

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA QUARTA VARA
CÍVEL DA COMARCA DE MAUA - SÃO PAULO

J. de S.
com Myjine
M 21/5/7

URGENTE

Proc 1554/00

"E não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida".
(Galeno Lacerda)

"Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres." (Rui Barbosa)

ELENA MARIA DO NASCIMENTO, brasileira, solteira, advogada, portadora da Cédula de Identidade RG nº 8.253.791, CIG/MF sob nº 688.785.248-91, domiciliada na rua Benedito Augusto do Nascimento, nº 164, Jardim Pilar, Mauá, São Paulo, por seu procurador, *in fine* assinado, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, nos autos da execução que lhe move ALZIRA PEREIRA DOMINGUEZ, oferecer a presente

2017 18447

Juny

120

140

123 #s. 137

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Com fins nos artigos 267, § 3º; 585, inciso II; 586, caput; 618, inciso I e II, do Código de Processo Civil, e nos argumentos de fato e de direito que passa a expender:

I - DO CABIMENTO DA PRESENTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

O primeiro jurista a traçar os contornos da exceção de pré-executividade foi **PONTES DE MIRANDA**, em parecer que ofertou em julho de 1966, por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann. Esta sofria várias execuções, em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, além de pedidos de falência, sempre com base em títulos que continham assinatura falsa de um dos seus diretores. Com vários títulos assim contrafeitos é de se imaginar o perigo a que a empresa estava exposta. Disse o acatado jurista nesse parecer: *"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 exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta do preenchimento dos requisitos legais.

É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. Predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais), reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, ser objeto da exceção de pré-executividade (na verdade objeção de pré-executividade, segundo alguns autores que apontam a impropriedade do termo), até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com o dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação.



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por FABIO ZANERATO, liberado nos autos em 31/05/2019 às 10:24. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0011976-33.2000.8.26.0348 e código 243A730.

Por ser ilegítima a parte, não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistentes os pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica-processual e, ainda, por se mostrar a autoridade judiciária absolutamente incompetente.

Há possibilidade de serem argüidas também causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que seja de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução.

Isso significa estar correta a alegação, de certa forma freqüente principalmente em execuções, de que, com a promulgação da atual Constituição Federal, a obrigatoriedade da garantia do juízo para oferecimento de embargos mostrar-se-ia inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal.

É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao poder judiciário, deduzindo pretensão e podendo se defender com a maior amplitude possível, conforme o processo descrito na lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo legal, haja o desapossamento de bens e da liberdade da pessoa.

Havendo um processo descrito na lei, este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesses do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também rege a relação processual.

Ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal.

Na verdade, o princípio do contraditório, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico de igualdade dos governados perante a lei, que no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo (FIX-ZAMÚDIO, "Constitución y proceso...", p. 32; VIGORITI, La garanzia costituzionale..., p. 156).

Handwritten signature

Handwritten initials

Handwritten initials

fls. 139
Handwritten number 125 and signature



143
126 140

O direito ao devido processo legal compreende, segundo FRITZ BAUR, além da proteção judiciária (direito ao processo), o direito à completa proteção jurídica, ou seja, a uma adequada proteção processual sempre que necessitar de ser ouvido em juízo. Essa garantia corresponde a um direito fundamental em matéria de processo. Isto se justifica, segundo o professor alemão, por outros princípios básicos também enunciados expressamente pela Carta da República Federal da Alemanha, ou seja: a) o princípio do Estado de direito; b) o princípio da dignidade da pessoa; "*L'individu ne doit pas seulement être l'objet d'une décision judiciaire, mais, pour pouvoir influencer la procédure et sa conclusion, il doit avoir droit à la parole avant qu'une décision, concernant ses droits, n'intervienne*"; c) o princípio do melhor esclarecimento da causa (BAUR, Fritz, "La socialización del proceso, Salamanca, Universidade de Salamanca, 1980, p. 15). Vale dizer: o compromisso maior do processo deve ser com a verdade.

Por fim, o contraditório e a ampla defesa seriam vãs declarações de garantia se o julgamento não ficasse adstrito à prova e as alegações do processo e se o julgador não estivesse obrigado a fundamentar nessas provas e alegações a sua sentença. O princípio do contraditório, portanto, começa com a garantia de defesa e termina com a obrigatoriedade da sentença fundamentada.

Quando se cogita do contraditório, depara-se com o que a doutrina do nosso tempo apelida de "*um princípio constitucional do processo civil*" (FREDERICO MARQUES, "Instituições de Direito Processual Civil", Rio, Forense, 1958, v. II, nº 310, p. 111; EMÍLIO BERRI, "Diritto Processuale Civile Italiano", 1936, p. 87). E enquanto os princípios processuais, em regra, são relativos e admitem muitas exceções, o do contraditório apresenta-se como absoluto "e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo" (ANDRIOLI, "Lezioni di Diritto Processuale Civile", v. I, nº 5, p. 21; HUMBERTO JÚNIOR, "Curso de Direito Processual Civil", 5ª ed., Rio, Forense, 1989, v. nº 24, p. 28).

A presença do contraditório, como peça imprescindível do *due process of law* manifesta-se no processo de conhecimento, como garantia de "análogas possibilidades de alegações e provas", para todas as partes. Mas não se trata de expediente exclusivo daquele tipo de atividade processual. Também no processo de execução sua atuação é marcante e consiste: "*em admitir, dentro de términos más reducidos, los medios de defensa necesarios para evitar la ruinosa realización de los Derecho Processual Civil*", 36 ed., Buenos Aires, Depalma, 1979, v. I, nº 20, p. 66).

Juny

Aplica-se, então, o princípio do contraditório ao processo de execução para propiciar aquele que suporta a atividade executiva meios de se bater contra uma "liquidação ruínosa de seus bens" (FREDERICO MARQUES, ob. cit., II, nº 310, p. 112; ROCCO, "L'interpretazione delle leggi processuali", Roma, 1906, p. 47).

Não se pode, outrossim, admitir um processo em contraditório sem que dos atos e termos do juízo seja dada ciência a todos os que devam suportar suas consequências. "O contraditório é ciência bilateral dos atos e termos processuais, com possibilidade de contrariá-los" (FREDERICO MARQUES, ob. cit., II, nº 311, p. 113).

Atualmente, a doutrina e jurisprudência têm gradativamente e com maior frequência afirmado ser possível, pela Executada, a impugnação à executividade do título apresentado pelo exequente antes mesmo da realização da penhora.

Como ato de afetação patrimonial que é, a penhora atinge de forma severa a esfera jurídica da Executada, que está sendo injustamente demandada. O elenco extensivo de títulos executivos no ordenamento jurídico brasileiro, não encontrado em nenhum outro sistema jurídico, tem a grande vantagem de propiciar o desencadeamento de atos constitutivos, graças à eficácia abstrata que emana do título executivo.

No entanto, em certas ocasiões, tais atos não são verdadeiramente desejados pelo direito. Em contrapartida, o mesmo ordenamento que oferece a possibilidade de o Exequente valer-se de atos de agressão sobre o patrimônio da executada permite a utilização por este de amplos meios de defesa.

É sabido que o título executivo, tal como definido pelo direito positivo, é elemento autorizador da penhora para depois, em sede de impugnação da executada, discutir-se qual das partes tem razão. Isso significa que, não estando ele presente, ou mesmo carecendo de liquidez, certeza e exigibilidade, tem o juiz o dever de indeferir *in limine* a execução.

A presença de um título executivo, com a sua eficácia abstrata, permite seja feita desde logo a constrição de bens e eventuais discussões sobre a existência, inexistência ou valor da obrigação ficam adiadas para o momento da oferta da impugnação à execução.

[Handwritten signature]

[Handwritten marks: "127" and a signature]

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por FABIO ZANERATO, liberado nos autos em 31/05/2019 às 10:24. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0011976-33.2000.8.26.0348 e código 243A730.



Ora, quando o título não existe ou quando a sua própria existência é posta em discussão, seria uma ilegalidade exercer constrição sobre o patrimônio da obrigada, justamente porque para tanto falta o elemento legitimador possível – ou seja, o título executivo. Assim é a doutrina em geral, destacando-se de modo muito especial a do Mestre de maior influência no pensamento processualístico brasileiro, ENRICO TULLIO LIEBMAN(1) e a do autor da mais festejada de todas as monografias escritas sobre o tema em plano internacional, GIUSEPPE MARTINETTO(2).

Essas razões são fortemente reconfirmadas pelo direito positivo, a partir de quando o Código de Processo Civil (arts. 584 e 585) e leis especiais elencam taxativamente os títulos executivos, incluindo-se sempre sua existência e apresentação no processo executivo entre os "requisitos necessários para realizar qualquer execução" (CPC, arts. 580 e seguintes). Todo o sistema é apontado para a exigência do título executivo e deve o julgador sempre e *ab initio* verificar a presença de um título hábil. Sendo que a execução será nula quando desprovida de título ou quando faltarem os predicados de certeza, liquidez ou exigibilidade (art. 618, inc. I).

Por tudo isso, cabe ao julgador examinar cuidadosamente o título executivo antes de determinar o desencadeamento de atos de agressão patrimonial, que desfalcam a Executada do seu patrimônio, no todo ou em parte. Outras vezes, os reflexos são indiretos, pois o depósito ou a penhora de bens da executada pode acarretar uma fatal e inaceitável expropriação no patrimônio da executada, com conseqüências indesejáveis e de grande extensão pecuniária.

Portanto, tem a executada interesse de utilizar todos os meios recursais contra a decisão que determinou a penhora de seu bem, objetivando a imediata proteção do patrimônio para um exame minudente acerca da própria existência do título executivo seja feito.

O chamado despacho inicial no processo de execução tem nítida natureza de decisão interlocutória na medida em que o juiz deve, *ab initio*, examinar os pressupostos de existência do título para, a partir daí, determinar a realização de atos de afetação patrimonial.

Janey

125
2

125
S

fls. 142
128
28

Em suma, todo poder legítimo se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório.

E contraditório "significa direito à ciência e à participação, participar conhecendo, participar agindo".

O título executivo não constitui prova inequívoca da real existência do direito afirmado e tão pouco cria direitos.

No processo de execução, como no processo de conhecimento, o juiz ao identificar o vício deverá declará-lo inexistente a qualquer tempo e de ofício, independentemente da apresentação de impugnação da executada ou de sua manifestação no processo executivo.

Nesse sentido, cada vez mais os tribunais brasileiros têm aceito as denominadas objeções de pré-executividade, que versam sobre matéria de defesa e são cognoscíveis de ofício pelo julgador por se referirem a questões de ordem pública, passíveis de apreciação independentemente de qualquer iniciativa do demandado (CPC, art. 267, § 3º, e 301, § 4º).

Permite-se com tais objeções o oferecimento de defesas antes da efetivação da penhora ou do depósito e ao longo de todo o arco procedimental, pois não estão sujeitas à preclusão; o demandado pode insurgir-se contra a execução, antes ou depois de seguro o juízo, que autoriza a apresentação de impugnação por petição dirigida aos próprios autos do processo executivo.

Como é sabido, a ausência das condições da ação provoca a extinção do processo (CPC, art. 267). Além disso, por serem de ordem pública, questões como essa podem e devem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes (art. 267, § 3º).

Jury

128
J

146
S

129
fs. 143
J

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por FABIO ZANERATO, liberado nos autos em 31/05/2019 às 10:24. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0011976-33.2000.8.26.0348 e código 243A730.

No processo de execução, questões de ordem pública, relacionadas às condições da ação e aos pressupostos de desenvolvimento do processo, são denominadas pela doutrina de objeções de pré-executividade ou exceções de pré-executividade.

Os Tribunais brasileiros estão integralmente alinhados ao entendimento de que a defesa da executada não se faz somente mediante impugnação, mas também no próprio processo de execução. Nesse sentido, são ilustrativos os precedentes que a seguir se exhibe:

"EXECUÇÃO - FALTA DE LIQUIDEZ - NULIDADE - PRÉ-EXECUTIVIDADE - 1. Admite-se a exceção, de maneira que é lícito arguir 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" (REsp 124.364, DJ de 26.10.1998). 2. Mas não afeta a liquidez do título questões atinentes à capitalização, cumulação de comissão de permanência e correção monetária, utilização de determinado modelo de correção. Trata-se de matérias próprias dos arts. 741 e 745 do CPC. 3. Podendo validamente opor-se à execução por meio de embargos, não é lícito se utilize da exceção. 4. Caso em que na origem se impunha, "para melhor discussão da dívida ou do título, a oposição de embargos, uma vez seguro o juízo da execução". Inocorrência de afronta do art. 618, I do CPC. Dissídio não configurado. 5. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 187.195 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Nilson Naves - DJU 17.05.1999 - p. 202)

Jury

128
 EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL -
 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - FALTA DE
 LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO -
 1. Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo
 Civil o oferecimento da exceção de pré-executividade
 para postular a nulidade da execução (art. 618 do
 Código de Processo Civil), independentemente do
 embargos de devedor. 2. Considerando o Tribunal de
 origem que o título não é líquido, certo e exigível,
 malgrado ter o exequente apresentado os documentos
 que considerou aptos, não tem cabimento a invocação
 do art. 616 do Código de Processo Civil. 3. Recurso
 especial não conhecido. (STJ - REsp 160.107 - ES -
 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU
 03.05.1999 - p. 145)

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 do prazo fixado
 para os embargos de devedor. Precedentes. Recurso
 conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ -
 REsp 220100 - RJ - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de
 Aguiar - DJU 25.10.1999 - p. 93)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL -
 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - SENDO
 RAZOÁVEL A TESE SUSTENTADA PELA
 DEVEDORA, SUSPENDE-SE O ANDAMENTO DA
 EXECUÇÃO ATÉ O JULGAMENTO DO INCIDENTE -
 Agravo provido. (TJRS - AI 598455939 - RS - 9ª
 C.Civ. - Rel. Des. Tupinamba Pinto De Azevedo - J.
 23.03.1999)

NOTA PROMISSÓRIA - EMISSÃO POR MANDATÁRIO
 SEM PODERES - NULIDADE DO TÍTULO -
 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - Nota
 promissória emitida por mandatário sem poderes
 expressos no instrumento de mandato padece de
 ineficácia que impede o processo de execução. Apelo
 improvido. (TJRS - AC 197242175 - RS - 17ª C.Civ. -
 Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo - J. 15.12.1998)

Guery

129
S

119
S

132
S

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA - A MATÉRIA ARGÜIDA IMPLICA EM EXAME DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO, SENDO NULIDADE DAQUELAS QUE PODEM E DEVEM SER RECONHECIDAS DE OFÍCIO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE CHEQUE NOBRE - EXECUÇÃO - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - INADMISSIBILIDADE - NÃO SE ADMITE A EXECUÇÃO DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO, MESMO QUE ACOMPANHADO DOS EXTRATOS DE SUA UTILIZAÇÃO, POR AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ - RECURSO IMPROVIDO - (AC 197114713) - AGRAVO PROVIDO - (TJRS - AI 198098717 - RS - 15ª C.Cív. - Rel. Des. Vicente Barroco de Vasconcelos - J. 19.08.1998)

EXECUÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NULIDADE DA EXECUÇÃO - CASSAÇÃO DA SENTENÇA - Processual civil. Exceção de pré-executividade. A arguição de nulidade da execução, através da denominada "exceção de pré-executividade", não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente. Provimento do recurso. (MCG) (TJRJ - AC 2.596/98 - Reg. 090998 - Cód. 98.001.02596 - RJ - 16ª C.Cív. - Rel. Desig. Juiz Nagib Slaibi Filho - J. 30.06.1998)"

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 187.195, publicado em 17 de maio de 1999, tendo como relator o Ministro Carlos Arberto Meneses Direito, esposou o seguinte entendimento:

"Execução. Falta de liquidez. Nulidade (pré-executividade). 1. Admite-se a exceção, de maneira que é lícito, 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 exibibilidade do título a viabilizar o processo de execução" (Resp - 124.364, DJ de 26/10/98)."

Guany

1730
l

133
147
2/6

Sendo absolutamente inviável a via executiva pretendida, o processo não escapará de ser liminarmente extinto por decisão terminativa: a inadequação da tutela jurisdicional pretendida é tamanha que não há como prosperar.

Como sustentado, a Exequente sem título, ou com título ilíquido, inexigível ou Incerto é carecedor da ação por falta de Interesse processual (Inadequação da via jurisdicional executiva), extinguindo-se o processo por ausência de uma das condições da ação.

Aliás, nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo é uníssona, pacífica e remansosa, senão vejamos:

"(Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, processo nº 17930002815 - DATA: 16 de maio de 1995, Rel. Desembargador Arione Vasconcelos Ribeiro Acórdão: E m e n t a: Apelação cível - Processual Civil - Execução - Falta de título executivo - Ofício de intimação - Ausência dos pressupostos de certeza e exigibilidade - Título judicial - Inexistência - Nulidade da execução - Matéria de ordem pública - Decretação de nulidade da execução - Apelação conhecida e provida. 1.- Sem a prova do título contendo os pressupostos de executividade, o credor não pode propor ação de execução (art. 586, do CPC). 2.- O ofício de intimação da sentença condenatória não constitui título executório por falta dos pressupostos de liquidez e exigibilidade porque não se pode avaliar se transitou ou não em julgado a sentença. 3.- Somente as sentenças, cartas de sentença e os for mais de partilha se constituem em título judicial para fundamentar ação de execução definitiva ou provisória (art. 587, do CPC). 4.- Faltando os pressupostos de executividade do título nulo e o processo de execução por ferir a regra dos arts. 584 e 586, do CPC. 5.- nula e a execução que não esta fundamentada em título executivo que não for líquido, certo e exigível (art. 618, I, do CPC) e como se trata de matéria de ordem pública (art. 586, do CPC) que impõe regra imperativa de que "fundar-se-a sempre em título líquido, certo e exigível". 6.- Apelação conhecida para, de ofício, decretar a nulidade do processo executivo "ab initio".

Jury