

A DEFESA INTRAPROCESSUAL DEPOIS DAS REFORMAS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E A RAZÃO DA SUA PERENIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Karina da Silva Magatão*

MAGATÃO, K. S. A defesa intraprocessual depois das reformas do processo de execução e a razão da sua perenidade no ordenamento jurídico. **Rev. Ciên. Jur. e Soc.** da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 343-369, jul./dez. 2008.

RESUMO: Mesmo depois das últimas reformas legislativas, permanece em nosso sistema jurídico a possibilidade de o devedor suscitar questões excepcionais que denotam certo interesse público, levando cognição ao processo de execução. O que nunca se percebeu, entretanto, pelo que se percebe da análise doutrinária e jurisprudencial, é que o fundamento para a admissibilidade da defesa intraprocessual ou exceção de pré-executividade é a preclusão - condicionada à dispensa de instrução probatória -, instituto basilar do processo civil e de grande relevância no ordenamento. Como pilar do sistema, a tendência é que se mantenha perene, e daí a permanência da defesa intraprocessual.

PALAVRAS-CHAVE: Preclusão. Defesa Intraprocessual. Exceção de pré-executividade.

1 INTRODUÇÃO

O processo civil sofreu inúmeras reformas legislativas nos últimos tempos, devido à necessidade evolutiva do direito, decorrente da presença do Estado Democrático e da fundamental proteção e satisfação dos direitos na contemporaneidade.

Uma das pretensões da última reforma do processo de execução, em especial com as inovações trazidas pela Lei 11.382/06, que passou a prever, expressamente, a dispensa da garantia do juízo para o devedor opor-se à execução de título extrajudicial por meio de embargos, era acabar com a exceção de pré-executividade, instrumento usual manejado pelo devedor que pretende defender-se da execução sem a oposição dos embargos.

Esta mudança, com certeza, vem diminuindo a apresentação da exceção

* Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Professor Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista da CAPES. Advogada.

Endereço: Rua Carlos Dietzsch, n. 334 – ap 41 L, Portão, Curitiba-PR CEP 80330-000. E-mail: karinamagatao@hotmail.com

de pré-executividade, contudo, não foi suficiente para eliminar o incidente por completo, pois sua admissibilidade nunca teve por fundamento, tão somente, possibilitar a defesa do devedor sem impor a garantia. A verdadeira base para o manejo da exceção de pré-executividade é a preclusão, na medida em que matérias não sujeitas aos seus efeitos podem e devem ser conhecidas de ofício e ou em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive no processo de execução, se puderem ser analisadas de plano, sem a necessidade de instrução probatória.

Desta forma, o presente trabalho faz uma pequena abordagem sobre a preclusão, instituto de tamanha importância no processo civil. Desenvolve-se o tema com o intuito de trazer algumas noções gerais sobre a mesma, apontamentos sobre aquelas alegações que não se sujeitam à preclusão, em especial as que se relacionam ao processo de execução, e, por fim, considerações sobre as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça, nos últimos dez anos, envolvendo a matéria. Com isso, pretende-se demonstrar que a exceção de pré-executividade não foi extinta. Ela permanecerá enquanto se falar de preclusão, embora, muitas vezes, seu fundamento seja ignorado por aqueles que suscitam e julgam o incidente.

2) Apontamentos sobre as reformas ocorridas no processo de execução

Dentre as mais recentes reformas no processo civil, citem-se as ocorridas no processo de execução, consideravelmente modificados nestes três anos que se passaram. Uma das mais importantes novidades foi introduzida pela Lei n.º 11.232/05 que, dentre outras previsões, trouxe o denominado *cumprimento de sentença*.

Antes da lei, quando o assunto dizia respeito à efetivação de sentença que reconhecia determinada obrigação por quantia certa, a parte deveria servir-se do processo de execução de título judicial, instrumento autônomo em relação ao processo de conhecimento anterior. Através do mesmo, o devedor é citado para pagar o débito ou nomear bens à penhora, iniciando-se, assim, um procedimento moroso, pois, a partir da penhora, o devedor tem a faculdade de opor embargos à execução, processo de conhecimento autônomo em relação ao processo de execução, que o suspende e traz cognição à causa, já que não se admite, via de regra, conhecimento no processo de execução, sendo que, para tal, há necessidade da garantia do juízo pelo depósito ou penhora. Somente após o término dos embargos à execução que se realizará a avaliação, expropriação de bens e, por fim, eventual satisfação do direito.

Com a inovação legislativa e o surgimento do cumprimento de sentença, não mais se fala de processo autônomo de execução. Para a efetivação de decisão que reconheça obrigação por quantia certa, a parte deve se valer do

instituto referido, que se constitui fase procedimental posterior à sentença. Segundo dispõe o art. 475-J CPC, se o devedor, condenado a pagar quantia certa, não o fizer em quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Além disso, na execução de título executivo judicial, hoje denominada cumprimento de sentença, também não existe mais a figura dos embargos à execução, que foi substituída pela impugnação ao cumprimento de sentença. A redação do novo art. 475-J, §1º do CPC prevê que, realizada a penhora e intimado o executado, fluirá o prazo de quinze dias para o mesmo, querendo, impugnar a pretensão executiva, seja a execução provisória, seja definitiva.²

Assim, a impugnação deve ser oferecida no prazo de quinze dias a contar da intimação da penhora e, de regra, não terá efeito suspensivo. Da análise da redação do dispositivo relacionado, resta evidente a limitação da defesa do devedor à disponibilidade de seus bens, da mesma forma que ocorria com os embargos à execução. Portanto, ao menos pela literalidade da lei, a oposição da impugnação ao cumprimento da sentença está condicionada à penhora ou ao depósito, como ocorria no caso de embargos.

Embora as mudanças sejam relativamente recentes, dito entendimento já encontra fundamento na doutrina (ASSIS, 2006) e na jurisprudência (TJ-Pr: Processo 0519406-1; Agravo de instrumento; 5ª CC; Relator José Marcos de Moura; 26/09/2008. TJ-Pr: Processo 0507488-2; Agravo de instrumento; 7ª CC; Relator Ruy Francisco Thomaz; 09/09/2008).³

Já em relação à execução de título extrajudicial, cujo procedimento era muito similar à referida execução de título judicial, inclusive em relação à defesa do devedor por meio de embargos à execução, também sobrevieram significativas inovações com Lei n. 11.382/06. Dentre as principais, sem sombra de dúvida, está a alteração do art. 736 do CPC, que passou a ter a seguinte redação: *O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.*

O art. 737 do CPC, que exigia a garantia do juízo pela penhora ou depósito como requisito para a oposição dos embargos, foi revogado expressamente. A oportunidade dos embargos como meio de defesa do devedor permanece, mas, em decorrência da dispensa da garantia do juízo e visando a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, a oposição dos mesmos não mais suspende o processo de execução, salvo em situações excepcionais.

¹ Permaneceu, contudo, a oposição dos embargos à execução por quantia certa contra devedor solvente para o caso de execução contra a Fazenda Pública.

² Contrariamente, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que a impugnação não exige a prévia segurança do juízo (v. III, 2007).

Em ambos os casos, de execução de título judicial e extrajudicial, além dos antigos embargos, que exigiam a garantia do juízo e suspendiam o processo de execução, admitia-se a defesa do devedor por meio da exceção de pré-executividade, instrumento sem previsão legal, mas bastante comum perante o Judiciário, por meio do qual o réu introduz cognição no processo de execução, permitindo o conhecimento de determinadas questões específicas pelo juiz, independentemente da garantia do juízo.

Portanto, a impossibilidade de cognição no processo de execução jamais foi absoluta. Há muito se admite a exceção de pré-executividade, de maneira limitada, evidentemente, mas sempre presente. Desta forma, situações excepcionais autorizavam o devedor a formular determinadas alegações muito específicas que, por diferentes motivos, eram capazes de obstar o prosseguimento da execução, independentemente da efetivação da garantia do juízo e das figuras formais de defesa previstas na lei.

Muito já se discutiu e escreveu sobre o tema, sempre com enfoque num direito processual de garantia, mais voltado para a tutela e proteção dos direitos fundamentais do devedor.

A título de curiosidade, fique o registro que o primeiro a tratar do assunto foi o ilustre Pontes de Miranda, em 1966, através de louvável parecer que cuidou de questão sobre pedido de decretação de falência embasado em títulos falsos, que foi posteriormente indeferido pelo juízo antes da penhora ou do depósito.

Entretanto, não obstante ser progenitor do instituto, a expressão *exceção de pré-executividade* não é de sua autoria. Muitos atribuem ao mesmo, erroneamente, a paternidade da mesma, sendo que foi criada anos depois, por Galeno Lacerda.

Mas, justamente por muitos já terem escrito sobre o tema, surge a pergunta: porque motivo, mais uma vez, se está abordando o assunto?

As considerações feitas sobre o processo de execução, antes e depois das reformas, são breves e pontuais, se considerados o alcance e a complexidade das alterações ocorridas nos últimos tempos, mas suficientes para introduzirmos o tema pretendido. Senão vejamos:

As inovações legislativas citadas (bem como aquelas das quais não nos ocupamos porque não é este o objetivo do presente trabalho) eram necessárias e, há tempos, uma ânsia dentre aqueles que acreditavam e, provavelmente, ainda acreditam na melhora da prestação jurisdicional através da alteração do código.

Com esta mentalidade, um dos objetivos da reforma, ao eliminar a exigência de garantia do juízo para a admissibilidade dos embargos à execução de título extrajudicial, foi banir da prática jurídica a exceção de pré-executividade, afinal, muitas destas eram manejadas sob o fundamento de que o devedor não

possuía bens para garantir a execução ou, se os possuía, não poderia dispor dos mesmos, pois isto lhe causaria um ônus injusto.

O raciocínio foi no sentido de que, permitida a defesa do devedor sem a garantia do juízo, sua defesa seria realizada por meio de instrumento previsto em lei - embargos à execução -, observando-se o procedimento disposto para tal. Assim, estariam eliminados os tumultos trazidos pelo incidente conhecido como exceção de pré-executividade.

Sabe-se, entretanto, que o requisito da garantia do juízo nunca foi obstáculo para alegações diversas no bojo do próprio processo de execução de título judicial ou extrajudicial. Melhor dizendo, em muitos casos, a garantia do juízo constituía-se obstáculo, contudo, a natureza da defesa apresentada pelo devedor permitia a superação desse obstáculo e o conhecimento das alegações pelo juiz.

Nas palavras de Araken de Assis:

A esperança de que, ensejada a defesa do executado através da impugnação incidental, se eliminaria automaticamente o campo propício à exceção de pré-executividade, desvanece-se à primeira vista. Em primeiro lugar, ao executado interessa impedir a penhora; ora, a impugnação pressupõe semelhante constrição, notando-se que o prazo para impugnar (art. 475-J, §1º) fluirá da intimação que por ventura se faça deste ato executivo. Ademais, vencido o prazo para impugnar por qualquer motivo, subsistem as objeções (por exemplo, a ilegitimidade) e as exceções (por exemplo, a prescrição, a teor do art. 193 do CC de 2002), imunes ao fenômeno da preclusão. Assim, a impugnação incidente não basta à defesa do executado. É preciso acatar suas alegações formuladas antes e após a fluência do prazo para impugnar. À iniciativa do executado ilegal ou injustamente se dê o nome que se quiser, o crítico mais impertinente achar correto e atraente: nada se alterará, substancialmente, no que toca à necessidade e ao cabimento da defesa interna à execução. (ASSIS, 2006, p. 307-308).

Ademais, quando o Superior Tribunal de Justiça analisa a possibilidade de alegações não sujeitas à preclusão no processo de execução, posteriormente ao julgamento dos embargos do devedor, e opina pela admissibilidade no caso de a matéria não ter sido objeto de discussão nos embargos anteriormente opostos, fica evidente que, mesmo com as alterações sofridas, a *impreclusividade* de algumas matérias continuará possibilitando alegações nestes processos, inclusive no caso de execução de título extrajudicial, que admite defesa ampla sem garantia do juízo.³

³ REsp 705.352/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29.11.2006, DJ 11.12.2006 p. 353. REsp 509.831/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JU-

Portanto, diferente do que muitos acreditam, a exceção de pré-executividade não foi eliminada do nosso sistema com as reformas legislativas atuais. Aliás, ela jamais o será, por mais atrevida que possa parecer esta afirmação.

Com o passar do tempo, é certo que pode mudar o contexto em relação à sua aplicabilidade. Podem surgir discussões sobre a mesma por outra perspectiva e os juristas podem até chamá-la por outro nome. Enfim, pode-se evoluir nos estudos da mesma, contudo, ela permanecerá, sempre pronta a provocar a manifestação do Judiciário, porque não é o instrumento em si, hoje denominado pela maioria *exceção de pré-executividade*, que possui real relevância, mas o fundamento que está por trás do mesmo e que preenche o conteúdo da manifestação da parte: a *preclusão*.

A preclusão é um fundamento do direito processual, embora a categoria também pertença ao direito material,⁴ e, como todo fundamento, imprescindível a sua análise como um dos temas basilares do sistema jurídico. E, como fundamento, não se pode cogitar da sua extinção, por mais que o tempo passe e o direito mude, e é com base na preclusão que deve ser tratada a *exceção de pré-executividade*, também chamada *defesa intraprocessual*, expressão usada por Edson Ribas Malachini (2008) e Fernando Rister de Souza Lima (2007), que foi adotada neste trabalho, pois se constitui denominação mais adequada para significar o instituto, embora não seja o termo mais comum.⁵

3) Noções gerais sobre a preclusão

O instituto da preclusão, no sentido modernamente entendido, tem origem nos estudos de Giuseppe Chiovenda. O mesmo partiu da doutrina alemã, em especial a de Oskar Bulow, para desenvolver suas pesquisas.⁶

Na época, a legislação italiana não mencionava a preclusão, mas a doutrina e a jurisprudência já a utilizavam com amplitude, inclusive com a adoção do

NIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23.11.2004, DJ 07.03.2005 p. 260. AgRg no REsp 634.003/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14.09.2004, DJ 07.03.2005 p. 277. REsp 419.376/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16.05.2002, DJ 19.08.2002 p. 181.

⁴ Attardi, um dos críticos da doutrina de Chiovenda, já fazia afirmações neste sentido (1985). Nesta orientação também Edson Ribas Malachini (2008) e Araken de Assis (2001). Em sentido contrário Ovídio Araújo Baptista da Silva (2000).

⁵ Embora não exista espaço neste trabalho para tratar da nomenclatura do instituto, registre-se que o termo exceção de pré-executividade merece inúmeras críticas. Ver Edson Ribas Malachini (2008).

⁶ Elucidou Chiovenda: Minhas observações tiveram propósito e resultado de simplificação e de diferenciação. Proporcionou-me o motivo e ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de idéias, não somente novas, senão também sadias, fecundas e propulsivas: refiro-me a OSKAR BULOW e ao seu trabalho fundamental Civil Prozessualische Fiktionen und Wahrheiten (CHIOVENDA, 2000, p. 185.).

termo *preclusão* usado por Chiovenda. A lei italiana somente foi tratar da mesma de forma expressa em 1942, com a promulgação do Código de Processo Civil.

O vocábulo foi extraído de fontes romanas, da dita *poena praeclesi*, cujo conceito tinha o mesmo sentido que o empregado por Chiovenda. Nas palavras do autor:

Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de “preclusão”, extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe dou, “*poena praeclesi*” do direito comum, ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena. Coligi e reuni sob essa observação e essa denominação numerosos casos (e não são todos) nos quais esse expediente de acha aplicado pela lei (CHIOVENDA, 2000, p. 184).

No Brasil, da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência se anteciparam à lei, tanto que a primeira menção expressa ocorreu na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1940. Em termos de norma, contudo, só veio a ser mencionada com a edição do Código de Processo Civil atual.

Entretanto, o legislador brasileiro não ignorava o fenômeno da preclusão, tanto é que o código anterior, ao estabelecer uma ordem para a prática dos atos processuais, impunha a perda de tal direito pela manifestação extemporânea (FERREIRA FILHO, 1991).

O conceito de preclusão, como todos os estudos primordiais sobre o assunto, é atribuído a Giuseppe Chiovenda (2000), quem primeiro observou que a prática de atos processuais, em todo tempo e lugar, sofre limitações em relação ao exercício de determinadas faculdades, para assegurar precisão e rapidez no decurso do processo.

A preclusão, segundo seus ensinamentos, consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo só fato de terem atingido os limites assinalados pela lei para o seu exercício. Aponta como fatos que acarretam a perda, a extinção ou a consumação de uma faculdade processual:

a) a não observância da ordem estabelecida pela lei para o uso de seu exercício, como os prazos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

b) a prática de uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença;

c) o exercício válido da faculdade (consumação propriamente dita).

Trata-se, enfim, da perda de direitos processuais, assim como a prescrição e a decadência⁷ o fazem, cada uma com as suas peculiaridades, em relação aos direitos materiais (ARENHART, MARINONI, v. II, 2007). Assim, a preclusão gera efeitos dentro do próprio processo, atingindo a relação jurídica processual firmada entre as partes (CHIOVENDA, 2000).

Dos fatores apontados por Chiovenda (decurso do prazo peremptório ou inobservância da ordem legal das atividades processuais; prática de atividade incompatível com a que se pretende praticar; exercício válido da faculdade processual), depreendem-se, basicamente, três espécies ou tipos de preclusão:

a) Preclusão temporal: os atos processuais têm ocasião e oportunidade próprias para a realização, ou seja, os prazos devem ser obedecidos quando da prática do ato. Se isto não ocorre e o prazo estipulado decorre sem o exercício dessa faculdade ou a oportunidade adequada é superada, extingue-se o direito para tal.

Neste sentido, o art. 183 do CPC estabelece que, decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar o ato, independentemente de declaração judicial, ficando salvo à parte, porém, provar que o não realizou por justa causa.

b) Preclusão consumativa: extingue-se a faculdade processual em razão da efetiva prática do ato de forma válida, ou seja, praticado o ato não pode o mesmo ser “refeito”(praticado novamente).

A preclusão consumativa está prevista no art. 294 do CPC, que permite à parte autora editar o pedido somente antes da citação, e também no art. 473 do CPC, principalmente, o qual dispõe que é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

c) Preclusão lógica: a extinção do direito à prática de um ato também pode ocorrer pela realização de um ato incompatível com esse direito. Se um ato incompatível com a faculdade processual é praticado, a lógica impõe a extinção do direito em relação à mesma. Pode-se aplicar aqui a proibição do *venire contra factum proprium*, uma vedação do comportamento contraditório decorrente do princípio da confiança, muito discutida no direito civil.

Um exemplo deste tipo de preclusão pode ser tirado do art. 503 do CPC, que prevê a impossibilidade da apresentação de recurso pela parte que tenha aceitado tácita ou expressamente a sentença ou decisão.

⁷ Não obstante a comparação, os institutos são totalmente diversos. Preclui o que deixa de existir no mundo jurídico. A preclusão é extinção de efeito dos fatos jurídicos, a prescrição é encobrimento de eficácia, não extinção. Já em relação à decadência, frustram-se as tentativas de diferenciá-las, pois não se pode diferenciar o que é igual, uma vez que ontologicamente o fenômeno é o mesmo: seja no direito processual (preclusão), seja no direito material (decadência), o fenômeno é a perda do direito pelo decurso do prazo (MALACHINI, 2008; ASSIS, 2006).

A doutrina ainda admite a sujeição das decisões do magistrado à preclusão, dita preclusão *pro judicato*, mas apenas em relação à preclusão consumativa (THEODORO JUNIOR, 2003), como também entendia (CHIOVENDA, 2000). É a exegese do art. 471 do CPC, que dispõe que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativamente à mesma lide.⁸

Excepcionalmente, também pode ocorrer para o juiz a preclusão lógica, quando, por exemplo, ao invés de exercer o juízo de retratação, o juiz cumpre a decisão agravada, e assim, fica impossibilitado de retratar-se posteriormente (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2006).

Percebe-se a forte ligação que existe entre o instituto estudado e a idéia de ônus processual. Este é um traço característico dos sistemas processuais de índole liberal, que se sujeitam ao princípio dispositivo.

As lições de Carnelutti sobre ônus processual são bastante oportunas:

Noi parliamo di onere quando l'esercizio di una facoltà è posto como condizione per ottenere un certo vantaggio; perciò onere è una facoltà, il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse. Obbligo e onere hanno comune l'elemento formale, consistente nel vincolo alla volontà, ma diverso l'elemento sostanziale, perchè il vincolo è imposto, quando vi è obbligo, per la tutela di un interesse altrui, e quando vi è onere, per la tutela di un interesse proprio (CARNELUTTI, 1936, p. 55).

A preclusão também está relacionada com a coisa julgada. O tema é bastante interessante e muito discutido em nosso direito, mas o objetivo, no momento, não é adentrar em profundo debate. Neste trabalho já é suficiente mencionar, embora impreciso o apontamento, que a coisa julgada se caracteriza pela impossibilidade de rediscussão da decisão proferida numa determinada relação processual existente. A preclusão é que traz esse impedimento e, no caso de decisão de mérito proferida no processo, fala-se em eficácia preclusiva da coisa julgada, ocasião em que a preclusão opera seus efeitos para além da relação processual existente, tornando imutável e impedindo a sua discussão posterior fora daquele processo.

Por fim, qualquer ato praticado nos autos, após a preclusão do direito de exercê-lo, é ineficaz, não produzindo qualquer efeito dentro do processo (FERREIRA FILHO, 1991).

Mas uma última pergunta não quer calar: que importância tem a preclusão, a ponto de esta ser considerada um dos fundamentos do processo civil?

Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho (1991), a preclusão é um dos

⁸ Sobre esta situação específica já se manifestava Chiovenda (2000).

meios para tornar o processo mais célere, embora não seja suficiente para alcançar a solução do problema da demora na prestação jurisdicional. Mas, ao impor ao procedimento uma rígida ordem entre as atividades que o compõe, o legislador pode contribuir com a celeridade.

Muitos críticos, em especial os italianos, como Virgilio Andrioli (1957), já rebateram este ponto com o argumento de que, ao visar a celeridade, a preclusão se mostra um instituto totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão.

Segundo Ovídio Baptista da Silva (2000), a preclusão representa sempre uma arma que o processo usa em defesa da segurança das relações processuais, em detrimento da justiça material, que é a outra polaridade de tensão a que está submetido o fenômeno jurídico. Por isso as inúmeras tentativas contemporâneas de sensível abrandamento das consequências de tal princípio, tendo em vista, precisamente, as modernas tendências da filosofia do direito, que busca o retorno aos padrões de justiça material no caso concreto.

Na realidade, “criticando a Crítica”, embora a preclusão pareça ser descomprometida com a justiça, ela acaba por conferir segurança jurídica ao sistema, e por isso é totalmente necessária.

Ademais, como elucidam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Para que o processo possa seguir sempre adiante, é preciso que se criem mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou o retorno a fases e atos já praticados, evitando-se, com isso, contradições (entre atos já praticados e outros a serem praticados) e círculos viciosos na tramitação processual (ARENHART, MARINONI, 2007 v. II, P. 627).

Enfim, seguem as considerações por Manoel Caetano Ferreira Filho (1991) das finalidades da preclusão, que caracterizam a sua importância dentro do ordenamento jurídico. São elas: tornar certa e ordenada a marcha processual; abreviar a duração do processo; garantir certeza e estabilidade às situações jurídicas; assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra o arbítrio do juiz.

Todavia, a supressão da justiça material no caso concreto em prol da aplicação da preclusão e da segurança conferida pela mesma não se justifica somente por esses motivos. Será visto adiante que o sistema de preclusões não é absoluto. Há um temperamento, vez que não ocorre a preclusão em determinadas situações específicas. São casos ditos excepcionais que, devido às circunstâncias, exigem essa relativização, o que demonstra que este instituto também é comprometido com a justiça.

4) Alegações que não se sujeitam à preclusão

Como foi mencionado acima, o sistema de preclusões não é absoluto. Existem casos excepcionais sobre os quais a preclusão não opera. Em suma, são questões que, mesmo não sendo suscitadas no momento tido pela lei como oportuno para a manifestação da parte, não sofrem qualquer limitação a fim de que sejam conhecidas posteriormente, seja de ofício pelo próprio órgão jurisdicional, seja mediante a provocação da parte.

O dispositivo legal que possibilita a relativização do fenômeno da preclusão em nosso ordenamento jurídico é o art. 303 do CPC nos seus incisos II e III. Este é o grande fundamento para que determinadas matérias especiais não se sujeitem à preclusão. O referido artigo prevê que, depois da contestação, somente é lícito deduzir novas alegações quando *I - relativas a direito superveniente, II - quando competir ao juiz conhecer delas de ofício, III - quando por expressa disposição legal puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.*

Está aí a base, que é legal, para se admitir o afastamento da preclusão no caso de alegações que devam ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional ou que possam ser formuladas pela parte em qualquer tempo e grau de jurisdição, por expressa disposição legal.

Desde já, é preciso que fique bem claro que essas duas hipóteses tratadas pelos incisos II e III são diversas e não podem ser confundidas. Da matéria que pode ser conhecida de ofício (inciso II), diz-se também que pode ser argüida em qualquer tempo e grau de jurisdição. Já da matéria que, por expressa disposição legal, pode ser formulada em qualquer tempo e juízo (inciso III), não necessariamente se pode dizer que é conhecível de ofício. É o que ocorre, por exemplo, com a decadência convencional, que não pode ser conhecida de ofício, mas pode ser suscitada pela parte em qualquer tempo (arts. 210 e 211 do Código Civil).

Ambos os casos tratam de alegações ditas *imprecluíveis*, expressão que não existe em nosso vocabulário, mas foi adotada por Edson Ribas Malachini (2008). Aliás, o neologismo é bastante apropriado e será usado no presente trabalho.

Inicialmente, oportuno considerar que é o interesse público relacionado a essas alegações imprecluíveis, conhecidas também como matérias de ordem pública, que permite ao juiz ou ao tribunal conhecê-las de ofício, retirando as mesmas da esfera de disponibilidade das partes. Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho (1991), elas *podem e devem* ser apreciadas de ofício.

E deste mesmo interesse público decorre a possibilidade de as mesmas serem conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de qualquer limitação temporal.

Ocorre desta forma porque o Estado somente está obrigado a prestar a

tutela jurisdicional se estiverem presentes os requisitos básicos de constituição e prosseguimento da ação processual. Se estes não estiverem presentes, poderá o Estado recusar-se a responder ao pedido formulado pelo demandante.

Na realidade, não somente o juiz, considerado como órgão monocrático, pode apreciá-las de ofício ou conhecer das mesmas em qualquer tempo, quando alegadas pela parte, mas também o tribunal pode, embora não seja citado expressamente no texto do código, pois tais alegações são conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive pelos tribunais superiores. Em relação a estes, contudo, é importante fazer a ressalva de que a matéria, mesmo que seja de ordem pública, deve ter sido objeto de prequestionamento, pois, se assim não o for, haverá um impedimento de ordem processual para tal, já que este requisito de admissibilidade exigido para os recursos extraordinários não estará presente.

Mas que matérias são essas sobre as quais não opera a preclusão? E como isso se dá?

A princípio, cite-se o parágrafo 3º do art. 267 do CPC, cuja redação estabelece: *O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.*

O parágrafo citado remete às matérias constantes dos incisos IV, V e VI do *caput* do art. 267, quais sejam: pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; perempção, litispendência ou coisa julgada; condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Estas são, portanto, questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nosso código ainda trata do tema no art. 301 do CPC, que determina que o réu alegue, antes de discutir o mérito: *I – inexistência ou nulidade da citação; II – incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII – conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X - carência de ação; XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.*

E, segundo o parágrafo 4º do referido artigo, com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

As nulidades também são consideradas quando da análise da preclusão. O art. 245 do CPC prevê que a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, e ressalva, no parágrafo único do referido artigo, a não incidência da preclusão em relação às **nulidades que o juiz deva decretar de ofício.**

Outra questão que também pode ser conhecida de ofício pelo juiz é a **prescrição**. Isso está previsto desde a edição da Lei n. 11.280/2006, que alterou a redação do §5º do art. 219 do CPC.

Antes disso, muitas decisões se manifestavam pela não incidência da preclusão sobre a prescrição, mas com fundamento no inciso III do art. 303 do CPC, que permite novas alegações depois da contestação se, por expressa disposição de lei, possam ser suscitadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, porque o art. 162 do Código Civil, hoje revogado pela referida lei, permitia à parte alegar a prescrição em qualquer instância. Mas não se admitia, entretanto, o reconhecimento de ofício da mesma.

Em relação à decadência, também há previsão expressa no Código Civil de que a mesma deve ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 210). Entretanto, em se tratando de decadência convencional, fica a sua análise condicionada à alegação da parte, que pode fazê-lo em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 211), enquadrando-se a situação no inciso III do art. 303 do CPC.

Por fim, são estas, em princípio, as normas relativas às alegações *impreluíveis*.

Algumas considerações doutrinárias sobre o tema ainda são importantes, em especial sobre as condições da ação e os pressupostos processuais, que são muito citados como questões não sujeitas à preclusão.

Em relação às condições da ação, para Liebman (1952), são os elementos constitutivos da ação, dos quais representa o conceito, considerado de diversos pontos de vista: o autor tem o direito de julgamento sobre sua demanda, se esta tem por objeto um provimento que a lei admite como possível, se este provimento se apresenta como adequado para remover o dano decorrente da situação antijurídica denunciada e, enfim, se as partes em litígio são respectivamente aquela que tem interesse na obtenção daquele provimento e aquela que tem interesse na resistência à sua emanção.⁹

Como já foi citado, são três as condições da ação no direito brasileiro: a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, sendo que todas são matérias passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Sobre os pressupostos processuais, nas palavras de Araken de Assis:

⁹Liebman introduziu a teoria eclética ou mista do direito de ação em nosso direito, que foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973. Para esta, o direito de ação é abstrato, ou seja, independente da existência do direito material. As condições da ação são condições para a obtenção de um julgamento de mérito, favorável ou não, por isso são consideradas prejudiciais de mérito. Se alguma dessas condições não estiver presente, fala-se em carência da ação, o que impede a análise do mérito. Algumas críticas existem, entretanto, uma vez que o mesmo entende que o direito de ação é o direito a uma decisão de mérito, favorável ou não, mas essa discussão não vem ao caso no momento.

(...) são aqueles elementos, requisitos e fatores de admissibilidade do processo regular, cuja presença enseja a emanação de pronunciamento válido e eficaz sobre o mérito. **Têm regime de provocação heterogêneo. De ordinário conhecidos de ofício (art. 301, §4º, in fine, do CPC), às vezes se examinam a instâncias da parte (p. ex., incompetência relativa, ex vi art. 112) (ASSIS, 2002, p. 207).** (sem grifos no original)

Portanto, uma ressalva importante deve ser feita: não são todos os pressupostos processuais considerados *impreluíveis*. Assim, nem todos podem ser conhecidos de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. É o que ocorre com a incompetência relativa, que se sujeita à preclusão.

A doutrina classifica os pressupostos processuais em pressupostos de existência e pressupostos de validade (positivos), além de pressupostos negativos do processo, cuja presença obsta o regular desenvolvimento do mesmo (MARINONI, 2006; WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2006).

São apontados como pressupostos de existência: demanda; capacidade de ser parte; e investidura na jurisdição daquele a quem o pedido é endereçado.

Os pressupostos de validade são os seguintes: competência absoluta do juízo; imparcialidade do juiz; capacidade postulatória; capacidade processual; petição inicial apta; e citação.

Também há os pressupostos ou impedimentos negativos, incluindo-se aí a litispendência e a coisa julgada.

Alguns ainda citam a perempção e a convenção de arbitragem como pressuposto processual negativo, mas a maioria entende que se tratam de fatos impeditivos para a formação da relação jurídica válida, e não pressupostos da relação processual (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2006).

Não se pode deixar de considerar que existem algumas divergências na doutrina em relação à classificação dos pressupostos processuais e até mesmo em relação à identificação de cada um dos pressupostos em si. O que interessa aqui não é uma minuciosa análise sobre cada um dos pressupostos processuais, mas apenas apontá-los para uma maior abordagem do tema.

Luiz Guilherme (MARINONI, 2006), ao analisar os pressupostos processuais sob a perspectiva do processo civil contemporâneo, infere algumas críticas em relação ao entendimento até então posto. Para ele, os pressupostos processuais não são requisitos para a constituição do processo, pois este e a relação jurídica existem, ainda que na ausência dos mesmos. Na realidade, não podem ser vistos nem como pressuposto de validade, nem como pressuposto de existência. Têm relação com a tutela jurisdicional do direito. Eles condicionam a concessão da tutela jurisdicional do direito, não o processo. Enfim, não podem ser vistos como requisitos lógicos, destituídos de valores e funções.

O que o autor (2006, p. 476) quer evidenciar é que a “ausência dos pressupostos não constitui óbice para o julgamento do mérito, mas que, nesse caso, a tutela jurisdicional do direito apenas é possível quando o pressuposto negado houver sido instituído para proteger o autor.”

Outro ponto a ser analisado é a forma com que tudo isso ocorre na prática, dentro dos autos de processo.

Em nosso sistema atual, o art. 329 do Código de Processo Civil prevê a *conveniência* de o juiz apreciar as matérias relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais na fase de julgamento, conforme o estado do processo; este é o momento ideal: se as condições da ação e os pressupostos processuais não estiverem presentes, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, e do contrário, se estiverem, o processo deve ser saneado.

Contudo, embora seja este o momento próprio indicado pela lei, não havendo esta análise, opera-se a preclusão?

Evidentemente que, não estando estas questões sujeitas à preclusão, caso as mesmas não sejam analisadas no momento da decisão saneadora, podem sê-lo em momento posterior.

Já em relação às alegações *impreluíveis* decididas expressamente no processo, podem as mesmas ser analisadas novamente em momento posterior, por força dos arts. 267, §3º e 303 do CPC?

Esta questão é um pouco mais delicada e muitas divergências existem.

Aparentemente, em razão de não operar a preclusão sobre as mesmas, parece ser possível uma nova análise sobre questões de ordem pública já decididas.

Neste sentido, Humberto (THEODORO JUNIOR, 1998) afirma que não há preclusão nem temporal, nem lógica e nem consumativa sobre as matérias relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, sendo que, tanto o juiz, como o tribunal, podem voltar a examiná-la, em qualquer fase do processo, devido ao disposto no §3º do art. 267 do CPC.

Também pensa desta forma Ovídio Araújo Baptista da (SILVA, 2000, p. 211), para quem “o art. 267, §3º, do CPC de 1973 alterou a doutrina que se formara sob a vigência do estatuto revogado, segundo a qual a decisão sobre as condições da ação, tomada no saneador, ficava preclusa.”

(BARBOSA MOREIRA, 1999), entretanto, entende que as questões que integram expressamente o objeto da decisão de saneamento e não foram objeto de recurso precluem, não podendo mais ser analisadas, bem como aquelas não decididas, desde que suscitadas ou suscetíveis, ou apreciáveis de ofício, cuja solução coubesse na decisão de saneamento, excetuadas aquelas que, à luz de regra específica, pudessem ser resolvidas posteriormente.

Por sua vez, Manoel Caetano Ferreira Filho, no mesmo sentido de Cal-

mon de (PASSOS, 1998), adota uma posição intermediária, que parece ser a mais coerente. Segundo o autor:

(...) o parágrafo §3º do art. 267 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o mesmo juiz decidir novamente a questão. A preclusão que atinge a decisão do juiz, no entanto, não se opera em relação ao tribunal (...) (FERREIRA FILHO, 1991, p. 106).

Portanto, para ele, o art. 267 possibilita que a matéria decidida pelo juiz e não impugnada pelas partes seja reapreciada pelo tribunal, tão somente. Assim, opera a preclusão consumativa, que impede o *bis in idem*, nos termos do art. 471 do CPC. A *impreclusividade* parece ser relativa ao aspecto temporal da preclusão (tão somente), pois a preclusão consumativa não pode ser negada.

5) Alegações *impreluíveis* típicas do processo de execução

Por força do art. 598 do CPC, as disposições que regem o processo de conhecimento aplicam-se subsidiariamente à execução. Desta forma, o disposto no art. 303 do CPC se aplica, na sua integralidade, ao processo de execução, bem como as demais disposições relacionadas.

Assim, a apreciação de pressupostos processuais e condições da ação, no processo executivo, submete-se às mesmas normas vigentes para o processo de conhecimento: a matéria que lhes diga respeito é conhecível de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Independentemente da propositura de embargos de devedor ou de arguição na própria execução, o juiz tem o dever de averiguar a presença dos requisitos para a atuação jurisdicional executiva (WAMBIER, 2003).

Outrossim, além de a ação executiva estar sujeita às regras do processo de conhecimento e, portanto, ter de observar seus requisitos, em especial as condições da ação e pressupostos processuais, a mesma é dotada de requisitos específicos, necessários para a realização de qualquer execução. São situações que não se sujeitam à preclusão no processo de execução em específico.

O art. 580 do CPC prevê que a execução pode ser instaurada, caso o devedor **não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível**, consubstanciada em **título executivo**.

O art. 618, por sua vez, considera **nula a execução** nos casos em que o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível; o devedor não for regularmente citado; instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572 do CPC.

Portanto, deve haver o inadimplemento, a obrigação tem de ser certa,

líquida e exigível (não pode estar sujeita a termo ou condição), a execução deve estar embasada em título reconhecido pela lei como executivo e o devedor deve ser regularmente citado.

Se assim não o for, o processo de execução será nulo, o que deve ser conhecido de ofício pelo juiz.

Além disso, são consideradas condições específicas da ação executiva: a prova da realização da condição ou termo, quando se tratar de relação jurídica sujeita a condição ou termo (art. 572 CPC); e a prova da contraprestação, quando o executado não estiver obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor (art. 615, inciso IV CPC).

Enfim, depois de todos estes apontamentos sobre o processo de conhecimento e sobre o processo de execução, não há dúvidas quanto à matéria processual não sujeita à preclusão e que, por isso, pode ser conhecida de ofício e alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição. A própria lei confere esta precisão em relação ao tema, pois prevê, de maneira expressa, praticamente todas as situações cujo conhecimento deve ser realizado de ofício pelo juiz e em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A controvérsia é maior quando se trata de matérias de mérito, em especial as exceções de direito material, que não podem ser conhecidas sem a provocação da parte. Haveria alguma possibilidade de considerá-las *impreluíveis*?

Primeiramente, é mister a diferenciação das expressões *matéria de objeção* e *matéria de exceção*, pois fundamental neste momento. Matéria de objeção é aquela que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, independentemente de alegação da parte. É o caso das questões de ordem pública. Matéria de exceção, por sua vez, é aquela que depende da alegação da parte para ser analisada pelo juiz. Os termos não podem ser confundidos a partir daqui.

O tema acerca das exceções de direito material e a preclusão era bastante discutido quando a prescrição ainda não podia ser conhecida de ofício pelo juiz. Hoje, como já foi tratado, sabe-se que a Lei n. 11.280/2006 trouxe esta possibilidade.

Mas antes da lei, muitas decisões admitiam o conhecimento da prescrição em qualquer momento quando alegada pela parte, com fundamento no inciso III do art. 303 do CPC, que permite novas alegações depois da contestação se, por expressa disposição de lei, possam ser suscitadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois o art. 162 do CC, hoje revogado pela referida lei, possibilitava à parte alegar a prescrição em qualquer instância. Mas não se admitia, entretanto, o conhecimento de ofício da prescrição, salvo se favorecesse o absolutamente incapaz ou se não tratasse de direitos patrimoniais.

Um equívoco comum em relação à prescrição e que não pode deixar de ser mencionado é o tratamento da mesma como fato extintivo do direito. Embora

alguns assim a reconheçam, como Calmon de Passos (1998), e exista algumas decisões no Superior Tribunal de Justiça neste sentido (cite-se o REsp 929.266/SP, Rel. Ministro José Delgado, primeira turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 523), não é este o efeito da prescrição. Pelo contrário, ela nada extingue: o direito ali permanece. Quando se fala que o direito prescreve, portanto, comete-se um grande equívoco.

A prescrição, nas palavras de Pontes de Miranda (1955), “(...) atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta (...) ou outra manifestação pretensional.”

Se ela atinge a eficácia da pretensão, e se pretensão é exigibilidade, falta um dos requisitos ao título, e por isso podia se pensar na possibilidade de seu conhecimento *ex officio*. O enfoque, portanto, poderia concentrar-se na inexigibilidade. Contudo, ela não foi enfrentada sob esta perspectiva: era considerada uma exceção material e o seu conhecimento era admitido somente quando alegada pela parte.¹⁰

Esta era, portanto, a exceção de mérito não sujeita à preclusão, que tomou muito tempo dos estudos de nossos juristas.

Diversa exceção material não sujeita à preclusão é a decadência convencional, que pode ser alegada em qualquer tempo e juízo, mas não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional.

Outro ponto a ser tratado diz respeito ao cumprimento da obrigação.¹¹ Em princípio, parece tratar-se de matéria de exceção, contudo, há quem entenda ser matéria de objeção, sujeita, portanto à análise de ofício pelo juiz (MALACHINI, 2008; PASSOS, 1998).

Com base neste entendimento, o cumprimento da obrigação pode ser considerado mais uma matéria passível de conhecimento em qualquer momento no processo. Mas, além disso, está intimamente relacionado ao inadimplemento, um dos requisitos necessários para a realização da execução. Se a parte demandada já cumpriu a prestação que lhe era devida, não há que se falar em inadimplemento e, por isso, faltará ao demandante um dos requisitos necessários para a execução. O juiz deve conhecer do cumprimento e extinguir a obrigação.

Ademais, o cumprimento da obrigação pode ser considerado fato impe-

¹⁰ REsp 658.842/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 29.08.2005 p. 292.

¹¹ É comum que se use a expressão pagamento para designar cumprimento da obrigação, isto porque a palavra pagamento é usada em sentido genérico pelo Código Civil, além de ser a forma mais comum de se cumprir a obrigação. Entretanto, adota-se o termo cumprimento de obrigação neste trabalho, por ser a expressão mais correta, que não se restringe à prestação específica consistente na satisfação de dívida pecuniária, o que também foi feito pelo CPC.

ditivo do início do processo executivo, pois o credor não pode iniciar a execução se o devedor cumprir a obrigação e, assim, também deve ser conhecido de ofício pelo juiz (art. 581 do CPC). Note-se que o cumprimento ou descumprimento da obrigação é o próprio mérito da causa. Se a dívida já foi paga, não há mais o próprio direito, nem a pretensão, nem a ação de direito material, por isso é causa de extinção da obrigação e improcedência da própria demanda, e não de carência da ação por falta de interesse processual (PASSOS, 1998). Mas funciona, também, como pressuposto processual negativo ou impedimento (MALACHINI, 2008).

Ainda, é necessário tratar sobre a preclusão e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do credor, que, pelos mesmos fundamentos apontados para o cumprimento da obrigação, devem ser conhecidos *ex officio* pelo juiz. Isto porque, se um fato modificativo, extintivo ou impeditivo influir na situação posta, de tal sorte que atinja a exigibilidade da obrigação, não mais estará presente este requisito fundamental. São matéria de objeção, portanto.

E como se sabe, a exigência da higidez do título executivo, relacionada à existência de obrigação certa, líquida e exigível, é requisito fundamental da ação executiva, sendo a falta dessas qualidades considerada nulidade da execução. Outrossim, o art. 462 do CPC determina que, se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Segundo Edson Ribas Malachini (2008), se ocorre desta forma com fatos supervenientes, nada obsta que o juiz também tome em consideração fatos anteriores, que já existiam, mas, por qualquer razão, não foram alegados pela parte.

Podem ser citados como típicos fatos extintivos da obrigação: o cumprimento da obrigação, a remissão, a transação, a compensação e o depósito, que se ocorrerem afetam, sobremaneira, uma das condições da ação executiva: a exigibilidade do título.¹²

Na doutrina que adota este entendimento, cite-se, como exemplo, J. E.

¹² “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE INDICAÇÃO DA FORMA COMO TERIA OCORRIDO A VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS INDICADOS. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE CONHECIMENTO NESSA VIA: AQUELAS PASSÍVEIS DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ E QUE NÃO DEMANDEM DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. (...) 3. O controle dos pressupostos processuais, das condições da ação, da existência, higidez e tipicidade do título executivo são suscetíveis de exame em exceção de pré-executividade, porque sujeitos a conhecimento de ofício pelo juiz. 4. No caso concreto, a matéria objeto da exceção de pré-executividade foi a inexigibilidade dos créditos objeto das CDAs, por força de depósito (CTN, art. 151, II). Trata-se de matéria atinente a uma das condições da ação executiva (CPC, art. 586, caput), qual seja, a exigibilidade do título, a cuja verificação o juiz pode proceder de ofício, e cuja falta acarreta a nulidade do processo de execução (CPC, art. 618, I) (...) (REsp 512.420/MG, Rel. Ministro

Carreira Alvim (ALVIM, 2004) que, em que pese fazer menção de que da exceção de pré-executividade tem por finalidade discutir questões de ordem pública, como as condições da ação e os pressupostos processuais, a respeito dos quais o juiz pode conhecer de ofício, admite que tais limites não impedem que o devedor, em circunstâncias especiais, alegue também questões de interesse privado, como o pagamento e a novação.

A jurisprudência também tem sido dominante no sentido de admitir o conhecimento de ofício dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do credor.¹³

Todas estas questões admitem que se leve cognição ao processo de execução, por meio da denominada defesa intraprocessual. São alegações *imprechúveis*, sendo este o fundamento para o exame das mesmas pelo juiz – a não incidência da preclusão.

Por fim, mais uma consideração deve ser feita: como a instrução probatória é incompatível com o processo de execução, não basta a não incidência da preclusão para que o juiz analise a defesa do devedor. As alegações *imprechúveis* devem ser passíveis de conhecimento de plano, sem a necessidade de dilação probatória, pois, de outra forma, sua análise encontraria obstáculo na própria natureza do processo de execução.

6) Breve análise sobre a defesa intraprocessual segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A defesa intraprocessual é mais conhecida como exceção de pré-executividade e, em termos gerais, significa o meio pelo qual o devedor vai alegar, no próprio bojo do processo de execução, questões não sujeitas à preclusão, como nulidade do título ou da execução, ausência de pressupostos processuais e condições da ação, bem como fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do credor, sejam tais alegações referentes à matéria de ordem pública ou não, sem necessariamente disponibilizar seu patrimônio como garantia do juízo para propor os embargos.

A essência da defesa intraprocessual é a garantia do direito de defesa do devedor, com fundamento nas alegações *imprechúveis*, de maneira que se protege o seu patrimônio e se observam os princípios da instrumentalidade e economia processual.

Há certo tempo tribunais têm admitido referido instrumento como meio de defesa do devedor no processo de execução. O Superior Tribunal de Justiça,

TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.10.2004, DJ 16.11.2004 p. 189. (sem grifos no original).

¹³ STJ - REsp 658184/SP. Ministro Castro Meira. 2ª Turma. Julgamento 01-09-05.

como “defensor” da legislação infraconstitucional e, assim, do Código de Processo Civil, sempre dá a última palavra em tema de defesa intraprocessual e sua admissibilidade.

O que se pôde perceber, após uma pesquisa jurisprudencial dos últimos dez anos, é que este Tribunal Superior já proferiu decisões bem diferentes sobre o tema, cujos fundamentos variam significativamente.

Na maioria das vezes, a condição imposta para a admissibilidade é a questão ser passível de conhecimento *ex officio* pelo órgão jurisdicional¹⁴, inclusive aquelas específicas do processo de execução¹⁵. Em outros casos, a análise é realizada a depender da necessidade ou não de dilação probatória.¹⁶

Já se admitiu também, além das matérias de ordem pública, o conhecimento de fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do credor, como já fazia a doutrina.¹⁷

Os argumentos têm sido tão diversos que, em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, há reconhecimento expresso acerca da ampliação do espectro das matérias suscetíveis via defesa intraprocessual por força da interpretação jurisprudencial. A exemplo, cite-se a admissibilidade da argüição de inconstitucionalidade da exação que deu origem ao crédito exequendo.¹⁸

Outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Mi-

¹⁴ Por exemplo, no REsp 795.724/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.03.2007, DJ 15.03.2007 p. 274.

¹⁵ REsp 160.107/ES, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.03.1999, DJ 03.05.1999 p. 145. REsp 157.018/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17.09.1998, DJ 12.04.1999 p. 158.

¹⁶ REsp 740025/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.05.2005, DJ 20.06.2005 p. 261.

¹⁷ REsp 896.684/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.03.2007, DJ 13.03.2007 p. 338. AgRg no Ag 763.772/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.12.2006, DJ 01.02.2007 p. 411. AgRg no Ag 775.393/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 14.12.2006 p. 272. REsp 614.272/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13.04.2005, DJ 06.06.2005 p. 174.

¹⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS QUE DISCIPLINAVAM AS EXAÇÕES ENSEJADORAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXEQUENDO. POSSIBILIDADE. IPTU. TAXAS DE LIXO E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. ARTS. 77 E 79, DO CTN. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO EG. STF. 1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. 2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se, por exemplo, a argüição de prescrição, ou mesmo de inconstitucionalidade da exação que deu origem ao crédito exequendo, desde que não demande dilação probatória (*exceptio secundum eventus probationis*) 3. A inconstitucionalidade das

nistro José Delgado, decidiu pela admissibilidade da defesa intraprocessual para alegar inconstitucionalidade de norma, por ser possível que esta seja argüida em qualquer momento ou grau de jurisdição.¹⁹

Matéria também objeto de conhecimento pelo referido tribunal por via de defesa intraprocessual é o excesso de execução, quando desnecessária dilação probatória para tal.²⁰

Por fim, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, o Superior Tribunal reconhece a flexibilização da abrangência do instituto e assim, a admissibilidade de conhecimento, dentre outras, de matérias *prima facie* evidentes, que não demandem dilação probatória. Isto demonstra que o exame realizado é, muitas vezes, subjetivo, sempre a depender das peculiaridades do caso *sub judice*.²¹

Do exame das diversas decisões tomadas pelo órgão maior em matéria infraconstitucional no Brasil, ficam inúmeras indagações sobre o que realmente é necessário para se admitir a defesa intraprocessual.

Diante disso, o que se pretende é mostrar que, na realidade, o fundamento de qualquer atividade cognitiva no bojo do processo de execução está condicionada à preclusão, ou melhor, à não incidência da preclusão.

Se a alegação apresentada diz respeito à questão imprecluível, não há que se negar a análise pelo órgão jurisdicional, salvo se esta não puder ser observada de plano, pois a instrução probatória é incompatível com a própria natureza do processo de execução.

Não obstante, poucas decisões fazem menção à preclusão (ou *impreclu-*

exações que ensejaram a propositura da ação executória *sub judice* infirma a própria exigibilidade dos títulos em que esta se funda, matéria, inequivocamente argüível em sede de exceção de pré-executividade. 4. Consectariamente, sua veiculação em exceção de pré-executividade é admissível. Precedentes desta Corte: REsp n.º 595.451/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; DJ de 06/09/2004; REsp n.º 600.986/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11/05/2005, REsp 625203/RJ Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 01.07.2005. 5. A análise da questão acerca da progressividade da alíquota do IPTU, bem como da divisibilidade e especificidade de taxas referentes a serviços de limpeza pública e de iluminação pública é inviável em sede de Recurso Especial, porquanto os dispositivos infraconstitucionais suscitados no Recurso Especial (arts. 77 e 79 do CTN) repetem preceito constitucional contido no art. 145 da Carta vigente. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 888.176/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.05.2008, DJ 18.06.2008 p. 1). Decisão similar, admitindo o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei, foi proferida no REsp 871.764/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.05.2008, DJ 20.05.2008 p. 1.

¹⁹ REsp 1016802/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.04.2008, DJ 21.05.2008 p.1.

²⁰ REsp 841.967/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 02.04.2008 p. 1. REsp 733.533/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 22.05.2006 p. 198.

²¹ REsp 885.785/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 02.04.2008 p. 1. Decisão similar foi proferida no REsp 609.285/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.08.2004, DJ 20.09.2004 p. 202.

sividade) para justificar a defesa intraprocessual. Dentre os inúmeros acórdãos pesquisados, somente o Recurso Especial n. 888.676/SP, Relator Ministro Luiz Fux, da primeira turma, julgado em 12.02.2008 e Recurso Especial n. 442.448/SP, Relator Ministro Castro Filho, da terceira turma, julgado em 25.03.2003, consideraram a não incidência da preclusão como fundamento para a defesa intraprocessual. Outros tratam da preclusão implicitamente, quando reconhecem, por exemplo, que questões relativas a pressupostos processuais e condições da ação podem ser conhecidas *ex officio*.

Mas, o que realmente fica clara é a existência de decisões diversas apontando para todos os sentidos possíveis de argumentação, todavia, ignorando-se a *impreclusividade*, que é a base de tudo isso.

7) Considerações finais

No decorrer deste trabalho demonstrou-se a importância da preclusão como fundamento do processo civil e a sua incidência na prática jurídica, em especial no que se refere ao processo de execução, que se dá por meio do que a doutrina e a jurisprudência denominam exceção de pré-executividade ou defesa intraprocessual, termo este preferido no trabalho.

De tudo que foi dito, pode-se concluir que a defesa intraprocessual possui dois requisitos cumulativos: a *impreclusividade*, tanto daquelas matérias conhecíveis de ofício, como daquelas que, por expressa previsão legal, possam ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, e a *desnecessidade de dilação probatória*.²²

A *impreclusividade* é exigida para a admissibilidade da defesa intraprocessual no processo de execução, porque todas as matérias não sujeitas à preclusão podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, independentemente da situação envolvida e do tipo de processo no qual é suscitada. Já a desnecessidade de dilação probatória decorre da inadmissibilidade de cognição plena no processo de execução, daí porque o conhecimento de questões *imprecluíveis* está condicionado à dispensa de dilação probatória.

Outrossim, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça parece ter deixado clara a necessidade de cumulação dos dois requisitos para a admissibilidade da defesa intraprocessual. (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 851.210/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, julgado em 13.05.2008).

Percebe-se, portanto, a presença marcante de um dos grandes fundamentos do processo civil – a *preclusão* - na prática atual do direito brasileiro, embora muitos não percebam a sua influência no processo de execução pelo

²² A esta conclusão, já chegou o Professor Edson Ribas Malachini (MALACHINI, 2008).

manejo da defesa intraprocessual.

O rótulo conferido às alegações *impreluíveis* – exceção de pré-executividade ou defesa intraprocessual – advém da inexistência de instrumento legal específico por meio do qual seja possível levar a preclusão ao conhecimento do juiz no processo de execução. Ocorre que a provocação do Judiciário, nesses casos, independe de instrumento típico, vez que há um imperativo legal que determina o conhecimento de questões não sujeitas à preclusão. Logo, basta que se suscite matéria impreluível, independentemente do nome que se use para designar a petição do devedor, para forçar o Judiciário a cumprir seus deveres em decorrência de obrigação que já existia antes mesmo da incitação do devedor.

Por estas razões que se afirma a perenidade da defesa intraprocessual no processo de execução, independentemente de qualquer reforma legislativa que seja feita no ordenamento, pois a preclusão é um fenômeno característico do processo civil e, por isso, perene. Da mesma forma, sempre existirão aquelas matérias de interesse público que não se sujeitam à preclusão e, portanto, conhecidas de ofício e ou em qualquer tempo e grau de jurisdição, em qualquer processo em que possam surtir efeitos.

Enfim, em muito do que se escreveu sobre o tema, pouco se ressaltou sobre a preclusão, fenômeno tão importante e, muitas vezes, suficiente para resolver inúmeras questões levadas pelos devedores aos tribunais. O grande problema, no direito, é que tudo se pretende sistematizar, sendo que, em muitos casos, a sistematização é totalmente desnecessária, pois o fundamento suscitado pela parte é forte o suficiente para a admissibilidade de determinado ato, o qual, por si só, não deixa lacunas ou dúvidas decorrentes da sua operacionalização prática.

E por se afirmar a perenidade da defesa intraprocessual, a sua aplicação e admissibilidade na prática jurídica constitui-se uma preocupação. Da análise das decisões sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, nota-se certo desacordo de opiniões, que seguem linhas diversas de justificação, sendo que, na maioria dos julgamentos, não se enaltece o grande fundamento para a admissibilidade da defesa intraprocessual no processo de execução, qual seja, a não incidência da preclusão ou *impletusividade*.

Do contrário, se o Judiciário usasse a preclusão, somada à dispensa de dilação probatória, como fundamento das suas decisões para justificar a possibilidade de cognição no processo de execução, com certeza teríamos julgamentos adequados e bem fundamentados, na medida em que, como intérprete, o julgador estabelecesse o diálogo entre os direitos fundamentais aplicáveis - ampla defesa, contraditório e razoável duração do processo -, os princípios da economia e instrumentalidade e a possibilidade de conhecimento das alegações *impreluíveis* em qualquer processo, tempo e grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. C. **Teoria geral do processo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANDRIOLLI, V. Preclusione: diritto processuale civile. In: Azara, A. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: UTET, 1957. v. 13.

ASSIS, A. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATTARDI, A. Preclusione (principio di). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1985. XXXIV.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, F. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: Cedam, 1936-XIV. v.1.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

FERREIRA FILHO, M. C. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIEBMAN, E. T. **Corso di diritto processuale civile**: nozione introduttive - parte generale, il processo di cognizione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

LIMA, F. R. S.; LIMA, L. R. S. **Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MALACHINI, E. R. Alegações imprecluíveis e dever judicial de cognição *ex officio*. In: MEDINA, J. M. G. M. et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

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

MIRANDA, P. **Tratado de direito privado**: parte geral. Exceções. Direitos mutilados. Exercício de direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição. Rio de Janeiro: Borsi, 1955. t. 6.

PASSOS, C. **Comentários ao código de processo civil** (Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973). 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WAMBIER, L. R. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação: propostas para minimizá-la. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 28, n. 109, jan./mar. 2003.

THE INTRAPROCESSUAL DEFENSE AFTER THE EXECUTION PROCEEDING REFORMS AND THE REASON FOR ITS CONSTANT PRESENCE WITHIN THE LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: Despite the past legislative reforms, the possibility of the debtor to rouse exceptional questions denoting a certain public interest, bringing cognizance to the execution lawsuit, remains in our legal system. What was indeed never perceived, considering the analysis of the doctrine and the jurisprudence, that is, the basis for the admissibility of the intraprocessual defense or the pre-

execution exception, is the estoppel – conditioned to the probative instruction weiver - fundamental institute of the code of civil procedures , having broad relevance over the legal system. As a fundament of the system, it is its trend to remain constantly present, and thereafter the intraprocessual defense remaining.
KEYWORDS: Estoppel. Intraprocessual defense. Pre-execution exception.

LA DEFENSA INTRAPROCESAL DESPUÉS DE LAS REFORMAS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN Y LA RAZÓN DE SU PERENNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

RESUMEN: Mesmo después de las últimas reformas legislativas, permanece en nuestro sistema jurídico la posibilidad de que el deudor suscite cuestiones excepcionales que denotan cierto interés público, llevando cognición al proceso de ejecución. Lo que nunca se percibió, entretanto, por el análisis doctrinal y jurisprudencial, es que el fundamento para la admisibilidad de la defensa intraprocésal o excepción de preejecutividad es la preclusión – condicionada a la dispensa de instrucción probatoria -, instituto basilar del proceso civil y de gran relevancia en el ordenamiento. Como pilar del sistema, la tendencia es que se mantenga perenne, y de ahí la permanencia de la defensa intraprocésal.

PALABRAS CLAVE: Preclusión. Defensa intraprocésal. Excepción de preejecutividad.

Recebido em / Received on / Recibido en 06/2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en 11/2008