaneamente, o crédito e a obrigação tributários (ou civil, ou penal, no caso), como e quanto descrito no recibo de quitação e, conseqüentemente, extinguirá qualquer execução ou cobrança, tendo o crédito extinto por objeto, como dispõe o art. 794, I, do CPC, *verbis*:

Extingue-se a execução quando:
I – o devedor satisfaz a obrigação;
II e III – *omissis*.

Se o devedor não satisfaz o pagamento de modo espontâneo, terá que fazê-lo na ação executiva, sofrendo o ônus da atividade coercitiva judicial sobre si e seu patrimônio, eis que a essa finalidade a execução se destina.

“A última fase da execução individual por quantia certa é o pagamento do credor; (...). Podemos, pois, dizer que existem três espécies de pagamento do credor: a adjudicação, o usufruto de imóvel ou de empresa e a entrega do dinheiro (...).” Desse enunciado, extraído do magistério de LEONARDO GRECO¹⁷¹, conclui-se que com o pagamento extingue-se a obrigação, ficando, pois, sem objeto a execução proposta e,

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 133.

¹⁷¹ *Op. cit.*, vol. 2, p. 405.

em consequência, extinto o processo executivo instaurado. Para FRANCESCO CARNELUTTI¹⁷²:

A entrega do dinheiro é o último dos atos do processo executivo, do qual exaure o escopo e constitui o resultado. Pagamento é a prestação que o devedor ou alguém por ele, faz ao sujeito pretensor, da importância pecuniária correspondente ao débito do tributo; Inocorrendo a solução do débito, no vencimento próprio, será ele acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. (...).¹⁷³

3. O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Ao se falar em sentido da ampla defesa, pretende-se explicar o significado da palavra ‘princípio’ e da expressão ‘ampla defesa’, como direito constitucional. Isto é, como direito do indivíduo inserido no texto da *Lex Fundamentallis* de um Estado Democrático, que na nossa *Magna Carta*, de 5 de outubro de 1988, está disposto no art 5º, inc. LV, *verbis*: “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.”

Etimologicamente, a palavra *principio* e a expressão *ampla defesa* (ampla e defesa) têm várias significações. Primeiramente tem-se que a idéia de princípio, segundo LUÍS DIEZ PICAZO, “deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeiras’.” Logo acrescenta o mesmo jurista que “exatamente por isto são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo, ‘as premissas de todo um sistema geométrico que se desenvolve ‘more geométrico’ ”, segundo o magistério de PAULO BONAVIDES.¹⁷⁴

¹⁷² Ob. cit., vol. III, pág. 87, *apud* GRECO, Leonardo, *op. cit.*, vol. 2, p. 433.

¹⁷³ *Op. cit.*, pp. 413-415. Ainda, em relação à extinção do crédito tributário pelo pagamento, assim leciona o jurista: “Visto o pagamento pela óptica das possibilidades teóricas de extinção das relações jurídicas, temos que por seu intermédio, se cumpre o dever jurídico cometido ao sujeito passivo, contranota do direito subjetivo de que está investido o sujeito credor, o qual simultaneamente desaparece.” p. 416.

¹⁷⁴ *Curso de Direito Constitucional*: Malheiros Editores/SP, 6ª ed., 1996, pp. 228-229.

Da Corte Constitucional italiana, em sentença de 1956, vem-nos a definição de princípio, vazada nos seguintes termos:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.¹⁷⁵

Princípio jurídico é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁷⁶

Desta definição extrai-se que o princípio jurídico é o núcleo formador das disposições normativas de um sistema jurídico.

Definir princípio jurídico como espécie do gênero norma não é fácil. Podemos, numa tentativa à luz da doutrina, dizer, ainda, que princípio jurídico é a norma matriz de um sistema de direito da qual se originam as demais normas. A doutrina de JJ. CANOTILHO¹⁷⁷ faz a distinção entre princípio e norma, admitindo que nesta existe uma regra, uma imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões.

¹⁷⁵ Cfr. Giur. Costit., I, 1956, 593, *apud*, Norberto Bobbio, *Principi Generali di Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, Turim, 1957, p. 889. *Apud* BONAVIDES, Paulo, *op. cit.* pp. 229-230.

¹⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 450-451, *apud* SILVA, José Afonso da, p. 93.

¹⁷⁷ *Direito Constitucional*; cf. *Fundamentos da Constituição*, p. 49, em parceria com Vital Moreira. “Nesta última obra, afirma serem os princípios de 2 categorias: 1 – Princípios políticos-constitucionais = Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, ‘norma.princípio’, isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares, regulando, imediatamente, relações específicas da vida social (= princípios constitucionais fundamentais); 2 – Princípios jurídicos – constitucional. São princípios constitucionais gerais

A distinção pretendida entre os princípios e demais normas jurídicas exige uma análise valorativa de cada uma. Nesta sede analisa-se uma *axiologia constitucional* que trataria de analisar os valores em que se funda a ordem jurídica, pois que a positivação dos princípios representa um posicionamento ideológico do Estado, que faz opção política por determinados valores, sendo eles, portanto, superiores hierarquicamente às outras regras de direito.¹⁷⁸

No mesmo sentido, diz-se, mais, que:

Os princípios fundamentais, mormente os do § 4º do art. 60 da CR/88, são os grandes vetores interpretativos do texto constitucional. Em seguida, vêm os princípios gerais e setoriais. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no texto constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios.¹⁷⁹

Resta-nos o sentido da ampla defesa, sem pretender dar uma definição variada, segundo dicionaristas. Como significado, é a defesa extensa, ilimitada. É a resistência de forma além do convencionado na norma legal, pelo demandado, no processo judicial. Quando a pessoa sofre um ataque (uma ação) qualquer partindo de outra pessoa, a sua reação (ação x ação, ou ação contra ação) é algo imediato e imensurável. O direito recepciona tal conduta como legítima, em qualquer de suas esferas. No Direito Penal, tem-se o instituto da legítima defesa; fazendo-nos lembrar a defesa de Cícero no senado romano, onde proclamou: “A legítima defesa não tem história, pois é anterior aos livros e aos legistas, gravada e imortalizada está na alma do homem” (legítima defesa no CPB,

informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais, e, não raro, constituem desdobramentos ou princípios derivados dos fundamentos, como o princípio da supremacia da constituição e o consequente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, etc. (...),” *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁷⁸ DANTAS, Ivo, *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*: Juruá/PR, 2001, p. 374, nesse sentido leciona: “No caso da Constituição brasileira vigente, ao lado dos princípios fundamentais, inúmeras são as passagens onde se acha presente outra categoria, a dos princípios gerais, voltados para determinado sub-sistema ou setor do ordenamento constitucional. Estes, por sua vez, são igualmente superiores às normas, porém inferiores aos princípios fundamentais; trazem consigo, em relação ao setor que se referem, a obrigatoriedade de tanto o seu conteúdo quanto a interpretação que se ofereça a qualquer de seus comandos a eles se subordinarem.”

arts. 20 – subjetiva ou putativa –, 23 e 25 – objetiva ou real). Outro exemplo é a reação de Creonte. Proibido pelo monarca de enterrar o irmão, afirmou haver um poder superior e, com defesa veemente, contestou a pretensão do soberano, procedendo ao enterramento do corpo de seu irmão, que ali jazia sem vida.

RAUL MACHADO HORTA¹⁸⁰ faz a distinção entre princípio e regra, e define, como espécie do gênero norma, dizendo que:

A norma jurídica poderá exteriorizar-se no princípio e na regra. O princípio é a norma dotada de um grupo de abstração relativamente elevado, enquanto a regra dispõe de abstração relativamente reduzida. O princípio constitucional impõe aos órgãos do Estado a realização de fins (...). A regra se introduz no domínio da organização e do funcionamento de órgãos (...). Isso significa = significado, que, como princípio constitucional, ao órgão do Estado é imposto uma diretriz a seguir, como tarefa da sua função teleológica.¹⁸¹

Aos princípios – constitucionais ou gerais – são dados importantes e superiores valores, na escala de normas, sendo o mais importante e o que faz a distinção, aquele que funciona como fundamento para se interpretar as normas não-princípios. “Os princípios desempenham uma função transcendental dentro da constituição. São eles que lhe dão feição de unidade ao texto constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais.”¹⁸² A diferença é 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. Um princípio, na verdade, não exclui o outro. É preciso analisar

¹⁷⁹ BARROSO, Luiz Roberto, 1995:194, *apud* ARAÚJO, Jackson Borges de, *Da Inadmissibilidade de Ficção do Fato Gerador do ICMS em face do Princípio da Igualdade na CF de 1988*, p. 27. Cfr. dissertação de mestrado apresentada a UFPE e aprovada em 2002.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 283.

¹⁸¹ Nesse sentido, PINTO, Ferreira disserta sobre a origem do princípio da separação de poderes, *verbis*: “O sistema da separação de poderes pode ser definido como acentua Duverger em seu livro ‘Direito Constitucional e Instituições Políticas’ (Paris, 1955), como ‘o sistema que consiste em confiar cada tarefa governamental a um órgão diferente.’ Tais órgãos são justamente o legislativo, o executivo e o judiciário funcionando em um regime de freios e contrapesos, que são o suporte das liberdades”, *in Curso de Direito Constitucional*, Saraiva/SP, 12ª ed., 2002, p. 87.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*: Celso Bastos Editora/SP, 2002, p. 79.

a fundamentalidade de cada um diante do caso concreto, de modo a encontrar o ponto de equilíbrio.¹⁸³

“Havendo conflito, portanto, entre dois princípios, justifica-se a ponderação como método para a solução do conflito.” Assim ROBERT ALEXY¹⁸⁴ bem explica a questão.

Da origem e importância do *princípio*, trazemos, à colação, o magistério de KILDARE GONÇALVES CARVALHO¹⁸⁵, dissertando sobre a separação dos poderes, para quem:

O princípio da separação de poderes, embora concebido na antiguidade por Aristóteles, teve sua formulação teórica com ‘Locke’ e ‘Montesquieu’; o princípio serviu, historicamente, para limitar o poder absoluto dos monarcas (século XVII) e de fundamento para o liberalismo emergente. (...); daí a formulação da técnica dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Assim, como considerações, proclamamos que a ampla defesa, como princípio constitucional, significa o direito do demandado, em processo judicial ou administrativo, de se defender de forma ilimitada; de modo o mais amplo possível, com os meios e recursos a ela inerentes.

4. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Considerado antes, no item 3 – o sentido (= significado) da expressão ‘princípio da ampla defesa’ –, façamos um excursus, inserindo-o na Constituição de 1988, a partir, portanto, da sua introdução no sistema constitucional em vigor.

¹⁸³ BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *Exceção de Pré-Executividade – Alcance e Limites*: Lumen Juris/RJ, 2003, p. 42.

¹⁸⁴ *Verbis*: “...En 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 (...)”, *apud* BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 241.

J. J. GOMES CANOTILHO¹⁸⁶, ao fazer uma distinção entre ‘regras’ e ‘princípios’, sugere vários critérios, ambos como espécies do gênero norma – no âmbito do super conceito:

- a) ‘Grau de abstração’: os ‘princípios’ são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as ‘regras’ possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) ‘Grau de determinabilidade’ na aplicação do caso concreto: os ‘princípios’, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as ‘regras’ são susceptíveis de aplicação directa.
- c) ‘Caráter de fundamentalidade’ no sistema de direito: os ‘princípios’ são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito).
- d) ‘Proximidade’ da ideia de direito: os ‘princípios’ são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma ‘optimização’, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos.”¹⁸⁷

Definidos e formulados os conceitos, como apresentados, extrai-se da distinção trazida a importância e o relevo dos princípios nos sistemas de direito, porque instrumento *magno* de interpretação das demais normas, como expressão dos sentimentos = significado de direito e de justiça ou mesmo como norma auto-aplicável (bastante em si mesma) ou não-auto-aplicável.

Para ROBERT ALEXY¹⁸⁸, “regras e princípios são espécies de normas, porque ambos dizem o que deve ser e são razões para juízos concretos de dever ser.”

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p. 1034.

¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 1035.

Consagrado está, no art. 5º, inc. LV da CF, o princípio da ampla defesa, quando dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.” Como direito fundamental, quer expressar, como outros e como característica, o princípio do Estado Democrático de Direito, constituído e formado conforme o art. 1º da CF, cujo paradigma mais enuncia o inciso II, do art. 5º e segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

Para alguns autores, o direito de ação e o direito de ampla defesa são manifestações do princípio do contraditório, sendo de se observar que todos se colocam na constituição, como princípios independentes. Nesse sentido acentua NELSON NERY JÚNIOR¹⁸⁹:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa, são manifestações do princípio do contraditório.

Trata-se, como princípio constitucional, a ampla defesa, ao lado dos princípios do devido processo legal e do contraditório, de garantias processuais, inclusive como escrito, nos processos administrativos. De relevo que as espécies serão aplicáveis a todos os tipos de processos judiciais ou administrativos.

À semelhança do nosso sistema, a Constituição Portuguesa¹⁹⁰ traz uma construção jurídica, como princípios, em proteção do cidadão português, consagrando na sua primeira parte, título I, o art. 20, que trata em seus incisos sobre o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, *verbis*:

¹⁸⁸ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés: Centro de Estudios Constitucionales/Madrid, 1977, p. 83.

¹⁸⁹ *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves, *op. cit.*, pp. 297-298.

¹⁹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Constituição Portuguesa e Legislação Complementar*: Almedina/Coimbra, 1997, p. 28.

1 – A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios e econômicos;

2, 3 e 4 (...);

5 – Para a defesa dos direitos, liberdade e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil, contra ameaças ou violações desses direitos.

Princípios, no sistema de normas, são diretrizes que informam ao intérprete, por juízos de valores, o sentimento básico permanente do dever ser.

Ainda para ALEXY¹⁹¹, “princípios são mandatos de otimização, vale dizer, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível.”

“Princípios são normas jurídicas que se apresentam como juízos hipotéticos semelhantes às demais regras, mas que se notabilizam pela homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica.” Ele pontifica:

Sintaticamente, os princípios, como normas que são, têm idêntica estrutura ótica às demais unidades do sistema. No plano semântico, contudo, os princípios apresentam forte distinção. São carregados de maior tinta axiológica, pois exercem função de maior relevo valorativo no seio do ordenamento, encerrando o norte, as diretrizes do sistema.¹⁹²

O que inspira a idéia contida na ampla defesa é que o juiz ou o tribunal chamado a decidir uma lide, deverá fazê-lo no devido processo legal, provocado pela parte autora, através da ação, ouvindo a parte demandada (princípio do contraditório), para oferecer defesa, de forma ilimitada, com os recursos a ela relativos. Isto é, com o emprego de todos os meios que o direito oferece a quem é acusado, ou demandado – penal ou civilmente –, em processo judicial ou administrativo.

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 86, e completa ele: “Os princípios não contêm mandatos definitivos, mas, apenas ‘prima facie’, posto que não determinam como será resolvida a relação entre uma razão (apresentada por um princípio) e sua oposta. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação em relação aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas.”

¹⁹² IVO, Gabriel, *Constituição Estadual – Competência para elaboração do Estado membro* –: Max Limonad/SP, 1997, p. 143, *apud* LINS JÚNIOR, George Sarmento – Perfil da Improbidade Administrativa no Sistema Jurídico Brasileiro, *in* tese de Direito apresentada e defendida perante a Universidade Federal de Pernambuco, em 2000, p. 125.

Nas constituições brasileiras anteriores, não se encontrava o princípio da ampla defesa. Somente em relação a matéria penal, dirigido ao acusado, como disposto na CF de 1967, com a redação dada pela EC. nº 1/69¹⁹³, era consignado o princípio da ampla defesa, proclamando o art. 153, § 15, *verbis*: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.”

Assim, como direito constitucional, todos que forem demandados, em processo – judicial ou administrativo – defender-se-ão de forma ampla, porque jurídica e legalmente protegidos. Decorrem os princípios da ampla defesa e do devido processo legal do princípio do contraditório, que faz parte da sua *natureza ontológica*, isto é, da natureza do *ser* do processo.

Conclusivamente, afirmamos que o princípio da ampla defesa, engravado no sistema constitucional (=sistema como conjunto estruturalmente fechado de elementos conectados entre si e com todos, por força de um princípio ordenador), conduz e deverá conduzir o intérprete no sentido do dever ser, aplicando todas as *diretrizes* nele encontradas ou encontráveis.

5. IRRADIAÇÕES DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL

A Constituição de 1988 em vigor, com as Emendas que vêm sendo introduzidas, mostra um considerável avanço cometido nas ordens econômica-social e tributária-financeira. De qualquer sorte, as instituições organizacionais do Estado estão mais fortalecidas, com o respeito ao princípio da tripartição dos poderes, onde cada um exerce a sua função teleológica, sem atropelo de um poder ou órgão por outro.

Na verdade, à luz do direito, as garantias e os direitos dos cidadãos são, com certas exceções, tutelados em obediência à norma fundamental. Elencados no art. 5º da

¹⁹³ *Constituição da República Federativa do Brasil de 24.1.67* – com redação dada pela EC. nº 1, de 17/10/67, Atlas/SP, 23ª ed., 1986, p. 66.

nossa Carta Política, destacam-se os princípios ali positivados, espelhando uma modernidade resultante de um processo de diferenciação guiado por modelos intra-sistêmicos, constituindo-se sub-sistemas num sistema organizador. Avultam, assim, nas ordens sistêmicas, as normas: regras e princípios – gerais e específicos.

Relevantes, nesta sede, os princípios do devido processo legal (*due process of law*), do contraditório e da ampla defesa; mais este, como focado no tema abordado e aqui mais referido – o princípio da ampla defesa e suas irradiações no Direito Tributário e na Ação de Execução Fiscal.

Com efeito, a CF de 1988 consagra, em seu art. 5º, XXX, o direito de se pedir a tutela jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se deve entender, nesse inciso somente o direito de ação – direito de agir. A invocação da tutela jurisdicional é direito público subjetivo também daquele contra quem se demanda. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo art. 5º, que consagra: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Do enunciado, colhe-se que o direito de agir e o direito de defesa, em juízo, constituem-se em garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos. Os sistemas de direito e de direito processual, hodiernamente e nos países mais avançados, voltam-se para o respeito às partes, de forma acentuada no processo de execução. Os princípios jurídicos como espécies do gênero norma, dão o norte a ser seguido pelos intérpretes das regras e leis jurídicas. Especificadamente: o processo executivo, guiado por princípios, protege a dignidade do devedor: v.g. art. 620 do CPC, que dispõe: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

Assim, consigna-se que a defesa do executado, em caso desse jaez está dentro do sistema jurídico-constitucional, pois que os princípios (e regras) são a única maneira do

sistema jurídico constitucional se autolegitimar e manter a constituição como instância reflexiva do sistema jurídico.

Não há espaço, nestes tempos, para um processo de execução fiscal que não atente para os seus pressupostos. A garantia da execução, mediante penhora de bens, não pode ser exigida quando o título cobrado não se reveste das características de título executivo. Pago o título, com prova deste fato, ou ocorrendo a prescrição da dívida, está extinta a obrigação; ausentes as condições da ação ou os pressupostos processuais, impossível a instauração do processo de cobrança judicial – execução judicial.

A Exceção de Pré-Executividade ou a Objeção de Não-Executividade constituem a defesa do executado no processo de execução, sem oposição de embargos e sem penhora de bens, quando a ação for promovida sem obediência aos requisitos legais (art. 586 do CPC – exigência de título líquido, certo e exigível) ou na falta de condições da ação, e pressupostos processuais.

Assim resulta a utilização da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade de uma interpretação dos princípios constitucionais. Do contraditório, que inserido no art. 5º, LV, da CF, faz parte da natureza ontológica (do ser) de toda espécie de processo, como decorrência dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Nesse sentido, GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR¹⁹⁴ afirma:

Também é muito importante salientar que a Exceção de Pré-Executividade tem base constitucional; como se vê, as razões da aceitação do instituto estão muito acima da discussão em torno de sua previsão ou não do sistema legal. Partindo dessas 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.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, p. 40.

A ampla defesa, como princípio consagrado na *Magna Carta*, impõe-se como direito e dever do demandado em quaisquer processos.

De modo geral, os três tipos de providências jurisdicionais são similares, na medida em que devem ser amparadas pelo princípio do devido processo legal e seus corolários – princípios do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do poder judiciário, todos previstos nesta ‘Carta Magna’.¹⁹⁵

LEONARDO GRECO¹⁹⁶ dimensiona a ampla defesa como o direito amplo, conforme a *Lex Fundamentallis*, proclamando ele, *verbis*:

Em face do que foi acima exposto, a respeito das diversas espécies de embargos (embargos-ação, embargos de defesa e embargos-exceção), e da necessidade de admitir a alegação de nulidades processuais absolutas e do próprio direito material do executado elisivo do direito material do exeqüente, antes ou depois desse meio de defesa instituído pela lei, fácil entender que por essa via, a doutrina e a jurisprudência conseguiram superar os obstáculos e restrições indevidamente impostos ao réu para o exercício do seu direito de defesa que, nos termos da constituição, deve ser amplo.

Assim, a conclusão é que, em face do direito, como disciplinado na Constituição Federal, o executado tributário, em processo de execução fiscal, poderá argüir, por meio da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, *todas as matérias úteis a sua defesa* de forma ampla. Portanto, suscetíveis, *in casu*, matérias de ordem formal (pública) e de ordem material (substancial-privada). Aquelas podendo ser decretadas de ofício ou provocadas, estas, por meio de arguição da parte, a exemplo da prescrição e do pagamento. Portanto, para uma abordagem sólida, no nível do discurso teórico, deve-se partir para a arguição da Exceção ou Objeção, em primeiro instante, da *Carta Magna*. O princípio da ampla defesa, como consagrado no art. 5º, inc. LV, deve ser observado tanto quanto argüível matéria de ordem substancial e matéria de ordem formal, em respeito ao devedor-executado, sem que o processo escape à sua função teleológica em prejuízo do credor-exeqüente.

¹⁹⁵ HINOJOSA, Anita Flávia, *Objeção e Exceção de Pré-Executividade – Teoria e Prática*: Juarez de Oliveira/SP, 2003, p. 13.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, pp. 625-626.

Enfim, “A Exceção Pré-Processual ou de Pré-Executividade, reconhecida por doutrina e jurisprudência, é fundada no direito constitucional da ampla defesa e no direito processual (art. 620, do CPC) pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso possível ao executado, entre outros princípios.”¹⁹⁷

Assim fundamentado, pode-se afirmar que os princípios constitucionais irradiam-se ao redor das pessoas, cuja valoração destaca-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, vinculando-se como tal, juridicamente, ao agir estatal em razão da garantia dos direitos fundamentais, também elencados na Carta Política de 1988.

A Exceção de Pré-Executividade realiza-se nos mesmos autos da execução fiscal, diferentemente dos embargos à execução. Trata-se de arguição incidental que se refere à insubsistência da execução, e que não pode o juiz deixar de apreciar no juízo de admissibilidade, formalizada ela por regular instrução documental. Nesse sentido decidiu o STJ¹⁹⁸. É, de se ressaltar que a Fazenda Pública exequente, no caso de sucumbente, vem sendo condenada ao pagamento de honorários em ação executiva, julgada procedente a Exceção de Pré-Executividade, pela suprema Corte Federal.¹⁹⁹

¹⁹⁷ TJRJ, 9ª CC, AI nº 3423/1998 – reg. 14/09/1998, Rev. de Direito do TERJ., vol. 39, p. 223, Un., Rel. Des. Jorge Magalhães.

¹⁹⁸ STJ., REsp. nº 13.960-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, R. Sup. Trib. Just., Brasília, (40): 229.567, dezembro/1992, p. 448, *verbis*: “Processual Civil – Agravo de Instrumento – Processo de Execução – Embargos do Devedor – Nulidade – Vício Fundamental – Arguição nos próprios autos da Execução – Cabimento – art. 267, § 3º, 585, II; 586; 618, I, do CPC: A arguição de nulidade da execução com base no art. 618 do estatuto processual civil, não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente.” Recurso conhecido e provido. *Apud*, MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁹ Neste sentido, STJ., REsp. nº 9.765SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.6.91, DJU j. de 12.08.91, p. 10555, *verbis*: “Execução Fiscal. Desistência. Ônus processuais. Reembolso do executado. Precedentes. 1 – A desistência da execução fiscal não exime a Fazenda Pública de ressarcir o executado das despesas processuais, inclusive verba honorária, por ele realizadas. 2 – Entendimento jurisprudencial predominante. 3 – Recurso Especial não conhecido.”

CAPÍTULO IV

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE COMO DEFESA DO DEVEDOR

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: UMA ABORDAGEM TEÓRICA

A jurisdição é a função específica do Poder Judiciário, para dizer ou proclamar o direito, por intermédio dos seus órgãos – juízes e tribunais. É o que faz no processo judicial, como seu instrumento, depois de provocada pelas pessoas – físicas ou jurídicas (pública ou privada) ou terceiros interessados –, como parte ativa, violadas ou ameaçadas de violação em seus direitos ou interesses. Essas pessoas serão colocadas no pólo ativo da relação processual que será instaurada, através da ação judicial do titular do direito ameaçado ou violado, obedecidos os requisitos legais e essenciais para promovê-la contra todos que violarem ou ameaçarem de violação esses direitos ou interesses, cujos requisitos se referem às condições da ação (interesse e legitimidade, art. 3º do CPC) e aos pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV e VI).

Na hipótese, para promover qualquer ação, impõe-se que se manifestem, na inicial da ação, “as condições da ação e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, a teor do art. 282, sob pena de extinção, sem julgamento do mérito, na forma preconizada no art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

No processo, que é o instrumento da jurisdição, o autor da ação – titular do direito violado ou ameaçado – provocará a tutela jurisdicional do Estado contra o réu, invocando uma pretensão a fim de que seu direito material, violado ou ameaçado, seja restaurado, constituindo-se em exigência para o cumprimento de uma obrigação reparadora de um direito, quando o processo, antes instruído de acordo com a norma processual, se extingue na forma do art. 269, inc. I do CPC, com julgamento do mérito.

PONTES DE MIRANDA²⁰⁰, explicitando sobre a pretensão e dizendo infeliz a definição do CC alemão²⁰¹, segundo o qual alguns juristas alemães conturbaram o conceito de pretensão, conclui que: “A pretensão nasce, ainda que nasça sem a exigibilidade de pessoa a pessoa. Mas, se há ação, e o titular do direito é o mesmo da ação, aí a ação é o que resta da pretensão.”

Através da ação – meio ou instrumento hábeis e utilizáveis de provocação da tutela jurisdicional – o titular de interesse ou direito violado ou ameaçado de lesão provoca a tutela do Estado, a ele dirigindo-se; forma-se o processo por meio do qual a pretensão, que se contém na lei (direito objetivo), recebe do Estado, por seus órgãos (juízes e tribunais), a tutela devida, dirimindo-se o conflito de interesses concretamente. JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁰² define o processo como sendo “um meio de composição de litígios, ou conjunto de atos destinados à aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa.” Para FRANCESCO CARNELUTTI.²⁰³

Enquanto o processo é um método para a formação do direito, serve ao direito; por outra parte, quando essa formação ou atuação, em razão de conflitos de interesse que visam regular e, também, dos outros que se resolvem no próprio processo (infra, nºs 187 e ss.), está regulada pelo direito, o processo é servido pelo direito, pelo que a relação do direito e processo é dupla e recíproca. A parte do direito que regula o processo recebe o nome de Direito Processual ou, também, de Direito Judicial. A palavra processo serve, pois, para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do

²⁰⁰ *Tratado das Ações*, Tomo I, atualizado por Wilson Rodrigues Alves: BookSeller/SP, 1998, p. 61.

²⁰¹ Código Civil Alemão, §§: *O direito de exigir de outrem ato ou abstenção (pretensão) submete-se a prescrição*, apud MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p. 60.

²⁰² *Op. cit.*, p. 16.

²⁰³ *Instituições de Processo Civil*, vol. I: Campinas/SP, 1999, p. 72.

conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal.

Ao mesmo tempo em que a nossa Carta Política consagra o princípio, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXVI), firma o princípio do *due process of law*, quando consigna que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV da CF).

Isto significa que o devido processo legal confirma o princípio da legalidade constitucional, ínsita no mesmo art. 5º, II, dL *Lex Fundamentalis*, onde se lê que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.”

A função jurisdicional do Estado é exercida pelos órgãos do poder judiciário no processo judicial. Os juízes e tribunais, provocados através da ação ou recurso da parte legitimamente interessada ou titular de direito, receberão o pedido devidamente formatado e acompanhado dos documentos indispensáveis à sua propositura, após o que será instruído e julgado, obedecidos os procedimentos ou ritos, conforme as regras de processo elencados no Código instrumental – Código de Processo Civil.

Na antiga Roma, os indivíduos exerciam pessoalmente e por suas próprias forças o direito de ação, em busca do seu direito material. Buscavam, por suas próprias forças, a satisfação da sua pretensão (exercício da autotutela). Quando devedor, o indivíduo era responsabilizado, pessoalmente, pelas suas dívidas, com o cerceamento de sua liberdade e até do seu corpo, e até com a sua própria vida. Através da *lex poeelia papiria*, de 326 a.C., somente os bens do devedor respondiam pela sua dívida. A autotutela de direitos ou interesses foi proibida, na Roma antiga, quando o Estado Romano transferiu para si a atividade jurisdicional, a substituir o direito da força pela força do direito, assumindo o compromisso de tutelar os interesses legítimos e o dever de dar-lhe cumprimento.

O direito é uma ciência cultural e normativa, proclamam os jusfilósofos e cientistas outros. E, como tal, regula a conduta do homem em sociedade e impõe que seus operadores e intérpretes acompanhem as mudanças comportamentais dos indivíduos. Mais, e especificamente, os operadores do direito, como afirmado por JEAN CRUET, devem acompanhar as mudanças vividas pela sociedade, adaptáveis aos novos sistemas jurídicos, como seus misteres, impostos pela evolução dos tempos. Nessa linha, orienta o estudo dos direitos dos povos, através do estudo comparado de outros sistemas jurídicos respectivos, disciplinadores de outras sociedades estatais. Assim deve ser nos sistemas de direito material – civil, penal, etc. –, como nos sistemas de direito formal ou instrumental – processo penal, processo civil, processo do trabalho, etc. Cada povo e cada tempo tem o seu processo, proclamam os jusfilósofos clássicos.

Os romanos, que foram *gigantes* no campo do Direito Civil (privado) e *pigmeus* no campo do Direito Processual (público), segundo os romanistas, entendiam que o processo, cuja finalidade era a prestação jurisdicional, suscitada pela *actio*, se constituía numa relação de natureza contratual. A ‘*actio*’ era o direito à fórmula²⁰⁴, enquanto outros romanistas davam ao processo a natureza de quase-contrato, considerando que o contrato nasce da vontade civil e o processo, ao contrário, não nasce da vontade livre, e, ao estabelecer a *litis contestatio*, provoca um efeito de quase-contrato, o que foi aceito até meado do século passado e, hodiernamente, domina a doutrina da maioria, a partir de OSKAR VON BÜLOW²⁰⁵ (1868), segundo o qual “o processo tem natureza de relação jurídica.”

Aceitável que o processo constitui-se como uma relação jurídica, observáveis as mudanças que nele se encerram, através das reformas legislativas; “o processo é um meio de composição de litígios, ou conjunto de atos destinados à aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa.”²⁰⁶ Pelo processo, a pretensão invocada, que encontra ressonância na *norma agendi* (direito objetivo), reclama do Estado, por seus juízes e tribunais (órgãos jurisdicionados), a proteção devida (tutela jurisdicional),

²⁰⁴ BÜLOW, Oskar Von, *apud* SANTOS, Moacir do Amaral, *op. cit.*, p. 278.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 278.

²⁰⁶ MARQUES, José Frederico, *op. cit.*, p. 17.

solucionando a lide – ou litígio = conflito de interesses ocorrente concretamente, cuja pretensão traduz-se pelo direito subjetivo, figurado na *facultas agendi*.

Nessa esfera, são três as espécies de processo. O processo de conhecimento ou de cognição, que reclama uma sentença condenatória, constitutiva ou declaratória; o processo cautelar, que busca uma medida judicial acautelatória de direito ou ameaça, nos casos em que couber; e, especificadamente, o processo de execução que reclama uma atividade jurisdicional coercitiva contra o devedor de uma obrigação não cumprida. É que, retirando do particular o exercício da autotutela, o Estado avoca para si, a tutela de interesses e direitos ameaçados ou violados. Em vez da autotutela, a tutela jurisdicional do Estado. Assim, a nossa sistemática processual contempla, por disciplinamento legislativo, procedimentos eficazes, a fim de se observar e cumprir, até mediante coação, se necessário, aquilo que se contém nas sentenças judiciais, com forças condenatória e ou mandamental, elas solucionadoras do conflito (*o decissum*) e, igualmente, a cumprir o que obrigado consta, no título extrajudicial, com força executiva, através dos meios práticos e mais céleres. Trata-se, mais concretamente, do processo de execução civil e do processo de execução fiscal.

O processo de execução, que se inicia com a ação – ação de execução ou executiva –, consiste no instrumento da jurisdição executiva, para a entrega do direito estampado num título executivo judicial, porque reconhecido na decisão judicial; ou num título extrajudicial a que a lei atribua eficácia executiva, constituindo uma relação obrigacional entre credor e devedor. Daí exsurge que o processo executivo, enquanto instrumento da jurisdição, é o instrumento da jurisdição executiva, sendo a ação executiva o poder do credor, como portador de um título de crédito executivo, de pedir ao Estado a realização prática e eficaz, por meio de coação legal, obedecido o comando emanado da sentença ou do título a que a lei atribua a eficácia executiva da tutela jurisdicional postulada.

Toda espécie de processo deve obedecer aos princípios constitucionais e processuais: princípios do devido processo legal; da ampla defesa; e do contraditório,

insculpidos no art. 5º LIV e LV, da CF; princípios da iniciativa das partes e do impulso oficial; da publicidade, etc., como dispostos no bojo do Código de Processo Civil.

A destacar no momento, o princípio do contraditório no processo de ação de execução – a execução fiscal –, em face dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. É que tal princípio, como diretriz constitucional e superior às normas infraconstitucionais, deve ser observado em quaisquer processos, embora de forma menos rígida no procedimento executivo. A maioria dos publicistas²⁰⁷ e a jurisprudência do Col. STJ²⁰⁸ são pacíficos, admitindo o contraditório na ação de execução (processo de); uma minoria o rejeita, com destaque para ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, que será mais comentado adiante. A tese que sustentam é de que a característica da ação de execução é exclusivamente de satisfação do crédito reclamado; que pelo fato de não haver atividade cognoscitiva no processo de execução, inviabiliza-se a instauração do contraditório. Argumenta-se a impossibilidade de ‘acertamento’ no processo executivo, dando-se ênfase argumentativa à sua função teleológica.

Por aceitação da tese da maioria e da jurisprudência, fundamentamo-nos, assim, nos enunciados dos arts. 741 e 745 da norma adjetiva civil e art. 16, § 2º da Lei de Execução Fiscal, que oferecem múltiplas questões a serem suscitadas, inclusive: “toda matéria útil a sua defesa”, o que implica contradizer ou contrariar, amplamente, no devido processo, toda e qualquer matéria em favor do executado. Nesse sentido proclama ROBERTO LIRA²⁰⁹:

²⁰⁷ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 1175, nesse sentido, leciona: “o ônus da prova, nos embargos, compete ao autor, quanto aos fatos constitutivos (art. 333, I). Desde que cabível prova diversa da documental, o juiz designará audiência, nela se aplicando a disciplina do rito ordinário. Talvez se configure a possibilidade de instituir conjuntamente vários embargos. De toda sorte, existindo questão de fato controvertida, impõe-se a abertura de fixados os pontos controvertidos (art. 331). Assim constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado quando o devedor alegou a simulação, vício do negócio que comporta prova testemunhal.”

²⁰⁸ Nesse sentido a 3ª Turma do STJ., Resp. 184.293.ES, 10.08.99, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJU 06.09.99, p. 80 decidiu: “Inexiste infração ao art. 330, quando em embargos à execução de título extrajudicial, o juiz indefere a produção de prova em audiência, rejeitando a prova pericial, na hipótese descabida para apuração do *quantum debeatur*.”

²⁰⁹ *Síntese Jornal*, novembro/2001, ano 5, nº 57: Porto Alegre/RS, p. 2.

Mais do que direito individual, a defesa é um direito inscrito, historicamente, entre as prerrogativas humanas. Não se trata apenas de integrar o contraditório, como pretende a técnica marginal e rastejante. Deve assegurar-se, efetivamente, a defesa com todos os meios e recursos.

No devido processo legal, o autor ou demandante formulará seu pedido expondo os fatos e os seus fundamentos jurídicos, quando o réu ou demandado (seja nos processos de conhecimento, cautelar ou de execução; e até mesmo nos processos especiais) será chamado (via citação) para cumprir a decisão ou a sanção ou, em contrário, oferecer defesa que tiver. Nesse caso, composta a relação jurídica (ou situação jurídica), oportuniza-se o contraditório e a ampla defesa, como princípios constitucionais e processuais, ou seja, princípios jurídicos legais.

A finalidade do processo é, repita-se, a composição da lide. Mas, especificadamente, a função teleológica da execução é pacificadora, no momento em que, distinguindo-se do processo de conhecimento pela sentença que condena a uma obrigação, a execução – no processo de – constitui-se numa sanção que visa ao cumprimento da obrigação estampada no título judicial ou extrajudicial, em face do seu descumprimento pelo devedor.²¹⁰

A resistência do demandado à ação judicial ou ao processo judicial é comportável em face da norma jurídica e seus princípios, para consagrar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Nessa direção vale a máxima: “a cada ação corresponde uma reação ou uma ação em sentido contrário.” Não se haverá de admitir em quaisquer processos e, especialmente, no de execução, a ausência do devedor demandado, considerando a execução sobre si e seus bens, a satisfazer o credor. Sabido que o Estado age como substituto do credor. Não é aceitável a ausência do demandado na relação processual para se defender e contrariar a pretensão

²¹⁰ CÂNDIDO DINAMARCO nesse sentido, leciona: “a distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teleológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de acerto (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam a preparar o ato material final satisfativo de direito” (v. infra, n. 202). E conclui: “o processo de cognição tem por objeto um julgamento, o de execução visa a atingir resultados práticos. A certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida na execução.” *Op. cit.*, p. 114.

executória. O juízo da execução, em atividades *in executivis*, desenvolverá ações pacificadoras, mas também coercitivas.

Todavia, diferentemente do processo de conhecimento (de cognição plena), no processo de execução é possível observar ofensa a norma de direito – processual – ou fato extintivo do direito (v.g. pagamento), – material – que com a participação do executado na relação processual serão impugnados. Impõe-se, no processo de execução, a integralidade da relação jurídica, exercitando o demandado defesa ampla. Pode-se suscitar várias questões de fato e de direito, em resistência à pretensão do demandante: p. ex.: a ausência ou a extinção da obrigação; prescrição do direito; excesso de execução, etc., casos em que o devedor não deve sofrer gravame algum sobre si e seu patrimônio, porque injusto e injurídico, como entende e justifica CÂNDIDO DINAMARCO:²¹¹

Não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor; um procedimento em que uma das pessoas compareça como mero sujeito passivo não é sequer processo. Como tal só se pode considerar o procedimento, como se disse antes, desde que animado por uma relação jurídica processual.

Nessa direção, em parte, o Código de Processo Civil atenta para o devedor executado. Trata-se de mais um avanço introduzido pela norma processual em seu art. 620, que dispõe:

Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor, e no art. 716 do mesmo códex, verbis: O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida.

Aos argumentos postos, a defender o contraditório no processo de execução, CÂNDIDO DINAMARCO²¹² traz-nos os magistérios dos processualistas italianos que valem ser transcritos, como lições valorosas e aceitáveis, a seguir:

²¹¹ *Op. cit.*, pp. 166-167.

²¹² *Idem, idem, op. cit.*, pp. 167-168.

Para Mazzarella, o executado continua hoje como no Direito Romano, nessa atávica condição (com tributo, cap. III, n. 10, nota 97; v. supra, n. 5, texto e nota 19). Tal é o sentido com que a jurisprudência italiana afirmou a “legítima desigualdade” imposta ao executado no processo de execução (cfr. Martinetto, *Il giudice dell’esecuzione*, n. 6, p. 11). Como se vê, o quesito sobre a presença do contraditório no processo executivo está intimamente ligado ao da existência das partes em tal processo. Essa conexidade entre as questões recebe relevo na obra de *La China*, o qual entende parcialmente contraditório o processo de execução (v. infra, n. 100, nota 9), na mesma medida em que nele há partes (v. *L’esecuzione forzata*, cap. VI, n. 1, esp. p. 297). Mais do que isso: falar do contraditório é falar do processo mesmo, porque não se legitima um procedimento, nem o provimento imperativo que ele gera, sem que as partes hajam sido admitidas a participar em contraditório. Nessa idéia, que corresponde ao que há de mais moderno na teologia do processo, está a base de tudo quando exposto e sustentado no presente capítulo. A cerca do tema *in executivis*, vê amplamente Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo* passim; Martinetto, *Il giudice dell’esecuzione* n. 6, pp. 10 ss.; Ada Pellegrine Grinover vê a indispensabilidade do contraditório em certos atos do inquérito policial, especialmente nos exames periciais, citando Cordero: “Sempre que seja necessário um ato instrutório destinado a servir para o debate da causa (perícia, reconhecimento, inquirição de testemunhas *ad perpetuam memoriam*) instaura-se um incidente com a intervenção do juiz e o respeito do contraditório, “(cfr. o conteúdo da garantia do contraditório”, n. 3.5, pp. 27-29; Carnelutti, *Lezione*, v.n. 426: Que o princípio do contraditório não deve sofrer exceções, e a afirmação de Liebman (Manuale, 2ª ed., I 126, p. 22), o qual, no entanto, às outras oportunidades nega aplicação ao processo de execução; v. ainda Vidigal, “Decisões definitivas”, n 5. Ainda de Carnelutti é a observação de que “um dos passos adiante, na ciência do processo, foi certamente aquele consistente em afirmar a necessidade do contraditório também no processo executivo”, ressaltando que a participação equilibrada das partes é indispensável fator de imparcialidade do juiz e proclamando enfaticamente uma verdade que inclusive é expressamente prestigiada pelo nosso direito positivo (CPC, art. 620): *interest reipublicae che il creditore sia soddisfatto ma altresì che il debitore non sia rovinato* (cfr. *diritto e processo*, n. 185, pp. 296-297); Explicação do princípio do contraditório em face de sua projeção no processo executivo e dos objetivos e conformação deste e dada por J. F. Marques, que inclusive o relaciona adequadamente com a afirmação da existência de uma relação jurídica-processual na execução. Diz: “Claro está que no processo de execução, que se desenvolve sem procedimentos incidentais, nada pode opor o executado em relação ao mérito da sanção que lhe está sendo imposta. Cabe-lhe falar, no entanto, sobre certos atos executórios, tendo assim poderes de ordem processual para intervir e opinar sobre o *quomodo exequendum vel procedendum* desses mesmos atos.” (cf. Instituições v. n. 1.118 - *quater*, p. 27).

Conclusivamente, impõe-se reconhecer a existência, em face da norma, e considerando que a ação de execução se dá no processo de execução do princípio do contraditório. A *Magna Carta* contempla, em seu art. 5º, inc. LV, que: “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.”

São poucos os publicistas que negam a existência do contraditório no processo de execução, sob a alegação de ser ele somente de caráter satisfativo do crédito. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA²¹³ é quem mais repugna tal princípio. E é, igualmente, quem mais repudia a defesa em ação executiva, por meio da Exceção de Pré-Executividade, defendendo sê-lo somente através dos Embargos à Execução, como diz ele: “O rigor com o qual sempre foi tratado o devedor reflete-se no fato de lhe restar, como único meio viável para se opor à pretensão executória, a ação denominada Embargos do Devedor.” A afirmação de que não há atividade cognoscitiva no processo de execução não prospera, eis que no processo de conhecimento está a exigência de uma cognição plena e nem tanto nos processos cautelares e de execução. Em todos é possível viabilizar-se a instauração do contraditório, atentando-se para a exigência de uma releitura legislativa na atual sistemática processual, já realizada pelos *operários* ou *operadores* do direito.

PONTES DE MIRANDA²¹⁴ deu forma à defesa sem embargos do devedor e sem penhora de bens em parecer nº 95 de 1966. Em contrário, vem o entendimento do mestre ALCIDES DE MENDONÇA LIMA²¹⁵, por solicitação da empresa COPERSUCAR que, naquele tempo, colocava-se como exeqüente em ação executiva contra a Central Paulista de Açúcar e do Alcool e seus sócios, uma vez devedores solidários. Tratava-se a questão em face da exigibilidade dos títulos exequendos, referentes a três notas promissórias, como garantia do contrato. A arguição da exeqüente consulente era de exigibilidade dos títulos vencidos antecipadamente em face de cláusula contratual. No outro pólo, a executada através de Agravo de Instrumento, arguia a inexigibilidade dos títulos a fundar a ação executiva, vindo as perguntas:

²¹³ *Ação Executiva - Necessidade da Penhora para Discutir a Exigibilidade dos Títulos, in* Processo de Conhecimento e Processo de Execução: Forense/RJ, 2ª ed., 1992, p. 277.

²¹⁴ *Op. cit.*, pp. 126-127.

²¹⁵ *Op. cit.*, pp. 279-280.

1 – O despacho inicial, mandando citar a devedora para pagar ou oferecer bens à penhora, pode ou não ser atacado por agravo, sem a medida constritiva?

2 – A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo agravo, ou, normalmente, por via de embargos?

Em resposta, como argumentação, referia-se ele à tradição, sempre presente no nosso sistema processual, com relevo para a prevalência do credor em relação ao devedor. Segundo argumento, da prevalência do credor sobre o devedor, resulta só ser lícita qualquer discussão a respeito do título mediante segurança do juízo; não existe contraditório no processo de execução, eis que o título, em si, já representa que a discussão de mérito esgotou-se na sua via ordinária e, se admitir o contraditório, tal ocorrência só se dará no processo de execução em acepção lata, isto é, no conjunto do processo de execução e pela ação de embargos. Afirma mais: o fato de não existir, no direito brasileiro, previsão legal para a Exceção de Pré-Executividade, fazendo comentários a respeito dos argumentos de PONTES DE MIRANDA e GALENO DE LACERDA alegando serem eles, somente, valiosos subsídios *de lege ferenda*. Por fim, proclama o autor:

A solução, portanto, tem de ser encontrada no direito positivo. Nas normas legais precisas, mormente quando revelam uma constante nos textos, que se perde no tempo. Não cabe ao juiz, como aplicador da lei, ou ao advogado, como arauto das partes, invocarem o direito comparado, porque nesse é outra a diretriz, por ausência de preceitos iguais aos nossos.

Com efeito, na mesma linha, segue o princípio da ampla defesa. Defesa plena devem exercer o demandante-exeqüente e o demandado-executado, na melhor interpretação dos arts. 745 do CPC e 16, § 2º da Lei da Execuções Fiscais, que dizem:

a) Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar em Embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, e este b) dispõe: no prazo dos Embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

Como princípio constitucional, consagrado no referido art. 5º, inc. LV da Carta Política de 1988, define a ampla defesa e proclama com ênfase JOSÉ AFONSO DA SILVA²¹⁶, *verbis*:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

O poder de agir em juízo, de defender-se de qualquer ação judicial de outrem representa a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e compete a todos, indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, e pertence por isso à categoria dos denominados ‘direitos cívicos’.²¹⁷

Ao direito de ação corresponde o direito de defesa. *In casu*, defesa ampla, porque ao nosso ver, o direito de ação também é amplo. Ambos são direitos públicos subjetivos constitucionais, que devem ser valorados na mesma escala de mediação processual. Com essa visão, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²¹⁸ ensina: “A faculdade de resistir à pretensão deduzida em Juízo tem, no processo, a mesma relevância jurídica que a ação tem. (...)”

A ação executiva e a ação de defesa no processo são direitos públicos subjetivos e, como já definidos, têm a mesma força de agir e resistir.

No processo comum – ordinário ou sumário –, o demandado é citado para oferecer defesa; no processo de execução – execução civil ou fiscal –, o demandado-executado é citado (intimado) para pagar a dívida reclamada em prazo fixado por lei, ou

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 411.

²¹⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I/10 e 11, *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 411.

²¹⁸ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I: Malheiros Editores/SP, 3ª ed., 2000, p. 120.

garantir a execução mediante penhora de bens, tantos quantos bastem para a satisfação da dívida. Penhorados os bens e a partir da intimação da penhora, corre o prazo para a oposição à execução por meio de embargos.

Essa defesa, a teor das disposições acima invocadas, pode e deve ser ampla, dirigindo-se contra o processo e contra o mérito, como verificável no caso de ausência dos pressupostos processuais e condições da ação.

Ao lado dos Embargos à Execução, ajuizável após a penhora de bens do devedor como garantia do juízo, conforme a norma processual, apresenta-se a Exceção de Pré-Executividade, promovível independentemente do gravame da penhora, como requisito garantidor do juízo, a exemplo dos embargos. A Exceção de Pré-Executividade, como ação de defesa, não está disciplinada na lei, mas na doutrina²¹⁹ e na jurisprudência²²⁰, que a vêm defendendo e lhe dando aplicabilidade, com raras divergências doutrinárias e menos, ainda, da jurisprudência.

A Exceção de Pré-Executividade, como meio de defesa, no processo de execução, em face da ação executiva, não tem disciplina no código processual. Mais precisamente, não está regulada em lei. Isto faz com que surjam as divergências entre as doutrinas e a jurisprudência dos Tribunais, não atentando os negativistas que o direito tem outras fontes que não só a lei e que esta, como seu instrumento, tem um objetivo maior que é a justiça.

Nessa visão, é o magistério de EDUARDO ARRUDA ALVIM²²¹:

²¹⁹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 524, manifesta-se: “Seja como for, a exceção é adequada para pôr em causa a certeza, a liquidez e a exigibilidade do título, que a nulidade cominada (art. 618, I), conforme decidiu a 3ª T. do STJ., e a própria exequibilidade do título apresentado, a exemplo do controvertido contrato de abertura de crédito em conta corrente. (...)”

²²⁰ TJRS, 11ª C. Cível, decidiu: Processo de Execução. Exceção de Pré-Executividade. “A exceção de pré-executividade somente poderá ser suscitada quando a matéria que ela ataca diga respeito a pressupostos processuais ou condições da ação.” Agravo improvido. - (AG.I. 70.000.514.752 Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes – j. 09.02.2000).

²²¹ *Processo de Execução*: Coord. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier, série Processo de Execução e Assuntos Afins, vol. 2: Malheiros Editores/SP, 2001, p. 209.

A polêmica em torno do instituto radica no fato de que o processo de execução visa precipuamente conferir efetividade às sentenças condenatórias, sendo preordenado à satisfação do direito do exequente que teve seu direito reconhecido por via judicial (execução com base em título judicial) ou é portador de título que a lei confere exigibilidade, ou, em outras palavras, a execução realiza-se no interesse do credor, conforme disposto expressamente no art. 612 do CPC. Assim concluindo o mestre da PUC-SP: O fato de se tratar de um instrumento que não está regulamentado pelo Código de Processo Civil também contribui para aumentar as discussões e especulações em torno de sua aplicabilidade, extensão e hipóteses de cabimento.

A oposição maior, como negação à possibilidade, porque sem respaldo legal à impetração da Exceção de Pré-Executividade, nos vem de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA²²², para quem o litígio, dentro do processo de execução, somente surge se houver embargos do devedor, como se vê adiante. Para PONTES DE MIRANDA²²³, que explica a matéria: “O provimento inicial do juiz não confere ao credor pretensão a executar. Ela preexiste ou, caso contrário, ‘o que é declarável de ofício ou decretável de ofício é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora.’ ”

Também para GALENO DE LACERDA²²⁴, como defensor do Instituto da Exceção de Pré-Executividade, é devida e possível a arguição desse modelo de defesa pelo executado quando ausentes, na ação executiva, quaisquer pressupostos processuais e ou condições da ação. Assim o faz espelhado em PONTES DE MIRANDA,

²²² *Op. cit.*, p. 277.

²²³ *Op. cit.*, p. 137: Pergunta: nas vinte e quatro horas, que é o prazo fixado pelo art. 299 do Código de Processo Civil (sic.), para que o devedor pague sob pena de penhor, pode a empresa, contra a qual se move a ação, alegar a falsidade do título ou dos títulos; independentemente do oferecimento de bens a penhora? Resposta: Pontes de Miranda: “Sim. A respeito da própria execução da sentença, a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora, isto é, no prazo legalmente fixado conforme o estilo do reino de Portugal, do Reg. 737, de 25 de novembro de 1950, arts. 310 e 510, e do Código de Processo Civil, arts. 918, 992 e 998.” (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, IV, 66 . 67).

À 2ª pergunta: Alegada a falsidade dos títulos, dentro do prazo previsto pelo art. 299 do Código de Processo Civil (de 1939), pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos? disse o mesmo respondendo: “Uma vez que houve alegação que imposta em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.”

discordando no ponto em que o jurista diz mediar o prazo da arguição nas 24 horas que correm entre a citação e a penhora. Diz ele:

Na defesa do executado, há exceções prévias, ‘latu sensu’, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparecendo seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo há de dizer-se, com mais razão, se o título for falso.

Ao se admitir a Exceção de Pré-Executividade – defesa contra a pretensão executória, independentemente de garantia do juízo – porque sem respaldo em norma legal, invocáveis outras fontes de direito – doutrina e jurisprudência – e os princípios jurídicos adequáveis. Neste contexto, DANILO KNIJNIK²²⁵, em lição, traz a idéia de KARL LARENZ, ao abordar a problemática das lacunas legais:

A jurisprudência, não raro criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei, e mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade iniludível da ordem jurídica, a um princípio jurídico cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional.

O pensamento de KARL LARENZ²²⁶ está conforme o nosso direito, porque contemplados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º da *Magna Carta* e nas normas legais, que rezam: a) Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins a que ela se dirige e ao bem comum; b) Art. 126 do Código de Processo Civil: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No

²²⁴ *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*, vol. 23: Ajuris/Porto Alegre, 1981, p. 7, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 524.

²²⁵ LARENZ, Karl, 1983, p. 502, *apud*, KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 141.

²²⁶ *Apud*, KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 141: Nesse sentido afirma: “A jurisprudência criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei e mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade iniludível da ordem jurídica, a um princípio jurídico, cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional; ou ainda, ‘a um desenvolvimento para além do plano da lei.’ ”

julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

Com esses argumentos, afasta-se certa decisão do TJRS²²⁷, segundo a qual “eventuais vícios do auto de lançamento e da subsequente Certidão da Dívida Ativa – CDA – devem ser deduzidos e comprovados através dos embargos à execução e não por oposição de Exceção de Pré-Executividade. A única matéria dentre as ventiladas pelo recurso a enquadrar-se na Pré-Executividade, seria a incompetência do agente do Fisco, que firma a CDA.”

Nenhum sistema de direito deverá negar a qualquer demandado o direito de ampla defesa e do contraditório, mesmo no processo de execução, comum ou fiscal. Bem verdade, que a ação executiva visa à satisfação do crédito portado pelo exeqüente, que goza, no processo, de privilégios legais. Mas, a dinâmica do direito impõe-se e dirige-se, *in casu*, ao devedor. Não admitir o juízo que uma parte, em qualquer processo, proceda de má-fé, é o que se impõe, também, no processo de execução, porquanto, baseada a questão colocada, em princípios que recepcionam a doutrina e a jurisprudência. Contudo, para EDUARDO GARCIA ENTERRÍA²²⁸, com respeito ao positivismo jurídico, afirma: *La superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del derecho.*

É preciso acabar com o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Como proclamado por CÂNDIDO DINAMARCO²²⁹.

Considerem-se, nesse sentido, que a norma regente da execução judicial – Código de Processo Civil – foi elaborada e promulgada em 1973. Portanto, há 30 anos,

²²⁷ TJRS, AI nº 59.6077552, Câm. férias, Rel. Des. Celeste Vicente Rovani, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 303.

²²⁸ *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*: Civita/ Espanha, 1996, p. 52.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 448.

a execução judicial não sofre qualquer atenção do legislador, no sentido de acompanhar as mudanças reclamadas pelo tempo.

CÂNDIDO DINAMARCO²³⁰, ainda, em defesa da Exceção de Pré-Executividade, pontua que: “A inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice, ao regular exercício da jurisdição, ‘in executivis’, constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado a qualquer momento ou em qualquer fase do procedimento.”

A Exceção de Pré-Executividade, como procedimento hábil a ensejar que o executado se defenda, sem embargar a execução, mediante garantia do juízo, comporta-se em nosso direito, porque fundada, senão na norma, mas em fontes e princípios jurídicos. E, historicamente, encontramos pareceres a partir de PONTES DE MIRANDA²³¹, ao dizer:

Para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo e instrumento da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade. Quando se pede ao juiz que ‘execute’ a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução), tem o juiz de examinar se o título é ‘executivo’, seja judicial, seja extrajudicial. O título extrajudicial, para o ingresso da ação executiva, há de ser ‘suficiente’, à defesa do executado, sem o necessário dever, reclamado pela lei, de gravar seus bens, pela penhora (arts. 736 e 737, I, do CPC).

No Brasil, a questão da defesa sem embargos e sem garantia à execução já era tratada nos Decretos Imperiais nº 9.885, de 1888 e 848 de 11 de outubro de 1890. Antes disso, já havia, no Brasil a defesa sem embargos, registrada e prevista em Assento da Casa de Suplicação, de 1690, bastando argüir nulidade patente da execução ou pagamento provado com documentação legal.²³² Na República, o Estado do Rio Grande do Sul, através do Decreto nº 5.225 de 31 de dezembro de 1932, instituiu “em seu art. 1º: “a exceção de improbidade do meio executivo, através da qual a parte citada para a execução, poderia, de imediato, opor exceções de suspeição, incompetência e

²³⁰ *Ibidem*, pp. 447-448.

²³¹ *Op. cit.*, pp. 126-127.

²³² BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *op. cit.*, p. 4.

improbabilidade do meio executivo.”²³³ Noutros sistemas, não só os embargos são meios de defesa no processo executório. Nesse sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM,²³⁴ após afirmar que “os procedimentos que possibilitam ao executado apresentar defesa processual sem ver seu patrimônio restringido não são raros no direito alienígena”, traz o magistério de LEONARDO GRECO²³⁵, quando assim leciona:

Em poucos países fora do mundo ibero-americano, a oposição à execução, equivalente aos nossos embargos do devedor, pressupõe prévia garantia da execução, através da penhora ou do depósito; nos demais sistemas há uma variedade de meios de ataque à execução ou aos atos executórios, que podem ser utilizados com ou sem garantia da penhora ou depósito, procurando assegurar sem entraves o exercício da defesa pelo devedor, sem criar estímulos à provocação de incidentes procrastinatórios.

Assim, em ligeiros estudos, encontra-se, no direito comparado, o tratamento da matéria, noutros países. Na Itália, na Alemanha, na França, na Espanha, em Portugal, no Uruguai e nos Estados Unidos da América do Norte, vários sistemas de defesa do executado eram observados. Comum, obviamente, eram chamados “oposição à execução” – na Espanha, Uruguai e França –, o que correspondia aos embargos à execução, precedido de penhora. Na Itália, a defesa se dava através das *oposizioni* ou ações incidentes no processo de execução, que ocorria de três formas: a) oposições à execução; b) oposições aos atos executivos; c) oposições de terceiro; na Alemanha, a defesa se dava, também, de três formas: a) reclamação contra a causa executiva; b) ação de defesa contra a execução; c) reclamação contra o modo ou forma dos atos executórios; nos Estados Unidos, a oposição do devedor se dava para a correção de erros de julgamento (*motions for new trial*), para correção de erros materiais e de forma (*motions to alter the judgement*); e ação direta para anular o julgamento por fraude (*motions for relief from the judgement*). Em Portugal, o juiz poderia, depois de provocado e a qualquer momento, decidir sobre nulidade absoluta da execução,

²³³ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appeal, *A Exceção de Pré-Executividade*: Revista de Processo, nº 55, p. 67, *apud* BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *op. cit.*, p. 4.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 211.

²³⁵ *Exceção de Pré-Executividade na Execução Fiscal, ‘in’ problemas de Processo Judicial Brasileiro*, vol. 4, p. 191, *apud* ALVIM, Arruda, *op. cit.*, p. 211.

incompetência absoluta e litispendência, por meio de requerimento formulado nos próprios autos do processo de execução, de forma avulsa.²³⁶

No Brasil, a defesa da arguição de Exceção de Pré-Executividade vem sendo, de certa forma, recepcionada. Assim GALENO LACERDA, PONTES DE MIRANDA, estes expoentes maiores, CÂNDIDO DINAMARCO, JAMES MARINS, ARAKEN DE ASSIS, LEONARDO GRECO, DANILO KNIJNIK, HAROLD PABST, MARCOS ZENÓBIA SOARES e tantos outros, defendem e proclamam a defesa do executado independentemente de embargos e garantia do juízo. A construção doutrinária, aceita pelos juízes e tribunais, destina-se a superar as falhas e omissões observadas no controle da admissibilidade do processo de execução. Nesse sentido, MARCOS VALLS FEU ROSA²³⁷ afirma que “no momento do despacho inicial, caso seja detectada a nulidade, vício pré-processual ou processual, o juiz deverá indeferir, de plano, a pretensão deduzida, uma vez que o título apresentado não é exequível.”

GALENO DE LACERDA²³⁸, também, quanto às matérias argüíveis nos próprios autos, assevera, *verbis*: “Como ação que é, a executória há de atender, também, aos requisitos genéricos que condicionam a legitimidade da relação processual e aos específicos que lhe são próprios, entre eles, a liquidez, certeza e exigibilidade do título. (...)”

Quando o executado impugnar esses pressupostos e condições, com argumentos fundados e idôneos, deverá o juiz admitir-lhe a defesa, porque logicamente anterior à penhora, sem a segurança desta.

A defesa do executado, em face do direito, deve ser dirigida, de forma ampla, às questões de ordem formal e material, em qualquer fase do processo de execução, antes ou depois da penhora, quando ausentes os requisitos que reclamam a instauração ou o

²³⁶ GRECO, Leonardo, *op. cit.*, *apud* ALVIM, Arruda, *op. cit.*, p. 212.

²³⁷ *Exceção de Pré-Executividade – matérias de ordem pública no Processo de Execução*: Sergio Antônio Fabris Editor/Porto Alegre, 3ª ed. atualizada e aumentada, 2000, pp. 59-60.

prosseguimento regular da ação executiva e ou do processo de execução. Não basta só que a lei determine a defesa na forma dos arts. 736 e 737, I, do CPC (embargo precedido de penhora de bens do devedor ou do depósito). O direito tutela o executado, observando-se princípios e regras que, analisados, não deixam dúvida quanto ao entendimento de que o novo instituto é instrumento, além de proteção do devedor executado injustamente, de agilização do processo executório em juízo, atentando para um processo judicial célere e eficaz.

“O conceito, então, que ganha relevo prático e teórico é justamente o de objeção. Esta categoria – objeção – responde a amplitude normativa pesquisada.”²³⁹ E, da mesma forma, leciona-se também: “Supõe-se dever do juiz de conhecer de ofício. Sempre que o direito material considera extensivo ao direito algum fato ao juiz, ao sentenciar, ou antes de sentenciar, e há causa para objeção, e não para exceção, cabe disso conhecer.(...)”²⁴⁰

No tocante ao direito processual, o que quer que seja concernente a relação jurídica processual, seja quanto a constituição, seja quanto ao desenvolvimento regular, que tem os seus pressupostos, é examinável de ofício pelo juiz. Um dos exemplos é o das nulidades insanáveis.²⁴¹

“Ora, assim como há objeções processuais, deve haver objeções materiais.”²⁴² De tudo, resume-se: “Na defesa do executado, há exceções prévias, ‘latu sensu’, ou Exceção de Pré-Executividade.”²⁴³ Diga-se mais, há Objeção de Não-Executividade.

1.1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS RELATIVOS À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

²³⁸ *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*, art. publicado na R. da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – Ajuris, nº 23, p. 13, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 60.

²³⁹ KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 177.

²⁴⁰ MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 177.

²⁴¹ LIMA, Alcides de Mendonça, 1977, p. 143, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 177.

²⁴² KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 177.

²⁴³ MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 39.

A história registra e nos ensina, como ciência dos fatos do homem, o grande esforço que realizaram e realizam os homens, em direção ao seu desenvolvimento e progresso, organizando-se em sociedade, cuja finalidade era e é, com certeza, o bem comum. A evolução histórico-cultural das sociedades dos povos tem origem nas civilizações mais antigas que as greco-romanas e germânicas. Tem origem, v.g. nas civilizações babilônica, nos fenícios e egípcios, etc. Os costumes e as leis eram as fontes de seus direitos, como instrumento de regulação de suas condutas em sociedade, tendo os representantes do poder – reis e imperadores – como elaboradores, intérpretes e aplicadores das normas.

O Estado, que tem como elementos um território, o povo e um governo, tem uma finalidade, desde a sua criação. A finalidade do Estado é o bem comum da sociedade, ou seja, do povo que o forma, segundo uma ordem de direito ou jurídica.

A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica e teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o homem representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.²⁴⁴

Nesse cenário histórico-evolutivo, aparece Roma – a maior civilização conhecida e estudada, fundada em 754 a.C. – como construtora do melhor e mais incontestável sistema de direito privado e público, assimilado pelo mundo ocidental, até os nossos dias²⁴⁵, e que foi construída com o cruzamento dos conhecimentos das civilizações anteriores. Foram os romanos, os autores do *Corpus Iuris Civilis*; do *Corpus Iuris Justinianeus* e suas *Institutas*; e do *Digestos* de Ulpiano; foram eles gigantes no direito privado (Direito Civil = *jus gentium* e *jus civile*) e pigmeus no direito público (= Processo Civil), dizem os romanistas.²⁴⁶

²⁴⁴ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 28. Nesse sentido, completa o autor, *verbis*: “O silogismo da sociabilidade expressa os elos que vinculam o homem, a sociedade e o direito: ‘ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus (onde o homem, aí a sociedade, onde a sociedade, o direito).”

²⁴⁵ Cfr., nesse sentido, MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*: Forense/RJ, 4ª ed., pp. 57-58.

²⁴⁶ Cfr., nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de Direito Romano*: Saraiva/SP, 3ª ed., p. 15.

Direito privado, civil à parte, tratar-se-á do processo civil dos romanos, nesta sede e em síntese. Mais precisamente das ações de execução, porque diretamente relacionadas com a questão tematizada.

Em sequência e sem ruptura, diz-se que o processo civil romano foi firmado em três períodos:

I – de 754 (fundação de Roma), até o séc. II a.C. – período da *legis actionis* (das ações das leis);

II – meado do séc. II a.C. até o séc. III d.C. – período da *per formula* (das fórmulas);

III – séc. III d.C., em diante – período da *cognitio extra ordinem* (cognição extraordinária).

Naquele tempo, em Roma, o credor fazia uso da autotutela. Ou seja, usava-se, como forma de defesa, a chamada defesa pelas próprias mãos, segundo a qual podia ele dispor até do corpo e da vida do devedor que não tivesse patrimônio. “As regras do processo romano civil não eram nada favoráveis ao credor.”²⁴⁷

Especificadamente, cuida-se da execução no Direito Romano.

No primitivo Direito Romano, oriundo da Lei das XII Tábuas, a execução era privada e penal; os litígios não eram decididos por autoridade pública. Perante esta, no caso o pretor, compareceriam as partes e celebravam a ‘litis’ contestação, seguindo-se a expedição da fórmula e a escolha de um ou mais árbitros privados, aos quais incumbia a instrução da causa e o seu julgamento. A sentença não era, portanto, um ato de autoridade, mas um ato de um particular, ao qual as partes haviam espontaneamente se submetido. Condenado alguém ao pagamento de um determinado crédito ou tendo reconhecido esse crédito por confissão, conferia-lhe a Lei das XII Tábuas o prazo de trinta dias para voluntariamente pagá-lo, sob pena de pôr-lhe o credor a mão em cima (*manus iniectio esto*), e conduzi-lo à presença do juiz (*in ius dictio*).²⁴⁸

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido, *op. cit.*, p. 31.

Na origem, a execução romana tinha, pois, um caráter penal, priorizando-se a atividade das partes, e mais do credor, e isso remanesce no direito processual hodierno com visíveis tendências, no sentido de mais proteger o devedor, a exemplo do art. 620 do Código de Processo Civil.

Naquele sentido, DANILO KNIJNIK²⁴⁹ pontua: “Pode-se dizer que a execução romana manteve, ao longo de toda a sua evolução histórica, lineamentos homogêneos; somente com o passar do tempo, foi ela depurando um originário caráter penal.”

Nesse sentido, também, ELIO LONGO²⁵⁰ proclama que:

A natureza acentuadamente dispositiva da execução romana é, pois, pelo predomínio da atividade da parte; redução, ao mínimo, da intervenção do órgão estatal; dificuldade, ou melhor, impossibilidade, no processo mais antigo, de identificar o objeto da execução com o objeto inadimplido e, daí, de assimilar o resultado final dessa à satisfação do direito violado; ao menos nos primórdios, características pessoais e sancionatórias da ação executiva em concomitância, no direito substancial, com um originário estado de indistinção da sanção civil daquela penal.

CÂNDIDO DINAMARCO²⁵¹, em seu magistério, também acentua o caráter penal da execução romana, lecionando, *verbis*: “Daí o caráter penal da execução romana, exercida sobre o corpo do devedor, é que trazia a marca da infâmia. Os rigores da execução romana, excessivos aos olhos do observador moderno, correspondiam à promiscuidade de conceitos daquele direito rudimentar.”

O sistema de direito romano era muito formalista e dotado de excessiva sacralidade, o que caracterizava a *legis actionis* (ações da lei). São, pois, “declarações solenes acompanhadas de gestos rituais, que o particular pronuncia, em geral ante o magistrado, com o fim de proclamar um direito que se discute ou de realizar um direito

²⁴⁸ GRECO, Leonardo, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁴⁹ *Op. cit.*, p. 9.

²⁵⁰ *Esecuzione Forzatta: Diritto Romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione Tipografica, 1964, p. 713, *apud*, KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, pp. 9-10.

²⁵¹ *Op. cit.*, p. 32.

previamente reconhecido.”²⁵². A exemplo, como para confirmar, vem-nos a conhecida passagem de GAIO: “O demandante violou as expressões da ação proposta, usando o termo ‘*arbores*’ em vez de *vides*. *Arbores* = árvores e *vides* = videira, perdendo a causa, o que evidencia um exagerado formalismo e excessivo valor emprestado às palavras.”

No período da *legis actionis*, duas eram as ações executivas, além de três ações declaratórias. Eram a *manus iniecto* e a *pignoris capio*. A primeira era mais usada, mas a última, embora não muito, tinha uma vantagem, embora desconfigurada como propriamente ação, por se tratar de ato puramente privado, ao contrário da *manus iniecto*. Conforme lição de ROGÉRIO TUCCI²⁵³:

Era permitido ao autor tomar, em penhor, os bens móveis dos devedores; não para fazer prevalecer um direito subjetivo próprio, no bojo de uma verdadeira ação de execução, mas sim como elucida PUGLIESE²⁵⁴: era para constranger o sujeito passivo a cumprir uma prestação, a qual, segundo o direito privado, não era objeto de uma obrigação jurídica (*oportere*); e, se não era lícito vender o bem penhorado, a simples apreensão e retenção devia soar como pena contra o devedor faltoso, imposição vexatória para o cidadão romano do tempo da ação das leis e mesmo no período formular, quando muito significava o respeito à palavra empenhada.

A execução romana impunha rigorosas conseqüências ao executado; representava, com o *nexum* a ligar o devedor pessoalmente ao credor, uma vingança privada, quando praticável e aceitável, sob vistas do pretor, o aprisionamento, o extermínio ou a elevação a condição de escravo do devedor. Nessa fase, o direito romano não conhecia o título executivo e a execução era condicionada a uma sentença de condenação, que correspondia a uma novação da obrigação originária, da qual aquela era uma reprodução, agora dotada de certeza, pela confirmação judicial, que, por ficção, espelhava uma *confessio in iure*, integrando o seu conteúdo a *condemnatio*, mas sem

²⁵² KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 10.

²⁵³ TUCCI, José Rogério, 1996, p. 70, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p.11.

²⁵⁴ *Lições de História do Processo Civil*: Revista dos Tribunais/SP, 1996, p. 70, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 11.

eficácia executiva. A própria *condemnatio* era, por conseguinte, como a *pronuntiatio*, uma condenação não executiva, leciona LIEBMAN.²⁵⁵

Naquele tempo, o magistrado, apenas, assistia a atividade executiva privada, pelo credor, que detinha o poder sobre o devedor, como leciona CÂNDIDO DINAMARCO²⁵⁶:

Através do exercício da *actio iudicati*, a execução era realizada por autoridade privada e, apenas, controlada ligeiramente pelo magistrado. Esse controle era provocado pelo credor. Decorridos infrutiferamente os trinta dias após a condenação ou o reconhecimento da dívida (*tempus iudicati*), era o devedor levado à presença do magistrado e ali, se ele não se rebelasse contra a pretensão do adversário, era feita a *aditio*, ou seja, a sua adjudicação ao credor para que a execução principiasse.

Na execução romana, firma-se o direito à autotutela, posto que com a *manus iniecto*, concedido o *iudicatum* ou a *confessio in iure*, competia ao credor conduzir o devedor à presença do pretor, quando lhe era dado o prazo de trinta dias para que procedesse, com recursos próprios, o cumprimento da obrigação. Caso contrário, o interessado, em ato solene de apreensão simbólica do devedor, a quem era facultado apresentar um fiador judicial – *vindex* – que, de posses e aceito, prosseguia na ação. Não se apresentando o *vindex*, a *legis actio* estava encerrada, com a *addictio* pretorial. Em consequência, o devedor tornava-se escravo do credor, inclusive com o direito de matá-lo, fora das terras romanas.

No período clássico do Direito Romano, o processo formulário que se inicia com a *Lex Aebutia*, de 149 a.C. até 305 d.C. com o fim do reinado de Deoclécio, a *manus iniecto* é substituída pela *actio iudicati*, na qual, ao contrário daquela, o devedor poderia oferecer contestação, através da *infinitio*, momento em que o direito do credor era, novamente, discutido e, se declarado improcedente, impunha-se a ele o pagamento dobrado. Essa condenação implicava uma nova *actio iudicati*, contra o vencido, o

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 20.

demandante originário. “Assim, a *manus in iniecto* da primeira fase derivou, em linhas gerais, a *actio iudicati* do período formular.”²⁵⁷

Nesse sentido, LEONARDO GRECO²⁵⁸ traz as lições de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, segundo o qual:

No Direito Romano, a sentença de condenação não tinha eficácia executiva, mas eficácia meramente obrigatória. Fazia surgir uma nova obrigação, a *obligatio iudicati*, em substituição à obrigação originária, cujo descumprimento dava lugar, não a uma execução, mas a uma nova ação, a *actio iudicati*. Somente em caso de omissão do réu ou de, vindo ele a juízo, confessar o débito e não pagar, é que o credor poderia adotar as medidas coativas da antiga *manus iniectio*; conduzi-lo preso como escravo, com os abrandamentos ocorridos a partir da lei *poetelia*. É manifesto, nessa época, o predomínio do processo de conhecimento sobre a execução. A preocupação com a defesa do devedor prevalece sobre a proteção do direito do credor.

Como se observa, nesse período, a ação executiva começa a oferecer oportunidade de defesa ao devedor, em verdadeiros atos de cognição, no processo executório, consumando-se com a *bonorum venditio*, espécie nova de execução (criação pretoriana, de 118, a.C.) dirigida ao demandado ausente e, não encontrado, ao réu confesso e ao indefeso. Trata-se da primeira execução patrimonial, origem da moderna atividade judicial executiva, em substituição ao credor, cuja finalidade era a entrega do bem do devedor ao credor, objeto do seu direito subjetivo, contrário às ações *manus iniectio* e *actio iudicati*, que incidiam sobre a pessoa do devedor.

Embora as duas coexistissem, no período formulário, predominou a execução patrimonial, pela *bonorum venditio*.

1.2. UMA CONSTRUÇÃO JURÍDICO-DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

²⁵⁶ Cfr. Worner, *actio iudicati*, § 14, p. 108; Scialoja, *Procedura Civile Romana*, § 37, p. 288, *apud* DINAMARCO, Cândido, *op. cit.*, p. 34.

²⁵⁷ KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁸ *Processo de Execução*: Coimbra Editora, reimpressão, vol. I, pág. 70, *apud* GRECO, Leonardo, *op. cit.*, vol. I, pp. 17-18.

As normas de direito são as regras que regulam as condutas dos indivíduos em sociedade, às quais todas as pessoas devem obediência, sob pena de fazê-lo por força coercitiva do Estado. A coação judicial, contra e independentemente da vontade do agente, é o que faz a distinção entre a norma jurídica e as demais normas de conduta sociais. São as leis, em suas várias espécies, que, como fonte imediata e formal do direito, definem-se como lecionado por HENRIQUE R. AFTALIÓN, JOSÉ VILANOVA e JULIO RAFFO²⁵⁹:

La Ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado al efecto (legislador) en forma deliberada, reflexiva y consciente, es decir, por medio de la palabra (en principio, escrita). Sintetizando dichos conceptos en una definición diremos: La ley es la norma general establecida mediante la palabra por órgano competente (legislador).

Neste aspecto, é imperativo que se faça a distinção entre norma e lei, considerando certos questionamentos, quanto a sua determinação. Norma é uma prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou o conjunto de normas dentro do ordenamento. Neste sentido, a lei é a fonte do direito, isto é, o revestimento da norma que lhe dá a condição de norma jurídica. Nos regimes constitucionais, com base na *Lex Fundamentallis*, são elaboradas leis que, no quadro geral da legislação, como fonte, são de especial importância. “As próprias constituições costumam garantir-lhes uma preeminência na forma de um princípio, a exemplo: Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei: É o princípio da legalidade”²⁶⁰, e como tal, consagrado no art. 5º, II da CF.

A lei, como classificada, é a fonte material de direito, que consiste no conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do direito e dos valores que o direito procura

²⁵⁹ *Introducción al Derecho – conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general aplicada*: Abeledo-Perrot/Buenos Aires/Argentina, nueva versión, tercera edición, 1999, p. 591.

²⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 209.

realizar, fundamentalmente sintetizado no conceito amplo de justiça. Neste sentido, este é o magistério de MARIA HELENA DINIZ²⁶¹, que assim completa, dizendo:

Fontes materiais ou reais são não só os fatores sociais, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais, os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais, mas também os ‘valores’ de cada época, dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico. O conjunto desses fatores sociais axiológicos determina a elaboração do direito, através de atos dos legisladores, magistrados, etc.

Ex facto oritur ius. A lei emerge (nasce) dos fatos (= fenômenos) e dos valores que a eles são dados. Tais fatos são como elementos a inspirar o sistema ou ordenamento jurídico de um povo ou Estado, pelas suas representações institucionais, cuja função teleológica é a realização da justiça como expressão do próprio direito. “*En términos generales, ley es la expresión de las relaciones existentes entre hechos ou grupos de hechos.*”²⁶² Para BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO²⁶³:

A lei é a fonte primacial do direito, decorrente da vocação do Estado, órgão criador do direito. Todavia, a seu lado, outras fontes existem. Além dos costumes, da doutrina e da jurisprudência, como fontes clássicas e capazes de produzir regras jurídicas, são os órgãos estatais que se constituem em fonte institucionalizadora do direito. Notadamente, certos entes coletivos, com sua normatividade própria, produzem direito. Assim, pois, seja qual for a fonte, é sempre o Estado e a lei que, verdadeiramente, imprimem às diversas normas o caráter de genuína jurisdição.

A ordem jurídica exerce a grande função social, porque visa à organização da sociedade estatal, a perseguir o bem comum. Nesse sentido, BENJAMIM²⁶⁴ leciona:

A função social que desempenha a ordenação jurídica, a finalidade, em suma, constitui um de seus mais eminentes caracteres. O problema da

²⁶¹ *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*: Saraiva/SP, 8ª ed., 1995, pp. 258-259.

²⁶² TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*: Editorial Perrot/Buenos Aires, sexta edición, p. 283.

²⁶³ *Introdução à Ciência do Direito*: José Konfino/RJ, 5ª ed., 1973, p. 219.

²⁶⁴ *Idem, idem*, p. 223.

finalidade da norma jurídica envolve o próprio tema capital do direito, objeto da filosofia jurídica, concernente a sua origem e formação, seu conceito ou sua idéia, sua significação e fundamento.

É, talvez, o mais importante dos caracteres específicos da norma jurídica, pois a noção da finalidade determina o próprio conteúdo ou matéria do preceito. A filosofia do direito tomista parte sempre, em todos os lances, da noção de finalidade, e é o princípio do bem comum que domina a concepção jurídica do Aquinate, orientando as conseqüências e as aplicações do direito. VON IHERING, modernamente, repete que “o fim e o vero são os criadores do direito.”

A ordem jurídica, por suas fontes, como classificadas por ABELARDO TORRÉ²⁶⁵ são: *La ley, lo costumbre (Derecho Consuetudinario), la jurisprudencia y la doctrina*. Em divisão clássica, forma o sistema de direito positivo ou direito posto. A lei é a regra geral, dirigida a todos – *erga omnes* –, instituída e jurisdicizada pelo poder estatal legitimado. ABELARDO TORRÉ²⁶⁶ a define, atribuindo-lhe três sentidos:

- a) *son las normas jurídicas, emanadas del poder legislativo con el carácter de leys* (sentido restringindo o técnico-jurídico);
- b) *que designan todo derecho legislado (o escrito); en otros términos, ley en sentido amplio, es toda norma jurídica instituída deliberada y conscientemente, por órganos que tengan potestad legislativa (sentido amplio, que es el empleado corrientemente en filosofía del derecho);*
- c) *sentido amplíssimo: designa toda norma jurídica establecida en forma deliberada y consciente. La palabra ley es usada con esta extensión, cuando se opone ley a costumbre. (...)*

A jurisprudência, que também se denomina ciência do direito, constitui-se em importante fonte do direito. Era, no passado, a sentença prudente dos magistrados romanos. Hodiernamente, traduz-se e define-se a jurisprudência como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a

²⁶⁵ *Op. cit.*, pp. 283-311-324.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 286.

casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. “É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional”, como diz MARIA HELENA DINIZ²⁶⁷, do que ousamos discordar, *concessa vênia*, em parte, quando afirma ela: “Considerar a atividade jurisdicional uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário (RT. 199:608; A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos Tribunais.”

Não se entende desse modo, *permissa vênia*. A jurisprudência é a interpretação prudente da lei pelos juízes, partindo de pontos divergentes para ponto convergente. Ademais, as interpretações ora são unânimes, ora discrepantes entre si e ou quando colegiadas, daí não serem vinculantes, ausente qualquer conteúdo de imperatividade, o que não ocorre com a lei, cuja característica maior é o seu conteúdo imperativo e coercitivo, tornando-a distinta das demais normas de conduta social, como estrutura elevada a categoria de princípio constitucional. Trata-se do princípio da legalidade (art. 5º, II, da *Magna Carta*), segundo o qual: “Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

Na mesma linha, FRANÇOIS GENY²⁶⁸ considera cinco críticas à concepção de que a jurisprudência possa ser um costume, citadas apenas duas: 1ª - (...); 2ª - as afirmações desses juristas contrariam os princípios constitucionais franceses; 3ª - as decisões judiciais não podem constituir verdadeiro costume jurídico, porque não encerram o uso por parte dos interessados, que é o substrato do direito consuetudinário; 4ª (...) e 5ª (...).

O costume, para BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO²⁶⁹, é a grande fonte primitiva do direito, a mais espontânea, em certo sentido, e também a mais natural ou normal. Sem negar a precedência histórica do costume, poder-se-á dizer que o costume

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 267.

²⁶⁸ *Apud*, DINIZ, Maria Helena, *Método de Interpretação*, cit., mencionado por FRANÇA, R. Limongi, *Da Jurisprudência*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da USP, pp. 213-214, Idem, idem, p. 267.

²⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 263-264.

e a lei são formas fundamentais do direito e, por consequência, suas fontes primárias. Caracteriza-se o costume pelo uso (prática) reiterado no tempo e por um processo de institucionalização (= elementos substancial e relacional), a lhe conferir caráter de obrigatoriedade. É a *opinio necessitatis* que institui, pelo costume, a norma costumeira, dando-lhe característica de obrigatoriedade, como válida e eficaz, dispensado o procedimento de competência, exigível nas demais fontes. Diz-nos, nesse sentido, o mestre BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO²⁷⁰, que: “Toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois, sua validade deriva da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa).”

Como fonte do direito, o costume tinha maior aplicabilidade e eficácia no direito antigo. No mundo ocidental moderno, sua autonomia, quanto a sua validade e eficácia, depende de lei da qual deriva a força coercitiva, geralmente como suplemento do costume. Nesse sentido, de forma concorde, leciona MARIA HELENA DINIZ²⁷¹:

O costume é outra fonte supletiva, seja ele decorrente da prática dos interessados, dos Tribunais e dos juristas, seja *secundum legem*, *praeter legem* ou contra *legem*. Pelo art. 4º da atual lei de introdução, situa-se o costume imediatamente abaixo da lei, pois o magistrado só poderá a ele recorrer quando se esgotarem todas as potencialidades legais para preencher a lacuna.

E, na mesma linha, a norma processual civil orienta e impõe ao magistrado, ao dispor, em seu cânone que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

²⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 218-219.

²⁷¹ *Op. cit.*, p. 417. Ainda, proclama e leciona Maria Helena, a importância das fontes, na construção do direito, dizendo: “Realmente, não se pode negar a valiosa função reveladora do direito exercida pela prática jurisprudencial, pela doutrina e pelo costume, decorrente do povo, na hipótese de lacuna normativa e, principalmente nos casos: 1) ‘De lacuna axiológica’, ou seja, quando há lei aplicável ao fato, mas ante a injustiça ou inconveniência, que sua aplicação traria, deve ser afastada; 2) ‘De lacuna ontológica’, quando há desajustamento entre os fatos e as normas. Se a realidade define a situação de um certo modo e a norma legal de outro, a doutrina e a jurisprudência são levadas, autorizadas pelo art. 5º da

Trata-se do art. 126 do CPC em repetição ao enunciado do art. 4º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), a que se refere MARIA HELENA. Na interpretação da legislação tributária não se usará o costume como auxílio, na conformidade do art. 107, do CTN, quando diz:

A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo; seguindo-se o art. 108 do mesmo CTN, que dispõe: Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de Direito Tributário;

III – os princípios gerais de direito público; e

IV – a equidade.

De tudo, colhe-se a importância das fontes do direito para a construção dogmático-jurídica do instituto da Exceção de Pré-Executividade impregnando-lhe o seu caráter científico, dentro do sistema de direito, este dotado de método e objeto, a regular a conduta social dos indivíduos como sistema normativo. O direito é vida a acompanhar e a guiar a vida dos homens em sociedade. Acompanha ele as mudanças sociais e por ser criação do homem, a ele é posterior. BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO²⁷² assim confirma, *verbis*: “O direito está sempre em formação. As relações sociais são essencialmente mutáveis, tornando-se cada vez mais complicadas.” *Ex facto oritur ius* (do fato nasce o direito); *Da mihi facto dati ius* (dá-me o fato e te darei o direito) proclamavam os romanos. Nesse sentido, o fato é origem e não fonte do direito. Etimologicamente, fonte é nascedouro e origem é nascimento. Em síntese, o direito acompanha o homem e suas relações fáticas, através de regras por ele instituídas, com caráter de imperatividade, dirigida a todos os membros da sociedade estatal.

Para a construção da tese proposta, sobre a questão de direito processual, o discurso a que nos propomos terá densidade maior sobre a doutrina e a jurisprudência, à falta de disposição legal, em nosso sistema processual judicial, em face de lacuna ou

Lei de Introdução ao Código Civil, a concluir pela inaplicabilidade de tais normas, que estão em desuso, aplicando-se, então, na impossibilidade de analogia, um costume.”

²⁷² *Op. cit.*, p. 267.

omissão da norma, que somente admite a defesa do devedor por meio de Ação de Embargos à Execução ou Embargos do Devedor.

Com efeito, é visível que o ordenamento de direito instrumental não acompanhou e não acompanha as mudanças sociais, quando o Código de Processo Civil em vigor data de 1973 e as leis ordinárias, posteriores (reforma processual de 1994 em diante) não promoveram modificações em várias questões, inclusive em relação à defesa do executado, no processo de execução, civil ou fiscal.

CÂNDIDO DINAMARCO²⁷³, em crítica ao sistema processual vigente afirma que o Código de Processo Civil, como norma instrumental, não acompanhou as mudanças sofridas pelo direito material.

Aliás, afastada a lei, concebo a grande valia que compete à jurisprudência e à doutrina na construção do direito. Nessa visão, escreve BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO²⁷⁴: “Em tese, jurisprudência e doutrina se constituem em fonte precípua do direito.”

KARL LARENZ²⁷⁵ traz a respeito o seu magistério, proclamando a jurisprudência como criadora do direito, *verbis*:

A jurisprudência, não raro, criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei, e mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade iniludível da ordem jurídica, a um princípio

²⁷³ Nesse sentido afirma ele: “No contexto da sensibilidade do sistema processual, aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ‘ondas’ renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir; (...) A estrutura de sujeição ao poder e as relações sociais e econômicas entre as pessoas permanecem fundamentalmente tal e qual, não chegando a ser se quer sentida qualquer necessidade de alteração no sistema do processo; (...) O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado, (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça.” *Op. cit.*, pp. 33-39-54.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 268.

²⁷⁵ *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Caloust Gulbenkian, 1983, p. 502, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 141.

jurídico cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional.

A jurisprudência e a doutrina completam-se em nosso sistema de direito positivo – conjunto de normas - cuja característica é disciplinar a conduta humana em sociedade pela sua força coercitiva, que não pode ser ultrapassada.

EDUARDO GARCIA ENTERRIA²⁷⁶, sobre isso, confirma, *verbis*: *La superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del derecho.*

A jurisprudência é a decisão uniforme e permanente dos juízes e tribunais, ao interpretarem e aplicarem o direito a caso concreto. Não é mais ciência do direito, como proclamado no direito romano, que na definição de Ulpiano, no *Digestus*, e Justiniano, no *Corpus Juris Civile*, assim o era.

A leitura interpretativa das fontes do direito conduz-nos à realização do direito justo – a idéia de justiça = ideal. Ideal esse que é inacessível à cognição humana: *The ideal of justice is inaccessible at cognition human*, na expressão de HANS KELSEN, in Teoria Pura do Direito. O sistema de Direito Positivo origina-se daquelas fontes, a partir dos fatos que o Estado institucionaliza e jurisdiciza, vindo dos romanos antigos a máxima *ex facto oritur ius*, materializando-se em atos e fatos jurídicos, os fatos sociais, através da normatização.

O processo judicial moderno, ampliando os seus princípios e fundamentos, dirigido pelos juízes e tribunais, observa e deve observar as regras e princípios da constituição em vigor. E, em casos não comuns deve ir além deles, v.g., no caso de omissão ou de não auto-aplicabilidade de alguma disposição normativa, para atingir bem a sua função teleológica. *In casu*, instaurar o devido processo legal; conceder o direito ao contraditório e da ampla defesa. Isto não só no processo de cognição, mas,

²⁷⁶ *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Espanha: Civitas, 1986, p. 52.

também, em todas as espécies de processos, inclusive e devidamente, no processo de execução. Nesse sentido, a *Magna Carta* de 88 dispõe, em seu art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV. O processo, como instrumento da jurisdição, é o *habitat natural* (leia-se: legal), onde se formulam, pela ação das partes processuais e atos dos sujeitos processuais (= procedimentos) a pretensão, a discussão e solução dos conflitos concretos de interesses e direitos violados ou ameaçados de violação. “O processo é uma relação jurídica”²⁷⁷, a partir de uma nova concepção científico-doutrinária, teoria formulada na segunda metade do século passado. Como instrumento legal da jurisdição, deve o processo acompanhar as mudanças vividas e reclamadas pela sociedade, quando utilizado, procedendo a uma abertura²⁷⁸ do sistema e, também, da interpretação das normas que o regem e disciplinam.

Especificamente, um novo processo de execução é reclamado pelos jurisdicionados, eis que a proteção do direito do credor, através da ação de execução, reclama uma maior celeridade e efetividade, para dar maior força ao caráter instrumentalista do processo. Os Embargos do Devedor ou Embargos à Execução, como meio de defesa do demandado, postula por uma releitura das normas que os regem. Isto porque inaceitáveis quaisquer argumentos que se tragam para justificar a execução da dívida somente mediante o gravame da penhora de bens do devedor, como garantia da execução, quando possível, à luz do direito e não somente à luz da norma legal, outros instrumentos de oposição sem o gravame da penhora de bens do executado ou depósito, inclusive de terceiros.

Por consequência, a defesa deverá ser ampla; *i.e.*, em toda a sua plenitude, admitindo, efetivamente, no devido processo legal, uma cognição mais extensa em favor do devedor. É o que já se observa como início dessa abertura, na regra disposta no

²⁷⁷ BÜLOW, Oscar Von, *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, apud, SANTOS, Moacir do Amaral, *op. cit.*, vol. I, p. 278.

²⁷⁸ LIMA, Alcides de Mendonça, nesse sentido, in *O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*: Caloust Gubenkian/Lisboa, 1989, p. 106, leciona: “A abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico que de fato, o ‘jurista’, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração: cada sistema científico é, assim, tão só um projeto de sistema”, apud KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 141.

art. 620 do Código de Processo Civil, em proteção do devedor, *verbis*: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

A defesa do demandado, em qualquer processo, inclusive no processo de execução, deve ser orientada pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Daí que todos os meios de defesa devem ser institucionalizados nos sistemas de direito pátrio e estrangeiros, mormente no processo de execução. Neste processo, sem prévia penhora de bens do executado ou de terceiro, eis que, em muitos casos, sem justificação real. Impõe-se no caso, a Exceção de Pré-Executividade ou objeção de Não-Executividade que tem importância capital, quando admitido em seu bojo o contraditório e a ampla defesa, sob resistência de poucos doutrinadores e tribunais, apegados a leitura *ipsis litteris* dos arts. 736 e 737, I do Código de Processo Civil.

Inadmitir a cognição e o contraditório, mesmo restritamente, na Exceção de Pré-Executividade, como o faz ALCIDES DE MENDONÇA LIMA²⁷⁹, não é jurídico e nem legal, o que só admite ele na Ação de Embargos do Devedor, fundado no art. 736 e 737, I, do Código de Processo Civil. O processo de execução, quando ofertados os embargos do devedor, constitui-se num complexo de atos das partes e do juiz, que se conclui após a instrução (nos embargos), por uma sentença, como no processo de conhecimento. No processo de execução, fundado em título judicial ou extrajudicial, a finalidade é a entrega do bem do devedor ao credor, por meio da atividade judiciária. Na ação de embargos, o devedor instaura um contraditório, não amplo quanto aquele verificável no processo de conhecimento, a argüir as matérias constantes dos arts. 741 e 745 do CPC, conforme seja o título judicial ou extrajudicial e, em relação à execução fiscal, consigna as matérias de defesa o art. 16 da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80)²⁸⁰.

²⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 34-35.

²⁸⁰ Nesse sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 44-45, doutrina: “(...) No âmbito do processo de execução, porém, possui o executado uma série de direitos e garantias decorrentes do princípio de que a execução deve se fazer pelo modo menos gravoso ao devedor (art. 620, do CPC). Sepultando no passado os excessos e arbitrariedades cometidos contra o devedor – sua pessoa e seu patrimônio – a estrutura legal do processo de execução moderno investe o executado, como sujeito da relação jurídica processual,

A Ação de Embargos do Devedor é a defesa no processo de execução que, apensada a este, sem retirar a sua autonomia, recepciona todas as matérias elencadas nas normas processual e de execução fiscal, admitindo a discussão, pelo devedor, o que só é permitido após seguro o juízo pela penhora de bens. Assim, à primeira vista e em face da lei, a defesa do executado só se dará por meio de embargos à execução. Mas no processo de execução, o devedor e seu patrimônio possuem e merecem outros tratamentos, ao contrário da execução mais antiga do Direito Romano. De se observar que o direito de propriedade é direito consagrado na *Carta Magna* (art. 5º, I) e protegido o seu exercício e a sua defesa na norma processual (art. 924, do CPC) e na norma civil (art. 524, do CC).

No direito brasileiro, uma análise histórica impõe-se. No período do império já ocorria, como admitido, um prenúncio da arguição de Exceção de Pré-Executividade ou defesa sem garantia do juízo pela penhora de bens. Constituía-se na defesa do devedor, independentemente de penhora de bens, como dispunha o Decreto Imperial nº 9.885, de 1888, quando em certas hipóteses. Era o que continha em suas disposições, *verbis*:

...

Art. 10 – Comparecendo o réu para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o Juízo, salvo a hipótese do art. 31. ...

Art. 31 – Considerar-se-á extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se a qualquer tempo no feito: 1º - Documento autêntico de haver sido paga a respectiva importância na Repartição Fiscal Arrecadadora; 2º - Certidão de anulação da dívida, passada pela Repartição Fiscal Arrecadadora, na forma do art. 12, Parágrafo Único; 3º Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo arquivamento do processo, em virtude de ordem transmitida pelo Tesouro.

Também, o Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal, já estampava, em seu bojo, um conteúdo material, dirigido para a Exceção de

de poderes e faculdades que lhe permite impedir que a execução extravase os seus limites e objetivos (p. ex., arts. 651, 659, 683, I, 685, I, 692 e 702) o que faz com que processualistas mais atentos identifiquem a existência de verdadeiro contraditório na execução” (Carnelutti – *Diritto e Processo*, Morano, 1958, p. 296, n. 185; Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 1976, vol. 4, p. 3; Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, 1973, pp. 94-6, cuja origem vinculam al *Diritto Costituzionale alla difesa* (Giuseppe Tarizia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, apud stud in onore di Enrico Tullio Liebman, Giuffrè, 1979, vol. 3, p. 2396)).

Pré-Executividade ou defesa direta no processo executório, quando dispensável a penhora de bens em certas situações, na execução fiscal, quando dispunha em seu art. 200, *verbis*: “Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta; (...)”

Por fim, o art. 201 daquele Decreto (848 de 1890), assim define: “A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova de quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida.”

Na atualidade, a partir de entendimentos e interpretações jurídicas – de direito – e não interpretações da lei, sobre o que é ela omissa, admissível uma defesa do devedor, através de exceções ou objeções, formuladas contra o processo e contra certas matérias de mérito, independentemente de garantia do juízo pela penhora de bens na ação de execução. Seja de execução comum ou fiscal. Nesse sentido, posicionam-se a jurisprudência dos tribunais²⁸¹ e a doutrina²⁸², quando ausentes quaisquer condições ou pressupostos processuais, cuja verificação o juiz procede *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, a que se condiciona o exercício da jurisdição, sob pena de encerramento liminar do feito, dispondo, nesse sentido, o art. 267 do CPC:

Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...);
Inc. IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; e
§ 3º: O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nº IV, V e VI; todavia o réu que não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas do retardamento.

²⁸¹ STJ., 4ª T. (Resp. 210100 – RJ – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 25.10.1999, p. 93) EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. “A defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo da execução e independe de prazo fixado para os embargos do devedor.” Precedentes. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.

²⁸² PAULO, José Isnaldo Alves, *op. cit.* p. 173, assim diz, nesse sentido: “Aquele que não pretender ou não precisar utilizar os embargos do devedor, evidentemente, não necessitará garantir o juízo. Assim, a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo judicial ou extrajudicial, devem ser suscitados através de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado.”

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR leciona que “se a função jurisdicional para atingir o provimento de mérito depende de pressupostos e condições legais indeclináveis, claro é que o exame de tais requisitos não pode ficar na dependência de ação de Embargos e muito menos de prévia garantia do juízo.” E, enfatiza mais:²⁸³

A resistência de alguns juristas e de alguns tribunais, ao novo instituto, não encontra parâmetros na lógica do direito, posto que não só a lei, a ser obedecida como fundamento dos entendimentos contrários, compõe o sistema jurídico-positivo. Princípios e normas outras o regem, a partir das fontes criadoras outras, como a jurisprudência e a doutrina. Assim é o magistério de Rui Portanova: “No Brasil, assim na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de ordem romanística, os princípios são considerados como fonte do direito.” Destacam-se, nesse sentido, os princípios do devido processo legal e do contraditório, consagrados na Constituição Federal (art. 5º, incs. LIII e LIV), como garantia de justiça.²⁸⁴ “É o que basta para que se possa qualificar determinada tessitura procedimental à luz dos princípios em tela, com vistas a um controle de constitucionalidade bastante elástico.”

O direito, como ciência que é, porque dotado dos requisitos para assim ser proclamado: método e objeto, é construído sobre bases teóricas, mantendo e modificando os seus conceitos e regras intrínsecos, conforme as mutações verificadas na sociedade. Isto porque é uma ciência normativo-social. Nesse sentido, DANILO KNIJNIK²⁸⁵ traz-nos bem o magistério de KARL LAURENZ, para quem, “de fato, o jurista, como qualquer outro cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado ou para alegar e modificar, com base numa melhor consideração.” Cada sistema científico é, assim, tão só um projeto de sistema, como

²⁸³ “A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito, tanto a requerimento da parte, como *ex officio*. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.” *Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Processo Cautelar*, 22ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, 1998, p. 95, nº 720, *apud* PAULO, José Isnaldo Alves, *op. cit.*, p. 165.

²⁸⁴ Ada Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores/SP, 1992, p. 55, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 133.

²⁸⁵ *Ibidem.*, p. 141.

PONTES DE MIRANDA²⁸⁶ ensina: “Ciência é a livre disponibilidade do direito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que está, ou em acrescentar algo novo a sua ciência.”

As construções teóricas do direito têm origens remotas contadas pela história nos conta, através dos tempos, levando-nos à antiguidade do direito e aos códigos antigos: Babilônicos, Egípcios, Gregos e Romanos; e as suas leis e códigos, sendo certo as máximas: *ibi societas ibi ius* (onde há sociedade, há direito); *ex facto oritur ius* (do fato nasce o direito). Em verdade, a partir dos fatos do homem, este vem construindo a sua sociedade e o seu direito através de experiências empíricas de cunho teórico-científico, porque montadas em teorias várias, vivificadas e mudadas, no cotidiano dos tempos e dos lugares, em busca da felicidade plena ou do bem comum, como finalidade maior dos povos em sociedade.

Nesse sentido, cabe registrar que o discurso - não muito vasto - especificamente produzido sobre o assunto, procura, de um lado, enaltecer a injustiça decorrente da penhora contra quem não estava sujeito à execução civil e, de outro valorizar as ‘evidências’ de determinadas questões, suscetíveis, por isso, de serem ali mesmo resolvidas. Esses momentos discursivos, verdadeiros topoi argumentativos, refletem-se na jurisprudência existente sobre o assunto: é comum os tribunais adjetivarem a prova necessária à solução desses problemas.²⁸⁷

No discurso que especificadamente se inicia, com o título de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, a leitura teórica dirige-se para a possibilidade de sua utilização, pelo devedor ou interessado, na ação de execução, sem que se proceda à penhora de bens, requisito indispensável à oposição por meio de Embargos do Devedor muitas vezes injustamente executado, como exigência de lei.

²⁸⁶ *Tratado das Ações*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, p. 126, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 3.

²⁸⁷ KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 143. Em nota de rodapé, registra ele que: “ ‘Topoi’ aqui está sendo empregada de acordo com a significação que lhe empresta Theodor Viehweg, *tópica e giurisprudenza*, Madri: Taurus, 1964, p. 38, cuja função consiste “*nel fatto e de servire alla discussione de probleme (...). Nel variare delle situazion e di singole case, dovrebbero trovarsi poi, sempre di nuovo, nuove indicazione per fare dei tentative, di risolvere il problema. I topoi, intervenendo in ausilio, ricevono a loro volta il proprio sensu dal problema. Rimane loro sempre essenziale il fato che ricevono un ordine com riferimento al problema.*”

Para a promoção de qualquer ação executiva, indispensável que esteja ela aparelhada de dois requisitos: a) condições da ação; e b) pressupostos processuais; o que se constitui em matéria de ordem pública e verificável pelo juiz, quando da análise da petição inicial da ação executiva. Igualmente, assim deverá ocorrer nas ações de conhecimento e cautelar, e que, quando presentes, se instaura o processo, compondo-se a lide, pelo “chamamento” do demandado a integrá-la. Tratando-se, enfim, de matéria que o julgador deve examinar de ofício, como atuação anterior à análise do mérito, CÂNDIDO DINAMARCO²⁸⁸ define a ação como “o pleno poder de acesso aos procedimentos jurisdicionais finais (ação condicionada)”;²⁸⁹ e as condições da ação como “requisitos para a existência desta em cada caso concreto.”

Para ENRICO TULLIO LIEBMAN²⁸⁹, “pressupostos processuais são os requisitos de regularidade da relação processual: a competência do juiz e a capacidade das partes, assim como a falta de fatos impeditivos da proposição da relação.”

Em relação à competência, disciplinam a ação de execução os arts. 575 (por título judicial) e 576 (por título extrajudicial), ambos do CPC; e, especificadamente, tratando-se de Ação de Execução Fiscal, o art. 576, que dispõe: “A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado. Parágrafo Único (...)”

Concluindo: afirma-se que condições da ação e pressupostos processuais são distintos e específicos da ação e do processo. *Condições da ação* são requisitos especiais, relacionados com a viabilidade da ação, que, presentes na inicial da demanda, aparentemente, já induz o demandante à obtenção de sucesso, ao final. Trata-se de três espécies: legitimidade para causa; interesse de agir; e possibilidade jurídica do pedido. A faltar qualquer uma destas condições, deverá o juiz, de ofício, indeferir a inicial ou extinguir o processo, declarando o autor ou exequente carecedor do direito de ação, se não houver possibilidade de se completar a exordial, conforme consignam os arts.

²⁸⁸ *Op. cit.*, p. 372.

²⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 54-55.

267 VI, 284, 295 e 329 do Código de Processo Civil. *Pressupostos processuais* são requisitos essenciais para a constituição e desenvolvimento regular do processo, que se qualificam: a capacidade civil das partes ou a integração válida dessa capacidade, a representação das partes por advogados constituídos, a investidura, a competência do magistrado, a petição inicial que não seja inepta, o procedimento adequado, a citação, etc.

Com efeito, no processo de execução, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, instaura-se a relação processual executória, com a intimação do executado para pagar a dívida no prazo legal (execução civil ou fiscal), ou garantir a execução, mediante a penhora de bens, tantos quantos bastem à satisfação da dívida ou depósito. Penhorados os bens, o demandado oferecerá defesa, o que se dará normalmente e via de regra, em face do art. 736 do CPC, por meio dos embargos, que é a ação contra a execução ou ato dela decorrente, pelo executado ou interessado. *Embargos*, segundo AURÉLIO²⁹⁰ é:

- 1 – Recurso impetrado ao próprio juiz ou tribunal prolator da sentença ou do acórdão, para que os declare, reforme ou revogue;
- 2 – Defesa do executado, oposta aos efeitos da sentença e destinada a impedir ou desfazer a execução requerida pelo exequente;
- 3 – Defesa do executado, por dívida fiscal, equivalente a contestação.

Para ENRICO TULLIO LIEBMAN²⁹¹, Embargos são: “A oposição de mérito, conquanto seja, na prática, o modo de contestar a ação executória do credor. É, todavia, e sempre, qualquer que seja o aspecto sob que se apresenta, verdadeira ação e não poderia ser de outra forma, de vez que a ação executória não pode encontrar escolha numa execução.”

Completando, prossegue o mestre: “Os embargos do executado são, pois, ação em que o executado é autor e o exequente é réu; mais precisamente, é a ação incidente

²⁹⁰ *Op. cit.*, p. 507.

²⁹¹ *Embargos do Executado*, Saraiva/SP, 2ª ed., 1968, p. 156.

do executado, para anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória.”²⁹²

1.3. UMA CONSTRUÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

De construção teórica no sistema jurídico, porque não se encontra na norma codificada, constrói-se e recepciona-se um novo modelo de oposição à execução, a que se denomina Exceção de Pré-Executividade – ou Objeção de Não-Executividade. Consiste, a Exceção de Pré-Executividade, como defesa incidental, com pedido de extinção da ação executiva e do processo de execução, independentemente de apresentação dos embargos e da penhora de bens do executado, eis que possível a oposição à ação executória e ou ao processo quando de ofício, o juiz pode e deve extingui-lo, no seu nascedouro. Isso deve ocorrer quando ausentes quaisquer pressupostos processuais ou condições da ação. O executado, sem garantir o juízo, pela penhora e sem forma de embargos, opõe-se à execução e ao processo. Trata-se de matérias de ordem pública, que ausentes e verificadas pelo juiz, impõe-se a extinção do feito, como preconizado no art. 267 do estatuto processual civil. Todas as execuções têm por base um título de crédito judicial ou extrajudicial (art. 583 e 585 do CPC), que deve se conter de liquidez, certeza e exigibilidade, porque se assim não for, *é nula a execução*, consoante dispõe o art. 572 do CPC: “I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível; II – se o devedor não for regularmente citado; III – se instaurada antes de verificar a condição ou de ocorrido o termo.”

Nos Embargos do Devedor, ação autônoma que é, admite-se uma fase cognitiva. É o momento de defesa ampla do executado. Mas não só os embargos devem ser tidos como único instrumento de defesa do demandado, considerando-se a existência de outros fora da execução e do processo executório (mandado de segurança, ação de consignação, etc.) e dentro do processo, antes ou depois de apresentados (os Embargos), porque indevida e injusta a penhora de bens de suposto devedor ou não devedor, quando a execução e o processo estão eivados de nulidades.

²⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, p. 216.

Todavia, DANILO KNIJNIK²⁹³ afirma e aconselha sobre o *moderamen*, no uso deste instrumento de defesa do devedor. Isto porque o uso de procedimentos procrastinatórios deve ser afastado, ante a finalidade do processo de execução. Nesse sentido diz ele: “Não resta dúvida que o instituto ‘sub examen’ exige uma compreensão mais arejada do que está no art. 736 do Código de Processo Civil, mas com a devida consciência de que há limites intra-sistemáticos que não podem ser transpostos.” E após dissertar sobre a admissibilidade e a posição de mediatização do título de crédito oferece um sintético conceito do instituto dizendo: “Enfim, chega-se ao conceito de que ‘a exceção de pré-executividade tem por objeto a cognição rarefeita das condições da ação e pressupostos processuais da ação de execução, de um lado, e, de outro, das objeções substanciais, todos mediatizáveis.’ ”

CÂNDIDO DINAMARCO²⁹⁴, publicista que prega a efetividade e instrumentalidade do processo, com veemência repetida, diz que “é preciso acabar com o mito dos embargos.”

Do mesmo modo que o autor-exeqüente exercita o amplo direito de ação, o réu-executado deve exercitar o amplo direito de defesa, tudo em face da lei e do direito.

Mas, realmente, a utilização da exceção de executividade deduzida de má-fé, gera distorções dignas de nota. Existe o curial risco de dissipação ou de ocultação de bens, na pendência de exceção oferecida sem prévio depósito ou penhora. Contrapõe-se a tais situações de perigo, contudo, a possibilidade de o credor obter medida cautelar repressiva, baseada no art. 615, III (retro, 93).²⁹⁵

A Exceção de Pré-Executividade tem por objeto, como instrumento de defesa do executado, opor-se à pretensão executória do exeqüente, através da ação e do processo de execução. PONTES DE MIRANDA²⁹⁶ que, fundamentado em princípios de direito, deu forma à defesa do devedor executado, sem embargos à execução e penhora de bens,

²⁹³ *Op. cit.*, p. 294.

²⁹⁴ *Op. cit.*, pp. 477-478.

²⁹⁵ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 522.

²⁹⁶ *Dez anos de Pareceres*: Francisco Alves/RJ, vol. 4, p. 126.

quando consultado e em brilhante parecer, de número 95, em 1966, dissertou sobre a possibilidade da arguição nos casos que especifica, originada da *questão MANNESMAN*, preconizando ali que:

Quando se pede ao juiz que ‘execute’ a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução) tem o juiz de examinar se o título é ‘executivo’, seja judicial, seja extrajudicial (...); Se alguém entende que cobrar dívida que consta de instrumento público ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o documento público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Trata-se de negação da executividade do título. Pode mesmo alegar que o instrumento público não foi devidamente assinado.

PONTES DE MIRANDA²⁹⁷, consultado pela Companhia Siderúrgica MANNESMAN, que sofria ações executivas e de falências nos foros de Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro, ações essas com base em títulos com assinaturas falsas de um de seus diretores, firma-se como o primeiro jurista a dar forma jurídico-doutrinária à Exceção de Pré-Executividade, como instrumento de defesa do devedor executado. Ofereceu ele seu parecer em sentido positivo, com a arguição de questão incidente, para anular a execução, sem necessidade dos Embargos do Devedor e penhora de bens. Assim, naquele caso, foi posta a pergunta: – Podem ser considerados títulos líquidos e certos para que com eles se proponha ação executiva, títulos indevidamente emitidos em nome da companhia siderúrgica MANNESMAN, se neles há falsa assinatura de um dos diretores e é exigido pela empresa, estatutariamente, a existência de firmas de dois diretores? Respondeu PONTES DE MIRANDA:

– A regra jurídica do Código de Processo Civil, art. 298, XIII, concernente à eficácia executiva dos títulos cambiários e do cheque (e outros títulos cambiariiformes), apenas é a ‘latere’ do que se disse no art. 298, XII, relativo a ‘credores por dívida líquida e certa, provada por instrumento público ou por escrito particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas’; A referência especial aos títulos cambiários e ao cheque (e a

²⁹⁷ *Op. cit.*, pp. 126-127. Como justificativa, o grande mestre funda-se em dois princípios, que são: “a) para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo o instrumento da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade; b) o título extrajudicial, para o ingresso da ação executiva, há de ser suficiente. O serventário de justiça, que apresenta pedido de execução, para cobrança de custas tem de juntar documentos do seu cargo e da contagem de custas.”

outros títulos cambiariiformes, como os do art. 298, XV) tinha de ser feita, porque – a despeito de serem dívidas líquidas e certas as que resultam de letras de câmbio, notas promissórias, cheques e outros títulos cambiariiformes, a eles não se exige o instrumento público, ou o instrumento particular, com a assinatura de quem se vincula e a subscrição de duas testemunhas, como prova. A certeza e liquidez são pressupostos indispensáveis em quaisquer casos do art. 298, XII, XIII, XIV e XV (cf. CPC revogado de 1939).

Se o demandado, nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz *antes* de se expedir mandado de penhora. Se se trata de pessoa jurídica e não houve apresentação, o que só o órgão presentativo, conforme a lei e os estatutos, podia fazer, ou falta de representação, com outorga de poderes pelo órgão competente, segundo a lei e os estatutos e exercício regular dos poderes outorgados, não há relação obrigacional constituída entre as partes.

No caso da consulta, uma vez que os estatutos exigiam, para a apresentação, as firmas de dois diretores, somente podia ficar a empresa vinculada ao título se houvessem as assinaturas, *verdadeiras*, de dois diretores. Se as duas são falsas, ou se uma só o é, nenhuma vinculação cambiária (ou cambiariiforme) se poderia estabelecer para a empresa.

A toda evidência, não é justo o gravame da penhora de bens se a execução e ou o processo de execução apresentam sinais visíveis de nulidade e, conseqüentemente, impossibilidade de seu prosseguimento, a perseguir um provimento judicial. É uma violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele, bens penhoráveis suficientes. Para ÁLVARO DE OLIVEIRA²⁹⁸, concorde com GALENO DE LACERDA, “realmente, as peculiaridades do processo de execução, a permitir imediata e violenta agressão ao patrimônio do executado,

²⁹⁸ *Execução de Título Judicial e Defeito ou Ineficácia da Setença*: Forense/RJ, vol. 90, pp. 13-19, abr./jun. 1994, pp. 15-16, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 146.

recomendam a adoção integral dessas judiciosas ponderações, mormente porque em absoluta consonância com o sistema.”

Na verdade, foi a partir de 1966 que se despertou para a idéia de PONTES DE MIRANDA, no sentido da defesa sem embargos do devedor mediante penhora prévia, a doutrina²⁹⁹ orientou-se.

Com efeito, enquanto a ação é direito do executado, o processo é instrumento da jurisdição, onde o juiz vai dirimir o conflito de interesses apresentado. No processo, o juiz busca a verdade real jurídica para decidir com justiça. Nessa idéia, PONTES DE MIRANDA³⁰⁰ justifica o seu entendimento, a respeito do tema ‘*sub examen*’, dizendo: “A execução confina com interesses gerais que exigem do juiz mais preocupar-se com a segurança intrínseca (decidir bem) do que com a segurança extrínseca (ter decidido).”

A arguição do instituto da Exceção de Pré-Executividade provoca a abertura, mesmo singela, da instrução do processo, com a prova do alegado pelo suscitante. Atende-se aos princípios da ampla defesa e do contraditório, este, inaceito por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA³⁰¹, o maior adversário daqueles que defendem a tese do cabimento do novo instituto, porque a seu ver, somente é cabível os Embargos do Devedor, em face dos arts. 736 e 737, I do CPC. Fundamentado nos seus literais enunciados, defendeu a necessidade da penhora, porque se assim não fosse provocaria uma desordem no processo de execução, não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica.

A exceção ou objeção argüível opõe-se à execução indevida ou ao processo irregular, estando ausentes os requisitos indispensáveis a sua propositura e

²⁹⁹ Nesse sentido, ASSIS, Araken de, argumenta: “Afigura-se injusto mesmo odioso submeter o devedor aparente a uma violenta constrição patrimonial, por tempo indefinido, conquanto curial o abuso dos sedizente credor; a admissão desse meio de oposição não quebra ou fere a ideologia expressa na lei.” *Apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 145.

³⁰⁰ *Op. cit.*, p. 134.

³⁰¹ *Ação Executiva*, p. 63/71, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 522.

prosseguimento: condições da ação e pressupostos processuais, e matéria de mérito devidamente provada.

Após indicar o indeferimento da inicial, a ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação como causas de extinção da execução, diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁰² que: “Em todos esses exemplos, a exceção pode ser provocada por simples petição da parte, independentemente de embargos, e o juiz tem poderes para aceitá-la mesmo de ofício, já que se relacionam com requisitos procedimentais de ordem pública.”

Na hipótese sob consulta, PONTES DE MIRANDA, em seu parecer, nega executividade do título. Isto é, o título é inexecutível e, portanto, fulminada a execução no seu nascedouro, com a oposição de Exceção Pré-Processual ou Exceção Processual, em que o juiz tem de examinar a situação a fim de evitar que se cometa violência contra o devedor, cujos bens não estavam expostos à execução. Mais explicitado, DANILO KNIJNIK³⁰³ enfatiza a posição doutrinária de PONTES DE MIRANDA, segundo o qual, em seu discurso, ele (PONTES) realçava dois aspectos: “O primeiro, relativo à ‘obrigatoriedade’ de cognição judicial quanto ao ponto argüido pelo executado (o juiz tem de examinar a espécie e o caso), independentemente do seu resultado decisório; o segundo, atinente, aí sim, ao ‘objeto do exame’, ou seja, às ‘exceções pré-processuais e processuais.’”

O discurso, teorizado em face da doutrina e da jurisprudência pátria, encontra sua argumentação fundada nos princípios constitucionais e na interpretação das normas postas. A ampla defesa e o contraditório são princípios aplicáveis a todos os processos, inclusive ao de execução (art. 5º, inc. LV, da CF); igualmente, o devido processo legal é princípio constitucional e segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, (inc. LIV).”

³⁰² *Op. cit.*, p. 440, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 25.

³⁰³ *Op. cit.*, p. 143.

Afastados os Embargos do devedor, priorizada a Exceção de Pré-Executividade, pretende-se evitar que se pratique uma injustiça contra aquele que não está sujeito à execução, seja civil, seja fiscal enfatizada, pelas evidências presentes concretamente, e que, sem mais complexidades, resolve, mais facilmente, a questão processual sem o vexame de qualquer constrição judicial, injusta e indevida.

Para fazer justiça, o juiz não está adstrito só à lei, que não deve ser aplicada com base em interpretação literal, mesmo de forma ampla (interpretação extensiva), o que pode levar o julgador a equívocos. Daí que, compatível e coerente a lição de GALENO DE LACERDA³⁰⁴, concorde com PONTES DE MIRANDA, que invocando uma justificação interpretativa, umas não ideológico-interpretativa, leciona bem que:

Quando, em face de uma situação concreta, a interpretação e aplicação literal da lei conduzem ao absurdo, deve o juiz buscar outra exegese, porque o ilogismo e a aberração jurídica jamais estiveram nas cogitações do legislador e na finalidade objetiva da norma. Assim, se o atual Código de Processo Civil exige, no art. 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para a admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência aos pressupostos da ação executiva. Se esses pressupostos ou condições inexistem ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituirá violência inominável impor-se injustamente ao executado o dano, aí às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa, se acaso não possuir ele bens penhoráveis.

Muitos doutrinadores atribuem a PONTES DE MIRANDA a construção teórica do instituto da Exceção de Pré-Executividade. Com cautela, melhor se diga que ele foi o primeiro jurista a traçar os contornos desse meio de defesa, em parecer que ofertou em julho de 1966, por solicitação da Companhia Siderúrgica MANNESMAM. Isso porque, historicamente, a Exceção de Pré-Executividade ou forma de defesa do executado, sem penhora de bens, nos vem do Brasil Império. Mais precisamente, do Decreto imperial 9.885, cujo art. 10 dizia:

Comparecendo o réu para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo a hipótese do art. 31.

³⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 167-176, *apud* KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, pp. 142-144.

E o art. 31 dispunha:

Considerar-se-á extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo ao feito:

1º - documento autêntico de haver sido paga a respectiva importância na repartição fiscal arrecadadora; na forma do art. 12, Parágrafo Único;

2º - certidão da anulação da dívida, passada pela repartição fiscal arrecadadora;

3º requerimento do parecer da Fazenda, pedindo arquivamento do processo, em virtude de ordem transmitida pelo Tesouro.

E mais argumentando, ainda, a confirmar a assertiva.

A defesa do executado fiscal, igualmente, sem a penhora de bens já foi regulada em norma legal, no Brasil, antes da proclamação da República, em 1889. Trata-se do Decreto 848, de 11/10/1890, que instituiu e organizou a justiça federal, quando em relação à execução fiscal prescrevia: “Comparecendo o réu para defender-se antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro estar seguro o juízo, salvo se exhibir documento autêntico referente ao pagamento da dívida ou anulação desta.” E, no art. 201 do mesmo Decreto, configurando defesa dentro da execução, sem embargos, dispunha: “A matéria de defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova de quitação, na nulidade do feito e prescrição da dívida.”

De tudo, comporta ainda a lição de CELSO NEVES³⁰⁵ que diz: “Os embargos do devedor só podem ser opostos depois da penhora, salvo hipóteses teratológicas em que se aprecia, de plano, sem forma nem figura de juízo, a oposição do executado (discussão da liquidez do direito = teratologia).”

Comporta, finalmente, a interpretação do Colendo STJ³⁰⁶, no mesmo sentido, *verbis*: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO.

³⁰⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, p. 232, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 24.

³⁰⁶ STJ., 3ª T., REsp. nº 13.060/SP, Rel. Min. Aldemar Zveiter, DJ. 03.02.92 – RDDT nº 24, p. 28.

EMBARGOS DO DEVEDOR. NULIDADE. VÍCIO FUNDAMENTAL. ARGÜIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO. Arts. 267, § 3º; 585, II; 586, 618, I do CPC:

- I – Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo a parte argui-la, independentemente de embargos do devedor assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil.
- II – Recurso conhecido e provido.

A resistir e não aceitar a defesa do devedor, sem embargos, garantido o juízo, rejeitando-a plenamente, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA³⁰⁷ nega validade à Exceção de Pré-Executividade. Assim manifestou-se em parecer ofertado, em confronto com o de PONTES DE MIRANDA e o de GALENO LACERDA, à solicitação da empresa COPERSUCAR – Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo – assim sendo o seu parecer:

Ação Executiva – Necessidade da penhora para discutir a exigibilidade do título. Ação Executiva – Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC.

Cuidou de relevar o tratamento privilegiado dispensado, pela norma processual, ao credor, no processo de execução, dizendo caber ao devedor, somente, os Embargos do Devedor, mediante a segurança do juízo, como meio de defesa na execução em face do art. 737, I do CPC. Sustenta incaber a Exceção de Pré-Executividade, à falta de regulação legal sobre o tema e que tal defesa, sem o gravame da penhora provocaria o caos da execução, que perderia seu caráter, como instrumento processual de tutela do direito do credor.

Nesse sentido é o seu magistério, escorado na rígida e literal disposição do art. 737 do CPC. Pregou ele a necessidade da penhora, cuja dispensa provocaria o caos no

âmbito do processo executivo, dizendo ainda: “Não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica³⁰⁸, que a antecedência da penhora é ‘conditio sine qua non’ da atitude do devedor executado.”

A nosso ver, o discurso negativista de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA³⁰⁹, embora a utilização da Exceção de Pré-Executividade possa ser deduzida, abusivamente e de má-fé, gerando distorções dignas de nota, é ele insubsistente, eis que a cognição no processo executório é uma realidade: 1 – o juiz, ao receber a inicial, é o primeiro a conhecer da pretensão executória, na ação de execução e no processo que se pretende instaurar, isto no exercício da jurisdição; 2 – após, o mesmo juiz deverá, como juiz *in executivis* (da execução) observar a presença do título de crédito apresentado à execução, quanto às suas forma e substância e se houve inadimplemento. Da análise do parecer, em vários momentos, vê-se o reconhecimento da presença da cognição-fenômeno no processo de execução, que será tratado mais adiante. Por fim, resta afirmar que, aceitável pela doutrina e tribunais, com raras exceções e poucas discordâncias pontuais, a Exceção de Pré-Executividade vem sendo mais estudada e aplicada nos juízos de execução judicial, sem observância maior de quaisquer tumultos ou caos, nos processos, em prejuízo do credor ou deturpação da função teleológica do processo de execução, como diz acontecer e proclamado por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA.³¹⁰

2. DA DENOMINAÇÃO DO TEMA: EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

A doutrina e a jurisprudência estudadas e analisadas, em acentuada maioria denominam o instituto *sub examen* de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade. Outras denominações são empregadas, tudo para referir-se à oposição à execução pelo devedor, deixando de fazê-lo por meio dos embargos à

³⁰⁷ *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, Forense/RJ, 1993, pp. 275-290.

³⁰⁸ LIMA, Alcides de Mendonça, *op. cit.*, pp. 63/71, *apud* ASSIS, Arakem, *op. cit.*, p. 522.

³⁰⁹ *Op. cit.*, p. 403, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, pp. 154-155.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 155.

execução, nos casos específicos cabíveis, sem prévia garantia da execução pela penhora de bens ou pelo depósito.

NELSON NERY JÚNIOR³¹¹ entende que: “a expressão objeção de pré-executividade é a mais adequada, já que o termo ‘exceção’ sugere que se trate de matéria de defesa, e, portanto, não passível de ser conhecida de ofício e sujeita à preclusão.”

Destaque-se que as denominações que se lhe empregam, cuja finalidade é ‘contestar’ ou ‘resistir’ à pretensão executória, não desnaturam a idéia de oposição: seja exceção de pré-executividade, objeção de pré-executividade, ou outras – como objeção à executividade, objeção de pré-executividade. Por petição, para a qual não se exige forma, o executado insurge-se contra a ação executiva, contra si proposta, a qualquer tempo, no processo executivo, pedindo a extinção do processo, por falta de requisitos legais para a sua formação, com amparo no § 3º, do art. 267 do Código de Processo Civil.

As divergências, quanto à denominação do instituto, partem da interpretação que buscam os doutrinadores noutros temas encontrados no sistema processual, v.g. as exceções de impedimento, suspeição e incompetência relativa (art. 304 do CPC). A oposição, v.g., é uma defesa contra a execução, por meios dos embargos do devedor, contendo o art. 736, do CPC: “O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.” A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade pretende ser, como exposto, uma espécie do gênero defesa, sem desmerecer o valor dos Embargos à Execução, que empresta às regras processuais.

³¹¹ *Op. cit.*, p. 131, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 523.

Aliás, “todas as atividades que desenvolve o demandado para defender-se tem a denominação genérica, originada na ‘exceptio’ do processo formulário romano de exceções.”³¹²

Com efeito, todas as denominações emprestadas a esta forma de defesa do devedor, leva-nos à idéia de resistência à pretensão executória, antes ou depois da penhora de bens; antes ou depois do oferecimento dos Embargos à Execução. Assim é, porque a matéria, respeitante aos pressupostos processuais e às condições da ação, como dito, matérias de ordem pública, podem ser alegadas e decididas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, inclusive na instância superior.

Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade é o mesmo que excepcionar, objetar, contra argüir, opor-se, defender-se, etc. As questões apresentadas, referentes ao prefixo *pré* e ao advérbio *não*, são irrelevantes, a não desnaturar os temas e seus núcleos, se exceção ou objeção, quando a finalidade é evitar a penhora desnecessária e injusta de bens do devedor e consequente embargos de defesa.

Ainda, autores outros denominam o instituto em comento de Objeção Pré-Processual e de Objeção de Não-Executividade.

Assim, nesse sentido, expressa-se CELSO NEVES³¹³, abordando o princípio da incongruência:

Há questões a cujo respeito o juiz está autorizado a pronunciar-se de ofício, porque para julgá-las mesmo que não lhe tenham sido submetidas pelos litigantes; basta que emergjam provadas. Examinará e julgará por iniciativa própria. Costuma-se denominá-las ‘objeção’, para distingui-las da ‘exceção’, que só as partes podem alegar. Tome-se o exemplo do pagamento e da prescrição.

³¹² CALAMANDREI, Piero, *Instituciones del Derecho Civile*: Ejea/Buenos Aires, 1973, § 33, p. 162.

³¹³ Cfr. SILVA, Ovídio Batista da, 1988, p. 104, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 178.

Na mesma ordem, manifesta-se a jurisprudência pretoriana.³¹⁴

E como diz ARAKEN DE ASSIS³¹⁵: “Controvertendo pressupostos do processo e da pretensão a executar, se designa de exceção ou objeção, de pré-executividade ou de executividade.”

NELSON NERY JÚNIOR³¹⁶ emprega a palavra objeção porque o objeto da arguição é matéria de ordem pública. Em sentido contrário, pela terminologia tradicional, ALBERTO CAMIÑA MOREIRA³¹⁷ dirige-se e leciona, dizendo: “(...) Daí insistirmos no nome exceção de pré-executividade com a idéia de que ‘exceção na prática é a alegação articulada do réu’. (...)”

A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade – como meio hábil e espécie de defesa do executado – ou até com outra denominação dada ao instituto – destina-se, especificadamente, a contrariar a pretensão da ação executiva, antes ou depois de iniciados os atos processuais ou de execução. É direito do devedor insurgir-se contra a execução e o processo. *In casu*, sua atuação é restrita a situações especiais, quando pela ausência das condições da ação ou dos pressupostos processuais (subjetivos ou objetivos), o processo seria julgado extinto no futuro. Daí, independentemente dos embargos e do gravame injusto da penhora, caber a defesa pré-executiva e ou pré-processual, por exceção ou objeção, cabendo ao juiz extinguir o processo de execução, ao aceitar a defesa nos termos apresentados.

³¹⁴ 1 - STJ., 4ª T., REsp. 7410-MT- 08.10.91, Rel. Min. Sálvio de Figueredo, RJSTJ. 4 (31) - (348): “Somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando, admite-se oposição sem garantia do juízo, controvertendo pressuposto do processo e da pretensão a executar, se designa de exceção, ou objeção, de pré-executividade ou de executividade.”; 2 - EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. 3 - DEPÓSITO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, TRF., 4ª R., AC 98.04.03327.5.PR. 1ª T., Rel. Juiz Vladimir Freitas, DJU 23.12.1998, p. 514: 1 – “Embora sem previsão legal, a doutrina tem admitido a defesa do executado, sem oferecimento de penhora, sempre que a matéria arguida diga respeito a vícios intrínsecos ou extrínsecos do título executivo, conhecíveis de ofício.” 2 – “O depósito do montante integral do crédito suspende a sua exigibilidade.” (art. 151, I, do CTN).

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 523.

³¹⁶ *Op. cit.*, p. 131, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 523.

³¹⁷ *Defesa sem Embargos do Executado*, n. 7, pp. 32-35, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 523.

Também, o Tribunal de Justiça do DF e Territórios³¹⁸ titula a espécie em comento de Exceção de Pré-Executividade, o que se constata em decisão colegiada.

HAROLDO PABST³¹⁹, argumentando sobre a questão, entende que: “a denominação desse ato processual não parece muito adequada: exceção, sim, eis que excepcionar significa reduzir ou eliminar o pedido do autor, mas exceção de pré-executividade contém em si uma incongruência.”

Mas, entenda-se que, independentemente do nome que se lhe dê, significa o termo exceção de excepcionar, o que corresponde a reduzir ou eliminar o pedido do autor/exeqüente antes ou depois de iniciada a execução e ou o processo executivo e, até mesmo concomitantemente com os embargos. Na verdade, como afirma ele (HAROLDO PABST), trata-se de defesa informal, que não é ação, mas também não é contestação, porque não concorde com nenhuma norma a discipliná-la. MARCOS VALLS FEU ROSA, ao denominar o instituto de Exceção de Pré-Executividade, “salienta que essa via permite ao executado argüir matéria de defesa fora dos embargos. (...)”

Da doutrina e das decisões pretorianas colhidas, extrai-se que a alegação do mestre, de incongruência contida na exceção de pré-executividade, não resiste à recepção da grande maioria dos publicistas e tribunais. Dizem, repitamos, tratar-se de defesa contra a execução e defesa contra o processo, inclusive após a apresentação de embargos do devedor.

³¹⁸ 5ª T. Cív. – Apelação Cível 45457/97, j. 3.11.1997. Rel. Des. Ana Maria Amarante. Ementa: Processual Civil – Execução – Exceção de Pré-Executividade – nulidade do título: “Não apresentando o título executivo os seus requisitos essenciais de liquidez, exigibilidade e certeza, questionados que foram em razão de ação cautelar, cabível a arguição de inexecutoriedade através de exceção de pré-executividade.”

³¹⁹ *Op. cit.*, p. 164.

As doutrinas publicadas elencam as situações de admissibilidade da Exceção de Pré-Executividade. É longa a lista de questões argüíveis na Exceção de Pré-Executividade, segundo HAROLDO PABST³²⁰:

Quase todas de mérito, como o pagamento, a novação, a compensação e outros – apontados como passíveis de alegação em Exceção de Pré-Executividade (ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, ob. cit., p. 91 a 124) demonstra bem o desequilíbrio a que nos leva a teoria da ação de embargos, levando pessoas a um processo executório injustamente, sujeitando seu patrimônio a sofrer o gravame da penhora indevidamente.

JOSÉ DA SILVA PACHECO³²¹ aponta que “a exceção de pré-executividade trata-se não de exceção propriamente dita, mas de defesa do executado e poderá ser exercida até que se efetive a penhora.” E continuando afirma:

As matérias argüíveis mediante a exceção de pré-executividade não estariam suscetíveis de preclusão. Portanto, seriam estas admissíveis mesmo após a efetivação da penhora. E, assim, lecionando mais: Mesmo se a inicial da execução, merecedora de indeferimento, por nula, foi recebida e prossegue, poderá o juiz, de ofício, decretar a nulidade posteriormente, pois não haverá preclusão. A nulidade (art. 618, I à III) prepondera sobre qualquer instituto jurídico. Em consequência, desnecessário os embargos.³²²

Enfim, corretas as denominações exceção e objeção – Exceção de Pré-Executividade e objeção de não-executividade – apesar da divergência de CÂNDIDO DINAMARCO³²³. A maioria dos doutrinadores está a defender que a Exceção de Pré-Executividade, na verdade, constitui-se em objeção, já que a matéria de que trata é de ordem pública.

³²⁰ *Op. cit.*, p. 99, *apud* PABST, Haroldo, *op. cit.*, p. 165.

³²¹ Cfr. *Tratado das Execuções*, vol. III, 1959, pp. 224-6, *apud* MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, pp. 70-71. Em conclusão, afirma mais: “A defesa do executado não se esgota nos embargos. Pode revestir-se dos seguintes aspectos: a) *omissis*; b) defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização. (...)”

³²² CASTRO, José de, *Execução no Código de Processo Civil*, 1983, p. 21 *apud* MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, p. 71.

³²³ *Op. cit.*, pp. 447.8, *apud* MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, p. 71.

Conclusivamente, apontamos outro meio de defesa do executado, por meio da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, no processo de execução – geral e fiscal –, abrindo um procedimento a admitir o princípio do contraditório, o que somente era admitido, no nosso sistema jurídico-processual, no âmbito dos embargos do devedor. Em todos os casos, presente está uma defesa ilimitada, como expressão do princípio da ampla defesa e do contraditório.

A idéia dessa espécie de defesa do executado é recepcionada e aplicada, nos dias atuais, pelos tribunais e defendida pelos publicistas, apreciado e aplicado, pois, o princípio constitucional da ampla defesa. Vencidos, pela maioria, aqueles, inclusive tribunais, que rejeitavam e rejeitam a idéia de existência do contraditório, senão nos embargos, o instituto da Pré-Executividade vem de ser operado nos juízos e tribunais, com força e progressivamente, em favor do demandado, sem prévia garantia do juízo.

A constatação de divergências, quanto ao termo Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, está superada pelos argumentos dos juristas e empregos mais usuais pelos tribunais e publicistas. Em verdade, a natureza da exceção e da objeção é de defesa, como oposição. A maioria dos doutrinadores proclama que a expressão exceção corresponde a defesa, no sentido de objeção, de um modo geral. Trata-se de um *espaço* e de uma *oportunidade* onde o executado deduzirá uma defesa interna ao processo executório, sem o gravame da penhora sobre seus bens. ALBERTO CAMIÑA MOREIRA³²⁴, nesse sentido, traz boa lição dizendo:

Historicamente, a palavra ‘exceção’ sempre teve o sentido de defesa, e, qualquer que seja o conceito que se adote desse vocábulo, estará no seu núcleo a idéia de que serve de meio defensivo; (...); Daí insistirmos no nome exceção de pré-executividade, com a idéia de que exceção na prática é a alegação articulada do réu.

³²⁴ *Op. cit.*, p. 37, onde, o autor traz, também, a respeito, o magistério de J. Couture: “*En su más amplio significado la excepción jurídica de que se habla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra el.*”

Considerando que se entende ser a discussão meramente acadêmica, a questão terminológica – Exceção ou Objeção – está superada pelo emprego do termo Exceção de Pré-Executividade e Objeção de Não-Executividade pela maioria dos tribunais³²⁵, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça³²⁶ e pelos doutrinadores.³²⁷

Divergente maior da idéia do contraditório no processo de execução e, em consequência, da defesa fora dos embargos à execução, os argumentos de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA³²⁸, segundo o qual “a exceção, mencionada no art. 297, tem seu significado estrito, configurando apenas, rigorosamente, as de ordem processual, de acordo com o teor do art. 304. O atual Código que não se refere à palavra exceção como sinônimo de defesa, como fez o art. 4º do diploma revogado”, está superado pelos argumentos e aplicabilidade, pelos doutos e intérpretes da norma e do direito.

A Exceção de Pré-Executividade deve dirigir-se à arguição, como defesa de questão substancial ou material, enquanto a arguição de objeção deve dirigir-se às questões formais do processo. Nesse mesmo sentido, CELSO NEVES³²⁹, abordando o princípio da congruência, leciona que:

As questões a cujo respeito o juiz está autorizado a pronunciar-se de ofício, porque para julgá-las não depende ele da iniciativa das partes. Quanto a

³²⁵ Execução, Exceção de Pré-Executividade. “A exceção de pré-executividade independe de embargos do devedor, porém, para a sua procedência, há necessidade de estar evidenciada a não ocorrência de um dos pressupostos processuais.” Agravo improvido (AI. n. 197.006.075, 3ª CC do TARGS, Rel. Juiz Aldo Aires Torres, julgado em 09.04.97).

³²⁶ STJ., 4ª T., REsp. 195351 – MS – Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira – DJU 12.4.99, p. 163: Processual Civil – Execução – Exceção de Pré-Executividade – Honorários devidos – CPC, art. 20 – Doutrina e Prática do Tribunal – Recurso provido – “I – O sistema processual civil vigente, em sede de honorários advocatícios, funda-se em critério objetivo, resultante da sucumbência”, II – “Extinguindo-se a execução, por iniciativa do devedor, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária.”

³²⁷ Nesse sentido, PARIZATTO, João Roberto leciona: “A exceção de pré-executividade, assimilada pela doutrina e jurisprudência, somente pode ser admitida quando versar sobre matéria que possa vir a ser conhecida pelo juiz de ofício, como a nulidade do título exequendo. O art 618 do Código de Processo Civil define os casos de nulidade da exceção, que ocorre: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586); II – se o devedor não for regularmente citado; III – se instaurada antes de se verificar a condição ou ocorrido o termo, nos casos do art. 572 do CPC.”, *A Exceção de Pré-Executividade*. Edipa/MG, 2002, p. 5.

³²⁸ *A Nova Sistemática das Exceções*, Revista do Processo nº 05/65, *apud* MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, p. 104.

³²⁹ Cfr. SILVA, Ovídio Batista da, 1988, p. 104, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 178.

estas, deverá pronunciar-se e resolvê-las mesmo que não lhe tenham sido submetidas pelos litigantes; basta que emergjam provadas (...). Examinará e julgará por iniciativa própria. Costuma-se denominá-las ‘objeção’, para distinguí-las da ‘exceção’, que só as partes podem alegar. Tome-se o exemplo do pagamento e da prescrição. (...)

Assim, pois, a Objeção de Não-Executividade corresponde à Objeção Processual e Exceção de Pré-Executividade corresponde à arguição pré-processual, em face da questão de mérito. No primeiro caso, tratando-se de pressupostos processuais e condições da ação e, no segundo, quaisquer questões de ordem substancial, sendo no primeiro caso decidido de ofício, pelo juízo, e noutra situação, argüível pelo devedor injustamente executado. FRANCESCO CARNELUTTI³³⁰, nesse sentido, visualizava na exceção, tanto de direito material como de direito processual, uma ‘afirmação da liberdade’ e não um ‘vero’ direito subjetivo, lecionando:

Chi propone l'eccezione, mira ad escludere il diritto soggettivo altrui, non già ad affermare il diritto proprio; e l'eccezione non va considerata né come una forma di azione propria del convenuto, né come una forma di contestazione della pretesa, bensí piuttosto come una 'ragione' della contestazione, e cioè come um motivo sul quale si fonda la resistenza del convenuto. (Ibidem, pp. 179-180).

3. DA COMPETÊNCIA E DO PROCEDIMENTO NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

Em quaisquer processos – de conhecimento, de execução ou cautelar – a competência para instruí-los e julgá-los é fixada por lei, ou seja, pelas normas de processo e de organização judiciária.

Especificamente, o juízo da Exceção de Pré-Executividade é, depois de confirmada a sua competência, como juízo da execução, o mesmo. É o mesmo com competência para conhecer da arguição de Exceção de Pré-Executividade. Isto é, obedece-se às regras aplicadas à defesa por Embargos à Execução, porque se trata de

³³⁰ Crf. SILVA, Ovídio Batista da, 1988, p. 104, *apud* KNIJNIK, Danilo, *op. cit.*, p. 178.

uma defesa incidental, o que se fará por simples petição ao juízo da execução, dispensado qualquer rigor formal.

Nessa linha, deve-se observar que a defesa, pelo novel instituto, deve obedecer ao mesmo regime dos embargos, cuja diferença diz respeito, tão somente, à ausência de garantia do juízo, pela penhora.

Na hipótese de carta precatória, quando houver impugnação a ato do juízo deprecado, como em relação à penhora, o devedor oferecerá sua defesa, da mesma forma, àquele juízo, que tem competência, no caso, para decidir em relação à matéria suscitada.

Todavia, a questão da competência para o processamento da execução, sendo a competência questão de pressuposto, será apreciada, via Exceção de Pré-Executividade, no juízo da execução, desprezando-se os embargos, como garantia da execução, mediante penhora. *In casu*, a Exceção de Pré-Executividade, como uma *simples oposição*, dispensa um maior formalismo, afastando, por uma simples petição, os rigores do art. 282 e ss. da norma processual.

A competência é um pressuposto processual de validade do processo, que deve ser verificado, *ab initio*, pelo juízo e que não o fazendo, *ex officio*, será matéria argüível e resolvível por meio da Exceção de Pré-Executividade, em qualquer fase do processo executório.

MARCOS VALLS FEU ROSA³³¹, igualmente e nesse sentido, esclarece que:

Arguida a ausência dos requisitos da execução, deverá o juiz verificar se a execução proposta preenche ou não os requisitos exigidos por lei: caso conclua pelo preenchimento, rejeitará a argüição, proferindo decisão, se a argüição for feita judicial e formalmente; ou simplesmente prosseguirá com a execução, se a argüição for feita extrajudicial e informalmente.

Em caso de entender não preenchidos os requisitos da execução, proferirá sentença terminativa, sem análise do mérito, por ausência de pressupostos processuais ou condições da ação, na forma do art. 267, IV e VI, do CPC.

No mesmo sentido, “se nos embargos ou na própria execução o juiz verificar a falta de título executivo, a sentença que der será meramente terminativa do processo de execução forçada, por reconhecer que o exeqüente é carecedor da ação.”³³²

Em relação ao procedimento da Exceção de Pré-Executividade – forma e modo como os atos se movem no processo³³³ –, o executado dirigirá sua peça inicial ao juiz da execução, expondo as razões que contrariam o pedido do exeqüente, quanto à ausência dos pressupostos processuais e ou condições da ação. E, porque o *instituto* não tem disciplinamento legal, aplica-se a analogia, como socorro, a instaurar o contraditório. O juiz ouvirá o exeqüente, antes de decidir a *quaestio juris* ou questão de mérito, sobre a arguição, o que comprovado cabalmente, como suscitados pelo devedor ou interessado, decidirá pela procedência do pedido, extinguindo a ação executiva.

Obviamente, a prova da alegação e respeitante aos pressupostos e condições da ação ausentes é restrita. Indevida qualquer dilação probatória ampla, que deve acontecer nos embargos à execução.

Analogicamente, socorre-se dos arts. 326 e 327 do CPC, que dispõe: “Quando o executado argüir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do executado, ou quando argüir quaisquer matérias arroladas no art. 301 do Código de Processo Civil, o exeqüente será ouvido em 10 dias.”

³³¹ *Op. cit.*, p. 88.

³³² *Idem, idem*, p. 89, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, pp. 449-450.

³³³ Cfr. MOREIRA, Alberto Camiña, nesse sentido, *verbis*: “Formulará o executado petição endereçada ao juízo em que tramita a execução, com exposição das razões com que infirma a pretensão do exequente; o julgamento antecipado (de imediato) sem oitiva do exequente, em desprezo à bilateralidade da audiência, atenta contra o princípio da igualdade”, *op. cit.*, p. 62.

Na defesa e em geral, o executado argüirá as hipóteses dos arts. 326 e 327 c/c o art. 301 do código instrumental. Ouvir o exequente, é, pois, imperativo da lei, como no processo de cognição e se assim não for, ferem-se princípios que dizem respeito à lealdade e igualdade das partes, afastando a bilateralidade da audiência, provocando a nulidade da sentença. Nesse sentido tem decidido os nossos tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça.³³⁴

Na hipótese, se o executado junta um documento, deve a parte contrária falar sobre ele, depois de intimado, na forma do art. 398, do CPC, que dispõe: “Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias.”

Assim procedendo, o juiz estará apto para decidir o incidente suscitado, por esse procedimento, de Exceção ou Objeção.

De ressaltar-se que o juiz poderá designar audiência de conciliação, depois de apresentada a Exceção de Pré-Executividade, o que já vem sendo praticado nos foros comarcãos, como preconizado no art. 331, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

Embora não necessariamente, em face da ausência de forma legal, muitos advogados vêm suscitando a Exceção de Pré-Executividade em peça autônoma e apenas aos autos da execução. “A peça inicial deverá vir nos autos do processo, dispensado o procedimento em apenso ao principal”³³⁵, não se tratando de uma ação de embargos, mas de um incidente processual. Nessa mesma linha, vêm decidindo os tribunais.³³⁶

³³⁴ STJ., 4ª T., Resp. 39.702.2-SP., Rel. Min. Dias Trindade, j. 14.12.93, v.u., DJU 28.3.94, p. 6329, Col.: “É nula a sentença se, neste caso, não foi ouvido o autor.” *Apud* Theotônio Negrão, Nota 2 ao art. 326, *op. cit.*, p. 294.

³³⁵ MOREIRA, Aberto Camiña, *op. cit.*, p. 63.

³³⁶ Agravo de Instrumento. Exceção de Pré-Executividade autuada como Ação Autônoma. Impropriedade. Efeito retro – operante do Agravo do Agravo. Ineficácia da Sentença. I – “a Exceção de Pré-Executividade aprecia-se dentro dos próprios autos da execução, não constituindo ação autônoma nem incidental”; II – “o provimento do agravo encerra efeito retro – operante, tornando ineficaz a sentença prolatada antes de seu julgamento.” Agravo conhecido e provido.

Procedente a Exceção de Pré-Executividade, extingue-se o processo de execução, nos moldes do art. 267, inc. IV do CPC, sendo cabível o recurso de apelação, na forma do art. 513 do CPC; caso contrário, se julgada improcedente, tratando-se de decisão em incidente processual, cabível é o recurso de agravo, *ex vi* do art. 522 e ss. do Código de rito. Nesse sentido vêm decidindo os tribunais de São Paulo.³³⁷

Com efeito, se improcedente for declarado o incidente da Exceção ou Objeção, por sentença, a execução prosseguirá nos seus ulteriores termos, com a entrega da prestação jurisdicional.

Ainda, no caso de ser deferida a Exceção de Pré-Executividade, impõe-se o reexame necessário, quando decidida questão de fundo, v.g. nos casos de decadência, prescrição ou pagamento, porque em extinguindo-se o crédito – direito da Fazenda – extingue-se o processo. Na hipótese, remete-se o processo ao tribunal superior; quando a decisão acolher a exceção, sob argumento de ausência dos pressupostos processuais e condições da ação, não devendo ser aplicada a regra do art. 475 do CPC, o que de igual modo decidiu o extinto TFR.³³⁸

4. LEGITIMIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO INCIDENTE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

A priori, afirmando-se que a relação jurídico-processual, na ação executiva, se dá entre credor e devedor, tendo o juiz a mediá-la, como substituto do primeiro, na prática dos atos executórios observa-se que, a teor da norma especial de execução fiscal e da norma processual, elegem-se outras categorias de pessoas que são legitimadas para estarem no pólo ativo, como exeqüentes, e no pólo passivo, como executados, na ação de execução, como já foi dissertado no Cap. I, itens 6.1 e 6.2, respectivamente.

³³⁷ TJSP, AI, 219.058, Rel. Des. Roberto Bedran, j. 22.3.1994, 1º TASP, 11ª Cam., AI. 628.889 – 2000, Rel. Juiz Ary Bauer, j. 17.8.1995; 1º TASP, 11ª Cam., AI. 677.985.1/00, Rel. Juiz Ary Bauer, j. 18.4.1996.

³³⁸ TFR. 2ª seção, Un. de Jur. no Ag. 41-241 – PA, Rel. Min. Torreão Braz, j. 7.2.82, 2 votos vencidos, DJU. 9.4.84, p. 12-36 (2ª Col., em.): “A sentença que em execução fiscal promovida por autarquia, julga

Legitimidade processual é a qualidade que têm os sujeitos de estarem no processo para a prática de atos jurídicos. Desse modo, em relação à ação executiva, CÂNDIDO DINAMARCO³³⁹ esclarece, ao lecionar:

Assim como sucede com referência ao processo de cognição, o Estado, em princípio, não dota dos poderes iminentes à ação executiva senão aquele que realmente estiver ligado à relação jurídica a que cada execução em concreto se coordena instrumentalmente (legitimidade ativa), nem se dispõe a sujeitar às medidas executivas quem também não estiver ligado a ela (legitimidade passiva).

A esclarecer, quanto a ser parte – legítima – ou sujeito, no processo judicial, leciona ENRICO TULLIO LIEBMAM:³⁴⁰ “Partes são os sujeitos interessados no contraditório instaurado perante o juiz; são todos os sujeitos da relação processual, com exclusão deste.”

In casu (na ação executiva), são as pessoas que figuram no título, como sujeitos da relação material obrigacional em litígio e, conseqüentemente, interessadas na solução do conflito posto, e, ainda, como de direito, a proteger o patrimônio de um e não do outro legitimado.

Assim acontece ao se tratar de título judicial, originado de uma sentença judicial, extraída do processo de conhecimento; ou ao se tratar de título extrajudicial, quando devedor e credor participaram da criação do título executivo, onde ambos, livremente, realizaram um negócio (ato jurídico), materializando-se vontades e interesses, no título, como consigna a norma processual.³⁴¹

De outra parte, outras pessoas podem estar ligadas, por direitos e obrigações próprias, na ação executiva e, conseqüentemente, dotadas de legitimidade. Não

extinto o processo sem decidir o mérito (CPC, art. 267) não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.”

³³⁹ *Op. cit.*, pp. 422-423.

³⁴⁰ *Manual de Direito Processual Civil*, n. 41, Trad., p. 89, *apud* DINAMARCO, Cândido, *op. cit.*, p. 423.

³⁴¹ Cf. arts. 566-568 do CPC.

tomaram elas parte na criação do título, como credor ou devedor; mas, porque possuidores de interesses conflitantes, são legitimadas como partes e, portanto, capazes de estarem na relação processual executória.

Nesse caso, hipóteses várias elencam o CPC e o CPP. como abaixo transcrevemos:

1 - O art. 566, inc. I, do CPC dispõe:

Podem promover a execução forçada:

I - o credor a quem a lei confere título executivo;

II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

2 - O art. 584, inc. II, do CPC dispõe:

São títulos executivos judiciais:

I - (...);

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III - (...).

3 - O art. 97 do CPC dispõe:

As ações em que ausente for réu correm no foro de seu último domicílio, que é também o competente para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias.

4 - O art. 567, inc. I do CPC dispõe:

Podem também promover a execução, ou nela prosseguir:

I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

II - (...).

5 - O art. 568, do CPC, incs. II, III e IV, dispõe:

São sujeitos passivos da execução:

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV - o fiador judicial.

6 - O art. 63 do CPP, dita:

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica³⁴², ao dar melhor interpretação à norma.

³⁴² STF., 2ª T, RE. nº 101.223, j. 31.3.89, Rel. Aldir Passarinho, v.u., RTJ. 129/820, v.g., “tendo havido, já após iniciada a ação de execução por título extrajudicial, acordo com dois dos três avalistas, para liquidação, por aqueles, do total da dívida, não poderia o credor exequente continuar a demanda, em seu próprio nome, contra o avalista que não se compôs, para dele receber a totalidade do débito, tanto mais que ainda prosseguiu mesmo quando o débito ficou integralmente liquidado. O direito ao recebimento da

Já explicitado que, proposta a ação executiva, o devedor é intimado para pagar a dívida ou dar bens à penhora, quando deverá, nesse caso, opor-se por meios dos embargos, como parte legítima que é para tal. É o sujeito ou são os sujeitos que estiveram no pólo passivo da relação processual. Na relação processual executória, estão classificados como titulares de legitimidade ordinária primária - art. 568, I, do CPC e art. 40, II da Lei 6.830/80 - e ordinária superveniente, aqueles que sucedem ao devedor por um acontecimento da sucessão da dívida, após a criação do título executado, ou seja, em face de fatos supervenientes: v.g. legitimidade do espólio, herdeiros e sucessores do devedor; legitimidade extraordinária do fiador; legitimidade extraordinária do responsável tributário; legitimidade do cônjuge; legitimidade do Ministério Público, etc.

Destaque-se que ao Ministério Público e ao curador especial, em face dos arts. 82 e 9º II, ambos do CPC, é de direito agirem, como parte legítima, para embargar a execução, contrariando alguns processualistas, minoritariamente.

Nessa esteira, ARAKEN DE ASSIS³⁴³ leciona que:

O Ministério Público é titular de diversas situações legitimadoras ativas na demanda executória (retro 55), mas parece pouco razoável colocá-lo, nos embargos, na posição inversa de legitimidade passiva. Legitimar-se-á a propor embargos? Impõe-se resposta positiva. O Ministério Público exerce papel dúplice: de um lado, a lei outorga ao *parquet* legitimidade ativa para agir executivamente, v.g. na condenação originada de ação popular e, de outro, estende-lhe igual qualidade para propor embargos contra esta execução se, por qualquer motivo, ela desviar-se dos seus fins públicos.

A jurisprudência³⁴⁴, em relação ao curador especial, decidiu pela sua legitimidade ativa nos embargos e a Súmula 196³⁴⁵ do mesmo tribunal confirmou o entendimento.

quota que caberia ao avalista que não se compôs é dos avalistas que saldaram integralmente a dívida, mas não do banco credor que a recebeu por inteiro.”

³⁴³ *Op. cit.*, p. 1136.

³⁴⁴ STJ., 4ª T., REsp. 38.662.4.RJ 29.03.94, Rel. Min. Torreão Braz, RJSTJ. 7/68/280.

Quanto aos embargos à execução fiscal, mais precisamente em relação ao seu processamento e o seu julgamento, empresta subsídio à Lei especial de Execução Fiscal, como visto, o Código de Processo Civil, afirmando HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁴⁶:

Em linhas gerais, os embargos à execução fiscal serão processados e julgados, com observância do mesmo procedimento dos embargos do devedor regulados pelo Código de Processo Civil. Os embargos devem ser autuados em apenso à execução fiscal (CPC, art. 736). A matéria de defesa é ampla, como ocorre em qualquer execução de título extrajudicial (Lei nº 6.830, art. 16).

Da leitura do art. 736 do CPC, legitimado para embargar a execução civil *é o devedor*; da leitura do art. 16 da LEF legitimado, no caso, *é o executado*, para embargar a execução fiscal no prazo de trinta dias. Comporta explicitar que legitimado, no pólo ativo dos embargos à execução fiscal, é o contribuinte-devedor ou responsável tributário-devedor (legitimação ordinária primária) e aqueles titulados de parte legítima superveniente, como dantes referido, eis que, por fato posterior à criação do título executivo fiscal, por ele responsabilizar-se-á.

Conclusivamente, em relação à legitimidade para arguir a Exceção de Pré-Executividade. Consoante o que foi exposto, não se pode mais segurar o argumento de que somente o devedor poderá excepcionar ou objetar, mediante exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade. A exceção ou objeção, como defesa do executado, tem a diferenciar-se dos embargos, primeiramente, pela ausência de penhora de bens como garantia da execução; a dois, que as matérias argüíveis são aquelas que deverão ser decididas pelo juízo, de ofício; são matérias de ordem pública, respeitantes aos pressupostos processuais ou condições da ação, suscetíveis em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Daí que, não só o credor, mas qualquer pessoa que tenha

³⁴⁵ STJ., Súmula 196: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”

³⁴⁶ Cfr. *Comentários...*, nº 420, p. 551. No mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso...*, vol. 2-113, § 63, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 1137.

interesse em argüir qualquer fato que impeça a execução, naquelas hipóteses, poderá fazê-lo, não podendo o juiz deixar de apreciar a questão suscitada, porque a matéria pertence ao seu ofício, independentemente de provocação de parte. Melhor ser “advertido” e por “qualquer pessoa”, do que causar prejuízo ao executado, muitas vezes acionado injustamente.

Quando proposta a execução, o *devedor* – a pessoa qualificada na peça exordial – é citado (*ou intimado?*) para pagar ou dar bens à penhora (art. 652 do CPC em 24 horas e 8º da LEF em 30 dias). É elaborada a inicial e qualificadas as partes conforme o art. 598 c/c o art. 282, ambos do Código de Rito. Quando o mandado a ele dirigido é apresentado, abre-se o prazo para pagar a dívida cobrada ou apresentar defesa que tiver – contra o processo ou contra o mérito -. Todavia, poderá ocorrer engano ou erro na indicação do devedor, pelo autor da execução ou do cartório; ou estarem presentes outras matérias úteis à sua defesa.

Nessas hipóteses, a argüição de ausência dos requisitos da execução impõe-se, pelo citado, por terceiros e até pelo credor, uma vez que interessa a todos que a relação jurídica não deve formar-se com defeito. Assim, terceiras pessoas, citadas indevidamente, podem ser afastadas do processo, por via da exceção ou objeção, não se caracterizando como intervenção de terceiro, como definido no Código de Processo Civil (art. 56 e ss). A argüição, mesmo por uma pessoa ilegítima, deve ser recepcionada, considerando que, sendo a alegação matéria de ordem pública, chama a atenção do juiz, para uma decisão *ex officio*, argüição essa que se dará, por simples petição nos próprios autos do processo de execução, como proclamado pela doutrina³⁴⁷ e pelos tribunais³⁴⁸.

³⁴⁷ Dos magistérios de RODRIGUES, Nelson Neto, para quem “A Exceção de Pré-Executividade é criação doutrinária que desempenha o papel de meio de defesa do devedor, trazendo porção de conhecimento ao processo de execução, não possuindo nem forma, nem figura de Juízo. É meio que visa a impedir a realização de penhora, provando não existir um processo de execução legítimo.” (Exceção de Pré-Executividade, artigo publicado na Revista de Processo, n. 95, pp. 29-38; PEREIRA, Tarlei Lemos, segundo o qual “A Exceção de Pré-Executividade é um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, utilizável por quaisquer interessados, por meio do qual se permite argüir a ausência dos requisitos da execução civil, objetivando pear o ato executivo de constrição judicial”, (*Exceção de Pré-Executividade*, artigo publicado na Revista dos Tribunais, vols. 760-786), *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 33.

Assim, tudo considerado, podem resistir à execução o devedor tributário – contribuinte ou responsável –, bem como qualquer interessado, analisada a ausência dos requisitos legais da execução, por meio da Exceção de Pré-Executividade, posto que “a principal consequência emergente da exceção de Pré-Executividade está na verificação dos pressupostos da cobrança fiscal, impedindo o encaminhamento da demanda no seu aspecto diretamente vinculado à satisfação do direito do credor.”³⁴⁹

Portanto, quaisquer terceiros que tenham seus bens violados ou ameaçados, em ação de execução, ajuizada contra outra pessoa, poderá arguir a Exceção de Pré-Executividade, invocando-se, *in casu*, os princípios processuais da celeridade da economia processual, a afastar os embargos de terceiros. Na realidade, e por se tratar de matérias que deveriam ser analisadas *ex officio*, tem-se como irrelevante para a questão a pessoa que esteja fazendo a comunicação ao juiz de que a execução não poderia ser aforada pela falta de pressupostos básicos.

Assim proclama a jurisprudência, v.g: “A nulidade da fiança por falta de outorga uxória deve ser levantada pela mulher através de Exceção de Pré-Executividade, sendo o marido parte ilegítima para requerer tal medida e suscitar tal questão.”³⁵⁰

Por conseguinte, argüida a Exceção de Pré-Executividade pelo devedor e até pelo credor ou quaisquer outras pessoas, presente e demonstrada a ausência dos requisitos – pressupostos processuais e condições da ação executiva –, impõe-se, pelo juiz, a declaração da nulidade invocada à falta desses requisitos formais considerados na norma processual.

³⁴⁸ No mesmo sentido: 1 – Execução. “A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser arguida por simples petição, uma vez que suscetível de exame *ex officio*, pelo juiz. O inadimplemento do contrato, a que se vincula o título, entretanto, constitui matéria que, para ser conhecida, requer seja alegada pela via dos embargos.” Revista dos Tribunais 671-687, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 32.

³⁴⁹ PARIZATTO, João Roberto, *op. cit.*, p. 95, concluindo o mestre: “O terceiro que tiver bens ameaçados por força da execução ajuizada contra outrem, também poderá suscitar exceção de pré-executividade. Terceiro deve ser considerado como aquela pessoa que não faz parte da relação processual.”

³⁵⁰ TAPR, 2ª Cam. Civ. no AI. 159.504.6, j. 25.10.00, RT. 788-411.

Não é jurídico, obviamente, a penhora de bens, para que o devedor executado suscite matéria de direito, que se deve conhecer de ofício, ou matéria dizente a fato comprovado. “Efetivamente, ao exigir penhora de bens do devedor para que possa argüir matéria que deveria ter sido conhecida de ofício pelo juiz, viola o Estado, conscientemente, norma constitucional, e atinge direito líquido e certo do cidadão.”³⁵¹

Assim verificado, é fatal a extinção do processo, *sem julgamento do mérito*, nos termos dos arts. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, declarável pelo juiz; o que, na mesma esteira é proclamado pelos juízos colegiados, *verbis*:

Execução. Inexistência de título líquido e certo - Extinção do processo de execução. Legalidade.

1 - Ao exercer o Juízo de admissibilidade no próprio título de crédito líquido e certo, é legítima a sua decisão de extinguir o processo, por impossibilidade jurídica de atendimento;

2 - No exercício do Juízo de admissibilidade do processo de execução, o magistrado deve examinar os pressupostos básicos de liquidez, certeza e exigibilidade do título que instrui o pedido, não se considerando como peça de defesa a mera impugnação do devedor apontando as deficiências que descaracterizam o título para efeito de execução;

3 - Apelação a que se nega provimento.³⁵²

Conclusivamente, é correto dizer-se que o devedor e quaisquer pessoas interessadas, bem como, e até, a Fazenda Pública-credora ou o credor comum, podem estar no pólo ativo, como parte legítima, para argüir a Exceção de Pré-Executividade.

Argüida a Exceção de Pré-Executividade, como consequência e primeiramente, ocorre a suspensão do processo executório.

³⁵¹ ROSA, Marcos Valls Feu, trazendo, ainda, a colação nesse sentido a nota de Theotônio Negrão em seu Código de Processo Civil e legislação em vigor que contém: “Cabe Mandado de Segurança para por termo à execução iniciada, indevidamente, sem título executivo.” (nota ao art. 618 do CPC), *op. cit.*, p. 35.

³⁵² TJES. Acórdão na Ap. Cív. nº 16. 514, Rel. Des. Arione Vasconcelos Ribeiro, Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo nº 43/228, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 34.

In casu, a pretensão do suscitante da Exceção é uma sentença quanto à viabilidade do processo, uma vez que dúvida há em relação à regular formação da relação processual, que injustamente agride o patrimônio do devedor, em ofensa ao seu direito de propriedade. A regularidade do processo interessa às partes e ao juízo, o que inobservado, comete prejuízos que só análise prévia pode evitar. Assim é como dispõe o art. 616 do CPC: “Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.”

Essa é a primeira hipótese de suspensão do processo, seja de conhecimento, seja de execução ou cautelar.

Mais precisamente, o art. 791 do CPC também impõe a suspensão da execução ao dispor:

Art. 791 – Suspende-se a execução:

I – no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2º);

II – nas hipóteses previstas no art. 265, I e II;

III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

Ainda, a execução restará suspensa “quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz.” (art. 265, III do CPC). Trata-se da incompetência relativa, do impedimento e da suspeição do órgão julgador.

Suscitáveis as matérias dos embargos à execução, também e inclusive as matérias de fato que não exigem dilação probatória complexa, aplicável por analogia à disposição do art. 791 da norma processual civil.

A suspensão da execução fiscal, no processo, ocorre de acordo com as disposições do art. 40 da lei especial, que reza: “O juiz suspenderá o curso da execução,

enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

A Exceção de Pré-Executividade, arguida sem garantia do juízo, visa à extinção do processo, por impossibilidade do seu prosseguimento. Bem verdade, não há regra legal para a sua realização e, igualmente, em relação ao seu procedimento. Ora, se ocorre a suspensão do processo quando se alegar matérias sujeitas a preclusão, justifica-se mais a suspensão do processo executório quando a arguição cingir-se à matéria de ordem pública.³⁵³

Da mesma forma decidiu o Col. TSJ³⁵⁴, proclamando a suspensão do processo, quando suscitada a Exceção de Pré-Executividade.

Verdade que há entendimentos a inadmitir a suspensão do processo de execução, ante a Exceção de Pré-Executividade, a exemplo de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY³⁵⁵ ao afirmarem que: “Oposta a objeção ou exceção de executividade não se suspende a execução nem o prazo para oferecimento de embargos do devedor. Isso porque não há dispositivo legal expresso autorizando a suspensão da execução. Essa só ocorre se recebidos para discussão os embargos do devedor.”

A Exceção de Pré-Executividade, sem disciplinamento legal, constitui-se em um incidente processual. Como tal, argüido o incidente, suspende-se a execução, como entendido pelos tribunais e pela doutrina. Nesse sentido, LUIZ PEIXOTO DE

³⁵³ Nesse sentido, leciona Marcos Valls Feu Rosa, dizendo: “A arguição de ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso.” Traz, ainda, o mestre, o entendimento de Ovídio A. Batista da Silva, para quem “o devedor poderá, perfeitamente, paralisar a execução demonstrando a ausência do ‘requisito’ do inadimplemento. Neste caso, nos autos do próprio processo executivo”, *op. cit.*, p. 80.

³⁵⁴ STJ., 4ª T., no REsp. 268.532 – RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 05.04.01. DJU 11.06.01, p. 230: Processual Civil. Execução. Exceção de Pré-Executividade. Suspensão do Processo. Cabimento. CPC art. 791, I – “A regra do art. 791 da lei adjetiva civil comporta maior largueza na sua aplicação admitindo-se, também, a suspensão do processo de execução, pedida em exceção de Pré-Executividade, quando haja a autoridade de ação revisional em que se discute o valor do débito cobrado pelo credor hipotecário de financiamento contratado.”

³⁵⁵ *Código de Processo Civil Comentado*, 5ª ed., Ed. RT, 2001, p. 1187, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 85.

SIQUEIRA FILHO³⁵⁶ considera “mais acertado admitir-se a suspensão do processo, senão restaria evidente a possibilidade de ocorrência de privação dos bens sem a observância do devido processo legal.”

Autores há que negam tal suspensão, considerando falta de previsão legal. Frize-se que muitos casos admitem efeitos no processo judicial sem previsão da norma. Também, é da própria índole do incidente processual a sua suspensão. No caso, impõe-se que o devedor poderá paralisar a execução demonstrando a falta de requisitos formais e materiais à instauração da ação e do processo judiciais.

5. DAS MATÉRIAS SUSCETÍVEIS DE ARGÜIÇÃO NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

A Exceção de Pré-Executividade, em face do princípio da ampla defesa, deve mais ser recepcionada.

Assim, traz-se o magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,³⁵⁷ que defende não só a validade dos Embargos à Execução, como instrumento de defesa do devedor. Mas, também, a Exceção de Pré-Executividade, ao verberar: “É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas, liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes.”

O que ocorre é que, quando ajuizada a ação executiva pelo credor, compete ao devedor, apenas, depois de intimado, pagar a dívida cobrada ou dar bens a penhora como garantia da execução e oferecer defesa por meio dos embargos do devedor, em juízo, de acordo com a regra estatuida nos arts. 736 e 737, I do Código de rito.

³⁵⁶ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto, *Exceção de Pré-Executividade*: Lumen Juris/RJ, 4ª ed., 2001, p. 78.

³⁵⁷ *Op. cit.*, p. 448.

Antes explicitado, repita-se: O fundamento da ação executiva é o título líquido, certo e exigível que deverá está acostado à peça inicial da ação proposta; a demanda deve ser dirigida ao juízo competente; as partes – ativa e passiva – devem ser legítimas, como credora e devedora, por si ou por seus sucessores, como titulares do direito de crédito e da obrigação, respectivamente, constantes do título executivo, tudo consoante disciplinado na norma.

Em princípio, o devedor é citado, acompanhada a citação de uma intimação: No processo ordinário para oferecer contestação; no processo de execução, para satisfazer a pretensão do credor exeqüente. No processo de conhecimento, como contestação, o réu arguirá matéria de direito e de fato, no exercício do direito da ampla defesa. Como defesa, nos embargos, garantida a execução, o demandado deverá suscitar todas as matérias elencadas nos arts. 741 e 745 do CPC, incluindo *toda matéria útil à defesa*, como contido no art. 16, § 2º da Lei de Execuções Fiscais, tratando-se, neste caso, de execução fiscal, tudo em face do princípio da concentração, o que, para CÂNDIDO DINAMARCO³⁵⁸:

Significa dizer que pode não apenas: a) abordar o mérito (defesa material ou substancial, isto é, atacar a pretensão consubstanciada na inicial da execução e no título executivo que acompanha (CDA), bem como por fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da Fazenda credora; e b) proceder à defesa processual, objetivando o indeferimento da inicial sem discussão do mérito, o que deve fazer; b.1) argüindo preliminar nos embargos – como no caso da incompetência absoluta – litispendência, coisa julgada, etc., matérias de ordem pública que o juiz pode, até, conhecer de ofício; e 2) por meio de exceção (em sentido estrito), se a alegação é de incompetência relativa ou impedimento do juiz.

Nesse sentido, as decisões de 1992 dos TRFs da 3ª e 4ª Regiões, infratranscritas, a acompanhar a lição de CÂNDIDO DINAMARCO.³⁵⁹

³⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 330-331.

³⁵⁹ I - TRF., 4ª T., 3ª Região, AgIn. 03045696-90/SP, Rel. Oliveira Lima, j. 22 abril 1992, p. 91: “Nessa ocasião, deverá ele alegar toda a matéria útil à sua defesa, inclusive, pois, a ilegitimidade passiva de parte”; II - TRF., 1ª T., 4ª Região, Ap. Civ. nº 0413693-91/RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJU, 13 de maio, 1992, p. 12245: Execução Fiscal. Embargos do Devedor. Princípio da Concentração. “O devedor deve concentrar nos embargos toda a matéria útil à defesa, precluindo depois do respectivo prazo qualquer inovação.”

E, porque os nossos Tribunais – estaduais e federais – vêm acolhendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação à Exceção de Pré-Executividade e Objeção de Não-Executividade, majoritária e com frequência, raramente inadmitindo-a, o TRF da 4ª Região e o STJ têm-se colocado, quase à unanimidade, no mesmo sentido, como exemplo:

1. EXECUÇÃO. “A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser arguida por simples petição, uma vez que suscetível de exame *ex officio*, pelo juiz. O inadimplemento do contrato, a que se vincula o título, entretanto, constitui matéria que, para ser conhecida, requer seja alegada pela via dos embargos (Revista dos Tribunais);”

2. EXECUÇÃO FISCAL. “A Exceção de Pré-Executividade é compatível com o processo de execução fiscal. (TRF – 4ª Região – 3ª Turma, j. 03-02-00, DJU nº 89-E de 10.05.00, p. 116);”

3. EXECUÇÃO FISCAL – Responsabilidade Tributária – Sociedade Limitada – Sócio sem poderes de gerência. “O quotista, sem função de gerência, não responde por dívida contraída pela sociedade de responsabilidade limitada. Seus bens não podem ser penhorados em processo de execução fiscal movido contra pessoa jurídica. (CTN, art. 134; Dec. 3.708/19, art. 2º) (STJ 1ª Turma. REsp. 7.234 – RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1.12.93, DJU 21.02.94, p. 2126).”

Todavia, para que se forme o processo validamente no mundo do direito, impõe-se que nele se encontrem certos requisitos, a fim de que a jurisdição provocada possa, com a devida segurança, decidir em relação ao pedido do exeqüente. Assim, antes de

adentrar o mérito da questão executória, o juiz deverá analisar sobre a existência de tais requisitos, que presentes, darão validade regular ao processo e, em caso contrário, o feito não deve prosseguir. Trata-se das condições ou dos pressupostos processuais.

LEONARDO GRECO³⁶⁰ ao tratar das matérias passíveis de arguição em Exceção de Pré-Executividade, na execução fiscal, conclui:

Podem ser argüidas através da Exceção de Pré-Executividade: a falta de condições da ação e de pressupostos processuais decorrentes de nulidades absolutas; os vícios do processo administrativo fiscal; nulidades relativas da execução; excesso de execução; inexistência total ou parcial do débito fiscal; qualquer outra causa extintiva da obrigação como pagamento, prescrição ou compensação, são questões de direito material.

Toda execução tem por base um título – judicial ou extrajudicial – que, faltante como pressuposto qualquer requisito, o juiz decidirá pela invalidade do processo. Dará pela validade do processo, quando presentes os pressupostos: a capacidade civil das

partes; a representação das partes; a investidura; a competência e a incapacidade do juiz; a petição inicial que não seja inepta; o procedimento adequado; a citação válida, etc. O juiz da execução deverá observar, em seguida, se presentes estão as condições da ação. Condições essas que são os requisitos que legitimam o exercício do processo; o que, a faltar, leva o magistrado igualmente a sentenciar, extinguindo-o, sem julgamento do mérito, declarando o exeqüente carecedor do direito de ação, com amparo no art. 267, VI do CPC. Ausentes os pressupostos processuais, a extinção do feito processual dar-se-á com base no inc. IV. São condições da ação a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Nesse sentido, quanto à matéria argüível em Exceção de Pré-Executividade, tem decidido o Col. Superior Tribunal de Justiça – STJ.³⁶¹

³⁶⁰ *Op. cit.*, p. 201, *apud* ALVIM, Eduardo Arruda, *op. cit.*, p. 245.

³⁶¹ Hipótese de admissibilidade: a) *quando se suscitar questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação* (AC. 3ª Turma do STJ., REsp. 146.923.SP, Rel Min. Ari Pargendler, j. 24.05.01, DJU 18.06.01, p. 146; b) “quando ocorrer a inexigibilidade do título, inclusive quando a execução esteja

Nesse caso o devedor adentra na execução comum ou fiscal de forma direta, impugnando a validade da ação e do processo, sem garantia do juízo pela penhora de seus bens, posto que o exame dos requisitos da ação e do processo, por ser matéria de ordem pública, compete ao juiz, *ex officio*, como disposto no Código de Processo Civil, art. 267, incs. IV e VI, extinguindo-os sem análise do mérito.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,³⁶² “se a função jurisdicional, para atingir o provimento de mérito, depende de pressupostos e condições legais indeclináveis, claro é que o exame de tais requisitos não pode ficar na dependência de ação de embargos e muito menos de prévia garantia do juízo.”

Evidente que nulo o título ou ilegítima a parte executada, o que visível no início do processo de execução fiscal ou comum, a relação jurídica não pode se realizar, cabível assim a Exceção de Pré-Executividade, como forma simples e direta de pedir a extinção do processo executório sem embargos e sem penhora de bens ou depósito.

Com a mesma visão, ARAKEN DE ASSIS afirma³⁶³ que “esse meio de oposição está afinado com a sistematização dos pressupostos processuais e condições da ação matéria conhecível de ofício, a teor do que dispõe o art. 267, IV, c/c § 3º, ambos do Código de Processo Civil.” Mais incisivo, NELSON NERY JÚNIOR³⁶⁴ afirma expressamente que “o objeto da Exceção de Pré-Executividade é decretável *ex officio* pelo juiz.” E, na mesma lição, conclui, também, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁶⁵:

aparelhada com contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, eis que tal documento não é título executivo, a teor da Súmula nº 233 do STJ.” (AC. 4ª T. do STJ., no REsp. 194.070 – RS. Rel. Min. Nilson Naves, j. 07.06.99, DJU 20.09.99., p. 62 e AC. 11ª Câ. Civ. do 1º TACiv. SP, no AI. 981.356 – 3, j. 11.12.00, RT. 790/302); c) Súmula nº 233 do STJ.: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo.”

³⁶² *Processo de Execução*, Leud/SP, 17ª ed., 1994, p. 469, *apud* SOARES, Marcos Zanóbio, *op. cit.*, p. 33.

³⁶³ *Manual do Processo de Execução*, p. 344, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 58.

³⁶⁴ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 137, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 58.

³⁶⁵ *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II, p. 134, *apud* ROSA, Marcos, Valls Feu, *op. cit.*, p. 60.

A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito, tanto a requerimento da parte como *ex officio*. Não é preciso, portanto, que o devedor se utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.³⁶⁶

Tendo por fundamento um título judicial ou extrajudicial, dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, cabe ao juiz a análise preliminar da ação executiva antes de mandar citar o devedor; verificando a presença ou não dos pressupostos processuais e as condições da ação. Isso, também, em quaisquer espécies de processos, eis que se trata de matéria de ordem pública. Mas, caso o juiz não atente para o fato de ausência de qualquer requisito, deve o mesmo ser chamado a decidir pela impossibilidade de prosseguimento da execução, a pedido de quaisquer interessados. Isso através da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, procedimentos esses sem maiores formalismos, como vem decidindo os nossos tribunais, inclusive o Col. STJ.³⁶⁷ E, nesse sentido, lecionam HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁶⁸ e LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA³⁶⁹.

De conclusão, colhe-se que a doutrina e a jurisprudência admitem a exceção de Pré-Executividade, quando ausentes os requisitos indispensáveis à propositura da execução, referentes aos pressupostos e condições, com algumas exceções, quando se verifica que certas questões dizem respeito mesmo ao mérito da execução, por exemplo,

³⁶⁶ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 134, *apud*, ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, p. 60.

³⁶⁷ Cfr. ROSA, Marcos Valls Feu, *op. cit.*, pp. 56-57: “O superior Tribunal de Justiça, admitindo a possibilidade de arguição de nulidade no processo de execução, trata da forma pela qual esta ocorreria: por simples petição; do teor do decisor depreende-se que a exceção de pré-executividade não estaria presa a forma específica, importando apenas o fato de seu conteúdo referir-se aos requisitos necessários à execução. A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser arguida por simples petição, uma vez que susceptível de exame *ex officio*, pelo juiz.” (RT 671/187).

³⁶⁸ Revista Dialética, nº 24, p. n/a, *verbis*: “(...) Com efeito, resume-se desta idéia que a Exceção de Pré-Executividade não exige forma ou procedimento especial, sendo mesmo cabível quando houver vício fundamental que prive o processo de qualquer eficácia.”

³⁶⁹ “A alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo, judicial ou extrajudicial, devem ser suscitados através da exceção de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado. A penhora e o depósito já medidas executivas e não podem ser efetivadas quando não existir ou não for eficaz o título que embasa o processo executório.” *A Exceção de Pré-Executividade*, Revista do Processo, 55, p. 70, *apud* MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.* p. 81.

quando o exeqüente não cumpre o contrato e exigir que o executado o faça; ainda, v.g. quando ocorreu o fato modificativo ou extintivo da obrigação, etc.

E, assim, confirma CÂNDIDO DINAMARCO³⁷⁰, valendo ser repetido:

(...) É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os Juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas, liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos, muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.

Objetivamente, em relação às matérias suscetíveis ou hipóteses de cabimento da Exceção de Pré-Executividade, considerando tais questões – pressupostos processuais e condições da ação – como matéria de ordem pública e que estão contidas no art. 267, IV e VI do CPC, e porque às partes não é permitido dispor quanto aos requisitos de existência e validade do processo, o juiz, somente quando presentes os pressupostos de existência válida do processo e as condições da ação, poderá iniciar a execução, mediante coação contra o patrimônio do devedor. Ausentes esses requisitos, a teor do art. 267, § 3º do Código Processual Civil, o juiz conhecerá dos pressupostos processuais e das condições da ação (incs. IV e VI) de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nesse pensamento, LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA³⁷¹ ensina:

Fornecer notícias e informações ao magistrado, de modo informal, com rapidez e simplicidade, fortalecendo a oralidade, é tarefa de um direito progressista, em sentido oposto ao agonizante sistema processual vigente, que está bem longe de instrumentalizar os anseios de uma sociedade em contínua evolução.

³⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 447-448.

³⁷¹ *A Exceção de Pré-Executividade*, artigo publicado na Revista de Processo, nº 55, SP, Ed. RT, 1989, pp. 62-69, *apud* PAULO, José Isnaldo Alves, *op. cit.*, p. 174.

Disso decorre que o devedor ou interessado provoca a tutela jurisdicional, quando ausentes os requisitos formais do processo ou as condições da ação.

Exemplificadamente e definindo, requisitos processuais ou pressupostos processuais são:

- a) *jurisdição* = função típica do Estado/Juiz, a quem é pedida a tutela e sem a qual não pode haver relação processual. Para que exista processo deve haver jurisdição, impondo-se que se declare a sua existência ou a sua inexistência jurídica;
- b) *sujeito de direito* = havendo jurisdição, deve haver o sujeito titular de direito ou interesse, que, ofendido, dirija-se ao órgão judicial, a reclamá-lo;
- c) *demanda* = a demanda proposta pelo sujeito e contra outro sujeito (ativo e passivo), como partes, inicia-se com uma petição inicial formatada de acordo com regras de procedimento, como disciplinado no CPC, sob pena de nulidade;
- d) *citação* = a citação é o meio processual pelo qual o demandado é chamado a integrar a lide e oferecer defesa, se quiser. Essa citação deve ser válida, obedecidas as formalidades legais. Ainda, a citação deve existir; isso porque “é possível, também, em execução de sentença, arguir-se a inexistência do processo de conhecimento por falta de citação, utilizando, para tanto, a Exceção de Pré-Executividade”, como leciona ARRUDA ALVIM;³⁷²
- e) *capacidade postulatória* = a parte deverá ser representada em juízo através de advogado habilitado, o que se constitui mesmo em requisito e não pressuposto. Mas que, sem advogado, ninguém poderá estar em juízo, exceção no caso de estar nos Juizados Especiais, a teor da lei especial, a postular direitos.

³⁷² *Manual de Direito Processual*, Saraiva/SP, 5ª ed., vol. 2, p. 250., *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 79.

De relevante, é que os sujeitos do direito e da obrigação estejam bem representados (por advogado habilitado), a se colocarem devidamente – pela petição inicial apta e pela citação válida – no processo perante o juiz (ou juízo) competente (= limite da jurisdição) e imparcial.

Para postular em juízo, impõe-se que os sujeitos tenham capacidade processual, assim ditando o art. 7º do CPC: “Toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.”

Quando a parte não tiver capacidade de estar em juízo por si, deve o juiz chamá-la por citação ou através de representante legal: pais, tutores, curadores, etc.

ARRUDA ALVIM³⁷³ define capacidade processual como “a aptidão abstrata para agir no processo, reconhecida pela ordem jurídica; é atributo ou qualificação imanente a alguém, e, pois, é uma idéia não transitiva.”

Outros fatos – figuras jurídicas – constituem-se em pressupostos processuais. São os fatos negativos que, invocados em petição e, de logo, demonstrados, encerram o processo, senão vejamos:

- f) Trata-se da *coisa julgada* definida no art. 301, § 3º, do CPC que diz: há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso, consistindo no efeito da sentença irrecorrível. Há quem afirme tratar-se de condição da ação o fato da coisa julgada. Como aceito, tratar-se de pressupostos processuais, ocorre a coisa julgada – formal e material – no processo de execução, quando do julgamento dos embargos do devedor, v.g. ao ser decretada a prescrição do direito de ação.

³⁷³ *Tratado de Direito Processual Civil*: vol. I, p. 330, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 87.

- g) *litispendência* = A execução constitui uma relação processual entre o devedor e o credor, com base em um título judicial. A litispendência pode, também, se dar nos processos de conhecimento ou cautelar. Nesse sentido, diz o art. 301, § 3º do CPC: “Há litispendência quando se repete ação que está em curso.”

Assim, se forem ajuizadas duas ações executivas com base em um único título, ocorre litispendência. Uma lide está pendente sobre a outra e, portanto, uma (a segunda) é nula, ou seja, os atos praticados nesta são nulos e, com isso, a execução dispensa a garantia do juízo e a apresentação dos embargos, bastando uma simples petição com a prova do fato, denominável Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade.

É comum, ressalte-se, a ocorrência de litispendência - ações em duplicata - na execução comum, voluntariamente ou não; no processo fiscal, por culpa da Fazenda Pública exequente, a ocorrência não é incomum, o que verificável nos foros judiciais.

- h) *perempção* = perempção, diz FREDERICO MARQUES³⁷⁴, é instituto inserido na classificação de pressupostos processuais negativos, o que se constitui, como matéria processual, na perda do direito de ação se o autor, ou exequente der, por três vezes, causa à extinção do processo; pelo mesmo motivo, quando extingue-se o processo sem julgamento do mérito, quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta dias), na inteligência do art. 267, III, do Código de Processo Civil.

Contudo, ressalte-se que, na hipótese, o credor permanece como titular do seu direito material que poderá ser alegado como defesa, nos termos do art. 268 do Código de Processo Civil. Isto é, a perempção provoca a perda do direito de agir. Todavia, o

credor pode, também e ainda, compensar esse direito de crédito com outro que lhe for cobrado.

Presente essa situação, por simples petição – sem embargos e sem segurança do juízo – o devedor poderá oferecer Exceção de Pré-Executividade na própria execução, oportunizado ao juiz conhecer da questão.

- i) *compromisso arbitral*. Como instituto de direito, é instrumento a serviço das partes para decidir conflitos. São os árbitros, ou árbitro, que dirimem o litígio em convenção (ou acordo) judicial ou extrajudicial, independentemente, quantos aos seus efeitos, de homologação judicial. Trata-se de um mecanismo utilizável em favor das pessoas que buscam a solução de questões fora do judiciário, uma vez mais prático e mais célere. É criação da Lei 9.307, de 23/09/96 que faz constituir título de crédito executivo (art. 31) a sentença arbitral executável como base da ação executiva.

Nessa hipótese, com amparo no inc. IV, § 3º do art. 267, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, verificado, p. ex., que a execução tem por base um título originado de sentença arbitral estrangeira, faltante requisito para que aqui produza efeito; v.g., ainda, no caso de compromisso arbitral decorrente de contrato de exportação, com cláusula de exclusão da jurisdição estatal, o que, neste caso, implica em impossibilidade jurídica do pedido.

Embora o demandado – no processo de conhecimento – deva alegar convenção ou arbitragem antes de discutir o mérito, a teor do inc. IX do art. 301 do CPC, com a redação que lhe dá a Lei nº 9.307/96, referida também no processo de execução, cabe ao executado arguir a questão em Exceção de Pré-Executividade, uma vez tratar-se de

³⁷⁴ Ob. cit., vol. 2, p. 129, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, p. 91.

pressuposto processual. Segundo LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA³⁷⁵, “a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo judicial ou extrajudicial, devem ser suscitados através da Exceção de Pré-Executividade, antes mesmo ou após a citação do executado.”

Assim, verificável que a matéria em comento, tratando-se de ausência de requisitos da execução, é matéria que deve o juiz conhecer *ex officio* e é, portanto, argüível em incidente de Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, incorrendo tal conhecimento.

Dissertado sobre os pressupostos processuais, como requisito de desenvolvimento válido do processo, as condições da ação são igualmente requisitos que, faltantes na execução – civil ou fiscal –, autorizam, de ofício ou provocado – mediante Exceção de Pré-Executividade – a extinção do processo, pelo juízo da execução.

Desse modo julgou o Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ.³⁷⁶:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE. “Quando se suscitar questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação.”

A ação, lembrando mais, é um direito público subjetivo constitucional de provocação da tutela jurisdicional. As teorias processuais científicas várias falam em que a ação dirige-se contra o réu; outras que a ação se dirige contra o Estado; ação como direito potestativo; ação como direito abstrato; outros dizem ser a ação direito concreto, etc. Em síntese, de tudo exposto, colhe-se que a ação é direito de provocar a tutela da jurisdição, consagrando a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

³⁷⁵ A Exceção de Pré-Executividade, Revista de Processo, nº 55, p. 70, *apud* ROSA, Marcos Valls Feu,

Condições da ação são requisitos que, como os pressupostos processuais, quando ausentes, impõem igualmente a extinção do processo. São elas *interesse de agir*, *legitimidade para agir* (art. 3º do CPC); e *possibilidade jurídica do pedido* (art. 267, VI, do mesmo estatuto). Alguns autores negam a existência de condições da ação na execução, como requisito, e ARAKEN DE ASSIS³⁷⁷ critica, com veemência, os defensores da sua existência. Sustenta ele que: “O acesso à tutela jurisdicional, pelo cidadão, ignora limites e rejeita restrições apriorísticas. Considera-se proposta a ação tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara, assim rezando o art. 263, do CPC.”

Por outro lado, CÂNDIDO DINAMARCO³⁷⁸, dentre muitos outros publicistas, advoga a existência das condições da ação no processo executório. Ao defender as condições da ação na ação de execução, está-se, conforme consagra a norma processual, considerando a aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento ao processo de execução e, serem, as normas do processo civil, regras subsidiárias da execução judicial fiscal.

Para ALBERTO CAMIÑA MOREIRA³⁷⁹ “as condições da ação filtram para a apreciação do mérito, devendo ser apreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, como matéria de ordem pública que são. Parte da doutrina, entretanto, afirma que o exame das condições da ação deve ser feito *in statu assertionis*.”

As condições da ação, como requisito para o exercício da execução e como instituto processual, coloca-se entre o processo e a relação material, uma vez que susta o andamento inútil e prejudicial da relação processual.

Assim, pode-se defini-las, auxiliado pela melhor doutrina publicada:

op. cit., p. 59.

³⁷⁶ STJ. 3ª T., no REsp. 146.923 – SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.05.01, DJU, 18.06.01, p. 146.

³⁷⁷ *Op. cit.*, p. 100. Nessa linha de argumento, prossegue ele: “A ação executória é abstrata e incondicionada, comportando exercício sem o brutal cárcere de qualquer ‘condição.’”

³⁷⁸ *Op. cit.*, p. 257.

³⁷⁹ *Op. cit.*, p. 97.

1 – LEGITIMIDADE PARA AGIR. Trata-se da legitimidade *ad causam*, que para ALFREDO BUZAID³⁸⁰ “é a pertinência subjetiva da ação, a titularidade na pessoa que propõe a demanda”; e que para DONALDO ARMELIN³⁸¹, “legitimidade *ad causam* é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico”, ambos referidos por CAMIÑA³⁸². Como exemplos, podem oferecer Exceção de Pré-Executividade, como parte legítima *ad causam*: o executado cujo nome não está no título; o sucessor na execução fiscal por multa, por devida esta pelo sucedido; o mandatário executado como responsável tributário; o fiador, uma vez que não participou da declaração de locatário e, como tal, a declaração não se constitui em título executivo a fomentar uma ação executiva contra ele.

Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo, TJSP³⁸³, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, TJRJ³⁸⁴, decidiram, igualmente:

2 – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE EMPRESA SUCESSORA. “Desnecessidade de que seu nome conste da Certidão da Dívida Ativa; entretanto, é bastante tranqüila a jurisprudência no sentido de admitir a execução fiscal contra co-responsável tributário sem que o nome deste esteja incluído no título executivo, que é a Certidão da Dívida Ativa.”

3 – FALTA DE INTERESSE DE AGIR. A ação – direito subjetivo que é – tem por escopo a tutela jurisdicional, *pretendendo o autor* a recuperação de um direito material ou moral violado ou ameaçado de violação por alguém. A pretensão visa a afastar a violação ou ameaça contra o *interesse* que incide sobre um bem, sob domínio ou posse do interessado.

³⁸⁰ *Do Agravo de Petição no sistema do Código de Processo Civil*, p. 89, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 99.

³⁸¹ *Crf. op. cit.*, p. 11. “Em sentido contrário, Cernelutti, que define a capacidade como uma qualidade e a legitimidade como uma posição”, *cfr.* Sistema de Derecho Procesal Civil, t. I, II, III, p. 161, *apud* MOREIRA, Camiña, *op. cit.*, p. 99.

³⁸² *Idem, idem*, p. 99.

³⁸³ RTJ., 98:733, (*in* Theotônio Negrão, *op. cit.*, nota 700, art. 4º da Lei 6.830/80), *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, p. 101.

³⁸⁴ TJRJ., 4ª Cam. Cív., BJA., nº 70.513, 1980, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, p. 101.

Para ARRUDA ALVIM³⁸⁵, trata-se o interesse de agir como:

O interesse substancial. É aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, pois, projetado que é pelo sujeito, incide diretamente sobre o bem, o qual é, no caso, o objeto mesmo desse interesse. Assim, por exemplo, o interesse do proprietário pela coisa de que tem o domínio é utilizar-se de todas as faculdades inerentes à propriedade; o do credor, tendo em vista o seu crédito, é de recebê-lo. Se o primeiro (*o dominus*) puder fruir a coisa, alugá-la, dá-la em usufruto, etc., não há que se cogitar de processo; se o credor receber o seu crédito, identicamente, não há que pensar em processo.

Dizem os doutrinadores tratar-se de interesse substancial, de índole primária, porque o interesse é matéria do direito: v.g., interesse de uso, gozo e fruição no direito de propriedade. Outro *interesse*, interesse processual, dito interesse secundário, surge quando aparece um obstáculo entre o titular do direito – da pretensão – e o direito, impedindo o gozo ou satisfação desse direito.

A palavra interesse deriva do latim: *inter* - *esse* = estar entre. De conclusão, significa que o interesse está entre o titular do direito e o direito.

O interesse de agir é *conditio sine qua non* ao lado da legitimidade e da possibilidade jurídica do pedido (arts. 3º e 267, VI do CPC), para a efetiva e regular propositura da ação – civil ou fiscal -, sob pena de extinção do processo. O interesse substancial pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e a satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado.

Várias hipóteses comportam e admitem a Exceção de Pré-Executividade na execução civil e na execução fiscal, como exemplificado:

- a) quando se suscitar questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação.³⁸⁶

³⁸⁵ *Op. cit.*, vol. 1, pp. 383-384, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña, pp. 104-105.

- b) ocorrendo a inexigibilidade do título, inclusive quando a execução esteja aparelhada com contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, eis que tal documento não é título executivo a teor da Súmula 233 do STJ.³⁸⁷
- c) quando se suscitar a falta de rigidez do título executivo³⁸⁸;
- d) quando ocorrer a falta de citação, eis que se trata de nulidade absoluta que pode ser suscitada pelo executado em qualquer momento ou grau de jurisdição, nos termos do art. 267, IV e § 3º do CPC. Recurso conhecido e provido.³⁸⁹
- e) para exame da liquidez, certeza e exigibilidade do título.³⁹⁰
- f) em face da inexequibilidade da duplicata não aceita, desacompanhada de documento hábil probatório da entrega e recebimento da mercadoria.³⁹¹
- g) na hipótese de nota promissória vinculada a contrato que é desprovida de liquidez e certeza, não constituindo título executivo.³⁹²
- h) quando extinta a obrigação dos devedores para com o débito, por não estar presente o requisito de exigibilidade do título executivo judicial.³⁹³
- i) para alegação de prescrição do título, eis que a sua ocorrência pode ser alertada em sede de incidente de Pré-Executividade, declarada pelo juiz, culminando com a extinção do feito, sendo pois, tal exceção, idônea para desconstituir a execução no que tange aos seus requisitos formais.³⁹⁴
- j) na hipótese de letra de câmbio sem aceite, eis que flagrante a ausência dos requisitos legais para a execução de tal título nessa condição.³⁹⁵
- l) quando instaurada a execução antes de verificada a condição ou decorrido o termo.³⁹⁶

³⁸⁶ STJ. 3ª Turma, REsp. 146.923 – SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.5.01, DJU 18.06.01, p. 146.

³⁸⁷ STJ. 4ª Turma, AGA 292.036 – SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.03.01, DJU 4.6.01, p. 160.

³⁸⁸ STJ. 4ª Turma, AGA 197.577 – GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.3.00, DJU 05.06.00, p. 167.

³⁸⁹ STJ. 4ª Turma, REsp. 218.743, Rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. 25.10.99, DJU 17.12.99, p. 22.

³⁹⁰ STJ. 4ª Turma, REsp. 157.018 – RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 17.9.98, DJU 12.04.99, p. 158.

³⁹¹ Ac. 1ª Câm. Civ. do TJGO, no AI 23.959.1/180, j. 07.08.01, DJGO 04.09.01, p. 6.

³⁹² Ac. 1ª Câm. Civ. do TJGO, no AI 22.626.1/180, j. 15.05.01, DJGO 21.06.01, p. 5.

³⁹³ Ac. 2ª Câm. Civ. do TJGO, na Ap. Civ. 56.492.2/188, j. 29.05.01, DJGO 22.06.01, p. 19.

³⁹⁴ Ac. 4ª Câm. Civ. do TJGO, na Ap. Civ. 56.767.8/188, j. 15.02.01, DJGO 08.03.01, p. 5.

³⁹⁵ Ac. 1ª Câm. Civ. do TJGO, na Ap. Civ. 53.389.0/188, j. 08.08.00, DJGO 12.09.00, p. 11.

³⁹⁶ Ac. 1ª Câm. Civ. do TJGO, no AI 18.086.8/180, j. 01.02.00, DJGO 23.02.00, p. 13.

- m) para apreciação da ausência de notificação premonitória para constituir validamente o devedor em mora.³⁹⁷
- n) no caso de nulidade absoluta do título exequendo.³⁹⁸
- o) no caso de ilegitimidade passiva *ad causam*.³⁹⁹
- p) quando a parte desobedecer ao comando da sentença que determinou a liquidação por arbitramento, procedendo à execução mediante mero demonstrativo com o cálculo unilateral extrajudicial.⁴⁰⁰
- q) na hipótese de aval prestado por mandatário sem poderes, sendo cabível a exceção de Pré-Executividade para exclusão do co-devedor.⁴⁰¹
- r) para discussão de impenhorabilidade do bem de família, que é matéria de ordem pública.⁴⁰²
- s) para declarar a inexistência de título líquido, certo e exigível para fundamentar pretensão executória de pagar quantia certa, se esta foi transformada de obrigação de fazer, como também reconhecer a nulidade do processo executório.⁴⁰³
- t) para análise dos aspectos formais do título exequendo.⁴⁰⁴
- u) quando estiver comprovado que a cédula de crédito comercial apenas operou como crédito rotativo, sem ter o seu valor creditado na conta corrente do devedor.⁴⁰⁵
- v) na hipótese de nota promissória sem o nome do beneficiário.⁴⁰⁶
- w) quando a nota promissória tiver sido emitida por mandatário sem poderes expressos no instrumento de mandato.⁴⁰⁷

³⁹⁷ Ac. 1ª Câm. Civ. do TAMG, no AI 16.104.0/180, j. 06.04.99, DJGO 19.05.99, p. 10.

³⁹⁸ Ac. 7ª Câm. Civ. do TAMG, no AI 311.460.9, j. 17.12.00.

³⁹⁹ Ac. 1ª Câm. Civ. do TJRS, no AI 70001045699, j. 08.11.00 e Ac. 3ª Câm. Civ. do TJES, na Remessa *ex officio* 050999000123, j. 21.12.99, Dos Fiadores (RT 786/350), “Inclusive no caso de fiança assinada por marido sem a outorga uxória, dada a impossibilidade de permanecer válida a fiança em relação ao marido.” – Ac. 3ª Câm. Civ. do TJES, no AI 024009004417, j. 15.05.01.

⁴⁰⁰ RJTAMG 76-77.93.

⁴⁰¹ Ac. 2ª Turma Civil do TJMS, no AI 1000.069877.5, j. 08.08.00.

⁴⁰² Ac. 6ª Câm. Civ. do 1º TACivSP, no AI 862.378.5, j. 15.06.99, RT 774-274.

⁴⁰³ Ac. 5ª Câm. Civ. do 2º TACivSP, no AI 536.418.00-7, j. 02.09.98, RT 760-305.

⁴⁰⁴ Ac. 3ª Turma do STJ., no AGA 320.348.SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 07.08.01, DJU 10.09.01, p. 386.

⁴⁰⁵ Ac. 7ª Câm. Civ. do TJRS, na Ap. Civ., 70000543512, j. 13.06.00.

⁴⁰⁶ Ac. 3ª Turma do STJ., no REsp. 220.631.MT, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.03.01, DJU 30.04.01, p. 131.

⁴⁰⁷ TJRS . 17ª Câm. Civ. do TJRS, na Ap. Civ. 197242175, j. 1.12.98.

6. DAS DECISÕES JUDICIAIS APÓS A ARGÜIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE

Quando a exeqüente ajuíza a ação executiva e quando o executado opõe-se a ela, através dos embargos do devedor, seguro o juízo pela penhora, deduzem eles uma pretensão. Também, quando o devedor, citado regularmente, oferece resistência à pretensão executória, por meio da Exceção de Pré-Executividade, deduz ele uma pretensão. Nesse caso, o devedor instaura um incidente, clamando por uma providência judicial que não pode ser negada.

A Exceção de Pré-Executividade caracteriza-se como incidente processual. Visa à extinção do processo, por falta de requisitos para a instauração da execução ou do processo executório. O incidente será instaurado pelo devedor fiscal ou comum executado ou por terceiro interessado. Intimada a parte contrária para falar sobre a exceção, o juiz deverá decidir sobre o incidente. Ou acolhe a exceção suscitada, decidindo pela extinção do processo com uma sentença terminativa ou a rejeita. No primeiro caso comporta uma sentença de mérito, cabível o recurso voluntário (art. 513 do CPC) e obrigatório (art. 475, II, do CPC); e, se rejeitada a pretensão do reclamante, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, consoante dispõem os arts. 522 à 529, todos do CPC. Da decisão do tribunal, terá a parte todos os recursos previstos no CPC, fato que poderá levar a matéria a ser decidida pelo STJ.⁴⁰⁸

Recepcionada a Exceção de Pré-Executividade em face dos argumentos jurídicos colhidos pela jurisprudência e pela doutrina, segue-se uma sentença extintiva do processo, cuja decisão comporta o recurso de agravo (art. 522 e ss., do CPC)⁴⁰⁹,

⁴⁰⁸ COSER, José Reinaldo, *Da Exceção de Pré-Executividade e dos Títulos Executivos - Doutrina, Jurisprudência e Prática* -: Servanda/Campinas/SP, 2003, pp. 352-353.

⁴⁰⁹ Cf. art. 522 do CPC: “Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento. § 1º: Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal. § 2º: Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será

porque contra a Fazenda Pública, impõe-se, *ex vi legis*, o recurso obrigatório necessário (art. 475, II do CPC)⁴¹⁰; se acolhida a Exceção de Pré-Executividade, da decisão cabe agravo, no prazo de dez dias, a teor do art. 522⁴¹¹ e ss. do estatuto processual, condenado, ainda, o (a) credor(a)/exequente ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes em observância ao art. 20⁴¹², §§ 3º e 4º do CPC.

Sobre isso, ARAKEN DE ASSIS⁴¹³ ensina que “no caso de extinção, o juiz condenará ao credor nas despesas e em honorários, observados, em relação à última verba, a diretriz do art. 20, § 4º.” De igual modo, decidiu o Col. STJ.⁴¹⁴

Resumidamente, tem-se que, no caso de acolhimento do incidente de Exceção de Pré-Executividade oposto, ocorrerá a extinção do processo de execução no seu nascedouro, antes de qualquer gravame sobre os bens do devedor e do oferecimento de embargos. A extinção dar-se-á em sentença terminativa, nos moldes do art. 267, IV e VI do CPC.

Apesar de rejeitada a exceção, ao devedor afigurar-se-á lícito alegar a matéria, outra vez, nos embargos. É que, em caso de rejeição, só ocorrerá preclusão, fenômeno interno ao processo executivo, jamais a eficácia de

este processado na conformidade dos artigos seguintes”. Da jurisprudência – Exceção de Pré-Executividade rejeitada – Decisão mantida – Agravo de Instrumento improvido. TJRS – AGI 70000076166 . 11ª Cív. – Rel. Des. Juiz Manoel Velocino Pereira Dutra – j. 07.06.2000; Exceção de Pré-Executividade – Recurso cabível contra a decisão que a julga: “Tratando-se a exceção de pré-executividade, de incidente processual, a decisão que a julga desafia recurso de agravo de instrumento.” TJRS – AGI 70001119874 – 5ª Cív., Rel. Des. Juiz Marco Aurélio dos Santos Caminha – j. 29.06.2000.

⁴¹⁰ Cf. art. 475, do CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: II – proferida contra a União, o Estado e o Município.”

⁴¹¹ Cf. art. 522 do CPC: “Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento. § 1º: Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal. § 2º: Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.”

⁴¹² Cf. art. 20 do CPC: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 4º: Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.”

⁴¹³ *Op. cit.*, p. 526.

⁴¹⁴ STJ., 2ª T.: “Embora não apresentados embargos à execução, limitando-se o executado a peticionar, nos autos da execução, denunciando vício formal do título são os honorários devidos.” ROMS 9.980.SP, 23.02.99, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 05.04.99, p. 100.

coisa julgada (art. 467), inexistente, sob qualquer circunstância, nos domínios executivos.⁴¹⁵

Por fim, nesse caso, a execução prosseguirá até o final, com a entrega, ao credor, da tutela executória pretendida, e, em consequência, do direito reclamado.

CAPÍTULO V

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A função jurisdicional do Estado é exercida pelo Poder Judiciário em face do princípio da tripartição dos poderes, consagrada na CR/88, como recepcionado pela teoria originada das idéias iluministas e materializada pela revolução francesa de 1789. Enfim, o Estado, no exercício da atividade jurisdicional, tem a função específica de dizer ou proclamar o direito, ou seja, a função jurisdicional do Estado de compor as lides e solucionar os conflitos de interesses concretos ocorrentes em busca da paz social, através da norma jurídica, instrumento de controle social.⁴¹⁶ Ao poder legislativo é atribuída a função específica de legislar (elaborar leis); e ao poder executivo a função específica de executar ou administrar a coisa pública. Ainda, com em relação aos dois outros poderes, o judiciário também exerce outras funções, chamadas funções atípicas, o que ocorre quando administra, deferindo ou negando pedido de férias ou licença de seus membros ou funcionários; e legisla, no momento em que elabora e publica normas

⁴¹⁵ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 527.

⁴¹⁶ SALDANHA, Nelson, *Sociedade e Constituição*, para quem “o Direito, agora, aparece como técnica social, como engenharia social”, *apud* DANTAS, Ivo, *Constituição Federal – teoria e prática* –, vol. I:

regimentais, a teor do art. 96, I da *Carta Magna* de 1988. A função típica do poder judiciário é julgar e decidir os conflitos que lhe são apresentados pelos jurisdicionados. Atos típicos do Poder Judiciário são as sentenças e acórdãos proferidos pelos juízes e tribunais, como atos decisórios finais, no processo judicial, em suas várias espécies.

Antes das revoluções do século XVIII, o Estado detinha o poder absoluto de julgar, legislar e administrar, quando representado pelo rei ou imperador. Com a revolução francesa de 14 de julho de 1789 (e queda da Bastilha), o poder foi tripartido –, instituindo-se os poderes legislativo, executivo e judiciário. Com o desenvolvimento e recepção da teoria da tripartição dos poderes no mundo ocidental, a função jurisdicional do Estado foi cada vez mais exercitada para dirimir os conflitos concretamente ocorrentes, vedada a autotutela, ou seja, a faculdade de defesa de direitos e interesses violados pelo próprio indivíduo.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴¹⁷ leciona, nesse sentido, que:

Os órgãos do poder judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama ‘função jurisdicional’ ou simplesmente ‘jurisdição’, que se realiza por meio de um ‘processo judicial’, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Os conflitos de interesses, a exigirem a intervenção estatal através do poder judiciário, que exerce a função jurisdicional, são vários e complexos. São questões ou conflitos (de interesses ou de direitos materiais) de ordem penal, civil, trabalhista, comercial, etc., a reclamarem uma estrutura aparelhada para melhor resolver essas questões, segundo as leis processuais e de organização judiciária que compõem o ordenamento jurídico, tendo os processos por elas regulados, como instrumental.

Renovar/RJ, 1994, p. 10. Nesse sentido, acrescenta o mestre: “Este aspecto é bastante atual, quando se discute a nova constituição brasileira de 1988, em vários aspectos.”

⁴¹⁷ *Op. cit.*, 10ª ed., 1995, p. 523.

O magistério de ARRUDA ALVIM⁴¹⁸ é nessa linha e assim bem explica, dizendo “podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo poder judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida, mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.”

Proibido que os titulares de interesses ou direitos em conflito busquem, por si só, a solução da lide, senão em face da lei (arts. 23/25 do CP, legítima defesa; e 499 e ss. do CC, reintegração e manutenção possessória). E, quando declarado o direito em favor de um litigante e contra outro na sentença, se a decisão não é cumprida de forma espontânea e automática, devem as partes obedecer ao seu comando, posto que expressa ela a vontade da lei. E não atender as partes, o que decidiu o poder judiciário no exercício da sua função jurisdicional, constitui uma afronta que impõe uma segunda atividade. Trata-se da execução da sentença para que a tutela jurisdicional seja completa, proclamando, assim, REIS FRIEDE⁴¹⁹: “À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez em que seu cumprimento não se dê sem resistência.”

A função jurisdicional, no seu exercício, tem no processo – conjunto de atos sistematizados que se conclui com uma sentença – o seu instrumento.

Portanto, é no processo de execução fiscal que a jurisdição decidirá o conflito entre a Fazenda Pública e o contribuinte em face de matéria tributária, uma vez vedada a autotutela. A administração tributária forma o seu título de crédito através da inscrição da dívida ativa (CDA), correspondente ao débito lançado por homologação ou declaração e não pago, administrativamente. Constituído em título de crédito da Fazenda Pública que irá aparelhar a cobrança judicial, através da ação executiva fiscal,

⁴¹⁸ *Curso de Direito Processual Civil*: Revista dos Tribunais/SP, vol. I, p.149. Ainda, a explicar mais, leciona o mesmo autor: “Evidentemente, tem-se que distinguir a atividade jurisdicional da administrativa e da legislativa. As duas últimas, especialmente a administrativa, consistem em atuação em conformidade com a lei, mas são nitidamente diversas da atividade jurisdicional, pois esta é atividade secundária ou substitutiva, ao passo que a administrativa é primária.”

⁴¹⁹ *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*, Forense/RJ, 1999, p. 235.

regulada pela lei 6.830/80. Tendo esta a finalidade maior de acelerar e garantir mais a execução fiscal que antes era disciplinada pelo Código de Processo Civil de 1973, como obedecido o procedimento de execução comum, afasta-se a idéia de autotutela. Com a prática da constituição administrativa do seu crédito pela Fazenda, a análise e revisão daquele ato, quando contestado pelo devedor ou interessado, dar-se-á no processo de embargos à execução, em conformidade com o art. 16, § 2º da lei especial de execução referida.

A doutrina e a jurisprudência têm dado maior relevância ao interesse do credor, no processo executivo, considerando a função teleológica da execução judicial. Contudo, vê-se hoje, em face da nova ordem constitucional (art. 5º, da CF) e reforma processual (art. 620 do CPC), uma tendência maior de entendimentos em favor do devedor comum e do devedor tributário que, neste caso, contrapõe-se às prerrogativas concedidas em lei, à Fazenda Pública.

Em face da norma processual, a tradição pontua a defesa do devedor através dos embargos à execução, como única forma de resistência à pretensão executória que se dá pelo devedor comum e pelo devedor tributário nos termos do Código de Processo Civil e da Lei das Execuções Fiscais, constituindo-se em previsão legal e expressa de defesa do executado.

Todavia, JAMES MARINS⁴²⁰ assinala que ao lado dessa previsão expressa, “admite-se, ainda que com reservas, também a Exceção de Pré-Executividade como meio hábil de defesa do contribuinte.”

O entendimento é que a ação de execução fiscal é o direito da Fazenda Pública credora de provocar a tutela jurisdicional executória, dirigindo-se ao Estado-juiz. Assim

⁴²⁰ *Op. cit.*, p. 562. Para o mestre, que defende a Exceção de Pré-Executividade, como meio hábil de defesa do executado, em seguida levanta a questão, que é o núcleo das discussões teóricas, dizendo ele *in verbis* à p. 563: “Em se tratando de Exceção de Pré-Executividade, nas execuções fiscais, a questão primordial é a possibilidade, ou não, de se adotar procedimento de defesa do executado, sequer previsto em lei, em detrimento da previsão expressa contida na lei de execução fiscal, que se admite, como defesa, os embargos à execução.”

já foi dito antes e, também, que a ação judicial é um direito público subjetivo da pessoa física e da pessoa jurídica. Ora, se o Estado tem o direito de executar sua dívida através da ação executiva, como uma pessoa comum (de direito privado) e contra uma pessoa comum (particular) que se defende através dos Embargos do Devedor ou da Exceção de Pré-Executividade, oferecendo ampla defesa, assim também o devedor contribuinte deve defender-se. Considera-se que o direito de ampla defesa (direito subjetivo = *facultas agendi*) como princípio constitucional, e o direito material (direito objetivo = *norma agendi*), como instrumento de justiça, estão acima da lei específica (ordinária). Também, considera-se: se ausentes no processo de execução, os requisitos exigidos, legalmente, para que se forme a relação jurídico-processual executória – pressupostos processuais e condições da ação – comportável, em consequência, incidental e excepcionalmente, a Exceção de Pré-Executividade. Nesse sentido decidiu o STJ.⁴²¹

Considere-se, ainda, *ad argumentadum*, que a execução fiscal, contra o devedor tributário, tem por base um título executivo específico –a dívida ativa– corporificada na certidão e que, por presunção legal, está dotado de liquidez e certeza, a teor do art. 3º da Lei especial de Execução Fiscal que, igualmente, rege o procedimento executório, combinada esta, subsidiariamente, com disposições do Código de Processo Civil. Essa execução não pode estar eivada de nulidades a partir do seu nascedouro, a reclamar uma oposição ou objeção do devedor, antes ou depois de instaurada a relação processual? E, estando nulo, prescrito ou pago o título, comprovadamente, por exemplo; ou sendo ilegítima a parte, exeqüente ou executada? Sim, impõe-se a resistência à pretensão executória, independentemente de maiores questionamentos, porque visível o direito do arguente, pelas vias da exceção ou oposição.

E, ainda, tratando-se de questões de direito e de fato provados, a alegação, por meio da exceção ou objeção, dar-se-á em qualquer tempo e instância judicial. Assim

⁴²¹ Nesse sentido, AC. STJ., 2ª T., ROMS 9980/SP, v.u. STJ., 3ª T., REsp. 187195/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 09.03.1999, DJU 26.06.1999: Ementa – Execução. Falta de liquidez. Nulidade (Pré-Executividade) 1 – “Admite-se a exceção, de maneira que é lícito argüir de nula a execução, por simples petição. A saber, pode a parte alegar a nulidade, independentemente de embargos, por exemplo, ‘admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do título a viabilizar o processo de execução.’”

proclamam a jurisprudência e a doutrina. Nesse sentido é como leciona EDUARDO ARRUDA ALVIM⁴²², *verbis*: “O oferecimento da exceção de pré-executividade não fica sujeito a prazo, seja em relação às matérias cognoscíveis de ofício, que são alegáveis a qualquer tempo, sobre elas não se operando a preclusão, seja mesmo em relação à prescrição, que pode ser alegada a qualquer tempo a teor do art. 162 do CC.”

Portanto, a arguição do devedor, proposta a Exceção ou Objeção, não se cinge ao prazo de 24 horas do art. 652, como defendeu PONTES DE MIRANDA⁴²³ ao dizer: “O que é declarável de ofício ou decretável de ofício é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora.” Nesse sentido, GALENO DE LACERDA⁴²⁴ contraria o mestre de quem é seguidor, dizendo em parecer que “o tema é infenso à preclusão, cabendo arguí-lo em qualquer tempo no curso do processo.” Fica demonstrado assim que a exceção não se vincula ao prazo dos embargos à execução. Nesse sentido, também decidiu o STJ.⁴²⁵, *verbis*: “A exceção, formulada nos autos da execução, não depende do prazo fixado para os embargos do devedor.”

Com efeito, aquelas características de certeza e liquidez, como presuntivas, podem ser elididas pelo devedor quando chamado para pagar ou dar bens à penhora e, mesmo antes da citação, por meio de Exceção de Pré-Executividade, em vez de oferecer embargos à execução, garantido o juízo. Sobre isso LENICE SILVEIRA MOREIRA⁴²⁶ esclarece: “A presunção de certeza e de liquidez de que goza a dívida ativa é relativa e pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite; essa presunção é, porém, ‘*juris tantum*’, isto é, a que resulta do próprio direito, ou pertence a este.”

⁴²² *Op. cit.*, p. 246.

⁴²³ *Op. cit.*, vol. IV, p. 134.

⁴²⁴ *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*, p. 165, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.* p. 522.

⁴²⁵ STJ., 4ª T., REsp. 220.100 – RJ, 02.09.99, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 25.10.99, p. 93.

⁴²⁶ *Op. cit.*, p. 111.

HUGO DE BRITO MACHADO⁴²⁷, que admite e proclama a Exceção de Pré-Executividade como defesa do executado, argumenta, como a justificar o direito do demandado, em face do princípio constitucional da ampla defesa:

Não se questiona a possibilidade de arguição da ausência dos pressupostos processuais, e das condições da ação de execução pressupostos específicos, cuja ausência pode ser alegada como matéria de defesa na execução fiscal. Aliás, não será razoável afastar-se qualquer espécie de defesa, posto que a ampla defesa constitui garantia constitucional; o que se questiona é a norma processual em que a defesa do executado há de ser exercitada, e se esta é possível sem a garantia do juízo.

LEONARDO GRECO⁴²⁸, do mesmo modo, diz poder-se questionar a presunção de legitimidade dos títulos executivos fiscais, dizendo:

Vistos os títulos executivos sob este prisma, como uma garantia de proteção da liberdade humana contra o arbítrio da autoridade, pode ser questionada a legitimidade constitucional daquelas espécies de títulos executivos constituídos unilateralmente pelo credor, que violando a paridade de armas, o colocam em posição de vantagem no acesso à tutela jurisdicional, sujeitando o devedor a atos coativos sobre seu patrimônio sem o devido processo de conhecimento anterior em que tenha sido apurada a dívida, sob regular contraditório, a existência do crédito, ou sem prévia confissão da dívida e a espontânea aceitação da força executiva do documento representativo do crédito.

De tudo, deve-se concluir que, em face da tradição, só se admitem os embargos do devedor. Mas, repetindo, e em razão das novas orientações jurídico-doutrinárias e jurisprudenciais, entendimentos estes esteados em princípios constitucionais, não só os embargos são o único instrumento de defesa do executado. A Exceção de Pré-Executividade, como possibilidade real de defesa do executado, é de se admitir na execução fiscal como na execução civil. O que se busca também, e como objetivo primordial, é evitar uma execução fiscal indevida contra o contribuinte ou responsável

⁴²⁷ *Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal*: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 22, 1977, p. 18.

⁴²⁸ *Exceção de Pré-Executividade na Execução Fiscal*, in Problemas de Processo Judicial Tributário (Coord. Valdir de Oliveira Rocha), Dialética /SP, 2000, 4º vol., p. 168, *apud* MARINS, James, *op. cit.*, p. 564.

tributário. Pela nova sistemática do Código de processo Civil, o devedor recebe maior proteção da lei, *ex vi* do art. 620 do CPC. O novo instituto visa a questionar a legitimidade da execução quanto aos requisitos da própria execução ou quanto à validade do título, o que ocorre se não se observar o juízo de admissibilidade da execução, de ofício, como dever da função jurisdicional.⁴²⁹

Assim, é aceitável que a Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade constitui-se em instrumento hábil à disposição do devedor no sistema pátrio de direito, para que ele possa evitar a ação de execução e o processo de execução indevidos, contra si ajuizados.

Quando o devedor tributário é citado para pagar a dívida ou dar bens à penhora, observado que a pretensão da credora demandante, a Fazenda Pública, não se apresenta devidamente formatada em obediência à norma, é de direito do executado resistir àquela pretensão por meio do instrumento que recepcionam a jurisprudência e a doutrina, sob contestação de outros poucos doutrinadores e tribunais, e que se denomina Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade. Impõe-se que se dê a resistência, independentemente dos Embargos à Execução, após garantia do juízo, através desse instituto, porque instituído e regulado em lei os embargos, a Objeção de Não-Executividade ou Exceção de Pré-Executividade é *instituída* pelo direito, ou seja, é encontrada no direito, como instrumento de justiça real.

A Exceção de Pré-Executividade, que defendem a doutrina e a jurisprudência, nos vem pelas mãos de PONTES DE MIRANDA, que em seu parecer nº 95, de 1966, oferece razões de defesa em favor da empresa Companhia Siderúrgica MANNESMANN, sediada em Belo Horizonte onde alega o jurista a nulidade dos títulos que instruíam a Ação de Falência. De logo, deve ser dito que o jurista não usou a expressão Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade quando de

⁴²⁹ Nesse sentido, MACHADO, Hugo de Brito, ensina, *op. cit.*, p. 19: “Todo ato postulatório deve ser submetido ao crivo do juízo de admissibilidade. No processo de execução o juízo de admissibilidade está previsto expressamente no art. 616 do CPC e art. 7º da Lei 6.830/80, oportunidade na qual pode o juiz constatar vícios insanáveis no título, e, assim o fazendo, deve indeferir a inicial. A nulidade da execução pode ser decretada em qualquer fase do processo por iniciativa do próprio juiz.”

sua argumentação jurídica. As expressões usuais são fruto das criações dos doutrinadores, *a posteriori*.

Nesse contexto, ALBERTO CAMIÑA MOREIRA⁴³⁰ traz o magistério de CELSO NEVES⁴³¹, para quem “os embargos do devedor só podem ser opostos depois da penhora, salvo as hipóteses teratológicas em que se aprecia, de plano, sem forma nem figura de juízo, a oposição do executado.” Traz ele, também, a lição de OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA⁴³², que leciona igualmente no mesmo sentido:

Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deverá limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, ‘defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução’, tem-se alargado para permitir que o executado, nos autos do processo executivo, suscite exceções que digam respeito ao ‘meritum causae’.

Traz, ainda, ALBERTO CAMIÑA, na mesma linha de entendimento, o magistério de HERALDO GARCIA VITTA⁴³³, para quem “admite-se exceção de Pré-Executividade, em execução fiscal, se a notificação de decisão administrativa, na esfera dos créditos fazendários, foi realizada fora dos parâmetros legais, desde que o devedor demonstre, de forma cristalina a ilegalidade.” Do mesmo modo pensa e leciona HUGO DE BRITO MACHADO⁴³⁴, ao tratar do juízo de admissibilidade na execução fiscal, ao dizer que:

A nulidade da execução pode ser decretada em qualquer fase do processo por iniciativa do próprio juiz. Mesmo se a inicial da execução, merecedora de indeferimento. Por nula, se foi recebida e prosseguiu, poderá o juiz, de ofício, decretar a nulidade posteriormente, pois não há preclusão. A nulidade (art. 618, I a III) prepondera sobre qualquer instituto jurídico. Em consequência, desnecessários os embargos.

⁴³⁰ *Op. cit.*, pp. 24-25.

⁴³¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, n. 167, pp. 427-428.

⁴³² *Curso de Processo Civil*, vol. 2, pp. 23-24.

⁴³³ *Op. cit.*, p. 15, *apud*, MOREIRA, Alberto Camiña, *op. cit.*, p. 122.

No mesmo sentido é a jurisprudência dos nossos tribunais, estaduais e regionais federais, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça.⁴³⁵

Fundada em título de crédito, a execução fiscal pode ser contestada quando esse título, representado pela Certidão da Dívida Ativa, inscrita no registro da Dívida Ativa não estiver dotado de liquidez, certeza e exigibilidade. A resistência à pretensão executória decorrerá porque no processo intentado, que contém vícios formais ou vícios materiais, não pode prosseguir contra o demandado. Isso porque fere os princípios que regem o processo de execução e sua função teleológica.

In casu, as regras são as mesmas que regulam a execução comum.

Ausentes os requisitos formais da ação de execução e do processo, impõe-se a sua extinção. Trata-se de ausência dos pressupostos processuais ou condições da ação que inibem o desenvolvimento regular do processo e pelo que, por se tratar de matéria de ordem pública, deve o juiz apreciá-la de ofício, no momento da verificação do juízo de admissibilidade. É como assinala HUGO DE BRITO MACHADO, *verbis*:⁴³⁶

Todo ato postulatório deve ser submetido ao crivo do juízo de admissibilidade. No processo de execução, o juízo de admissibilidade está previsto expressamente no art. 616 do CPC, e art. 7º da Lei 6.830/80 oportunidade na qual pode o juiz constatar vícios insanáveis no título, e, assim o fazendo, deve indeferir a inicial. A nulidade da execução pode ser decretada em qualquer fase do processo por iniciativa do próprio juiz.

Também cabíveis, como matéria de defesa, as questões relativas ao *meritum causae*, que não exijam maior dilação probatória, ao contrário dos embargos, a exemplo

⁴³⁴ *Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal*, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 22, 1997, p. 23.

⁴³⁵ STJ., 2ª T., ROMS. 9980/SP, v.u., j. 23.12.1999, DJ. 05.04.99, p. 100: “A defesa, na execução fiscal, é a de que o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa nos embargos de devedor (Lei 6.830, de 1980, art. 16, § 2º). Excepcionalmente, admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento de penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação – decisão, então, sujeita a Agravo de Instrumento.”

⁴³⁶ *Op. cit.*, p. 18.

das matérias relativas à suspensão da exigibilidade do crédito, extinção do crédito tributário, como pagamento, decadência e prescrição, etc.

A possibilidade da utilização da Exceção de Pré-Executividade, no momento, é bem visível em face da proteção devida, também, ao devedor e seu patrimônio. Inadmissível o uso deste instituto em seu benefício, e em prejuízo do credor. É que os princípios – constitucionais e processuais – devem ser observados com mais intensidade. E mais: o princípio da ampla defesa é o que melhor deverá nortear o entendimento, eis que:

A gravidade das nulidades a que fica sujeito o devedor no processo de execução exige apreciação criteriosa, quando do deferimento do pedido inicial. Da mesma forma, quando arguida nulidade do processo, esta deverá ser decidida imediatamente, sob pena de, mais tarde, se verificar prejuízo decorrente de penhora ilegal.⁴³⁷

No mesmo sentido enfatiza LENICE SILVEIRA MOREIRA⁴³⁸, quando expressa:

(...) Uma vez que a matéria objeto da exceção consubstancia-se na falta de eficácia executiva da certidão de dívida ativa, vê-se, portanto, o executado desobrigado da respectiva garantia do juízo, pois, segundo o princípio do devido processo legal, torna-se mister que o interessado faça seu pronunciamento quanto à referida matéria antes de se permitir a concretização da penhora. Nestes termos, a arguição da exceção impõe um conjunto de providências ao juízo antes de ingressar no mérito da cobrança e, por mais dificultosa que seja a argumentação, compete ao juiz a depuração segura do seu âmbito, de modo a oportunizar ao fisco a correção de eventuais vícios sanáveis da Certidão de Dívida Ativa, ou insanáveis, compete-lhe a extinção do processo de execução fiscal.

Além das fontes do direito – a doutrina e a jurisprudência – e dos princípios constitucionais já nomeados, o princípio da ampla defesa é, com certeza, o que mais fundamenta a resistência do devedor por meio da Exceção de Pré-Executividade.

⁴³⁷ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto, *op. cit.*, p. 69.

É o que se colhe, também e nesse sentido, do magistério de HUGO DE BRITO MACHADO⁴³⁹, indo além de se questionar a ausência dos requisitos formais da execução, quando da arguição. Isto é, para além dos pressupostos específicos da execução. Vejamos a sua lição, *verbis*:

Não se questiona a possibilidade de arguição da ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação no processo de execução em geral. Nem se nega tenha a ação de execução pressupostos específicos, cuja ausência pode ser alegada como matéria de defesa na execução fiscal. Aliás, não seria razoável afastar-se qualquer espécie de defesa, posto que a ampla defesa constitui garantia constitucional. O que se questiona é a forma processual em que a defesa do executado há de ser exercitada, e se esta é possível sem a garantia do juízo.

Para a oposição dos embargos, o devedor poderá, após a penhora de bens, alegar as matérias elencadas no art. 741 c/c o art. 745 do CPC (arts. 736 e 737, I), no inc. VI, como alegação nos embargos, o devedor poderá argüir: “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada.”

Ora, se demonstrada, por documento autêntico, a extinção da obrigação pelo pagamento e mediante quitação, o que será reconhecido e declarado na sentença dos embargos, porque gravar os bens do devedor quando sem objeto a execução no seu nascedouro? O próprio art. 741 do CPC, em seu inc. VI aponta que os embargos só poderão versar sobre: “...Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente a sentença (cfr. art 745).” A verdade é que os foruns judiciais registram grande quantidade de ações executivas fiscais indevidas, quando voluntária ou involuntariamente as Fazendas Públicas – da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas Autarquias fundamentam suas ações em títulos pagos ou prescritos, portanto ausentes os seus requisitos formais.

⁴³⁸ *Op. cit.*, p. 110.

⁴³⁹ *Op. cit.*, p. 18.

Assim também ocorre a falta de pressupostos processuais e condições de ação. *In casu*, cabível, à luz de princípios de direito, a Exceção de Pré-Executividade, porque injustas e indevidas quaisquer ações executivas, impondo-se a sua extinção sem julgamento do mérito.

1. UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 618 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Considerando que os arts. 736 e 737, I, do Código de Processo Civil c/c o art. 16 da Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/80) somente admitem os Embargos do Devedor mediante a segurança do juízo pela penhora de bens ou depósito e fiança, como defesa do demandado, argüíveis as matérias elencadas nos arts. 741 e 745 do CPC e art. 9º da LEF; considerando que a forma do art. 618 do CPC apresenta-se atécnica, pois que a falta do título executivo ou o fato do título não ser líquido, certo e exigível provoca a nulidade da execução, ao invés da falta de interesse processual (condição da ação), gerando a carência de ação que se distingue da decretação de nulidade da execução, nossa proposta, como contribuição a uma normatização da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, é nos seguintes termos, como necessária e dentro do processo de execução, a fim de se evitar entendimentos divergentes em doutrinas e jurisprudências, alterando aquela disposição legal, como exigência de mudança que reclama o destinatário da tutela jurisdicional.

Art. 618: Em qualquer fase do processo de execução, civil ou fiscal, comporta a Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, nos autos e sem maiores formalismos, sendo desnecessária a garantia da execução pela penhora de bens, fiança bancária ou depósito: I – no caso das hipóteses previstas no art. 267, IV, V, VI, do CPC; ou no caso de inexistência do título executivo; ou, ainda, se o título é possuidor de vício ou lhe falte liquidez, certeza e exigibilidade; II – no caso de se observar quaisquer nulidades da execução; III – na hipótese de demonstração do pagamento, da prescrição, da decadência ou de quaisquer outras causas impeditiva, modificativa, extintiva da obrigação ou do direito material do exequente.

§ 1º - Todas as matérias suscitadas devem estar provadas nos autos;

§ 2º - O executado poderá oferecer a defesa na primeira oportunidade que tiver, nos autos ou em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz

recebê-la com efeito suspensivo, respondendo o arguente pelas custas de qualquer retardamento do processo;

§ 3º - A parte exeqüente será intimada para falar sobre a defesa e os documentos apresentados, em 10 dias, findo os quais o juiz decidirá em igual prazo.

Esta proposta pretende ser um contributo à normatização do instituto da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, como defesa do devedor executado, nos casos que especifica, observados os argumentos e fundamentos esposados.

Por fim, observem-se o magistério de LEONARDO GRECO⁴⁴⁰ e de VICENTE GRECO FILHO.⁴⁴¹

CONCLUSÕES

⁴⁴⁰ *Op. cit.*, vol. 2, pp. 624-625: “(...) E se a execução pressupõe a existência de crédito certo, liquido e exigível e o devedor dispõe de prova cabal de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito material do exeqüente, também deve ser-lhe facultado, pela mesma via direta e incondicionada, agüir essa matéria, evitando desse modo submeter-se a uma execução abusiva. (...). Essa petição avulsa foi batizada de ‘exceção de pré-executividade’.”

Antes da proclamação da República – final do século XX – por Decretos Imperiais n°s 848 de 11 de outubro de 1890 e 9.885 de 1888, o executado, em ação executiva fiscal, poderia argüir, em sua defesa, o pagamento da dívida e a anulação administrativa do lançamento, sem oferecer bens à penhora, como garantia da execução, demonstrado, vezes várias, que no nosso sistema processual vigente, contido no Código de Processo Civil de 1973, somente através dos Embargos à Execução, com a prévia garantia do juízo pela penhora de bens do devedor ou de terceiro, é possível a defesa do devedor.

Outros casos de ajuizamento de Embargos do devedor, sem necessidade de prévia segurança do juízo, eram os de nulidade patente ou de pagamento provado com documentação legal, ambos previstos num Assento da Casa de Suplicação de 1690.⁴⁴²

Revogadas essas disposições legais, o nosso sistema normativo não introduziu outro meio de defesa do executado, senão através dos Embargos à Execução mediante penhora de bens ou depósito.

Desde 1966, com a idéia de PONTES DE MIRANDA, que defendeu, em parecer n° 95 (*in Dez Anos de Pareceres*), a possibilidade de oposição do executado à execução, sem exigência do gravame da penhora de bens, para a oposição dos embargos do devedor, por faltar no título executivo atendimento a requisitos formais, utiliza-se a defesa sem embargos. São decorridos 40 anos e no processo de execução o devedor

⁴⁴¹ “A possibilidade de serem alegadas as matérias do artigo 618 independentemente de embargos tem sido denominada exceção de pré-executividade”, *Direito Processual Civil*, vol. 3: Saraiva/SP, 12ª ed., 1997, p. 52.

executado ou não devedor, somente por Embargos à Execução, e mediante penhora de seus bens ou depósito, poderá oferecer defesa, assim regulando os arts. 736 e 737, I, do CPC. Do mesmo modo, disciplina o art. 16, § 2º da Lei das Execuções Fiscais. Portanto, as idéias contidas no instituto denominado Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade não foram recepcionadas pelo legislador pátrio, apesar das normas que, a partir de 1994, promoveram substancial reforma do Código de Processo Civil. E, é possível, apesar das doutrinas e jurisprudências, ressalvadas as divergências minoritárias, que o devedor defenda-se através da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade. Admite-se a defesa, nestes termos, porque se deve extrair o argumento de um discurso metajurídico, eis que dentro e fora do sistema de normas, da jurisprudência e da doutrina conflitantes.

Demonstramos que o devedor *in executivis*, em várias situações jurídicas e especialmente – porque integrante do tema delimitado – quando pago e provado esse pagamento por documento hábil – recibo de quitação – poderá opor-se à execução fiscal por meio da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, independentemente de embargos e sem o gravame da penhora de bens ou depósito.

Argüíveis questões formais do processo – ausência de condições da ação e pressupostos processuais e material –, que se colocam como exceções e questões de direito substancial – ex.: pagamento, prescrição, etc. – que se colocam como objeções, é possível e devido que o juiz proceda, no primeiro caso, *ex officio*, por se constituírem matéria de ordem pública e, no segundo caso, ouvido o exequente e sem audiência de instrução, decidir o mérito liminarmente, arguida a objeção. A estrutura formal do processo volta-se para o credor, daí não concordarem alguns com o novo instituto, admitindo a possibilidade de mal emprego por certos devedores. Todavia, frize-se, também, que há maus credores e cobradores que merecem ser contestados, em juízo, puníveis em face da lei.

⁴⁴² BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *op. cit.*, p. 3.

In casu, buscou-se uma segurança maior para o devedor ou não devedor executado e não para a credora exeqüente - a Fazenda Pública. A verdade real é a finalidade do processo. Muitas vezes a defesa através dos embargos à execução traz prejuízo para o devedor e para o credor, que a ninguém interessa. A ação de execução – civil ou fiscal – e os embargos à execução são questões complexas, pois envolvem questões processuais e de direito material. Este trabalho visou, como contribuição, em discurso teórico-científico, oferecer facilidade real em atendimento aos princípios da celeridade e da economia processuais.

Como conclusão, o trabalho-tese oportuniza que, ao final, tenhamos demonstrado um resultado capaz de contribuir para a materialização da idéia de que é possível a defesa do devedor-executado, em execução fiscal, independentemente de penhora de bens e embargos à execução, devendo ser colocado como contribuição à normatização do instituto da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade para melhor e eficaz prestação da tutela jurisdicional executória.

Da pesquisa e dos estudos, oferecem-se várias conclusões:

I – Que no direito brasileiro e alienígena, são encontradas e identificadas formas de defesa do devedor em processo de execução – civil e fiscal – sem garantia do juízo pela penhora, fiança bancária ou depósito e sem a forma de embargos à execução. Todavia, em respeito ao credor e à função teleológica do processo de execução impõe-se uma prova pré-constituída dos fatos alegados pelo executado, dizente a questões de direito formal e substancial; que, em face dos argumentos e fundamentos resultantes das pesquisas e estudos encetados, comporta a defesa do devedor uma cognição limitada em contrário a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais minoritários.

II – Que no processo de execução, a jurisprudência e a doutrina nacionais, com raras exceções, admitem a defesa do devedor e de terceiro no seu bojo, mediante atividade cognitiva. A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-

Executividade, que se constitui como *defesa do executado*, não se contém em previsão legal, mas não contraria o princípio do devido processo legal. Manifesta-se o instituto sob comento, em processo executório, nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, buscando-se fundamentar o discurso teórico-científico no sistema de direito, concluindo-se que não é só a lei que deve ser entendida como fonte de direito, ela é, sim, uma espécie do gênero norma jurídica;

III – Que as nomenclaturas – Exceção de Pré-Executividade e Objeção de Não-Executividade –, como de sua natureza, são defesas do devedor. Mais usual o primeiro *nomen juris*, dizendo ele respeito a questões formais e de fundo processual; enquanto a Objeção relaciona-se à defesa, tão só, de direito substancial ou material. Ambas estão bem introduzidas no nosso sistema de direito sem previsão legal. Todavia, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência, em relação às matérias argüíveis na defesa, ficando certo que, em face do princípio da ampla defesa, como se demonstra, o devedor tributário deverá suscitar, na execução fiscal, *toda matéria útil a sua defesa*.

IV – Que para a aceitação da Exceção ou Objeção, impõe-se a prova do que se alega, e que deve ser ela apresentada quando da inicial do pedido – prova pré-constituída –; que na hipótese do pagamento e sua prova por documento de quitação, é dispensável o injusto gravame da penhora de bens do devedor ou de terceiro, fiança ou depósito. A prova pré-constituída do pagamento demonstra a extinção da obrigação e a extinção da execução, na forma do art. 176 do CTN e art. 794 do CPC. Questões de fato e de direito que não ofendem a estrutura do processo de execução em sua função teleológica, não o desnaturando, devem ser suscitadas sem penhora de bens, em obediência aos princípios de direito e porque uma nova visão prática e célere está sendo reclamada, no processo de execução, formatada em lei, para que se extraiam quaisquer ranços de dúvida, na interpretação normativa.

V – Que na execução civil, são argüíveis em embargos à execução mediante garantia do juízo, as matérias elencadas nos arts. 741 e 745 do CPC. Na execução fiscal, são argüíveis as matérias constantes do art. 16, § 2º da LEF e todas as matérias úteis a

sua defesa (do executado). Ali constam o excesso de execução e o pagamento. Se provado por prova pré-constituída o excesso ou o pagamento, o devedor ou qualquer terceiro interessado poderá suscitar a questão em Objeção de Não-Executividade ou Exceção de Pré-Executividade, independentemente da oposição de embargos (a exceção argüível no caso de ofensa à questão formal).

VI – Que, recebida a inicial da execução, o juiz proferirá juízo de admissibilidade. Não procedendo assim, antes ou depois da citação, deverá fazê-lo no procedimento da Exceção ou Objeção, suspendendo-se a execução até o seu julgamento, sendo a informalidade procedimental uma de suas marcas. Não há possibilidade de ser juntada qualquer prova depois, nem pelo argüente e nem pelo excepto, o que reclamaria maior dilação probatória somente cabível nos embargos à execução. A decisão proferida na Exceção ou Objeção é sentença; quando acolhida, extinguindo a execução e o recurso cabível é, pois, o de apelação (art. 513 do CPC); e a que não a acolhe é decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo, a teor dos arts. 522 e ss. do CPC. Que, sucumbente a Fazenda Pública, confirmada a decisão pelo tribunal, ante os recursos cabíveis, é devido o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, em face da Exceção de Pré-Executividade; sucumbente o argüente, após os embargos, por ele serão devidas as custas pelo retardamento do processo executório.

VII – Que a Exceção de Pré-Executividade pode ser ajuizada a qualquer tempo e grau de jurisdição, quando se tratar de condições da ação e pressupostos processuais, uma vez que inexistente preclusão (art. 267, § 3º, do CPC) e quando se tratar de matéria de fato, devidamente comprovada; tudo antes ou depois da penhora de bens.

A Exceção de Pré-Executividade não está contemplada na legislação; todas as matérias passíveis de alegação podem ser alegadas a qualquer tempo no curso do processo, a teor dos arts. 267, § 3º, e 303, III, do Código de Processo Civil. E conclui: A ausência de previsão legal leva ao emprego da analogia. Aplicável, assim, o disposto nos arts. 326 e 327 do Código de Processo Civil: Quando o executado argüir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, ou quando argüir quaisquer das matérias arroladas no art. 301 do Código de Processo Civil, o exeqüente será ouvido no prazo de 10 dias. Dificilmente a defesa do executado não recairá nas hipóteses dos arts. 301 e 326 deste Código. Todos os exemplos de cabimento da Exceção

de Pré-Executividade, por nós alvitradas neste trabalho, encerram-se nas matérias indicadas nos dispositivos citados.⁴⁴³

VIII – Que a Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade são instrumentos de uso facultativo do devedor, nos casos de indevida e injusta a ação executiva e o processo executivo contra si ajuizados, a não exigir, para se defender como nos embargos, penhora de bens ou depósito seu ou de terceiros. Colocam eles, na ação executória, uma cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* – segundo prova do evento – o que constituirá coisa julgada material. A Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade coloca na Ação de Execução Fiscal uma cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, na hipótese.

IX – Que a pretensão não é esvaziar ou anular os embargos à execução, uma vez que, com a admissão da Exceção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade, ataca-se o título porque ausentes as mínimas garantias de certeza, liquidez e exigibilidade ou arguem-se matérias de ordem pública – inexistência de quaisquer das condições da ação ou pressupostos processuais; ou mesmo quando argüíveis matérias relativas ao mérito e cabalmente comprovadas mediante prova pré-constituída. Isto porque: Fundada nos documentos dos autos, I – *omissis*; II - É lícito ao juiz declarar extinto o processo executivo - por imprestabilidade do título - mesmo que não tenham opostos embargos (CPC, arts. 295 e 598); III - Não maltrata o art. 128 do CPC o juiz que, para declarar a imprestabilidade do título executivo, limitou-se ao exame dos documentos contidos nos autos.⁴⁴⁴

BIBLIOGRAFIA

I. DOUTRINA

ADEODATO, João Maurício, *Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência* –: Saraiva/SP, 1996.

⁴⁴³ CAMIÑA, Alberto Moreira, *op. cit.*, pp. 62-64.

⁴⁴⁴ STJ., REsp. nº 95.354. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ. nº 95-90.

_____, *Bases para uma metodologia em Direito*: Revista do Centro de Estudos Judiciários/Brasília, Conselho da Justiça Federal, abril de 1999.

_____, *Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado*, separata de conferências na Faculdade de Direito de Coimbra, 1999-2000, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* – 48, *Colloquia* – 6, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.

_____, *Ética e Retórica – para uma teoria da dogmática jurídica* –: Saraiva/SP, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales/Madrid, 1977.

ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, vols. I e II: Forense/RJ, 9ª ed., revista e acrescentada, 1995.

AFTALIÓ, Enrique R., e outros, *Introducción al Derecho*: Abeledo-Perrot/Buenos Aires, nueva versión, tercera edición, 1999.

ALCAZA, Mariano Baena del, *Estructura de la Función Pública y Burocracia en España*, I. BOAN, S.A, BILBAO, Instituto Vasco de Administracion Publica, Oñati, 1984.

ALVIM, Arruda, *Manual de Direito Processual Civil*, vols. I e II: Revista dos Tribunais/SP, 4ª ed., 1992.

ALVIM, J. E. Carreira, *Tutela Antecipada na Reforma Processual*: Destaque/RJ, 1996.

AYALA, José Luís Perez de e outro *Curso de Derecho Tributário*, Tomo I, Editorial de Derecho Financeiro: Editoriales de Derecho Reunidas/Madrid, 2ª ed., 1978.

AMARO, Luciano, *Direito Tributário Brasileiro*: Saraiva/SP, 2ª ed., 1988.

ANDRIOLI, Virgílio, *Commento al Codice de Procedure Civile*, vol. IV: Jovene/Nápoles/Itália, 1964.

_____, *Diritto Processuale Civile*, vol. I: Jovene, Nápoles/Itália, 1979.

ARAGÃO, Severino Ignácio, *Prática do Processo de Execução*: Idéia Jurídica/RJ, 2001.

ARAÚJO, Jackson Borges de, *Limitações Internacionais à Aplicação de Normas Tributárias Nacionais*: Bagaço/Recife, 1999.

_____, *Da Inadmissibilidade de Ficção do Fato Gerador do ICMS em face do Princípio da Igualdade na CF. de 1988*, Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada pela Pós-Graduação da UFPE, dez. 2000.

_____, *ICMS - Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária* -: Juarez de Oliveira/SP, 2001.

ARIETA, Giovani, *I Provvedimenti d'Urgenza*: Cedan, Pádova/Itália, 1982.

ARMOND, Helena, *Revista Dialética de Direito Tributário*: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda./SP, 1998.

ASSAN, Ozires E., *Da Tutela Antecipada: Teoria e Legislação, Jurisprudência e Prática*: Agá Juris/SP, 1996.

ASSIS, Araken de, *Manual do Processo de Execução*: Revista dos Tribunais/SP, 7ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2001.

ASSUNÇÃO, Lutero Xavier, *Processo Administrativo Tributário Federal*: Edipro/SP, 1998.

ATALIBA, Geraldo, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*: Revista dos Tribunais/SP, 1968.

_____, *Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário*, nº 156 (separata): Revista Lemi/SP, 1980.

_____, *Hipótese de Incidência Tributária*: Malheiros Editores/SP, 6ª ed., 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico, Existência Validade e Eficácia*: Saraiva/SP, 4ª ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), 2002.

BALEEIRO, Aliomar, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*: Forense/RJ, 8ª ed., 1972.

_____, *Direito Tributário Brasileiro*: Forense/RJ, 11ª ed., 1999.

_____, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*: Forense/RJ, 7ª ed., 2001.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar e outros, *Reforma Tributária & Mercosul*: Del Rey/BH, 1999.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva, *Exceção de Pré-Executividade*: Lumen Juris/RJ, 2003.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida, *Dos Embargos do Devedor & Da Exceção de Pré-Executividade nos Tribunais*: Iglu Editora/SP, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Financeiro*: Saraiva/SP, 3ª ed., 1995.

_____, *Curso de Direito Constitucional*: Saraiva/SP, 16ª ed., 1995.

_____, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 3ª ed., 1995.

_____, *Curso de Direito Constitucional*: Celso Bastos Editora/SP, 2002.

BAUR, Fritz, *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, vols. I e II: Nápoles/Itália, 2ª ed., 1933.

_____, *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, Trad. de Armindo Edgar Laux, Sérgio Antônio: Fabris Editor/Porto Alegre, 1985.

_____, *Teoria Geral do Direito Tributário*: Lejus/SP, 3ª ed., 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Curso de Direito Constitucional*: Saraiva/SP, 16ª ed., 1995.

_____, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*: Malheiros Editores/SP, 1998.

BELTRAME, José Alonso, e outros, *O Procedimento na Cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública*: Revista dos Tribunais/SP, 1981.

BERMUDES, Sérgio, *A Reforma do Código de Processo Civil*: Freitas Bastos/RJ, 1995.

BIDART, Adolfo Gelsi, *Tutela Processual Diferenciada*, RePro 44: Revista dos Tribunais/SP, 1994.

BONAVIDES, Paulo, *Direito Constitucional*: Forense/RJ, 2ª ed., 1986.

_____, *Curso de Direito Constitucional*: Malheiros Editores/SP, 6ª ed., 1996.

BONAVIDES NETO, Fenelon, *Dicionário de Direito Tributário*: Malheiros Editores/SP, 3ª ed., 1995.

BORGES, Humberto Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*: Malheiros Editores/SP, 6ª ed., 1996.

_____, *Curso de Legislação Tributária*: Atlas/SP, 2000.

_____, *Planejamento Tributário*: Atlas/SP, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2001.

BORGES, João Eunápio, *Títulos de Crédito*: Forense/RJ, 2ª ed., 1972.

BORGES, José Souto Maior, *Introdução ao Direito Financeiro*: Max Limonad/SP, 1998.

BRUSCHI, Gilberto Gomes, *Incidente Defensivo no Processo de Execução – uma visão sobre a Exceção de Pré-Executividade*: Juarez de Oliveira/SP, 2002.

_____, *Lançamento Tributário*: Malheiros Editores/SP, 2ª ed., 1999.

CAIS, Cleide Previtalli, *O Processo Tributário*: Revista dos Tribunais/SP, 1953.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones del Derecho Processual Civile*: Ejea/Buenos Aires (Argentina), 1973.

CALVOSA, Carlos L., *Processo Cautelar*: Torinese, Torino/Itália, 1970.

CÂMARA, Miriam Costa Rebollo, *Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência*: Coord. Vladimir Passos de Freitas, Saraiva/SP, 1998.

CAMPOS, Antônio Macedo de, *Medidas Cautelar - Teoria, Prática e Jurisprudência*: Sugestões Literárias/SP, 1980.

CAMPOS, Dejalma de, *Direito Processual Tributário*: Atlas/SP, 6ª ed., 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*: Almedina/Coimbra/Portugal, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro, *O Processo Civil no Direito Comparado*, Trad. de Hiltomar Martins Oliveira: Editora Líder/BH, 2001.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*: Almedina/Coimbra/Portugal, 2ª ed., 1996.

CARNELUTTI, Francesco, *Institutiones del Processo Civil*, vol. I: Jur./Buenos Aires/Argentina/Europa-América, Trad. de Santiago Sentis Melendo, 1972.

_____, *Instituições do Processo Civil*, vols. I, II e III, Trad. de Adrian Sotero De Witt Batista: Servanda Campinas S.A./SP, 1999.

_____, *Como se faz um processo*, Trad. de Hiltomar Martins Oliveira: Editora Líder/BH, 2002.

CARRAZA, Elizabeth Nazar e outros, *Direito Tributário Constitucional*: Max Limonad/SP, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio, *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária*: Revista dos Tribunais/SP, 1986.

_____, *Curso de Direito Tributário*: Malheiros Editores/SP, 1993.

_____, *Curso de Direito Constitucional Tributário*: Malheiros Editores/SP, 13ª ed., 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 4ª ed., 1991.

_____, *Curso de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 12ª ed., 1999.

_____, *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*: Saraiva/SP, 2ª ed., 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Direito Constitucional Didático*: Del Rey/BH, 8ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2002

CASSONE, Vítório, *Direito Tributário*: Atlas/SP, 7ª ed., 1994.

_____ e outro, *Processo Tributário*: Atlas/SP, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, *Apontamentos de Direito Constitucional*: Paloma/SP, 2ª ed., 2002.

CHINER, Maria Jesus Montoro, *La Función Pública en el Federalismo Alemán*: Rivista Italiana di Diritto Finanziario, (Fondata da Bevenuto Griziotti) – Piccola Biblioteca - Giuffrè/Milano/Itália.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale Civile*: Nápoles/Itália, 4ª ed., 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e outros, *Teoria Geral do Processo*: Malheiros Editores/SP, 11ª ed., 1995.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*: Del Rey/BH, 1ª ed. 1992.

_____, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*: Forense/RJ, 1999.

_____, e outros, *Direito Tributário Contemporâneo*: Revista dos Tribunais/SP, 1999.

COSER, José Reinaldo, *Da Exceção de Pré-Executividade e dos Títulos Executivos – doutrina, jurisprudência e prática*: Servanda/Campinas/SP, 2003.

COUTURE, Eduardo J., *Introdução ao Estudo do Processo Civil*: J. Kontino/RJ, 3ª ed., 1983.

_____, *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Discursos, ensaios e conferências*, Trad. de Hiltomar Martins Oliveira: Editora Líder/BH, 2003.

COSTA, Célio Silva, *Da Irresponsabilidade Tributária do Sócio e do Administrador da Sociedade Comercial*: Liber Juris/RJ, 1985.

DANTAS, Ivo, *Constituição Federal – Teoria e Prática*, vol. I: Renovar/RJ, 1994.

_____, *O Valor da Constituição – Do Controle de Constitucionalidade como garantia da Supralegalidade Constitucional* –: Renovar/RJ, 1995.

_____, *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*: Juruá/PR, 2001.

_____, *Constituição Federal Anotada*: Renovar/RJ, 2ª ed. revista e ampliada, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto, *Crimes Contra a Ordem Tributária*: Obra Jurídica/SC, 3ª ed., 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*: Malheiros Editores/SP, 7ª ed. revista e atualizada, 1993.

_____, *A Instrumentalidade do Processo*: Malheiros Editores/SP, 4ª ed., 1994.

_____, *Execução Civil*: Malheiros Editores/SP, 7ª ed. revista e atualizada, 2000.

_____, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vols. I e II: Malheiros Editores/SP, 4ª ed., 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*: Saraiva/SP, 8ª ed., 1995.

DITTRICH, Lotario, *Il provvedimento d'urgenza, in Il nuovo Processo Cautelare* (a cura di Giuseppe Tarzia): Cedan/Pádua, 1993.

ECO, Umberto, *Como se faz uma tese*: Editora Perspectiva /SP, 2ª ed., 1985.

_____, *Como se faz uma tese*: Editora Perspectiva/SP, 1996.

ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*: Civitas S.A./Espanha, 1986.

_____, *Diritto Costituzionale*: Giuffrè/Milão, 3ª ed., 1987.

_____, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*: Civitas S.A./Espanha, 1994.

EUSÉBIO, Domingos Martins, *Alguns Aspectos da Relação Jurídica Tributária*: Atlântida/Coimbra-Portugal, 1958.

FADEL, Sérgio Sahione, *Antecipação da Tutela no Processo Civil*: Dialética/SP, 1998.

FALCÃO, Amílcar, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*: Forense/RJ, 6ª ed., 1999.

FANTOZZI, Augusto, *Diritto Tributario*: Torino/Itália, 1991.

FANUCCHI, Fábio, *A Decadência e a Prescrição no Direito Tributário*: Resenha Tributária/SP, 1971.

FAZZALARI, Elio, “Intervento”, *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile* (Atti del Colloquio Internazionale, 12-13 ottobre 1984): Giuffrè/Milano, 1985.

FERNANDES, Edison Carlos, *Sistema Tributário do Mercosul*: Revista dos Tribunais/SP, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2001.

FERRAGUT, Maria Rita, *Presunções no Direito Tributário*: Dialética/SP, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*: Atlas/SP, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*: Saraiva/SP, 8ª ed., 1986.

_____, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva/SP, 20ª ed., 1992.

FERREIRA, Pinto, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, vol. I: Forense/RJ, 5ª ed., 1971.

_____, *Direito Constitucional Resumido*: Rio/RJ, 2ª ed., 1983.

_____, *Manual de Direito Constitucional*: Forense/RJ, 2ª ed., 1992.

_____, *Curso de Direito Constitucional*: Saraiva/SP, 12ª ed. revista e atualizada de acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional, 2002.

FIDA, Orlando e outro, *Teoria e Prática do Processo de Execução*: Javoli/SP, 4ª ed., 1986.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral, e outros, *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*: Nossa Livraria/Recife, 2001.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros, *Direito Constitucional Comparado*: Del Rey/BH, 2ª ed., 1993.

FLÓRIDO, Luiz Augusto Irineu, *Curso de Direito Tributário*: Liber Juris/RJ, revista e atualizada, 3ª ed., 1986.

FRANÇA, R. Limongi, *Instituições de Direito Civil*: Saraiva/SP, 5ª ed. revista e atualizada, 1999.

FRIAS, J.E.S., *Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública*: Revista dos Tribunais/SP, 1994.

FRIEDE, Reis, *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*: Del Rey/BH, 1996.

_____, *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*: Forense/RJ, 1999.

FURLAN, Valéria C. P., *Apontamentos de Direito Tributário*: Max Limonad/SP, 1999.

FREDIANI, Yone, *Exceção de Pré-Executividade no Processo do Trabalho*: LTr/SP, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues, *Efetividade do Processo Civil*: Bookseller/Campinas/SP, 2002.

GIANNINI, A. D., *Instituzioni di Diritto Tributario*, Dott. A.: Giuffrè/Milano/Itália, 1948.

GODOI, Marciano Seabra de, *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*: Dialética/SP, 1999.

GOLDSCHIMIDT, James, *Princípios Gerais do Processo Civil*, Trad. de Hiltomar Martins Oliveira: Editora Líder/BH, 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar*: Almedina/Coimbra, 1997.

GRAU, Eros Roberto e outros, *Direito Constitucional*: Malheiros Editores/SP, 2001.

GRECO, Leonardo, *O Processo de Execução*, vols. I e II: Renovar/RJ, 1999 e 2001.

_____, *Exceção de Pré-Executividade na Execução Fiscal. Problemas de Processo Judicial Brasileiro*, Coord. Valdir de Oliveira Rocha: Dialética/SP, 2000.

GRECO, Marco Aurélio, *Substituição Tributária (antecipação do fato gerador)*: Malheiros Editores/SP, 2ª ed. revista e ampliada, 2001.

GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil*: vol. 3, Saraiva/SP, 12ª ed., 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros, *Teoria Geral do Processo*: Malheiros Editores/SP, 11ª ed., 1995.

GUIMARÃES, Acelino Pedro, *Processo de Execução*, vol. I: Leud/SP, 1985.

_____, *Processo de Execução*, vol. II: Leud/SP, 1985.

- HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*: Atlas/SP, 4ª ed., 1998.
- HENSEL, Albert, *Diritto Tributario*, Traduzione de Dino Jarach, Dott. A.: Giuffrè/Milano/Itália, 1956.
- HIGUCHI, Hiromi, *Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática*: Atlas/SP, 25ª ed., 2000.
- HINOJOSA, Anita Flávia, *Objecção e Exceção de Pré-Executividade – Teoria e Prática*: Juarez de Oliveira/SP, 2003.
- HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*: Del Rey/BH, 3ª ed., 2002.
- ICHIHARA, Yoshiaki, *Princípios da Legalidade Tributária na Constituição de 1988*: Atlas/SP, 1994.
- JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, vol. I: Abaledo-Perrot/Buenos Aires, 1971.
- JUSTEN FILHO, Marsal, *Capacidade Contributiva, Caderno de Pesquisas Tributárias: Resenha Tributária/SP*, 1989.
- _____, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 3ª ed., 1995.
- KIRCHHOF, P. e outros, *Garantias Constitucionales del Contribuyente: tirant le blanch*, 2ª ed., 1999.
- KNIJNIK, Danilo, *A Exceção de Pré-Executividade*: Forense/RJ, 2000.
- LACERDA, Galeno, *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*, n. 23: Ajuris/Porto Alegre, ed. 1981.
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*: Forense/RJ, 4ª ed., 1992.
- LARA, Betina Rizzato, *Liminares no Processo Civil*: Revista dos Tribunais/SP, 2ª ed., 1994.
- LEÃO, Armando Zurita, *Direito Constitucional Tributário – O Princípio da Capacidade Contributiva*: Juarez de Oliveira/SP, 1999.
- LEVENHAGEN, *Processo de Execução*: Atlas/SP, 2ª Ed., 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Embargos do Executado*, Trad. de J. Guimarães Menegale: Saraiva/SP, 2ª ed., 1968.
- _____, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, Tradução de Cândido R. Dinamarco: Forense/RJ, 1985.

_____, *Processo de Execução*: Saraiva/SP, 5ª ed., 1986.

_____, *Processo de Execução*: Bestbook/SP, 2001.

LIMA, Alcides de Mendonça, *A Nova Sistemática dos Embargos do Devedor*, in RT 474/11-20: Revista dos Tribunais/SP, 1975.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI: Forense/RJ, 1979.

_____, *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*: Aide/ RJ, 1989.

_____, *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*: Forense/RJ, 2ª ed., 1992.

_____, *Ação Executiva - necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos*, in *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, Forense/RJ, 2ª ed., 1992.

LIRA, Roberto, *Síntese Jornal*, novembro/2001, ano 5, nº 57: Porto Alegre/RS.

LOTUFO, Renan, *Direito Civil Constitucional*, caderno 3: Malheiros Editores/SP, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*: Revista dos Tribunais/SP, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro – Coordenador, *Código Tributário Nacional*: Revista dos Tribunais/SP, 5ª ed., 2000.

MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 11ª ed., 1993.

_____, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*: Revista dos Tribunais/SP, 3ª ed., 1994.

_____, *Curso de Direito Tributário*: Malheiros Editores/SP, 12ª ed., revista, atualizada e ampliada, 1997.

_____, *Juízo de admissibilidade na execução fiscal*: Revista Dialética de Direito Tributário/SP, nº 22, julho de 1997.

_____, *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*: Dialética/SP, 4ª ed., 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Curso de Direito Constitucional*: Sugestões Literárias/SP, 5ª ed., 1984.

_____, *Tutela Antecipada*: Oliveira Mendes/SP, 2ª ed. revista, 1998.

_____, *Tutela Jurisdicional Antecipada na Repetição de Indébito Tributário*: in Rev. Dialética de Direito Tributário n. 5.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz, *Do Lançamento Tributário – Execução e Controle: Dialética/SP*, 1999.

MAIA, Rodolfo Tigre, *Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*: Malheiros Editores/SP, 1996.

MARCATO, Antônio Carlos, *Procedimentos Especiais*: Revista dos Tribunais/SP, 1986.

MARCIAL, Eduardo e outro, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*: Saraiva/SP, 4ª ed., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*: Fabris/Porto Alegre, 1994.

_____, *Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*: Revista dos Tribunais/SP, 2ª ed. revista e atualizada, 1998.

MARINS, James, *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*: Dialética/SP, 1998.

_____, *Direito Processual Tributário Brasileiro*: Dialética/SP, 2001.

_____, e outro, *Processo Tributário (Administrativo e Judicial)*: Juruá/Curitiba, 2001.

MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*: Saraiva/SP, 1976.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I: Campinas Millennium, revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas/SP, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Curso de Direito Tributário*: Cejup/SP, vol. I, 3ª ed., 1994.

_____, *Curso de Direito Tributário*, vol. II: Cejup/SP, 3ª ed., 1994.

_____, e outros, *Tributos Municipais*: Forense/RJ, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*: Forense/RJ, 14ª edição, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Processo de Execução, série Processo de Execução e Assuntos Afins*, vol. 2, Coord. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier: Revista dos Tribunais/SP, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de e outro, *A Não-Cumulatividade Tributária*: Dialética/SP, 1998.

_____, *ICMS, Teoria e Prática: Dialética/SP*, 4ª ed., 2000.

MELLO, Antônio Carlos de Martins, e outros – Coordenador MACHADO, Hugo de Brito, *Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário: Dialética/SP e Icet/Fortaleza*, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo: Malheiros Editores/SP*, 7ª ed., revista, atualizada e ampliada, 1995.-

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional: Editora Saraiva/SP*, 1996.

MERSAN, Carlos A., *Direito Tributário: Revista dos Tribunais/SP*, 2ª ed., 1988.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias*, vol. LVI: in *Revista Brasileira de Direito Processual/SP*, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Dez anos de Pareceres*, vol. IV: Livraria Francisco Alves Editora S.A/RJ, 1975.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomos IV, IX e XI: Forense/RJ, 1996.

_____, *Tratado das Ações*, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Tomos I e VII: BookSeller/SP, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, vol. 4: Saraiva/SP, 24ª ed. atualizada, 1990.

MORAIS, Bernardo Ribeiro, *Compêndio de Direito Tributário: Forense/RJ*, 1984.

MOREIRA, Alberto Camiña, *Defesa sem Embargos do Executado: Saraiva/SP*, 3ª ed. revista e atualizada, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Notas sobre a 'Efetividade do Processo', temas de Direito Processual*, 3ª série: Saraiva/SP, 3ª ed., 1964.

_____, *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*, in *Temas de Direito Processual*, 2ª série: Saraiva/SP, 2ª ed., 1988.

MOREIRA, Lenice Silveira, *A Exceção de Pré-Executividade em Matéria Tributária: Livraria do Advogado/Porto Alegre*, 2001.

NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito: Forense/RJ*, 7ª ed., 1992.

NEGRÃO, Theotônio, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor: Saraiva/SP*, 26ª ed., 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constitucional Federal*: Revista dos Tribunais/SP, 7ª ed. revista e atualizada com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001, 2002.

NEVIANI, Tarcísio, *A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas*: Resenha Tributária/SP, 1983.

NOGARE, Pedro Dalle, *Humanismos e Anti-Humanismos – Introdução à Antropologia Filosófica*: Vozes/RJ, 13ª ed., 1994.

NOGUEIRA, Alberto, *Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito – Fisco X Contribuinte na área jurídica: ataque e defesa*: Renovar/RJ, 2ª ed., 1999.

_____, *O Devido Processo Legal Tributário*: Renovar/RJ, 2ª ed., 1997.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Direito Tributário*, 5ª coletânea: José Bushatsky Editor, 5ª ed., 1973.

_____, *Curso de Direito Tributário*: Saraiva/SP, 1990.

_____, *Curso de Direito Financeiro*: Saraiva/SP, 11ª ed., 1993.

NOLASCO, Rita Dias, *Exceção de Pré-Executividade*: Método/SP, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *Manual da Monografia*, Saraiva/SP, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de, e outros, *Manual de Direito Financeiro*: Revista dos Tribunais/SP, 1990.

OLIVEIRA FILHO, Benjamim de, *Introdução à Ciência do Direito*: José Konfino Editor/RJ, 5ª ed., 1973.

PABST, Haroldo, *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*: Forense/RJ, 2ª ed., 2000.

PAULO, José Ysnaldo Alves, *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*: Forense/RJ, 2000.

PINHO, Alessandra Gondim, *Fato Jurídico Tributário*: Max Limonad/SP, 2001.

PISANI, Andrea Proto, *Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata*, in Rivista de Diritto Processuale: Cedan/Pádova, 1979.

QUINTANA, Cesar Albiñana Garcia, *Sistema Tributário Español y Comparado*: Coleccion Cíbernos, corregida y aumentada, 2ª ed., 1981.

- REBOUÇAS, Berlio Wanderlei, *Execução Fiscal*: Lawbook/SP, 2ª ed., 1999.
- REIS, José Alberto dos, *Processo de Execução*, vol. 1: Coimbra Editora Ltda./Coimbra, 3ª ed., 1985.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Saraiva/SP, 3ª ed., 1973.
- ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco, *Execução Fiscal*: Juruá/PR, 2ª ed., 2001.
- ROSA, Marcos Valls Feu, *Exceção de Pré-Executividade*: Sérgio Antônio Fabris Editor/Porto Alegre, 3ª edição atualizada e aumentada, 2000.
- ROZA, Cláudio, *Processo Administrativo Disciplinar & Ampla Defesa*: Juruá/Curitiba, 2001.
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva, *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*: Malheiros Editores/SP, 1995.
- SANCHES, Sydney, *Poder Cautelar Geral do Juiz*: Revista dos Tribunais/SP, 1978.
- SANTOS, Moacir do Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vols. I, II e III: Saraiva/SP, 11ª ed., 1995.
- SANTOS, J. M. Carvalho, *Código de Processo Civil Interpretado*, vol. VIII: Freitas Bastos/RJ, 1941.
- SANTOS, Manoel Lourenço dos, *Direito Tributário (Aspectos do Sistema Tributário Nacional)*: Sugestões Literárias/SP, 1967.
- SAMPAIO, Egas Rosa, *Instituições de Ciências das Finanças, Uma Abordagem Econômica-Financeira*: Forense/RJ, 1991.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de, *Lançamento Tributário*: Max Limonad/SP, 2ª ed., 2001.
- SEVERINO, Antônio Joaquim, *Metodologia do Trabalho Científico*, Cortez/SP, 21ª ed., 2000.
- SHIMURA, Sérgio e outra, *Processo de Execução*: Revista dos Tribunais/SP, 2001.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*: Malheiros Editores/SP, 10ª ed., 1995.
- SILVA, Nanci de Melo e, *Da Jurisdição Constitucional*: Del Rey/BH, 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *As Ações Cautelares e o novo Processo Civil*: Sulina/Porto Alegre/RS, 1973.

_____, *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*: Forense/RJ, 1979.

_____, *Procedimentos Especiais (Exegese do Código de Processo Civil)*: Aide/RJ, 1989.

_____, *Curso de Processo Civil*, vols. I, II e III: Fabris/Porto Alegre/RS, 1993.

_____, *A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, org. Sálvio F. Teixeira: Saraiva/SP, 1996.

_____, *Do Processo Cautelar*: Forense/RJ, 3ª ed., 2001.

SILVEIRA, Alípio, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. I: Revista dos Tribunais/SP, 1968.

SILVEIRA, Paulo Fernando, *Devido Processo Legal – Due Process of Law*: Del Rey/BH, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de, *Exceção de Pré-Executividade*: Lumen Juris/RJ, 4ª edição, 2001.

SOARES, Marcos Zenóbia, *Exceção de Pré-Executividade*: Edijur/SP, 2001.

SOBRINHO, Afonso Vitale e outros, *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*: Lex/SP, 1ªed., 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo Cautelar*: Leud/SP, 1976.

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I: Forense/RJ, 18ª ed., 1996.

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II: Forense/RJ, 32ª ed., 2001.

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III: Forense/RJ, 30ª ed., 2003.

_____, *Tutela Jurisdicional de Urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*: América Jurídica/RJ, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *O STJ. e o Processo Civil*: Brasília Jurídica/DF, 1995.

_____, *Reforma do Código de Processo Civil, obra coletiva*: Saraiva/SP, 1996.

TEMER, Michel, *República e Constituição*: Revista dos Tribunais/SP, 1985.

_____, *Elementos de Direito Constitucional*: Revistas dos Tribunais, 3ª ed., 1986.

TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*: Editorial Perrot/Buenos Aires, sexta edición.

TORRES, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*, vol. III: Renovar/RJ, 1999.

_____, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*: Renovar/RJ, vol. V, 1999.

_____, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*: Renovar/RJ, 6ª ed., 1999.

UCKMAR, Victor, *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*: Cedan/Pádua, 1959.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais*: Del Rey/BH, 2000.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *Poder Judiciário e Sentença Arbitral de acordo com a Nova Jurisprudência Constitucional*, vol. 2: Juruá/Curitiba, 2002.

VEIGA, Cecília M., *Execução e Embargos: Desafio Cultural*/SP, 2001.

VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Direito Tributário*: Revista dos Tribunais/SP, 1ª ed., 1980.

WATANABE, Kazuo, *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer* (arts. 273 e 461 do CPC), in *Reforma do Código de Processo Civil*, org. Sálvio F. Teixeira: Saraiva/SP, 1ª ed., 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Processo de Execução – série Processo de Execução e assuntos afins*, vol. 2, Coordenação Sérgio Shamara e Tereza Arruda Alvim Wambier: Revista dos Tribunais/SP, 2001.

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, vol. I: Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal, 1974.

_____, *Os Princípios de Legalidade e da Tipicidade da Tributação*: Revista dos Tribunais/SP, 1978.

_____, *Direito Tributário Internacional*: Almedina/Coimbra, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, vol. 46: in *Revista do Advogado*; também in *Reforma do Código de Processo Civil*, org. Sálvio F. Teixeira: Saraiva/SP, 1996.

II. LEGISLAÇÃO

II.1. Decreto Imperial 9.885 de 1888 – Revogado.

- II.2. Decreto Imperial de 11 de outubro de 1888 – Revogado.
- II.3. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988 (*in* DOU nº 191 – a, Brasília, 05.out. 1988).
- II.4. Constituição da República Federativa do Brasil, de 17.10.1967 e EC. nº 1/69.
- II.5. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC – Código de Processo Civil).
- II.6. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (LEF. – Lei da Execuções Fiscais).
- II.7. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 – arts. 1º e 39, que dispõe sobre os créditos não tributários
- II.8. Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994 – Dispõe sobre o depositário infiel do valor pertencente a Fazenda Pública.
- II.9. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN – Código Tributário Nacional).
- II.10. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Dispõe sobre o processo administrativo.
- II.11. Decreto-Lei nº 1.645/1978, dispõe sobre a atualização monetária dos créditos tributários.
- II.12. Decreto-Lei nº 1.737/1979, dispõe sobre alterações na Lei 4.320/64.
- II.13. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (CCB. - Código Civil Brasileiro).
- II.14. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LICC – Lei de Introdução ao Código Civil).
- II.15. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei do Processo Administrativo.

III. OUTRAS FONTES: JURISPRUDÊNCIAS E ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

- III.1. Do Supremo Tribunal Federal (STF).
- III.2. Do Superior Tribunal de Justiça (STJ).
- III.3. Dos Tribunais Federais e Estaduais.

Supremo Tribunal Federal - www.stf.gov.br

Superior Tribunal de Justiça - www.stj.gov.br

Justiça Federal PE - www.jfpe.gov.br

Justiça Federal PB - www.jfpb.gov.br

Justiça Federal SP - www.jfsp.gov.br

Justiça Federal RJ - www.jfrj.gov.br

Tribunal de Alçada de MG - www.tamg.gov.br.

Tribunal de Justiça de SC - www.tjsc.gov.br.

Tribunal de Justiça de SP - www.tjsp.gov.br.

Tribunal de Justiça de RJ - www.tjrj.gov.br.

Tribunal de Justiça de RO - www.tjro.gov.br.

Tribunal de Justiça de DF - www.tjdf.gov.br.

Tribunal Regional Federal 1ª Região - www.trf1.gov.br

Tribunal Regional Federal 2ª Região - www.trf2.gov.br

Tribunal Regional Federal 3ª Região - www.trf3.gov.br

Tribunal Regional Federal 4ª Região - www.trf4.gov.br

Tribunal Regional Federal 5ª Região - www.trf5.gov.br

IV. ARTIGO

IV.1. ADEODATO, João Maurício, *Bases para uma metodologia em direito*: Revista do Centro de Estudos Judiciários/Brasília, Conselho da Justiça Federal, abril de 1999, pp. 143/150.

V. REVISTAS

- V.1. Revista Dialética de Direito Tributário SP, n. 22.
- V.2. Revista Dialética de Direito Tributário SP, n. 23.
- V.3. Revista Dialética de Direito Tributário SP, n. 24.
- V.4. Revista dos Tribunais/SP,
- V.5. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica – 48, Colloquia-6, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1999 – 2000.
- V.6. Revista do Centro de Estudos Judiciários/Brasília, Conselho da Justiça Federal, abril de 1999.
- V.7. Síntese Jornal, novembro/2001, ano 5, nº 57: Porto Alegre/RS.

VI. DIÁRIOS

- VI.1. DJU - Diário da Justiça da União.
- VI.2. D.O.E.- Diário Oficial do Estado de Pernambuco.

EMILIANO EUSTÁQUIO DA SILVA

**DA EXECUÇÃO FISCAL. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
OU OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
(Uma abordagem jurídico-doutrinária e jurisprudencial à luz do
princípio da ampla defesa)**

TESE DE DOUTORADO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA
FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE (FDR), DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DE PERNAMBUCO (UFPE), COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO
GRAU DE DOUTOR EM DIREITO.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Juliano do Rêgo Feitosa.

APROVADA EM 6 DE AGOSTO DE 2003

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. LEONARDO GRECO

PROF. DR. JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

PROF. DR. GUSTAVO FERREIRA SANTOS

PROF. DR. LÚCIO GRASSI

PROF^a DRA. ENEIDA CORREIA DE MELO ARAÚJO