

# Da precariedade da defesa nos embargos à execução fiscal

*Fernando Antônio de Vasconcelos\**

**RESUMO:** O Processo de Execução brasileiro infelizmente não acompanhou a evolução de alguns setores do mundo jurídico na sua totalidade. E o Processo de Execução Fiscal, (Lei n.º 6.830, de 1980), instituído com o fim de acelerar e simplificar os procedimentos executórios ajuizados pelos Órgãos da Fazenda Pública, na prática, evidencia a prevalência do Poder Público (*executante*) sobre o contribuinte (*executado*), ocasionando disparidade de forças e dificuldade de defesa. O presente trabalho pretende analisar algumas facetas importantes desse processo, para tentar concluir que há limitação da defesa, o princípio do contraditório é aviltado, proporcionando situações precárias para a defesa do executado.

**Palavras-chave:** Execução fiscal. Embargos. Princípio do contraditório.

## 1 - Introdução

O sistema processual civil brasileiro tem sofrido modificações ao longo das três últimas décadas e experimentado interpretações no sentido de melhorar a prestação jurisdicional. É sabido e decantado que a nossa estrutura organizacional pertinente ao andamento de processos é emperrada, lenta, irritante. Não é menos sabido também que aqueles que buscam nos foros e tribunais a satisfação para suas necessidades e angústias terão fortes decepções.

Com o Código de 1973 e a reforma de 1994/1995 procuraram os legisladores imprimir ritmo mais célere ao andamento processual, fazendo com que, principalmente os recursos, se tornassem mais práticos e acessíveis aos beneficiários da Justiça.

A doutrina processual civil evoluiu sobremaneira, onde se destacam grandes processualistas, abordando os temas mais controversos e de uma forma menos rebuscada e descomplicada. O Poder Judiciário tem dado sua importante colaboração, principalmente através do Superior Tribunal de Justiça, observando naquela Corte a definição de temas polêmicos e de difícil interpretação.

---

\* Doutor pela UFPE e professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.

O Processo de Execução brasileiro não acompanhou essa evolução na sua totalidade, arraigado em postulados do princípio do século passado, ainda vinculados às origens do Direito Romano e do Código de Napoleão. E o Processo de Execução Fiscal, desvinculado do sistema geral de execução através da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, foi instituído com o fim de acelerar e simplificar os procedimentos executórios ajuizados pelos Órgãos da Fazenda Pública (Federal, Estadual e Municipal).

Mas o que se observa, na prática, é a prevalência do Poder Público (*executante*) sobre o contribuinte (*executado*), ocasionando disparidade de forças e dificuldade de defesa, pois o procedimento executório fiscal já vem pronto, acabado, praticamente *juizado*, faltando somente a penhora, a arrematação e a adjudicação dos bens do devedor.

Com o presente trabalho, pretendemos analisar algumas facetas importantes desse processo, a partir de uma análise inicial sobre o Processo de Execução Fiscal, demorando-nos um pouco sobre os conceitos de *dívida ativa*, *citação e penhora*, *pagamento* e *garantia da execução*.

Em seguida abordaremos os Embargos do Devedor, sua importância e caracteres, enfocando as limitações do embargado, as defesas típicas que poderiam ser produzidas pelo interessado, além de uma rápida passagem pelo instituto da Exceção de Pré-Executividade, também chamada por muitos de Objeção de Pré-Executividade.

Analisaremos também o tema *Defesa do Executado*, tentando mostrar que, por ser anterior à Constituição de 1988, a LEF (Lei de Execução Fiscal) propicia, em muitos casos, a violação de princípios hoje consolidados no nosso mundo jurídico, como a garantia constitucional da ampla defesa, o princípio do contraditório e o não cerceamento de defesa. Por fim, tentaremos demonstrar a precariedade da defesa nos Embargos à Execução Fiscal, quando o executado/embargado praticamente já entra na luta derrotado por um corolário de postulados legais e administrativos que sempre dão razão à Administração Pública.

Importa salientar não ser pretensão do autor esgotar a matéria e nem tampouco inovar sobre os assuntos abordados, muitos dos quais se ressentem, claramente, de um maior aprofundamento teórico. O principal objetivo do trabalho será o de contribuir para o debate, com um enfoque o mais prático possível e numa tentativa de colecionar, de maneira sistematizada, algumas questões controvertidas ou que podem suscitar discussões a respeito de matéria de ordem processual vivida no dia-a-dia dos advogados que militam no foro.

O relacionamento entre devedor e instituição financeira envolve, geralmente, os mais diversos interesses: de um lado, os que podem ser classificados como sendo de natureza material (é o caso, p. ex., da discussão a respeito do montante do débito); de outro lado, aqueles considerados como de natureza subjetiva, envolvendo até mesmo aspectos de ordem moral e/ou ética, cuja identificação e motivação demandariam análise mais aprofundada que

refugiria ao limitado objetivo estabelecido.

É nesse campo, precisamente, que se constata, além da flagrante desigualdade econômico-financeira em que se situam os devedores, como regra geral, sobretudo uma generalizada postura de conformismo, para não dizer de inércia e de submissão, frente às pressões e pretensões dos credores, no mais das vezes descabidas.

Constata-se facilmente que já existe uma “*natural inferioridade do devedor no processo de execução*” acentuando que não há como se pretender, na atual sistemática, fazer com o que o devedor seja tratado da mesma forma que o credor. Está patente que, em processo de execução, é imanente a desigualdade de tratamento entre credor e devedor, pois aquele ostenta sobre esse a superioridade jurídica decorrente da superioridade econômica que lhe pode exigir uma conduta determinada.

Essa *natural inferioridade do devedor*, se aceita, não deve ir além do aspecto estritamente financeiro, posto que, no campo processual, há que se respeitar o princípio do equilíbrio entre as partes, preservadas as suas peculiaridades (desigualdades subjetivas e formais).

Inobstante as considerações doutrinárias, delimitando o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, inciso LV), o que se vê, no mais das vezes, são os próprios devedores se deixando conduzir a um acentuado plano de inferioridade jurídica no embate com os seus credores, agravando ainda mais as conseqüências financeiras inerentes ao descumprimento de suas obrigações.

Na verdade, essa postura implica em reconhecer que o Juízo da Execução estaria se auto-substituindo, de forma inaceitável, pelo Juízo em que o Credor deveria previamente - dando causa a um processo de conhecimento - ter submetido sua pretensão de ver fixado e estabelecido o *quantum debeatur*, e onde o devedor teria oportunidade de, através de uma ampla instrução probatória, manifestar sua contrariedade à cobrança e deduzir suas pretensões a respeito de critérios de reajuste e incidência de acessórios e encargos.

O inaceitável, segundo Luiz de Sá Monteiro<sup>1</sup>, é que o credor se utilize da Ação de Execução, com seu rito procedimental drástico e, sobretudo, com o evidente propósito de coagir, para, inequivocamente, cobrar um débito cujo valor deveria ter sido previamente apurado no processo de conhecimento.

Quando o profissional do Direito é chamado a cuidar dos interesses de um devedor, deve se preocupar com o contexto em que se insere o relacionamento do seu cliente com a instituição financeira credora, cabendo-lhe advertir que, antes de tomar uma decisão ou de optar por uma determinada estratégia no campo do Direito, devem ser exhaustivamente ponderados não só os fatores de natureza jurídica, mas todos os fatores que devam ser levados em

---

<sup>1</sup> MONTEIRO, Luiz De Sá. *Estratégias processuais dos devedores*, publicado em [www.infojus.com.br](http://www.infojus.com.br) (pesquisa realizada no dia 25 de julho de 2001).

consideração na análise de um provável enfrentamento judicial, ante as inevitáveis restrições cadastrais e retaliações creditícias de toda ordem que lhe serão impostas, como “castigo” e para servir de exemplo para que outros não sigam o mesmo caminho!

Partindo dessa premissa, e desde que o caminho escolhido, pesados os prós e os contras, seja o do enfrentamento judicial, tem-se como viável discutir uma estratégia que considere recomendável, por parte do devedor, adotar uma das seguintes alternativas básicas: (a) tomar a iniciativa, ingressando em juízo com algumas demandas; ou (b) aguardar que o Credor promova alguma ação para, em seguida e só então, interpor medidas de cunho preponderantemente defensivo.

## 2 - Notas sobre o processo de Execução Fiscal

Há quase um princípio arraigado em nossa cultura jurídica de que existe supremacia do interesse público sobre o individual. Assim, a Fazenda Pública goza de privilégios e prerrogativas, tanto no plano material quanto no plano processual, que a tornam um “ser” hipersuficiente em relação às pessoas físicas e jurídicas que integram o rol dos seus jurisdicionados.

Sob a ótica processual, a Administração Pública tem prazo diferenciado para contestar e recorrer (art. 188, do CPC), tem direito ao reexame necessário (art. 475), não se lhe exige preparo para interpor recursos (art. 511), além de uma série de outras prerrogativas. Se figura no pólo passivo da Execução, o procedimento é distinto daquele movido contra o particular, aplicando-se-lhe os arts. 730 e 731, do CPC.

Se a Fazenda Pública for credora, estriba-se num procedimento especial construído para seu deleite e comodidade, que é exatamente a Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Sistema desvinculado do Código de Processo Civil de 1973, permite à Fazenda Pública o recebimento de créditos inscritos na Dívida Ativa, através de instrumentos próprios. A lei em epígrafe contém normas de natureza material (civil, tributário, financeiro) e processual.

Assim, a execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, Autarquias e Fundações Públicas difere da chamada “execução administrativa” e da Execução propriamente dita do CPC. Optando por esse procedimento, que realça claramente as garantias e privilégios da Fazenda Pública, o legislador não colocou, no mesmo patamar, exequente e executado. Como afirma José da Silva Pacheco<sup>2</sup>, quando as partes estão, no processo de execução, perante o juiz, devem ser tratadas igualmente, conforme o preceituado no art. 5.º, da CF, reconhecendo-se os direitos do exequente e do executado, sem óbice, pejo ou temor.

---

<sup>2</sup> PACHECO, José da Silva. Comentários à Lei de Execução Fiscal, 6.ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 10.

Alguns princípios devem ser observados quando da propositura da Execução Fiscal: citação pessoal do executado, somente facultando-se a citação ficta em casos excepcionalíssimos; admissão dos embargos pertinentes; permissão de substituição da penhora, em qualquer fase do processo; e, continuidade do processo executório somente se não forem opostos embargos, ou forem julgados improcedentes, ou, ainda, se não houver pagamento nem depósito em dinheiro.

## 2.1 - Da Dívida Ativa

A Dívida Ativa é tratada no art. 2.º, da Lei n.º 6.830/80, e em vários outros dispositivos e pode ser tributária e não tributária. A primeira, consoante o art. 201, do CTN (Código Tributário Nacional), é aquela “proveniente de crédito dessa natureza, inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”. A segunda, de natureza não tributária, será resultante de qualquer outro crédito da Fazenda Pública, inscrito também na repartição administrativa competente, após a apuração de sua procedência, valor, sujeitos, não pagamento, etc.

Dívida ativa tributária é, pois, aquela proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas. São os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios. Enquanto isso, a dívida ativa não tributária alcança os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, etc.

A dívida ativa inclui a atualização monetária, cujos índices podem ser fixados a teor do art. 24 da CF. De qualquer modo, seja de caráter tributário ou não, a dívida ativa tem de ser *inscrita* para poder ser exigível através do processo executório. Dívidas de *pequeno valor* podem também ser executadas, mas geralmente são aplicados princípios administrativos consolidados, a fim de se evitar procedimentos judiciais caros ou deficitários para o Poder Público.

É sabido que a Administração Pública, estribada no princípio da legalidade, procede ao *lançamento* e *inscrição* do débito e compreende-se, com extrema facilidade, que o título executivo não deflui da *inscrição*, mas da *certidão*, no dizer de Sérgio Shimura<sup>3</sup>. Em virtude disso, a certeza e liquidez da dívida ativa é presumida, até prova em contrário, que ficará a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite. O art. 5.º, da Lei n.º 6.830/80, estabelece os requisitos para o termo de inscrição e a omissão de qualquer deles é causa de nulidade da inscrição ou do processo de cobrança dela decorrente.

---

<sup>3</sup> SHIMURA, Sérgio. Atualidades na Execução Fiscal – In: *Processo de Execução e Assuntos Afins* (Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier), 2.ª edição, vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 367.

Além dos problemas que envolvem a relação Fisco/Contribuinte, no que concerne à Dívida Ativa, algumas inovações da Lei de Execução Fiscal denotam a prevalência do Poder Público na sua relação com o executado. Observa-se, dentre outras, as seguintes prerrogativas: preparação da CDA por funcionário do próprio órgão público; a produção de provas pela Fazenda Pública, independentemente de requerimento inicial; citação por via postal; prazo exíguo de cinco dias para pagar; competência exclusiva para processamento e execução da dívida ativa; reunião de processos contra o mesmo devedor; não sujeição a concurso de credores, habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento; dispensa da Fazenda Pública de pagamento de custas e emolumentos; prescrição “indefinida”, etc.

Isso tudo está evidenciado por algumas decisões de Tribunais pátrios, que apontam casos nos quais não ficaram evidenciadas a validade ou eficácia da CDA. Senão vejamos:

A certidão que não reflete o débito existente, por não ter considerado pagamentos parciais efetuados e comprovados, não é documento idôneo para embasar a execução. Intimada a exequente a fazer uso do permissivo do art. 2.º, § 8.º, da Lei n.º 6.830/80 e não tendo ela substituído a certidão, andou bem o juiz ao extinguir o processo<sup>4</sup>. Em execução fiscal, é inadmissível vários tributos referentes a diversos exercícios em uma só certidão<sup>5</sup>.

## 2.2 - Citação e penhora

O art. 7.º da Lei de Execução Fiscal prevê despacho do juiz para citação, penhora, arresto, registro e avaliação. Há de ser entendido como sendo o primeiro despacho que acolheu a inicial e implica ordem para os procedimentos citados, embora não mencione esses atos. A maioria dos nossos doutrinadores, ao dissertar sobre o tema, salientam que tal dispositivo apresenta-se como inovação de significativo avanço, contribuindo para a celeridade processual. Não se pode desconhecer que, apesar de toda a legalidade que emana do dispositivo invocado, tais procedimentos são de certo modo vexatórios para a defesa do executado.

Citação, penhora, arresto e avaliação, de uma só tacada, se têm o condão de “simplificar” o processo, por outro lado não contemplam o executado com as facilidades inerentes à defesa, diferentes da pura e simples procrastinação. Não se fala em beneficiar o executado com possibilidades de “esticar” o processo até os limites máximos, mas de lhe dar oportunidade de se defender com precaução e certeza da imputação que lhe é feita pelo órgão público.

A citação, se não for requerida de outra forma, será feita pelo correio,

<sup>4</sup> TFR, 4.ª Região, 1.ª Turma, publicado em 5.2.92, Rel. Juiz Paim Falcão, ADV, n.º 58.003.

<sup>5</sup> TAMG, 3.ª Cam. Cível, Ac. 24.173, ADV n.º 18.691.

com aviso de recepção. Uma das maiores dificuldades com que conta o executado é o recebimento da citação por empregados ou até por terceiros, sem que se dê conhecimento em tempo hábil ao interessado. Isto tem motivado, inclusive, decretação de nulidade em alguns casos.

Merece citação aqui a Súmula n. 196, do STJ: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”. Ao permitir citação por hora certa, fez o STJ justiça, já que a lei, em momento algum, veda essa forma de citação, além do que evita a publicação de editais, tornando o procedimento mais econômico.

Outra observação que aqui se faz necessária diz respeito à prescrição. Qual seria o momento exato de interrupção da prescrição? Pelo art. 8.º, § 2.º, da LEF, seria o despacho do juiz que ordenar a citação. Já o art. 174, do Código Tributário Nacional, prevê tal ocorrência com a citação pessoal feita ao devedor. E se observarmos o CPC (art. 219, § 1.º), veremos que o diploma adjetivo manda retroagir à data da propositura da ação.

Ora, se três dispositivos de lei em vigor prevêm situações distintas para um fato tão importante, como é a definição exata da interrupção da prescrição, resta-nos apelar para a doutrina e a jurisprudência. Porém, não há unanimidade entre estas. Há tendência do STJ de, nas dívidas tributárias, aplicar o art. 8.º da LEF em conjunto com o art. 219, do CPC<sup>6</sup>.

### 2.3 – Pagamento e garantia da execução

O executado dispõe de cinco dias para pagar a dívida, com juros, multa e atualização monetária, diferentemente do prazo de 24 horas previsto pelo art. 652 do CPC. Havendo vários executados, conta-se o prazo a partir de cada citação.

Se o executado não for localizado, pode-se proceder ao arresto dos bens. Consubstancia-se tal ato numa antecipação de penhora, vez que é medida satisfativa, diferentemente da incidentalidade da medida cautelar. Nesse caso, a lei não exige que o oficial de justiça procure o executado por três vezes, em dias distintos, consoante o art. 653, parágrafo único, do CPC. Feito o arresto e intimada a Fazenda Pública, deve ser requerida por esta a citação do executado por edital. Assim, a configuração do arresto não ilide o direito de nomear bens à penhora.

Não havendo pagamento, procede-se à penhora para garantia da execução. Porém, ao executado é facultado garantir o juízo por outros meios, como o depósito em dinheiro, a fiança bancária e a nomeação de bens à penhora. Assiste-lhe, ainda, a indicação de bens de terceiros, na conformidade do art. 9.º, da LEF.

Observa-se que, no caso da garantia da execução, a LEF foi parcimoniosa

---

<sup>6</sup> Cfr. RSTJ 63/327 e RSTJ 51/140.

com o executado, abrindo-lhe um leque de opções. Até *títulos da dívida pública* são permitidos, embora haja opinião em contrário sobre a possibilidade de aceitação dos mesmos pela Fazenda Pública. Mas a consolidação dos Títulos da Dívida Agrária (TDAs) como suporte e garantia da execução encontra respaldo na própria lei.

É importante mencionar-se também que, em qualquer fase do processo, o executado pode substituir a penhora por dinheiro ou por fiança bancária. E é facultado à Fazenda Pública requerer, a qualquer momento, a substituição do bem penhorado ou o reforço de penhora, caso em que, como é pacífico, não cabe abertura de novo prazo para oferecimento dos embargos.

Não havendo bens garantidores da execução que possam ser penhorados, o juiz suspende o processo executivo por um ano. Decorrido esse prazo e não localizado qualquer bem que possa garantir a execução, arquiva-se o processo, porém não ocorre aqui a prescrição da ação. O que acontece, de fato, é que os processos se amontoam nos juízos, sem que seja decretada sua extinção, exatamente por mais esse privilégio da Fazenda Pública, a qual, mesmo permanecendo inerte durante vários anos, não é reconhecido pelos julgadores, na maioria das vezes, o instituto da prescrição intercorrente.

Aliás, esse instituto, mesmo considerando que sua abordagem foge aos propósitos da presente Monografia, merece estudo mais aprofundado e maior atenção dos nossos julgadores, seja pela sua verificação constante nas lides jurídicas, seja pela dificuldade de aceitação de sua incidência. Decretar prescrição em feitos da Fazenda Pública é, para a maioria, uma verdadeira temeridade...

### **3 - Os embargos do devedor: importância e caracteres**

Ao executado, uma vez seguro o juízo, é facultada uma espécie de *contestação* à execução, por meio dos Embargos do Devedor. Estes, apesar de sua natureza de ação de conhecimento, incidental à de execução, contém algumas peculiaridades: prazo de 30 dias, juntada da prova de fiança bancária, juntada da prova de intimação da penhora, etc. Ora, nos estreitos limites dos Embargos, somente pode o devedor ater-se a aspectos de *defesa*. Isto significa que o devedor está limitado a impugnar o título executivo ou a causa de pedir na execução. Não há espaço para a intervenção de terceiros, como o chamamento ao processo ou a denúncia da lide. E se acontecer erro da Fazenda Pública, com reflexos danosos sobre o executado? Só lhe restaria a ação de ressarcimento de danos, prevista na lei adjetiva civil.

Assim, distintos dos embargos previstos no CPC, os embargos à execução fiscal apresentam alguns aspectos particulares. O primeiro deles diz respeito ao rol de testemunhas, que deve ser apresentado juntamente com a inicial da oposição. A lei não admite reconvenção, nem compensação. Se o

devedor quiser manejar alguma proposição contra a Fazenda Pública, deve utilizar-se de ações próprias, como o Mandado de Segurança, a Ação de Repetição de Indébito, a Anulatória, a Consignação em Pagamento ou a Cautelar com Depósito.

Já com relação à Fazenda Pública, mesmo embargada, poderá optar pela *desistência da execução, requerimento de extinção* ou até mesmo *substituição da certidão da dívida ativa*. Tudo isso pode ocorrer dentro do permissivo legal, tornando o devedor, mais uma vez, hipossuficiente diante do poderio dos órgãos públicos. O instituto da *compensação*, utilizado apesar da proibição da Lei de Execução Fiscal, porque respaldado no CTN é, por vezes, uma forma de diminuir os vexames do executado, para evitar que o Judiciário não fique abarrotado de ações pedindo o que foi indevidamente pago, ocasionando transtornos durante anos e anos aos contribuintes.

O que poderia acontecer, para evitar esses vexames, seria uma atitude pré-defensiva do devedor, atuando de forma preventiva contra o seu credor, no caso a Fazenda Pública. A vantagem dessa tomada de posição pelo Devedor, havendo se antecipado ao Credor, consiste em dispor de instrumentos que possibilitam a discussão de questões que, em princípio, não poderiam ser debatidas no campo estreito e restrito dos Embargos, quando, regra geral, as alegações devem se limitar a contraditar e responder exclusivamente às pretensões do Credor constantes da inicial da Execução (art. 741 do CPC).

### **3.1 - A limitação dos embargos**

Como já exposto acima, a Execução não comporta reconvenção e o que se constata nos Embargos é uma atuação eminentemente defensiva por parte do Devedor, porquanto circunscrita e delimitada pelas questões abrangidas na peça vestibular da Ação de Execução. Assim, suas pretensões deverão se limitar basicamente a responder, não podendo suas alegações ultrapassar os limites atinentes à discussão sobre o montante do débito (matéria de mérito, em especial tendentes a demonstrar o excesso de execução) ou a questões prejudiciais visando, basicamente, desconstituir o título que tiver aparelhado a Ação.

Não é raro o Devedor enfrentar, nos Embargos, inúmeras dificuldades e até mesmo certa prevenção por parte de alguns juizes, que parecem considerar, aprioristicamente, como uma conduta temerária e no mais das vezes protelatória, qualquer tentativa visando desconstituir o título ou se contrapor à cobrança. Nega-se, em geral, até mesmo a *instrução probatória*, mormente quando destinada à realização de perícia, sob a alegação de que, havendo o Devedor firmado um contrato e/ou emitido o título objeto da cobrança, não cabem outras discussões (*pacta sunt seroanda*), nem mesmo quanto ao montante do débito, aferido geralmente, segundo entendem, “*por simples cálculos aritméticos*”.

Por fim, deve-se registrar que, ao se adotar essas providências, não se está defendendo, nem muito menos aconselhando, uma política de enfrentamento irresponsável e temerário, mas tão-somente lembrando que, hoje em dia, não é mais nenhum demérito lutar contra o poderio do Poder Público e de Instituições Financeiras. Já há quem defenda que o contribuinte, pressionado por tributos os mais diversos, deve pugnar e tentar sobreviver, ao invés de se acomodar e esperar que o Poder Público o elogie por nunca ter tido um título protestado na vida e nem sofrido uma execução.

O que se há de defender, até as últimas instâncias, é a legitimidade conferida ao Devedor para se insurgir contra a “obrigação” de se submeter inerte à agressão patrimonial a que está exposto, impondo-se, antes de exercitado o sagrado direito de defesa, o constrangimento da penhora, com os inevitáveis prejuízos materiais e morais, tudo isto sem que o Credor Exequente haja atendido à elementar e preliminar exigência processual consistente em dispor de um título líquido, certo e exigível.

Para a constituição válida e regular do Processo de Execução, faz-se mister, também sob esse ângulo, que o *quantum debeatur* expresse o montante da prestação de maneira inequívoca e estreme de dúvidas, mesmo em se admitindo a sua aferição por simples cálculo aritmético.

O que é inaceitável, em matéria processual, é que o Credor Exequente, apenas e tão-somente porque é credor, se utilize da via executiva, com seu rito procedimental drástico e sem comportar defesa, para cobrar um valor por vezes incerto ou indeterminado, portanto ilíquido e indevido; por essa razão, não dispõe o Credor *de título líquido, certo e exigível*, desatendendo, então, aos requisitos exigidos pelo art. 586 do CPC.

Admitir, nesses casos, que a Ação de Execução possa ser iniciada apenas com base numa declaração unilateral e equivocada do Credor, a quem a própria Justiça confere foros de legalidade e cuja palavra está imune a dúvidas, significa uma verdadeira subversão da Ordem Jurídica, posto submeter previamente o devedor à constrição da penhora, além de lhe impor o ônus de provar, com todos os custos e dissabores, na Ação de Embargos, que o valor cobrado não é o devido e não é o correto.

Como a liquidez e a exigibilidade são pressupostos essenciais à caracterização do título executivo, sua ausência acarreta, também, considerar como inadequado e inidôneo o procedimento escolhido pelo Autor da Ação, possibilitando, assim, a incidência da regra do art. 295, V, do CPC, que impõe o indeferimento da petição inicial porque *o tipo de procedimento escolhido pelo autor não correspondeu à natureza da causa*.

Alternativa e sucessivamente, pode-se pedir o reconhecimento de que ao processo faltou pressuposto de constituição válido e regular, com o que a norma aplicável seria a do artigo 267, IV, do Estatuto Processual.

Em relação especificamente à Ação de Execução, o Código de Processo Civil não quis deixar margem a dúvidas, ao cominar a pena de nulidade do

processo (art. 618, I), a ser decretada de ofício, a todo tempo, quando o título não for líquido, certo e exigível.

Oportunos, a esse propósito, os ensinamentos ofertados por Alberto Camiña Moreira<sup>7</sup> precisamente sobre a possibilidade de o excesso de execução ser alegado por exceção de pré-executividade: “Essa hipótese não havia sido enfrentada, ao que nos parece, pela doutrina até o advento da Lei n. 8.898, de 29 de junho de 1994, que deu nova redação ao art. 604 do Código de Processo Civil e extinguiu a liquidação por cálculo do contador”.

O citado autor, consolidando entendimento do Prof. José de Moura Rocha, depois de asseverar que a *exceção de pré-executividade* tem lugar garantido após a instauração do excesso de execução, “bastando que se considere a desigualdade existente entre o valor (quantia) do título e o pleiteado pelo credor”, conclui que é lógico que o excesso decorrerá de erro cometido por ocasião da elaboração da memória do cálculo, advertindo que o erro não possa demandar alta indagação e seja perceptível a olho nu, independentemente de ser estapafúrdio ou abusivo. Ou, como enfatiza, o erro de cálculo será sempre uma operação aritmética falha ou o resultado dela, jamais um critério acerca do qual se registre possível controvérsia.

### 3.2 - Defesas típicas nos embargos

Ultrapassada a fase de realização da penhora, e uma vez dela intimado regularmente, o Devedor ingressa com a Ação de Embargos, cabendo-lhe adotar duas linhas básicas de atuação: a primeira, tratando das questões preliminares e prejudiciais; e a segunda, envolvendo as matérias de mérito ou de fundo.

Esta é a ocasião adequada para o Devedor oferecer ou renovar todo o arsenal de alegações de que dispõe a respeito dos temas que possam conduzir à extinção do processo de Execução. É o caso, por exemplo, de suscitar a ilegitimidade e/ou falta de interesse de agir do Autor; a falta de título líquido, certo e exigível, etc. É de se ressaltar, como já dito acima, que a prescrição da dívida é tida como matéria de mérito, não devendo, portanto, ser colocada como preliminar ou questão prejudicial.

Ainda dentre as alegações prejudiciais afrontando propriamente o título que tiver aparelhado a Execução, assiste ao Devedor, em fase antecedente ao exame de mérito, suscitar inúmeras questões, dentre as quais se destacam as que dizem respeito à falta de observância dos pressupostos de constituição válida e regular do processo.

Quanto às questões que tenham sido postas em eventual *objeção de pré-executividade*, a sua reiteração é não só recomendável, como, sobretudo, imprescindível, sob pena de preclusão, já que, em sede de Embargos, deve o

---

<sup>7</sup> MOREIRA, Alberto Camina. *Efesa Sem Embargos Do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 138.

Executado se reportar a tudo o que lhe cabe alegar, por força do que dispõe o art. 741 do CPC.

### 3.3 - A Exceção de Pré-Executividade

Vêm ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência as novas idéias sobre a exceção de pré-executividade. Não se pode esconder que, em inúmeras ocasiões, constatou-se a existência de vícios flagrantes nos títulos executivos, seja por negligência dos agentes públicos, seja por desaparecimento e emperramento da máquina estatal.

É comum observar-se nas ações executivas a falta de capacidade processual, erros na elaboração da CDA, inépcia da inicial, ilegitimidade de parte, vício de citação, litispendência, incompetência absoluta, acarretando nulidade ou até imprestabilidade para prosperar em juízo. Pergunta-se: deveria ficar o executado restrito a defender-se apenas por meio de embargos ? Não haveria meios de, mesmo antes de seguro o juízo pela penhora ou outra forma, defender-se por meios mais eficazes ?

Nesse contexto, entendemos perfeitamente, que é perfeitamente plausível a utilização desses meios, mesmo porque o primeiro texto legal autorizando a defesa do executado, sem prévia garantia da execução, cuidou exatamente da execução<sup>8</sup>. Tem-se admitido, com certa freqüência, a exceção de pré-executividade para casos como imunidade, isenção, remissão, anistia, parcelamento administrativo<sup>9</sup>.

A regra geral é que o Executado, desde que intentada a Ação de Execução, somente pode deduzir suas alegações e defesas através dos Embargos, depois de seguro o juízo com a efetivação da penhora.

Tem-se visto a utilização cada vez mais freqüente, de petições apresentadas pelo Devedor, em fase antecedente aos Embargos, a fim de postular a extinção da Execução, sem que haja necessidade de interpor aquela ação incidental.

Foi com essa preocupação que Cândido Dinamarco<sup>10</sup> alertou:

É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juizes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes.

Aos poucos, embora com imensa dificuldade, as exceções de pré-executividade vão sendo admitidas e até mesmo atendidas, naqueles casos em que se comprova de plano que a Execução não poderia ter sido intentada à falta

---

<sup>8</sup> Cfr. Decreto n. 848, de 11.10.1890

<sup>9</sup> WAMBIER, Luiz Rodríguez. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 388.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido R. *Execução Civil*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 169.

de pressuposto essencial à sua propositura. Claro está que não se pode admitir que a exceção de pré-executividade se torne uma rotina, como um modo de o Devedor apresentar suas defesas e alegações sem que, previamente, haja sido ultrapassada a fase de realização da penhora, para segurança do juízo.

O que se deve esperar é que o juiz, usando do bom senso e do equilíbrio, saiba bem distinguir uma exceção pertinente e válida de uma simples petição meramente protelatória e desprovida de fundamentos razoáveis a justificar sua admissibilidade como peça antecedente dos Embargos. O STJ tem decidido constantemente que “*excepcionalmente*” admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação - decisão, então, sujeita a agravo de instrumento.

Por não vislumbrar como essas *exceções* possam ter o condão de suspender o processo, consideramos válida a advertência quanto ao cuidado que o devedor deve ter quando, uma vez regular e validamente citado para pagar ou apresentar bens à penhora, não se limitar a ingressar com a petição de objeção, deixando transcorrer *in albis* o prazo de 24 horas para oferecer bens à penhora.

Nesses casos, o Devedor pode perder o prazo (preclusão temporal) que lhe assistia para nomear bens à penhora e/ou para ingressar com o recurso (Agravo de Instrumento) contra o despacho preambular que determinou a citação.

Claro que essa preocupação, no que concerne à nomeação de bens, não existirá no caso de se tratar de execução relativamente a dívida garantida por penhor, anticrese ou hipoteca, quando, nos termos do artigo 655, § 2º, do CPC, a penhora recairá, *independentemente de nomeação, sobre a coisa dada em garantia*. Nessa hipótese, revela-se inócua e equivocada, porque processualmente desnecessária, a atitude do Devedor peticionando nos autos para oferecer bens à penhora.

Com efeito, quando se trata de execução fundada em créditos em relação aos quais preexiste uma garantia contratual, é inadmissível que, na fase inicial, recaia a penhora sobre quaisquer outros bens, devendo necessariamente incidir apenas sobre os que tenham sido dados em garantia, mesmo que o valor do débito, objeto da execução, haja sido estabelecido ou calculado pelo Credor, na petição inicial, em montante superior ao valor que, supostamente, possa ser atribuído aos bens inicialmente penhorados. Nessa primeira fase, o princípio da suficiência da penhora não admite questionamento, salvo se, comprovadamente, e desde a ocasião em que foram dados em garantia, os bens hajam sido avaliados em montante inferior ao do crédito.

A discussão sobre a necessidade de reforço ou ampliação da penhora somente poderá ocorrer, ao amparo do que estabelece o artigo 685, II, do CPC, quando vier a ser ultrapassada a fase da avaliação dos bens penhorados, o que

pressupõe, necessariamente, tenham sido julgados improcedentes ou procedentes em parte os Embargos, quando opostos regularmente.

A partir dessas observações, pode-se concluir que é perfeitamente possível a admissão do exercício do direito de defesa na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda relação processual ou das condições da ação também exigidos na sistemática adotada pelo atual CPC para que exista o próprio direito de acionar a jurisdição.

Entendimento contrário importaria negar as garantias constitucionais perfeitamente consolidadas ou defender-se que a execução não se realiza através de um processo, pois este importa sempre a presença dos princípios dialéticos. Entretanto, os nossos magistrados, em que pese o respeito que devotamos à Magistratura, em inúmeras ocasiões, esquecem os princípios mais comezinhos da hermenêutica, da analogia e da equidade, não aplicando corretamente os dispositivos garantidores dessa amplitude defensiva.

Para a maioria dos nossos doutrinadores, há de reconhecer-se ao devedor o direito de apontar irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, sem a necessidade de prévia garantia do juízo e da oposição de embargos, como manifestação do princípio do contraditório.

A decisão que negue o seguimento da exceção de pré-executividade, afronta princípios constitucionais e processuais, propiciando o rompimento do *equilíbrio processual* entre as partes, ao negar o direito a uma delas de comprovar suas alegações, violando, assim, as garantias constitucionais da *ampla defesa* e do *pleno contraditório*, insculpidas no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, como veremos no capítulo quinto deste trabalho monográfico.

## **4 - Da defesa do executado nos embargos à execução**

### **4.1 - A garantia constitucional da defesa**

Agir e defender-se em juízo configuram-se, no dizer de Eduardo Cambi<sup>11</sup>, como atividades contrapostas e homólogas e, por uma questão de isonomia, para que a atuação jurisdicional seja legítima, ambas merecem proteção de certa forma equivalente. O Estado, que às vezes funciona como Autor (caso da Execução Fiscal), tem obrigação de prestar ao jurisdicionado as condições plenas para sua satisfação jurisdicional, proporcionando-lhe os meios de defesa dentro das regras do contraditório.

Para o citado autor, a defesa é uma “*réplica da ação*”, através da qual o demandado tem o direito de pedir a denegação da pretensão do autor, por não

---

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 119

se conformar com o direito objetivo. Assim, a exceção é resultado da bilateralidade do processo e determina que deve haver tratamento igual ao sujeito da ação e da execução.

Um tratamento diferenciado para o autor em relação ao réu seria absolutamente incompatível com o princípio da isonomia, com a noção de tutela jurisdicional e com a tentativa de buscar-se uma decisão justa<sup>12</sup>. A ação e a defesa são dois direitos iguais e contrapostos, pois, se o autor tem o direito de obter uma sentença favorável à sua pretensão, o réu também tem o direito de obter uma sentença que lhe dê acolhimento, rechaçando a pretensão do autor.

Se a Constituição atribui o mesmo grau de importância às garantias processuais da ação e da defesa, observa-se que surge a necessidade de tratamento isonômico a ser conferido pelo ordenamento jurídico-processual aos litigantes, decorrendo daí paridade ou igualdade de oportunidades na busca de um provimento judicial favorável. Nesse mesmo sentido, pondera Luigi Paolo Comoglio: *“agire e difendersi sono qualificazioni relative di una medesima attività processuale, diretta a far valere in giudizio le proprie pretese”*<sup>13</sup>.

Tem-se observado ao longo dos séculos, especialmente da leitura das constituições modernas, que, dentro dessa garantia constitucional da defesa, a justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial. Se houver, por parte do órgão jurisdicional, diversidade de tratamento, então teremos aí inversão dos valores catalogados na Constituição, ausência de equidade e violação de princípios arraigados nos mais diferentes institutos jurídicos universais.

O demandado pode até deixar de exercer o seu direito de defesa, entretanto, assim como a ação é um direito do autor, a defesa é um direito do réu. Alguns entendem que a defesa, além de ser um direito, é também um ônus processual<sup>14</sup>. Se o direito processual civil romano exigia o consenso do demandado, com natureza contratual, o direito atual assim não procede. Deve o réu, porém, contestar a demanda e, se regularmente citado, não o fizer, estará sujeito aos efeitos da decisão.

O direito constitucional à defesa não se restringe à fase inicial do processo, mas se estende durante todo o desenvolvimento, porque o seu exercício constitui um pressuposto para a legitimidade da decisão. A defesa não é um ato isolado, adstrito à contestação, mas se estende durante todo o desenvolvimento regular do processo, garantindo o exercício de um conjunto de atividades e de poderes, incluindo os de iniciativa processual e de produção probatória.

---

<sup>12</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito (Trad. De Maria Ewrmantina Galvão G. Pereira)*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 66-67

<sup>13</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale della azione*. Padova, Cedam, 1970, p. 147.

<sup>14</sup> COUTURE, Eduardo. *La tutela giuridica. Alcune proposizione fondamentali di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1958, p. 47.

Pode-se afirmar, sem medo, que o direito de defesa consiste na possibilidade efetiva de reagir em juízo, com todos os meios processuais predispostos pelo ordenamento jurídico, para que o demandado possa fazer valer as suas próprias razões. Concebe-se, assim, a garantia constitucional da defesa em sentido amplo, a teor do dispositivo inserido no artigo quinto (LV), da Carta Federal.

#### 4.2 - O princípio do contraditório

Nas Constituições brasileiras anteriores a garantia do contraditório estava mais ligada ao processo penal, tendo a expressão *contraditório* aparecido pela primeira vez na Constituição de 1937 (art. 122, n. 11), quando tratava da instrução criminal. Somente com a Carta de 1988 foi que a garantia constitucional do contraditório foi ampliada a todos os tipos de processo. Essa amplitude do princípio do contraditório tem implicações profundas em todo o processo civil, bem assim no procedimento executório.

No processo civil existem partes e dois pólos (ativo e passivo). A relação jurídica é integrada por autor e réu, com o primeiro exercendo a ação e deduzindo sua pretensão (tese) e o segundo defendendo-se com a apresentação da antítese. Desse movimento dialético entre ação e reação, o juiz forma seu convencimento (síntese), referendado pela sentença, consoante adverte Eduardo Couture (op. cit. p. 162).

Pela presença dessa dialeticidade do processo, deve-se abrir sempre a possibilidade para que a parte demandada possa realizar o movimento contrário de contestação, produção de provas, ou seja, dentro dos atos jurídicos e processuais admissíveis, realizar aquele ou aqueles que neutralizem o movimento contrário exarado no petitório exordial. A tática processual consiste nas responsabilidades e habilidades de cada litigante na produção e veiculação de atos necessários à busca da vitória final.

A dialética é, também, o melhor método racional para a busca da verdade dos fatos controvertidos e da justiça da decisão<sup>15</sup>. Como a noção de dialética, em relação ao direito processual, pode significar tudo e, com isso, paradoxalmente, acabar por nada significar, deve-se vincular a idéia da dialética com a garantia constitucional do contraditório, com a finalidade de dar as mesmas oportunidades às duas partes. Com isso, o contraditório torna-se um modo de dar significação à dialética processual.

O conteúdo da garantia do contraditório, na formulação de Giuseppe La China<sup>16</sup>, inclui a *informação necessária* e a *reação possível*. A informação necessária passa pela necessidade de citação válida. A existência da citação é um

---

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 126

<sup>16</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório. Fundamentos do processo civil moderno*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1987, p. 93.

pressuposto para a formação integral da relação processual (autor - réu - juiz) e, portanto, um dos efeitos da garantia do contraditório, pois é através dela que o demandado recebe a comunicação da existência da ação. Citação válida, tempestiva intimação para atos processuais e garantias de defesa constituem o somatório para que o réu não seja vilipendiado pelo *cerceamento de defesa*.

Depois que tomou conhecimento da demanda pela informação, a parte e/ou seu advogado têm condições de esboçar *reação*, através do exercício do princípio do contraditório, que corresponde às oportunidades de participação dinâmica no procedimento processual, valendo-se de todos os instrumentos processuais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de influenciar positivamente o entendimento do magistrado.

Essas possibilidades de participação podem se dar através de vários modos: preventivamente (art. 331 do CPC); concomitantemente (nomeação de assistente técnico); posteriormente (apresentação de memoriais). No entanto, embora se possa fracionar o contraditório em diversos atos, constitui ele uma unidade teleológica, com tudo voltado para o resultado final, que é o pronunciamento judicial.

### 4.3 – O cerceamento de defesa

A decisão judicial só é legitimada quando o procedimento, legalmente preestabelecido, possibilita às partes influenciarem no convencimento do juiz. Sistema processual legítimo é aquele onde se observam os princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia e do contraditório, para se evitar a utilização arbitrária do Estado-juiz.

Um dos componentes essenciais do exercício do contraditório é exatamente o direito à prova, pois o demandado tem também de dispor dos meios probatórios permitidos em direito, a fim de que o convencimento do juiz não seja prejudicado. A não observância do direito à prova, na opinião do citado Eduardo Cambi (op. cit. p. 137), inviabiliza a efetivação da garantia constitucional do contraditório (tratamento isonômico das partes), dando ensejo à caracterização do *cerceamento de defesa*.

Nesse sentido, há mais de uma decisão do STJ, como exemplificamos com a seguinte:

O princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial, sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir prova ou debater a que se produziu.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. STJ - Resp. 998-PA - 4.<sup>a</sup> T. - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - unân. - j. 24.10.89 - DJ 20.11.89, p. 17.297.

Geralmente ocorre o cerceamento de defesa quando a decisão judicial causa *gravame* ou *prejuízo à parte*, em decorrência da violação do direito à prova ou à realização de certos atos preconizados pelo Direito. Outra forma de cerceamento de defesa é quando o juiz não se manifesta sobre a questão do julgamento antecipado do mérito (art. 330, do CPC) ou não a justifica adequadamente, mas também não dá oportunidade para que a parte produza a prova e, depois, na sentença, julga a ação improcedente por falta de provas, aplicando a regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo – art. 333, do CPC).

Um exemplo desse tipo de ocorrência pode dar-se quando o juiz se vale da *presunção de veracidade e legalidade* dos atos administrativos<sup>18</sup>, ou por qualquer outro motivo, inverte o ônus da prova na sentença, vindo a surpreender a parte que fica sem a possibilidade de exercer o seu direito de defesa.

O STJ tem se manifestado a respeito desse modo:

Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou uma das partes, ainda que genericamente, constituiu cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado pela parte<sup>19</sup>.

O Tribunal de Justiça do Paraná, na mesma linha de raciocínio, também assim decidiu:

Caracteriza-se o cerceamento de defesa, quando o juiz, não dando oportunidade para a parte produzir provas, também não se manifesta sobre a possibilidade de julgamento antecipado do mérito (art. 330, do CPC), mas julga a ação improcedente por falta de provas, valendo-se da *presunção de veracidade e legalidade* dos atos administrativos (auto de infração fiscal) e aplicando a regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo<sup>20</sup>.

Ocorre muitas vezes, principalmente no processo de execução, que o juiz, mesmo deferindo produção de provas, não dá ciência às partes e profere, de plano, a sentença, julgando antecipadamente o mérito. Mas o mais comum é o magistrado escorar-se nesse princípio de *presunção de legalidade e veracidade* dos atos do Poder Público e não atender às pretensões do promovido, em geral, cidadãos ou empresas praticamente sem defesa alguma.

---

<sup>18</sup> Cf. art. 3.º, da Lei 6.830/80, que afirma que “a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da *presunção de certeza ou liquidez*”.

<sup>19</sup> Cf. STJ – Resp. 7.267-RS – 3.ª T. – rel. Min. Eduardo Ribeiro – unân. – j. 20.03.91 – DJU 08.04.91, p. 3.887.

<sup>20</sup> Cf. TJPR – Ap. Civ. 78.819-2 – 6.ª C.C. – Ac. 4.059 – rel. Des. Accácio Cambi – unân. – j. 08.10.99 – DJE 25.10.99.

Uma decisão que não proporcionou ao demandado a plena defesa, cerceando-lhe esse postulado constitucional, deve ser considerada eivada de nulidade absoluta, já que foram violados os princípios que garantem a ação, a defesa e o contraditório, princípios esses considerados de ordem pública e assentados na ordem constitucional. A Carta Federal de 1988 assegura, expressamente, o contraditório (art. 5.º, LV) e o devido processo legal (art. 5.º, LIV), o que já denota suficientemente o asseguramento de uma interpretação constitucional construtiva e democrática.

Não se pode olvidar que a regra contida no artigo 131 do CPC, assecuratória do princípio da *livre convicção ou do livre convencimento* do juiz, há que ser aplicada sem prejuízo da garantia maior que têm as partes no processo: de obter a prestação jurisdicional.

Quando prolatadas sem qualquer explicação ou fundamentação, as decisões que suprimem a dilação probatória revelam-se, no mínimo, imotivadas, cabendo acentuar que o princípio da livre convicção do juiz não pode ser aceito como dogma absoluto, sob pena de afetar o princípio mais abrangente da isonomia processual.

Theotônio Negrão<sup>21</sup> nos oferece algumas decisões sobre o tema em suas anotações ao artigo 330:

Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal.

Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou o autor, ainda que genericamente, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado na inicial.

Se os fatos indicados podem ser outros que NÃO os indicados no documento e assim modificados pela prova possível e requerida, cumpre seja realizada para conhecimento inteiro da espécie, vedada a antecipação do julgamento.

Recorde-se que o princípio da livre convicção, no plano do direito adjetivo, está sujeito às restrições impostas pela observância das regras constantes do artigo 130 do CPC e, pela constatação inequívoca de que, havendo matéria de fato a ser apreciada, tornava-se imprescindível produzir provas em audiência (art. 330, I, do CPC).

Daí porque, já decidiu o STF, em julgamento no qual foi relator o Ministro Francisco Rezek<sup>22</sup>, somente ser legítima a antecipação do julgamento da lide quando os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado.

<sup>21</sup> NEGRÃO, Theotônio. *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e Legislação Processual em Vigor*, 30.ª edição, 1999, ps. 385-386).

<sup>22</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 115, p. 789.

Não se pode também deixar de considerar que, havendo matéria controversa posta em discussão, a dilação probatória se transmuda em verdadeiro objeto do processo. Nesse sentido, a observação de Humberto Theodoro Júnior<sup>23</sup>, de que, enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens, o processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.

Por isso, entende que às partes não basta simplesmente alegar os fatos. Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, é necessário, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade dos fatos alegados no processo, o que se dá quase sempre através das provas.

Acentue-se, também, que, em casos como esse, pode ter havido manifesta ofensa ao artigo 130 do CPC, por força do qual cabia ao juiz, a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, e somente indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

E essa ofensa ao artigo 130 reforça ainda mais o entendimento de que houve cerceamento de defesa.

A esse respeito, o já citado Theotônio Negrão<sup>24</sup> aponta duas decisões do STJ, esclarecedoras do assunto (op. cit., p. 215-216): “Art. 130.6: Constitui cerceamento de defesa o julgamento sem o deferimento de provas pelas quais a parte protestou especificamente: falta de prova de matéria de fato que é premissa de decisão desfavorável àquele litigante”.

E a outra decisão: “Se a pretensão do autor depende da produção da prova requerida, esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação da Justiça”.

## **5 - Da precariedade da defesa nos embargos à Execução**

Pelo que foi exposto nos capítulos acima, verifica-se a existência de inúmeros perigos para o demandado na defesa que deve promover nos processos de Execução Fiscal. Apesar do asseguração constitucional e processual, há todo um direcionamento para considerar irrefutáveis e imunes a qualquer contestação os documentos e as petições da Fazenda Pública. Dificilmente um executado em processo fiscal tem como requerer provas,

---

<sup>23</sup> THEODORO JR. , Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, 1990, p. 445).

<sup>24</sup> Cf. RSTJ n.º 3/1.025 e RSTJ n.º 21/416.

perícias, impugnar autos e laudos, ou exercer, de forma sobranceira e sem empecilhos, a sua defesa plena. A palavra da Fazenda Pública é irreversível e irrefutável, aparecendo o contribuinte como o “vilão” desse processo.

Uma das maiores preocupações dos processualistas tem sido com relação ao contraditório, pois a dialética processual sempre foi tida como princípio basilar do processo, sem o qual, dificilmente, este poderia subsistir. É sabido que, desde os romanos, a *litiscontestatio* exercia papel fundamental no processo, sendo ela responsável pela estabilização da lide<sup>25</sup>.

Há quem considere que às vezes a preocupação com a defesa do réu no processo civil adquiriu dimensões perigosas e absurdas, a ponto de inviabilizar, muitas vezes, a própria ação do autor<sup>26</sup>. Apesar de se considerar a existência de exagero nessa preocupação com a defesa, no processo de execução fiscal ela ocorre em pequena escala. No Código de Processo Civil, efetivamente, há várias possibilidades de defesa do executado (vide arts. 741, V e 745), mas está claro que a matéria ainda é muito limitada. Imagine-se tais defesas quando o executante for a Fazenda Pública e o instrumento processual a Lei n.º 6.830, de 1980.

Outro ponto a destacar é o pertinente aos recursos. Enquanto no processo de execução comum, o executado dispõe de um elenco considerável de meios recursais, na execução fiscal, a possibilidade é deveras limitada. O art. 34 da LEF permite somente embargos infringentes e de declaração nas sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 OTNs. O mesmo dispositivo não permite o recurso de agravo, ficando a apelação limitada a um caso ou outro.

A supremacia da Fazenda Pública é inconteste, até contrariando outros postulados processuais, no tocante à mudança de domicílio do executado. Muitas vezes, por necessidade premente, o executado muda de domicílio, o que ensejou, com apoio no art. 5º, da LEF, o STJ editar a Súmula n.º 58, *in verbis*: “Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada”. Tal Súmula, que encontra abrigo na Súmula n.º 189, do antigo TFR, coloca mais uma vez o demandado em situação vexatória, tendo que se deslocar para receber intimações e citações do Poder Judiciário, no papel de atender às proposições dos órgãos públicos fiscais.

Segundo o art. 38, *caput*, da LEF:

[...]a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, salvo as hipóteses de mandado de segurança,

---

<sup>25</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A defesa do executado pela via recursal. *In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* (Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo, RT, 2001, p. 982.

<sup>26</sup> Cf. SILVA, Ovídio Batista da. A plenitude de defesa no processo civil. *In As Garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 149-165.

ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, precedida do depósito preparatório da dívida.

Essa restrição, na visão de vários doutrinadores<sup>27</sup>, se revela claramente inconstitucional pela singular razão de o art. 5.º, XXXV, da CF/88 - assegurando acesso aos órgãos jurisdicionais em caso de lesão (tutela repressiva) ou de ameaça (tutela preventiva) a direito - não distinguir entre os remédios porventura cabíveis. Até o depósito prévio, quando se está discutindo a legalidade ou validade do débito, nos parece francamente fora de propósito, diante da realidade processual constitucional que hoje vivenciamos.

## 6 - Conclusão

De tudo o que expusemos acima, algumas conclusões podem ser esboçadas, ressaltando-se que o tema é complexo e exige mais profundidade nos estudos e longe de nós está a pretensão de esgotar o assunto.

A Execução não comporta reconvenção e o que se constata nos Embargos é uma atuação eminentemente defensiva por parte do Devedor, porquanto circunscrita e delimitada pelas questões abrangidas na peça vestibular da Ação de Execução. As pretensões do embargante deverão se limitar basicamente a responder, não podendo suas alegações ultrapassar os limites da discussão sobre o montante do débito ou a questões prejudiciais visando, basicamente, desconstituir o título que tiver servido de suporte à ação.

É perfeitamente possível o exercício do direito de defesa na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda relação processual. Tem o devedor legitimidade para se insurgir contra a "obrigação" de se submeter inerte à ação do Poder Público, impondo-se pelo exercício do sagrado direito de defesa, minorando o constrangimento da penhora, com os inevitáveis prejuízos materiais e morais que possa sofrer na luta desigual que trava com o exequente.

O demandado pode até deixar de exercer o seu direito de defesa, entretanto, assim como a ação é um direito do autor, a defesa é um direito do réu, devendo contestar a demanda. O direito constitucional à defesa não é um ato isolado e nem se restringe somente à fase inicial do processo, garantindo o exercício de um conjunto de atividades e de poderes, incluindo os de iniciativa processual e de produção probatória.

Construiu-se em torno da Execução Fiscal todo um arcabouço de teorias e conceitos, direcionados a considerar a Fazenda Pública o órgão infalível, de reputação ilibada, e o Devedor o vilão da relação jurídica, o que procrastina, não paga e, ainda por cima, dificulta as ações do exequente. Há, portanto,

---

<sup>27</sup> ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: RT, 1998, p. 712.

limitação da defesa, afronta ao contraditório e sobressai um conjunto de situações precárias para que o executado, no Processo de Execução Fiscal, defenda-se, em igualdade de condições, do poderio e da presunção de certeza da Fazenda Pública: nacional, estadual e municipal.

## 7 - Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A defesa do executado pela via recursal. In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* (Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo, RT, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução* - 5.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale della azione*. Padova, Cedam, 1970.

COUTURE, Eduardo. *La tutela giuridica. Alcune proposizione fondamentali di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1958.

DINAMARCO, Cândido R. *Execução Civil*, 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1987.

MONTEIRO, Luiz de Sá. *Estratégias processuais dos devedores, publicado no site [www.infojus.com.br](http://www.infojus.com.br) (Acesso em 25 de julho de 2001)*.

MOREIRA, Alberto Camina. *Defesa sem Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Exceção de pré-executividade*. Dissertação de Mestrado - PUC/SP, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30.<sup>a</sup> edição, 1999.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal* - 6.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito* (Trad. De Maria Ewrmantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SHIMURA, Sérgio. Atualidades na Execução Fiscal - *In Processo de Execução e Assuntos Afins* (Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier), pp. 361/394. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ovídio Batista da. A plenitude de defesa no processo civil. In: *As Garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993.

THEODORO JR. , Humberto. *Curso De Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, 1990.

VAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador). *Curso Avançado de Processo Civil - 2.ª edição*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.