

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Alexandre Ponce de Almeida Insfran

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E PENHORA ONLINE

SÃO PAULO

Alexandre Ponce de Almeida Insfran

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E PENHORA ONLINE

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialização em Direito Processual Civil Lato Sensu sob orientação do Professor-Orientador Luís Eduardo Simardi Fernandes

**SÃO PAULO
JANEIRO/2012**

DEDICATÓRIA

À minha família e amigos. Aqueles por terem me dado apoio, acreditarem e viabilizarem a concretização desse trabalho e esses por sempre terem forçado a conclusão e compreendido minha ausência.

RESUMO

O núcleo da dissertação se consubstancia na peculiaridade do instituto da exceção de pré-executividade.

Iniciaremos com um breve panorama histórico para, posteriormente, adentrar nas minúcias desse meio de defesa, o qual se consagrou por meio da doutrina e jurisprudência, sem nunca ter qualquer previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressaltaremos as situações e condições em que a oposição desse incidente se faz, digamos, imprescindível, demonstrando sua eficácia no bojo dos processos executivos, na medida em que, observados os requisitos, pode colocar-se fim ao processo.

Feitas as considerações sobre a 'exceção de pré-executividade', passar-se-á ao estudo do instituto da penhora *online*, forma de constrição atualmente muito utilizado pelos julgadores, a qual deve ser aplicado com absoluta prudência, de forma a não afrontar os princípios constitucionais, sobretudo a contraditório e ampla defesa assegurados aos litigantes.

ABSTRACT

The core of this dissertation is based on the singular institute of motion for exemption from the requirement of posting bond.

This thesis first provides a brief historical context followed by the analysis of such institute that was consecrated, on doctrine and jurisprudence, by no similar law prediction in the Brazilian legal system.

It will be emphasized the situations and conditions that make this institute indispensable and helpful once can determinate the closure of a process.

Finally, this dissertation examines the institute of electronic attachment and how it's used on our legal system. Such institute, widely used by judges these days, shall be applied with prudence in order to guarantee the constitutional principles of full defense and adversary system to litigants.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	7
1.	HISTÓRICO	9
2.	MEIO DE DEFESA NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL	14
2.1	Embargos à Execução Fiscal	15
2.2	Exceção de Pré-executividade	18
3.	CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO	22
3.1	Doutrina como Fonte do Direito	22
3.2	Natureza Jurídica	24
3.3	Efeito Suspensivo	27
3.4	A Preclusão	31
3.5	Recursos	33
3.6	Honorários Advocatícios	36
3.7	Matérias Invocáveis	38
4.	RESPONSABILIDADE	42
4.1	Sócios	42
4.2	Penhora Online	48
4.2.1	Noções Introdutórias	50
4.2.2	Discussões	53
5.	JURISPRUDÊNCIA	58
	CONCLUSÃO	64
	BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil estabeleceu a autonomia do processo de execução, devendo o título executivo ser objeto de embargos do devedor (ou embargos à execução) para desconstituição do débito.

Partindo da principal diferença entre o processo de conhecimento e o processo de execução, qual seja, o exercício do contraditório entre as partes, uma vez que naquele o contraditório acontece antes dos atos decisórios, inclusive de afetação e, no processo de execução, após a citação do devedor para pagamento da dívida, para que, posteriormente, possa defender-se, dar-se-á início a uma discussão ainda polêmica nos dias atuais, qual seja, a validade do meio de defesa de processo executivo chamado ‘exceção de pré-executividade’.

O objeto do presente trabalho é buscar esmiuçar esse instrumento de defesa do executado, discorrendo desde sua evolução histórica até aceitação pela doutrina e jurisprudência, bem como pontos ainda controvertidos em nossos tribunais.

Nesse contexto, o presente trabalho irá abordar o tema *exceção de pré-executividade*, instituto esse consagrado no direito brasileiro por meio da jurisprudência - uma vez que não há disposição legal autorizando sua oposição - enfatizando sua eficácia diante das constrições promovidas pelos exequentes, sobretudo quando o credor é o Estado União.

Nesse contexto, traçaremos algumas considerações sobre a imputação da responsabilidade aos sócios diretores e gerentes das sociedades, dando especial atenção à constrição decorrente da penhora online, ferramenta corriqueiramente utilizada pelos magistrados como mecanismo de garantir o débito objeto da execução fiscal, sem almejar, entretanto, esgotar o assunto.

O trabalho foi dividido em seis Capítulos: *Histórico, Meio de Defesa no Processo Executivo, Característica do Instituto, Matérias Invocáveis, Responsabilidade e Jurisprudências.*

Dar-se-á início por uma abordagem da evolução histórica do instituto, trazendo um panorama do momento vivido e de sua imprescindibilidade para o avanço social, econômico e, indubitavelmente, processual.

Em seguida, faremos uma breve explanação dos meios de defesa em ação executiva, traçando principais características dos embargos à execução fiscal e da exceção de pré-executividade, objeto do presente trabalho.

Já no terceiro capítulo, adentrar-se-á nas principais características do instituto, seguindo para as matérias invocáveis.

Após traçadas as considerações sobre a oportunidade da oposição da exceção de pré-executividade, traremos as condições para sua efetividade prática, principalmente como meio de defesa de sócios responsabilizados pelas dívidas de sociedades empresárias, fazendo breves considerações sobre a constrição consistente na penhora on-line.

Por fim, colacionar-se-á decisões dos tribunais, capítulo esse imprescindível, na medida em que está se falando de um instituto totalmente criado e aceito pela jurisprudência.

1. HISTÓRICA

Foi no período do direito romano que a execução sofreu sua maior revolução, passando da execução privada para a execução judicial, afastando a justiça pelas próprias mãos e a instabilidade social decorrente dos atos unilaterais e desarrazoáveis.

Após a queda do Império Romano, a execução era uma ferramenta única e exclusivamente voltada para a satisfação da tutela do credor. *Antes de qualquer ação judicial, o credor já estava autorizado a promover pessoalmente a realização de seu direito, com a faculdade de penhorar os bens do devedor, coagindo-o, dessa maneira primitiva, à composição pecuniária¹.*

Nesse período a palavra do credor, no sentido de que existia uma dívida não adimplida, não era contestada, tampouco implicava em qualquer espécie de processo de conhecimento. O credor, com o uso da força, levava os bens do aludido devedor à constrição, restando a esse o direito à defesa apenas após efetivada a penhora.

Abolida a *autojustiça*, prevaleceu o preconizado no direito romano, ou seja, aquele que se achava na situação de credor deveria requerer a citação em juízo e aguardar a apreciação de suas alegações.

Entretanto, no século XIII, com o trabalho publicado por Martino Di Fano e Duranti, passou a vigorar o sistema em que o juiz, por ter conhecimento de causa - uma vez que julgou o processo de cognição -, deveria também ter poderes e ferramentas para executar a

¹ NOLASCO, Rita Dias. Exceção de Pré-Executividade. São Paulo. Método, 2004.

sentença, poderes esses decorrentes do entendimento de que a execução é "*um simples ato de impulso processual com o fim de provocar a realização concreta dos atos incumbentes ao juiz*"².

Dessa forma, passou-se a entender que a sentença deveria ser executada pelo mesmo juízo que a proferiu, dispensando a abertura de novo processo. Foi nessa linha de entendimento que o Código de Napoleão acolheu o processo executivo e que vem sendo mantido até os dias atuais.

É fato notório e inquestionável que diversos títulos levados à execução em juízo, sequer possuem pressupostos de validade para execução, o que tornaria injusta a exigência de constrição do patrimônio do devedor para o exercício do direito de defesa.

Foi nesse contexto de questionamentos de títulos e suspensão de suas exigibilidades que, em um caso que envolvia a Companhia Siderúrgica Manessmann, em parecer, o então Doutor PONTES DE MIRANDA, pela primeira vez tratou do assunto da exceção de pré-executividade.

Nessa ocasião, foi ajuizada uma execução fiscal contra a Siderúrgica, em que se pleiteava a falência da sociedade, pedido esse que se verificaria posteriormente embasado em títulos falsos.

Sustentou PONTES que a invocação de falsidade importava em exceção processual, devendo o juiz analisar o caso antes de qualquer "*arbitramento de penhorar bens de quem não estava exposta à ação executiva*"³.

² Enrison Tullio Liebman, Embargos do executado, 2. ed, cit., p. 56

³ PONTES DE MIRANDA, Dez Anos de Pareceres, Parecer n. 95.

Em seu parecer foram expostas as seguintes considerações:

- (i) *“Não pode ser considerado “título líquido e certo”, com o objetivo de ajuizar ação executiva, título indevidamente emitido em nome do pretense devedor, se nele há falsa assinatura de um dos diretores e existe exigência estatutária acerca da necessidade da assinatura de dois diretores.*
- (ii) *Assim, no prazo determinado pela lei, para que o devedor efetue o pagamento ou garanta o juízo, o pretense devedor pode alegar a falsidade do título independentemente do oferecimento de bens à penhora, desde que comprove a sua alegação;*
- (iii) *Na medida em que a alegação importa em oposição de exceção de pré-executividade ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para não cometer a arbitrariedade de penhorar bens de quem não está exposto à ação executiva;*
- (iv) *Comprovada a falsidade do título, o juiz pode e deve indeferir in limine o pedido de execução”.*

Fato é que, o parecer desse ilustre estudioso fez com que diversos artigos fossem publicados defendendo a viabilidade desse incidente processual, uma vez que não há outro meio de defesa eficaz nas execuções antes da penhora, o que fez ganhar também acolhimento jurisprudencial.

Importante ressaltar que, conforme exposto pelo Professor Gilberto Sturmer⁴, estudos mais remotos demonstram que o Decreto nr. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça Federal, estabelecia, para o processo de execução fiscal, o seguinte:

“(...) comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento de dívida ou anulação desta. A matéria de defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida.”

⁴ STUMER, Gilberto. A exceção de pré-executividade nos Processos Civil e do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Posteriormente, no Código de Processo Civil Português de 1939, o executado podia opor-se à execução por meio de três formas: a) por embargos; b) por agravo do despacho que tenha ordenado a sua citação; c) por simples requerimento⁵.

Com relação às primeiras duas formas de oposição, o artigo 812 do referido código dizia in verbis: “o executado pode opor-se à execução por embargos e pode agravar do despacho que ordene a citação, contando que não reproduza num dos meios os fundamentos que invoque noutro”.

Mas era no parágrafo primeiro desse dispositivo do Código Português que se encontrava a oposição com a finalidade semelhante à da exceção de pré-executividade estudado no direito brasileiro. Conforme Artur Anselmo de Castro, era esse o meio processual adequado para arguir os vícios da relação processual executiva, ou seja, a falta de pressupostos processuais gerais e a inexecutabilidade do título, como para arguir as oposições de mera forma e as oposições de fundo, suscetíveis de prova por documento, afirmando ainda que a esse meio de defesa por simples requerimento era inerente o efeito suspensivo⁶.

Nota-se que outros ordenamentos se deparavam com as mesmas dúvidas quanto à veracidade dos títulos executivos, entendendo, de certa forma, que a garantia do juízo não poderia ser condição para a defesa daquele que estava sendo imputada uma responsabilidade.

Fato é que foi Pontes de Miranda quem trouxe o assunto à efervescência da discussão no ordenamento brasileiro. Atualmente, ainda há vozes isoladas que entendem que o único meio de defesa na execução fiscal é por meio da oposição dos embargos à execução fiscal, mas, em sua maioria, tem-se admitido a exceção de pré-executividade, independentemente do

⁵ José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, v. 1, p. 194

⁶ CASTRO, Arthur Anselmo de. *A ação executiva singular, comum e especial*. 2. Ed. Coimbra Editora, 1973. P. 308

oferecimento de garantia do juízo, fulminando, assim, no nascedouro a pretensão executiva viciada ou inexistente, evidentemente, desde que observadas as peculiaridades do instituto, conforme buscará discorrer de forma clara e objetiva.

2. MEIO DE DEFESA NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL

Antes da reforma de 2005, era nítida a distinção entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Enquanto naquele se buscava comprovar a existência de um direito, mediante produção de todos os meios de provas autorizados em lei, com o intuito de se obter uma sentença garantidora da pretensão subjetiva, nesse o direito já estava pré-constituído, buscando apenas um meio de efetivá-lo.

A estudiosa Rita Dias Nolasco expôs em sua obra ‘Exceção de Pré-Executividade’⁷:

“É relevantíssima a importância do processo de execução, porque é por meio dele que se alcança o resultado prático da tutela jurisdicional, assegurando ao portador um direito já devidamente reconhecido. De nada adiantaria ao credor ter o seu direito reconhecido, se o Estado não disponibilizasse meios concretos para fazer valer esse direito”.

Ocorre que, através de uma aguçada observação do sistema processual brasileiro, nota-se que o legislador deu maior importância ao processo de conhecimento em detrimento dos demais, que deve procurar naquele a fontes subsidiárias para resolução de seus conflitos intersubjetivos.

É nesse contexto que se introduzirá os meios de defesa inerentes ao processo executivo, sendo o primeiro os embargos à execução fiscal, legalmente previsto no Código de Processo Civil e, posteriormente, o instituto da exceção de pré-executividade, esse decorrente de construção doutrinária e princípios basilares do direito.

⁷ NOLASCO, Rita Dias. Exceção de pré-executividade. São Paulo: Método, 2004. Pag. 56

2.1 Embargos à Execução Fiscal

Primeiramente, pela disposição do código de Processo Civil, nota-se que o legislador processual não contemplou meio de defesa no bojo do processo de execução, com nítida intenção de não prejudicar o andamento e satisfação do título executivo.

Na visão de Liebman,

“a execução é, pois, estruturada pela lei como um procedimento fechado e perfeito em si mesmo, do qual se exclui qualquer indagação de mérito e que caminha inexorável por sua estrada, como se não houvesse qualquer incerteza sobre a sua legitimidade; ao mesmo tempo, ela é feita com ressalva da possibilidade de que, do lado de fora (isto é, de um autônomo e especial processo de conhecimento que tem o nome de embargos), venha a ordem para que se detenha e eventualmente para que se restabeleça o anterior estado da coisa⁸”.

Marcelo Lima Guerra explica que *“na sistemática legal do processo de execução, o devedor é citado não para se defender, mas para satisfazer a obrigação incorporada no título executivo, sob pena de essa obrigação vir a ser satisfeita independentemente ou contra a sua vontade, às custas de uma invasão ao seu patrimônio⁹”*.

Nesse contexto, o meio de defesa previsto para que o executado apresente os motivos pelos quais entende que a obrigação que está sendo a ele imputada não condiz com a realidade dos fatos são os embargos à execução fiscal, processo especial de conhecimento, autônomo ao processo de execução.

⁸ Enrico Tullio Liebman, Manual de direito processual civil, p.21

⁹ Execução Forçada: controle de admissibilidade, p. 25

Todos aqueles que estão diretamente envolvidos ou podem sofrer qualquer dano patrimonial decorrente do título que foi apresentado em juízo, poderão se opor à execução.

Humberto Theodoro Junior esclarece que “*são, também, legitimados os terceiros com responsabilidade executiva (fiador, sócio, sucessor, sub-rogado etc), desde que, atingidos pelos atos de execução, assumam a posição de parte na relação processual*¹⁰”.

Desse breve introito, a conceituação apresentada pelo nobre Professor Humberto, ao transcrever Goldschmidt, ensina que:

*“ação de embargos à execução é o meio para conseguir a privação de formação do título executivo, assumindo a feição de uma ação de mandamento como contrapartida da executiva. Desse modo, seu objetivo é: a) a declaração de inexistência da ação de direito material ou da executiva; b) a expedição de uma mandamento vedando a realização dos atos executivos*¹¹.”

Sintaticamente, os embargos são uma ação própria demandada contra o credor, consistindo em um meio de defesa do qual dispõe o executado para se insurgir contra o título a ele imputado, bem como contra todos os atos praticados no decorrer do processo.

E foi com o intuito de atribuir procedimento especial à execução fiscal – espécie enfocada pelo presente trabalho - que a Lei nº 6.830/80, foi editada. Logo de início, o artigo 1º dispõe que a execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública será regida por esse diploma, aplicando-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil.

¹⁰ Processo de Execução, p. 346;347

¹¹ Processo de Execução, p. 342

Nesse panorama, importante mencionar que a Lei nº 11.382/06, trouxe significativas alterações no tocante ao processo de execução fiscal, sobretudo quanto ao prazo, garantia e forma de oposição dos embargos à execução fiscal. Entretanto, importante frisar que todas essas alterações foram feitas no bojo do Código de Processo Civil.

Seguindo esse norte, como o diploma processual brasileiro é aplicado de forma subsidiária, muito bem colocada a observação em relação às inovações decorrentes da Lei nº 11.382, feita pela notória Cleide Previtalli Cais, em seu ‘Curso de Processo Tributário’¹², no sentido de que os dispositivos dessa legislação “*somente podem ser aplicáveis ao processo de execução fiscal, caso dotadas do caráter de acessório, de reforço, às normas contidas na Lei nº 6.830/80*” e continua:

“Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como o acesso a todos os meios e recursos inerentes (inc. LV do art. 5 da CF) impedem a aplicação de dispositivos introduzidos no processo de execução pela Lei 11.382, de 2006, que conflitem com a norma especial”.

Assim, nas execuções que não forem ajuizadas pela Fazenda Pública, em regra, se aplicará o disposto no Código de Processo Civil, com os prazos e requisitos para oposição dos embargos à execução ali previstos.

Por sua vez, quando o exequente for a Fazenda Pública, primeiramente, observar-se-á a Lei nº 6.830 e, caso a solução do conflito não esteja ali prevista, recorrer-se-á ao Código de Processo Civil.

¹² CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 538

Portanto, temos que o prazo para oposição de embargos à execução fiscal é de 30 (trinta) dias e, para o exercício desse contraditório, imprescindível, *a priori*, a apresentação de garantia do juízo que deverá seguir o seguinte procedimento:

“Os embargos somente são admitidos depois de garantido o juízo mediante o depósito em dinheiro do valor sob execução, ou por (a) constituição de fiança bancária em garantia do mesmo valor, (b) por penhora sobre bens de sua propriedade, observada a ordem do art. 11, (c) por penhora de bens de propriedade de terceiros, que sejam aceitos pela Fazenda Pública (art. 9, I, II, III e IV, c;c art. 16, I, II e III, da Lei 6830)”¹³.

Sendo o que nos compete no momento sobre esse meio de impugnação em sede de execução fiscal, passar-se-á para o tema objeto do presente trabalho, fazendo breves considerações para, posteriormente, adentrarmos em suas peculiaridades.

2.2 Exceção de Pré-Executividade

Além da defesa por meio da oposição em embargos à execução fiscal, em que, como se viu, se faz necessária a apresentação de garantia, para que o aludido devedor possa apresentar os motivos pelos quais entende que o título não é contra ele exigível, há o procedimento incidental da exceção de pré-executividade, objeto do presente trabalho.

Como bem definido pelo Professor José Reinaldo Coser, "*a exceção de pré-executividade é o meio possível de se buscar a extinção do processo de execução em função de vícios relativos às condições e pressupostos processuais, reclamados para a existência válida do próprio processo executivo. Vícios que nulificam o processo no nascedouro*".

¹³ CAIS, Cleide Previtelli, *ibidem*. Pag 598

E conclui declarando que *"é uma iniciativa que busca proteger o executado, de uma ação que não pode nem deve produzir qualquer efeito efetivamente válido"*¹⁴.

Nota-se que, a princípio, a exceção de pré-executividade teria lugar quando o juiz deixar de verificar os requisitos de admissibilidade do título executivo, oportunidade em que a parte passaria a motivar uma análise mais apurada pelo juízo.

Portanto, para evitar uma injusta constrição no patrimônio do executado, atualmente, autoriza-se a defesa, independente da oposição dos embargos, desde que a arguição seja demonstrada de plano.

Há quem diga que após a edição da Lei nr 11.382, de 2006, a exceção de pré-executividade teria perdido seu propósito, na medida em que o artigo 736, do CPC¹⁵, passou a assegurar ao executado o direito de opor-se ao título executivo por meio de embargos à execução, independentemente da apresentação de garantia.

O artigo 739-A, do mesmo diploma, determinou que esses embargos não serão beneficiados pelos efeitos da suspensão da exigibilidade do título, ressalvada a hipótese prevista no parágrafo primeiro desse dispositivo¹⁶.

Nos termos desse parágrafo, caso o embargante requeira a atribuição de efeito suspensivo, poderá o juiz, desde que previstos os requisitos do artigo 273, do CPC, deferir

¹⁴ COSER, José Reinaldo. Da exceção de pré-executividade e dos títulos executivos: doutrina, prática, jurisprudência. Campinas, SP. Servanda Editora, 2002.

¹⁵ Art. 736: o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

¹⁶ Art. 739-A: o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

o pedido, mas desde que “a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

Nota-se, portando, que a novidade legislativa em nada alterou a pertinência do instituto da exceção de pré-executividade, vez que, o contexto primordial para sua oposição é exatamente aquele em que não é crível a exigência de garantia.

O parágrafo 6º, desse mesmo dispositivo, ainda ressalta que, mesmo sendo deferido o efeito suspensivo, não haveria impedimento para a efetivação dos atos de penhora e avaliação de bens.

Assim sendo, muito bem concluído pela estudiosa Cleide Previtelli Cais:

“Realmente, na medida em que, citado, o executado opõe os embargos sem constituir garantia com fundamento no art. 736 do CPC, somente poderá requerer a concessão do efeito suspensivo – imprescindível em situações que possam ensejar o incidente de pré-executividade – se previamente constituir o depósito ou apresentar a carta de fiança ou constituir a penhora de bens, como consta do parágrafo 1º do artigo 739-A.

Assim, resulta a conclusão de ser redundante o parágrafo 6º do artigo 739-A, na medida em que efetuar o depósito, apresentar carta de fiança ou constituir penhora de bens é condição da suspensividade da execução”.

Ademais, cumpre-nos mais uma vez ressaltar, conforme exposta acima que, no caso das execuções fiscais, o executado não poderá exercer seu direito ao contraditório, caso não apresente garantia nos autos da execução fiscal.

Por esses motivos, a doutrina e jurisprudência vêm flexibilizando o entendimento, permitindo a oposição de exceção de pré-executividade para aduzir questões

prévias e prejudiciais à análise da execução fiscal, como adiante se demonstrará pormenorizadamente.

Nos próximos tópicos esmiuçaremos as características desse instituto tão utilizado como meio defesa pelos executados, mecanismo eficaz e, apesar da inexistência de regulamentação, admitido por nossos tribunais.

3. CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

3.1 Doutrina como Fonte do Direito

Victor Frederico Kümpel, em *Introdução ao Estudo do Direito*¹⁷, define doutrina como "*um conjunto de estudos, de caráter científico, que os estudiosos realizam nas diversas áreas do direito*", resultando em um "*pensamento sistematizado a respeito de determinado problema, com o objetivo principal de ensinar*".

Há extensa liberdade na ação de doutrinar, razão pela qual há tanta disparidade e debates entre os estudiosos.

Nesse singelo contexto questiona-se: poderia a doutrina ser fonte do direito?

Muitos estudiosos entendem que a doutrina não é fonte do direito, consubstanciando esse entendimento no fato de que a Lei de Introdução ao Código Civil não prevê sua utilização em caso de omissão legislativa.

De fato, o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil - Lei nº 4.657/42 -, prevê tão somente "*a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*" como subterfúgios para a lei.

¹⁷ KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo. Método, 2007. Pag. 91

Entretanto, outros entendem que a doutrina é uma espécie de costume, consistindo em uma opinião comum e reiterada de jurisconsultos sobre determinado assunto não regulado em lei.

KÜMPEL¹⁸ defende a tese de que a doutrina é sim fonte do direito, mas desde que observados os seguintes requisitos:

- 1º) ausência de lei ou de costume específico para o problema;
- 2º) impossibilidade de aplicação da analogia, da lei ou dos costumes;
- 3º) existência de doutrina aprovada e aceita por outros doutores;
- 4º) harmonização da doutrina com os princípios gerais do ordenamento jurídico.

No caso específico da exceção de pré-executividade, absolutamente plausível defender que o parecer do notório jurisconsulto PONTES DE MIRANDA foi a fonte de maior relevância para a introdução desse instituto no ordenamento jurídico, introdução essa ainda hoje não prevista em lei, mas recepcionada por outros doutrinadores e pela melhor jurisprudência.

Otávio Luiz Rodrigues Junior¹⁹, ao citar Arnaldo Vasconcelos, conclui muito bem o papel da doutrina: "*está antes da lei, sugerindo-a; está na lei, apoiando-a; e está depois da lei, vivificando-a*".

Portanto, absolutamente plausível o entendimento de que a doutrina é fonte de direito, na medida em que influencia o legislador, apresenta aos magistrados outras

¹⁸ idem Pág. 93

¹⁹ Revistas dos Tribunais. Ano 99 - Janeiro de 2010 - Vol. 891. Pag. 84

formas de raciocínio jurídico, colaborando ainda para a interpretação de outras leis de fontes do direito.

3.2 Natureza Jurídica

A classificação de um instituto jurídico sempre representou um desafio para os operadores do direito.

No caso da exceção de pré-executividade, a tarefa fica ainda mais difícil, na medida em que esta figura jurídica é desprovida de qualquer normatização. Nesse contexto, cabe aos doutrinadores e juristas chegarem, ao mínimo, em um consenso linear.

Como foi Pontes de Miranda²⁰ quem primeiro tratou desse assunto, nada mais justo do que buscar em seus estudos uma primeira classificação. Para ele, a exceção de pré-executividade teria a natureza jurídica de uma exceção, levando-se em consideração o fato de que esta, na sistemática do Código de Processo Civil de 1939, significava todas as defesas do réu que não se referissem diretamente ao *meritum causae*.

Já para Olavo de Oliveira Neto²¹, por envolver uma questão de prejudicialidade de um processo executório, a exceção deveria ser considerada um "*incidente processual, já que se trata de inserção, no bojo do procedimento executivo, da produção de atos que nele não são previstos*" mediante uma "*cognição exauriente da matéria nele vinculada a ser de plano realizada pelo juiz*".

²⁰ MIRANDA, Pontes De, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 145/146

²¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. A defesa..., p. 120/121

Por sua vez, para Nelson Nery Junior, a denominação mais correta seria “*objeção*”, por conter matéria de ordem pública, decretável de ofício²². Sérgio Pinto Martins também discorda da nomenclatura, na medida em que diz que o termo “*exceção*” diz respeito a impedimentos, suspeição ou incompetência²³.

Araken de Assis ensina que:

*“(...) esta modalidade excepcional de oposição do executado, controvertendo pressupostos do processo e da pretensão do executado, se designa de exceção de pré-executividade. O elemento comum é a iniciativa de conhecimento da matéria, que toca ao juiz, originariamente, cabendo ao devedor suprir sua ocasional inércia. Exemplo, de exceção desta natureza se depara na alegação do executado de que o exquente se despiu da legitimidade ativa cedendo o crédito a outram antes da demanda”.*²⁴

Independente da nomenclatura, de absoluta razoabilidade a conceituação do notório Professor, na medida em que, em decorrência da inércia do juiz, o executado se vê ‘obrigado’ a buscar seu direito imediato por meio das alegações de inexistência de liquidez, incerteza e exigibilidade do título.

O fato é que a ‘exceção de pré-executividade’ busca atender uma necessidade imediata do executado, na medida em que, de plano, é possível demonstrar que não é o letigimado passivo para figurar naquela ação.

Nos termos definidos por Sturmer²⁵, não se trata, portanto, de uma ação, uma vez que se discute matérias que o juiz conhece de ofício. É uma peça apresentada pelo réu (executado), decorrente e acessória ao pedido de execução feito pelo autor (exequente). Também

²² Código de Processo Civil Comentato. 2 ed. RT. P 131

²³ Direito Processual do Trabalho. 14 ed. Atlas, p. 592

²⁴ ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 1. Rio de Janeiro: Forense 1999

²⁵ Idem. Pg 71

não se trata de contestação, pois não exige os requisitos processuais daquela, além de ser restrita à execução, onde não é cabível a contestação.

Interessante a posição de Marcos Valls Feu Rosa no sentido de que a ‘exceção’ não é um meio de defesa, “*pois com seu oferecimento não há defesa, mas sim, pedido de que o juiz cumpra o seu ofício*”, considerando a exceção um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da exceção²⁶.

Não é tarefa simples estabelecer a natureza jurídica desse instituto, pois, realmente, pelo prisma do devedor, é um meio de defesa a ele conferido, em que se discute especificamente matéria de ordem pública que, se acolhida, extinguirá o processo executivo.

Apesar da acirrada discussão e das peculiaridades do instituto, muito nos agrada a definição de Olavo de Oliveira Neto, segundo o qual a exceção de pré-executividade:

“tem a natureza jurídica de incidente processual já que se trata da inserção, no bojo do procedimento executivo, da produção de atos que nele não são previstos. (...)”

O conteúdo do incidente de pré-executividade impede que se defina o mérito da execução, que é a realização do conjunto dos atos executivos com a satisfação da obrigação contida no título”.

Os tribunais há muito vêm entendendo que se trata de fato de um incidente processual²⁷.

²⁶ ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de pré-executividade: matéria de ordem pública no processo de execução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996. P. 98

²⁷ TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. 1. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do

De qualquer forma, independente de sua natureza jurídica, trata-se de um incidente endoprocessual, sem forma técnica definida em Lei, podendo ser elaborada por simples petição, sem necessidade de formação de um processo paralelo, visando desconstituir o título executivo diante da ausência de elementos básicos autorizadores de sua existência válida e eficaz.

3.3 Efeito Suspensivo

Conforme já exposto, o incidente processual da exceção de pré-executividade surgiu em um cenário em que o exequente, portador de um título executivo, mediante a utilização de meios próprios fazia a constrição do patrimônio do executado como forma de garantir a satisfação do crédito que entendia titular.

Nesse contexto de (in)justiça com as próprias mãos, muitas barbáries judiciais, econômicas e sociais se verificavam, na medida em que, corriqueiramente, aludidos executados se viam desprovidos de seus respectivos patrimônios, sem ao menos lhes serem concedido o direito ao devido processo legal, pois, apenas após a constrição de seu patrimônio, é que lhes eram facultado defender-se apresentado os motivos de fato e de direito que afastavam as respectivas legitimidades para figurar naquele polo passivo.

Consagrado entre a grande maioria dos doutrinadores e entre boa parte da jurisprudência, a discussão que tomou força em relação ao instituto da exceção de pré-executividade foi a abrangência da sua oposição, questionando se esse incidente processual era provido ou não de efeito suspensivo, uma vez que, para sua oposição, a garantia é prescindível.

CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes. 2. A **exceção de pré-executividade** tem a **natureza** de incidente processual para defesa do executado, processado nos próprios autos de execução, sem necessidade da garantia do juízo. 3. Acolhida a **exceção de pré-executividade**, sem extinguir a execução, essa decisão desafia recurso de agravo de instrumento. 4. Recurso especial provido em parte. (STJ – 2 Truma RESP 200501616287. Ministro Castro Meire. DJU 22.11.2005)

Como já ressaltado, o instituto da exceção de pré-executividade não possui normatização. Portanto, qualquer entendimento no sentido de que esse incidente suspende a realização de constrição do patrimônio do executado é puro entendimento doutrinário e jurisprudencial, vez que o artigo 791, do Código de Processo Civil²⁸, não prevê tal disposição.

Ocorre que, ao nosso ver, a simples justificativa de que não deve ser atribuído efeito suspensivo à execução com a oposição da exceção de pré-executividade pelo fato de não haver disposição legal para tanto é muito frágil, já que o próprio instituto é desprovido de regulamentação.

Independentemente de previsão, não há que se falar em taxatividade do artigo 791, do CPC, tendo em vista que há outros dispositivos prevendo outras hipóteses de suspensão, como os artigos 265 e 598, do CPC.

Seguindo esse raciocínio, muitos doutrinadores sustentam a suspensividade da execução no poder geral de cautela do magistrado. Se houver os pressupostos específicos cautelares, quais sejam, "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*", previstos no artigo 273, do CPC²⁹, poderá o juiz suspender a execução, podendo ainda se valer dos preceitos normativos previstos nos artigos 798 e 799, do CPC³⁰.

²⁸ Art. 791. Suspende-se a execução:

I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);

II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

²⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

³⁰ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Importante trazer a visão de Marcos Valls Feu Rosa, mencionado por Rita Dias Nolasco³¹:

“ao tratar dos efeitos causados pela oposição de exceção de pré-executividade, sustenta que ‘a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em cheque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação’. Assim, havendo fundadas razões para se discutir a regularidade processual, deve a execução ser suspensa, sob pena de se privar bens de cidadãos sem observância do devido processo legal.

E, uma vez que a arguição suspende o próprio processo de execução, parece óbvio que o prazo para embargos também é suspenso. Decidida que seja a arguição, recomençará a correr o prazo para os embargos a partir da intimação da decisão. Isto ocorrerá, vale dizer, todas as vezes que estiver em curso qualquer prazo na execução, não só o para embargos”.

Interessante esse ponto de vista, uma vez que, na hipótese de ser verificada a ausência dos requisitos da execução, haverá grande economia processual, evitando o prosseguimento de uma execução fadada ao insucesso, bem como a constrição de bens de um hipotético devedor.

Cediço frisar mais uma vez que esse entendimento tem que levar em conta a morosidade do judiciário, posto que, caso a análise da exceção de pré-executividade se prolongue no tempo, poder-se-á criar uma mal precedente para os maus pagadores/executados, passando a opor o instituto como forma de ganhar tempo para o oferecimento de garantia.

De qualquer forma, sob pena de se esvair injustificadamente os embargos bem como de se achincalhar a execução, não deve ser um efeito automático.

³¹ NOLASCO, Rita Dias. Exceção de pré-executividade. São Paulo. Método, 2004. Pag 265

Ainda, imprescindível ressaltar a necessidade de robustez de provas pré-constituídas para a oposição desse incidente excepcional, na medida em que a exceção não é meio processual para dilação probatória, tampouco instrumento para discutir matérias fáticas que não estejam pré-constituídas.

Eduardo Arruda Alvim dispõe:

*"não é de se admitir na exceção de pré-executividade qualquer espaço para dilação probatória, o que, todavia, não significa que o juiz não possa levar em consideração documento juntado pelo executado. O que, por certo, não se pode tolerar, é um maior espaço para provas, com a realização de audiências ou perícias"*³².

Portanto, sempre que se fizer necessário outro meio de prova para se demonstrar a inadmissibilidade da execução, evidente que a exceção de pré-executividade não será o meio processual adequado de defesa, razão pela qual se tornará indispensável a oposição dos embargos do devedor.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, o vício invocável pela exceção há de ser perceptível "*prima facie*", vez que "*a necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução sob pena de que esse a desnature*"³³.

Portanto, simpatizamos com a tese de que a suspensão da execução por meio da oposição da exceção de pré-executividade deve ser facultado ao juiz que, ao receber a petição, analisará os requisitos do instituto e, vislumbrando a pertinência da alegação e das provas pré-constituídas, deverá atribuir efeito suspensivo ao executivo, evitando desde um ato ilegal e impróprio de constrição, até um desnecessário desgaste da máquina judicial.

³² Sérgio Shimura e Outros. Processo de Execução, pág. 226

³³ Sobre a objecção de pré-executividade, in Processo de Execução e Assuntos Afins, pág. 410

3.4 Preclusão

Como já discorrido, o objetivo da exceção de pré-executividade é afastar de plano e exigibilidade de um título que, desde o início, se apresenta desprovido de força, evitando a constrição desnecessária do patrimônio do aludido devedor.

Uma discussão bastante calorosa na doutrina é em relação ao devido momento para oposição da exceção de pré-executividade. Seria no prazo para pagamento ou oferecimento de garantia do juízo? Seria até escoar o prazo para oposição dos embargos? Ou poderá ser oferecido a qualquer tempo?

Para PREVITELLI CAIS, diante das alterações introduzidas pela Lei 11.382, a exceção deve ser apresentada de imediato, uma vez citado o devedor, que tem o prazo de três dias para pagamento.

Já seguindo as regras da Lei nº 6.830, lei específica das execuções fiscais, a exceção poderia ser apresentada no prazo de cinco dias a contar da data da citação da execução fiscal, prazo esse durante o qual o devedor pode pagar a dívida com juros e demais encargos ou garantir a execução.

Entendendo, por fim, que, se tratando de matéria de ordem pública, o incidente poderá ser oposto a qualquer tempo.

Já STURMER tem o seguinte entendimento:

“Tem-se, pois que, apesar de não haver previsão legal para a exceção de pré-executividade e, conseqüentemente, para a oportunidade de exercê-la, há entendimentos de que o momento da oposição é de, na primeira, oportunidade que a parte tiver de falar nos autos, argui-la. Não nos parece ser este o caso, na medida em que se discutem matérias que o juiz poderia conhecer de ofício. Assim, entende-se admissível a oposição da exceção de pré-executividade em qualquer momento, e enquanto não realizada a penhora. Registre-se, contudo, haver entendimento de que, mesmo após a penhora, é possível opor a exceção de pré-executividade, mormente em casos onde a ausência ou a nulidade do título executivo é gritante³⁴”.

Ainda, Leandro Paulsen, por sua vez, faz excelente observação:

”Entretanto, diante das censuras, ainda que infundadas, à admissão da exceção em execução fiscal, e diante dos limites desta via, tanto materiais (há acesas discussões sobre a matéria realmente passíveis de serem arguidas por este meio), como formais (não admite dilação probatória), jamais deve o executado deixar escoar o prazo para opor embargos. Se já peticionara com exceção de pré-executividade, deve renovar seus argumentos nos embargos. Mas a exceção, de outro lado não tem prazo para ser oposta. Mesmo preclusos os embargos, poderá o executado, através da exceção de pré-executividade, suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz³⁵”.

No tocante às matérias invocáveis na exceção, muito bem apontado por Nelson Nery:

“Rejeitada a exceção de pré-executividade que versava sobre matérias de ordem pública, não sujeitas à preclusão, mesmo havendo decisão proferida em segunda instância sobre a questão, não existe qualquer obstáculo a nova arguição da matéria em sede de embargos à execução. Pois da decisão versando sobre a matéria de ordem pública ou de direito indisponível, não há preclusão *pro judicato*, segundo os artigos 267, parágrafo 3, e 471, II, *in fine*, ambos do CPC”.

³⁴ Idem pag. 74

³⁵ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado – Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, 2002, 8 ed. 2006.. pag 940

Entretanto, como o objetivo maior da exceção de pré-executividade é anular o título executivo antes da realização de qualquer constrição patrimonial, entendemos ser mais lógico o oferecimento desse incidente até a efetivação da penhora.

De qualquer forma, sendo a exceção de pré-executividade uma criação doutrinária, sem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em prazo específico. Fato é que o executado não poderá permanecer silente indefinidamente, sob pena de aplicação do dispositivo no artigo 276, do CPC e, ainda, evidentemente, precluir seu direito de embargar a execução.

3.5 Do Recurso

Já vimos que a defesa típica do executado no processo de execução são os embargos do devedor que, hoje, prescinde de prévia garantia. Quando o processo de execução, entretanto, apresentar imperfeições técnicas, como a ausência de suas condições da ação e dos pressupostos processuais, a jurisprudência aceita que a exceção de pré-executividade seja oferecida, evitando-se, assim, a constrição desnecessária de bens do devedor em decorrência de título flagrantemente nulo.

Nesse contexto, a exceção de pré-executividade tem por finalidade trazer ao conhecimento do magistrado a existência (ou inexistência, por melhor dizer) de algum pressuposto processual ou condição da ação.

Logo, esse incidente permite ao devedor que, independentemente de penhora e por meio de um remédio defensivo mais célere do que os embargos à execução, possa suscitar no processo executivo questões conhecíveis *ex officio* e outras de mérito aceitas pela Doutrina e Jurisprudência, como veremos no próximo capítulo.

Portanto, uma vez oposta a exceção de pré-executividade e desde que seja acolhida, por atacar a base do processo executivo, qual seja o próprio título, provocará a extinção prematura da execução, com ou sem julgamento do mérito.

É nesse contexto que introduziremos as peculiaridades recursais desse instituto.

Primeiramente, imperioso analisar se a decisão que julgar a exceção de pré-executividade é uma decisão meramente interlocutória ou extintiva do direito pelo qual se fundou.

Nesse contexto preliminar, podemos falar em três possíveis situações ensejadoras de recursos: acolhimento da exceção e, conseqüentemente, a extinção da execução; simplesmente o não-conhecimento da exceção; e, por fim, o conhecimento, mas não-acolhimento da exceção de pré-executividade.

Na hipótese em que for julgada procedente o incidente da exceção de pré-executividade, extinguindo o processo executivo, seja a sentença definitiva ou terminativa, o recurso cabível será o de apelação. Entendimento esse unânime e pacífico.

Caso o incidente processual seja conhecido, mas liminarmente rejeitado, o recurso ao qual o executado poderá se valer será o de agravo de instrumento, devendo demonstrar a presença dos pressupostos previstos nos artigos 533 e 527, III, do CPC

Em regra, mesmo com a interposição do agravo, o prazo dos embargos terá início - uma vez que se inicia com a citação -, oportunidade em que deverão ser opostos, sob pena de preclusão. Importante ressaltar que, interposto o agravo, é possível que o juízo de segundo grau, em sede de tutela antecipada, atribua efeito suspensivo à execução, caso entenda presentes os pressupostos para tanto.

Nolasco, ao trazer o entendimento de Carlos Henrique Abrão dispõe:

“o agravo interposto pelo recorrente sem atribuição do efeito suspensivo redundará no reflexo concreto e imediato prosseguimento da execução, agora com a respectiva realização da penhora e a fluência do prazo legal endereçado aos embargos. Contudo, se for atribuído duplo efeito ao agravo de instrumento contra a decisão que refutou a exceção de pré-executividade, enquanto não houver o julgamento do recurso, restará sobrestado o procedimento, numa espécie de trancamento da execução que, mesmo excepcionalmente, vem sendo reconhecida”³⁶.

Importante frisar que, na hipótese em que a exceção de pré-executividade for admitida, poderá o tribunal apreciar seu mérito.

A terceira hipótese é a situação em que o juiz a quo não admitir a exceção de pré-executividade, ocasião que também desafiará o recurso de agravo de instrumento. Entretanto, nesse caso, não poderá o juízo *ad quem, a priori*, acolher a exceção, sob pena de supressão de grau de jurisdição, devendo remeter o processo à origem para apreciação do magistrado.

Evidente que, uma vez presente o disposto no parágrafo 3º do artigo 515, do CPC, poderá o tribunal apreciar diretamente o mérito da causa, ms apenas nesse cenário.

³⁶ Ibidem pag. 274

Quanto à aplicação desse dispositivo nos julgamentos de agravo de instrumento, NOLASCO discorre:

“O parágrafo 3 do art. 515 apesar de estar situado no capítulo da apelação, não faz referência expressa a essa modalidade recursal, assim nada impede que este dispositivo seja aplicado aos demais recursos”³⁷.

Por fim, na situação em que apenas um executado é excluído, sendo o título a ele imputado declarado inexigível, persistindo outros devedores no pólo passivo, nesse caso, entendemos que deve ser interposto o recurso de agravo de instrumento, mesmo que o processo tenha sido extinto em relação a uma das partes, para que não ocorra disparidade no trâmite processual.

3.6 Honorários Advocatícios

Questiona-se se, uma vez acolhida a exceção de pré-executividade, são devidos os honorários advocatícios.

No Direito Brasileiro, a sucumbência é regida pelo princípio da *causalidade*: quem dá causa a uma demanda, caso seja sucumbente, deverá responder por tal e, pois, pelos honorários advocatícios.

Nesse contexto, a exceção de pré-executividade que é o meio processual pelo qual o executado se valeu para afastar qualquer constrição em seu patrimônio, uma vez levando à extinção da execução, deverá o exequente arcar com os honorários do advogado contratado por aquele, uma vez que foi esse quem deu causa a demanda.

³⁷ Ibidem pag. 275

Entretanto, caso a exceção de pré-executividade seja indeferida, nada será devido, uma vez que a execução fiscal prosseguirá e os honorários advocatícios serão, ao final, arbitrados

E nesse sentido o entendimento de STRUMER:

“Caso a exceção não seja acolhida, e o juiz determine o prosseguimento do feito, não há falar em custas e honorários neste momento processual, por haver apenas uma decisão interlocutória. Assim, aguarda-se a penhora ou depósito e, apresentados os embargos à execução, as custas e honorários advocatícios serão devidos pela parte sucumbente”.

Por fim, cumpre esclarecer a respeito da Medida Provisória 2.180-35/2001 que, no artigo 4, introduziu um dispositivo na Lei n 9.494/97:

“Artigo 1-D: não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

No mesmo sentido da Professora Rita Dias Nolasco, entendemos equivocado esse posicionamento. Primeiramente, pelo fato de que matéria processual não pode ser objeto de Medida Provisória³⁸.

Ademais, conforme exposto acima, sendo o título executivo extinto, totalmente injusta a não condenação do exequente, ainda que por meio de exceção de pré-

³⁸ STJ – RESP 211658-RS, RESP 161478-RS

executividade, posto que o excipiente se viu obrigado a arcar com a contratação de advogado para defender seus interesses.

3.7 Matérias Invocáveis

Conforme exposto acima, a exceção de pré-executividade é decorrente de criação doutrinária e, atualmente, bem recepcionada pela jurisprudência.

Entretanto, como toda calorosa discussão jurídica, há muita divergência em relação às matérias passíveis de análise por meio da oposição desse incidente processual.

Alguns autores restringem o cabimento desse meio de defesa apenas quando se tratar de matéria de ordem pública, enquanto outros vislumbram a possibilidade de sua oposição mesmo para arguir questões que envolvam o mérito, como no caso de prescrição e decadência e, ainda, naquelas situações em que o executado/excipiente conseguir comprovar de plano o vício do título. Apresentaremos no quinto capítulo do presente estudo que, também na jurisprudência, há grandes divergências nesse assunto.

A ação de execução, assim como qualquer outra espécie de ação judicial, requer a observância das condições da ação, bem como dos pressupostos processuais, sem os quais o título executivo não terá existência válida, tornando o judiciário defeso de conhecê-lo.

As condições da ação são aquelas exigidas para qualquer ação de cognição, quais sejam, legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

José Reinaldo Coser, ao citar Ricardo Rodrigues Gama, dispõe:

"A importância do exame da presença dos pressupostos e das condições é incomensurável, isto porque evita que a máquina do Judiciário funcione de forma desnecessária, podendo até lesionar direitos em alguns casos".

Em relação ao pressupostos processuais, esses podem ser objetivos e subjetivos.

Os pressupostos subjetivos são aqueles que envolvem o juízo e as partes. Já os objetivos são divididos em extrínsecos e intrínsecos. Exemplos desses são a imparcialidade do juízo, sua competência e a capacidade processual da parte.

Já os pressupostos processuais objetivos extrínsecos são relacionados à litispendência, coisa julgada, por exemplo.

Em relação à ação de execução, os pressupostos específicos são: o título executivo e o inadimplemento do devedor, devendo aquele ser certo, líquido e legítimo e esse exigível pela via executiva.

Cândido Rangel Dinamarco³⁹, citando Liebman, Madrioli e Alberto dos Reis dá a seguinte lição:

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. Malheiros Editores. 5ª ed. Pág. 378/379

"Refletindo essa postura metodológica, algumas expressões ganharam fama entre os estudiosos do direito processual civil, pondo à calva o tratamento desigual dado aos institutos processuais que se manifestam na execução forçada. Diz-se, por exemplo, que o título executivo é a fonte imediata e autônoma da ação executiva, único requisito de sua existência, ou seja: havendo o título, não se há de cogitar da possibilidade jurídica, do interesse, da necessidade, ele seria a expressão integral das condições da ação executiva. Diz-se que a execução se subordina a um pressuposto legal (título) e a um pressuposto prático (inadimplemento), ou, em outras palavras, a um pressuposto formal e a um pressuposto substancial".

A posição que melhor representa a intenção do instituto da exceção de pré-executividade é a da Professora NOLASCO⁴⁰:

"Acolhemos o entendimento segundo o qual deverá ser admissível o cabimento da exceção de pré-executividade, sem a garantia do juízo, nos casos em que a execução não prosperará, por seu nula ou mesmo inexistente; assim a matéria veiculada pode dizer respeito tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito da execução, desde que não haja a necessidade de dilação probatória. Portanto, as matérias alegadas através da exceção de pré-executividade são delimitadas pela cognição que o juiz pode efetuar, ou seja, só serão admitidas as matérias que permitem que o juiz conheça, de imediato, no momento em que foi alegada, sem a necessidade de produção de provas".

Como ressaltado, o título executivo precisa ter clareza, liquidez e exigibilidade. O professor José Reinaldo Coser⁴¹, ao citar Luiz Machado Guimarães que, por sua vez, traz os ensinamentos de CALAMANDREI:

"A liquidez, a certeza e a exigibilidade são requisitos de conteúdos nitidamente distintos, que CALAMANDREI, com a clareza habitual, assim especifica: a certeza diz respeito à existência do crédito, a liquidez decorre da determinação da sua importância exata, a exigibilidade se refere ao tempo no qual poderá o credor exigir o respectivo pagamento. É certo um crédito, quando não é controvertida a sua existência (an) é líquido, quando é determinada a importância da prestação (quantum); é exigível, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição nem está sujeito a outras limitações (quando)".

⁴⁰ Ibidem pag. 212

⁴¹ ibidem. Pág. 34

COSER define muito bem a necessidade de um título bem constituído, na medida em que declara que "*o processo de execução não é pré-ordenado para discussões controvertidas, pois, de plano, pressupõe um credor munido de título líquido, certo e exigível e, a possibilidade concreta de discussão do crédito retira a 'certeza' da obrigação para os efeitos da execução forçada*".

E nesse diapasão, uma vez ausente algum dos pressupostos processuais e/ou condição da ação, caso o juiz *ex officio, no despacho inicial*, não extingue o feito sem conhecimento do mérito, poderá o executado se valer do instituto da exceção de pré-executividade para alegar essas irregularidades, ante a impossibilidade de desenvolvimento de um processo válido e regular e, sobretudo, sem dispor de seu patrimônio.

Além das matérias que podem - e deveriam - ser conhecidas de ofício pelo magistrado, vem se aceitando arguições que dizem respeito ao mérito do título executivo, como a decadência, prescrição, o pagamento, a transação, a falsidade do título, a ausência de condição ou termo e etc.

Essas são as questões ditas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente, desde que desnecessária a dilação probatória, ou seja, desde que o executado consiga provar de plano, com provas inequívocas, a inviabilidade da execução.

4. RESPONSABILIDADE

Antes de adentrarmos na constrição consistente na penhora online sobre o patrimônio dos devedores e co-executados, faremos uma breve explanação sobre a responsabilidade de terceiros, trazendo a legislação aplicável e seus limites.

4.1 Terceiros: Sócios, Gerentes e Administradores

Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo, nos termos do artigo 580, do Código de Processo Civil⁴².

Consoante se observa do disposto no artigo 591, do CPC⁴³, o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Estão sujeitos à execução, nos termos do artigo 592, os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real (I); do sócio, nos termos da lei (II); do devedor, quando em poder de terceiros (III); do cônjuge, nos casos em que seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida (IV); alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução (V).

42 Art. 580: A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo

43 Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Vale ressaltar que, em regra, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

Quanto ao ajuizamento da execução, compete ao credor requerer a citação do devedor e instruir a petição inicial com o título executivo, salvo se fundada em sentença.

Como regra, o artigo 617, do CPC, prevê que a ajuizamento da execução, quando deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, desde que a citação do devedor seja feita com observância do disposto no artigo 219, do mesmo diploma legal.

Nesse contexto, conforme já exposto acima, deve o juiz analisar com cautela o cumprimento dos requisitos para o ajuizamento da ação, devendo extingui-la caso seja fundado em título ilíquido, incerto e/ou inexigível.

No tocante à execução fiscal, o art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80⁴⁴, estabelece que pessoas físicas podem ser responsáveis pelas dívidas tributárias, ou não, de outras pessoas físicas ou de pessoas jurídicas.

O artigo acima tem o objetivo de possibilitar o adimplemento da obrigação tributária, com a conseqüente satisfação do direito do exeqüente, devendo, contudo, serem respeitadas as formalidades legais para cobrança de débitos contra terceiros.

44 Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra:

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

Ocorre que, para a imputação dessa responsabilidade, imprescindível que o exequente demonstre cabalmente a existência dos delitos previstos no artigo 135, do Código Tributário Nacional. No mesmo sentido, o artigo 50, do Código Civil Brasileiro⁴⁵.

Ou seja, para incluir um co-devedor como responsável pela obrigação tributário de outrem, deve o exequente de plano apresentar provas robustas de que foram apurados fatos ensejadores dessa obrigação.

Como se vê, muito embora o artigo 135, incisos I e III do CTN⁴⁶ tenha instituído em nosso sistema a figura da responsabilidade pessoal (exclusiva, por substituição) dos sócios, diretores, gerentes ou representantes, pelas obrigações tributárias assumidas pela pessoa jurídica, veio este a condicioná-la a comprovação de que tenham estes praticado atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Em outras palavras, a responsabilidade tributária tratada pelo art. 135 do CTN, funciona como uma sanção aplicada a quem praticou um ato abusivo, com ofensa aos poderes disponíveis ou à lei, ao contrato ou ao estatuto. Ou seja, somente aquele que praticou o ato abusivo é que poderá ser pessoalmente responsabilizado pela obrigação tributária que deveria ser cobrada diretamente do contribuinte inadimplente, como leciona o o emérito jurista Humberto Theodoro Júnior:

“Como o dolo não se presume, adverte Ives Gandra da Silva Martins que se torna obrigatória a apuração, não só da ‘hipótese dolosa’ como também, e necessariamente, da ‘participação efetiva’ nela do terceiro indigitado como responsável tributário, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional”

⁴⁵ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁴⁶ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Também, neste mesmo sentido, o mestre Bernardo Ribeiro de Moraes acrescenta:

“Aqui, há a necessidade desse terceiro praticar atos com excesso de poderes ou com infração de lei, do contrato social ou estatutos. Caso contrário não haverá a responsabilidade pessoal ou individual desse terceiro, isto é, não haverá responsabilidade dos administradores, sócios-gerentes das sociedades limitadas ou sócios-diretores das sociedades limitadas ou sócios-diretores das sociedades anônimas (ambas as sociedades não são de pessoas, mas de capitais).”(Compêndio de Direito Tributário, 3ª ed., Rio, Forense, 1995, v. II, n. 24, 7.1, p. 521-522)

Em rigor, tal comprovação deve se dar mediante a instauração de um processo administrativo prévio, apurando-se a responsabilidade (caso existente) de cada um dos supostos responsáveis, antes da distribuição da execução fiscal, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, dispostos no art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88:

“É necessário provar, com amplo direito de defesa, no processo administrativo prévio à execução fiscal, a conduta dita reiterada na ausência de recolhimento de tributos.” (Renato Lopes Becho, Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária, fls. 181 – g.n.)

“Em suma, a co-responsabilidade tributária não pode, em regra, decorrer de simples afirmação unilateral da Fazenda no curso da execução fiscal. Reclama, como é curial, apuração pelos meios legais, e só depois dos indispensáveis accertamentos do fato que tiver gerado é que a responsabilidade do estranho poderá ser havida como líquida e certa. Isto é obvio, nunca poderá ser feito depois da penhora, no bojo da execução forçada já em curso, já que a certeza é pressuposto de admissibilidade da própria execução, devendo anteceder-lhe obrigatoriamente” (Lei das Execuções Fiscais, Humberto Theodoro Júnior, Ed. Saraiva, pág. 28, 6ª Edição –g.n.)

“Em atenção as garantias constitucionais processuais, viu-se não se pode imputar ao diretor ou sócio-gerente a prática de ato contrário à lei societária ou ao contrato social sem ofertar-lhe oportunidade de defesa, nem tampouco sem a prévia instauração de processo administrativo específico para este fim.

Assim, inconstitucionais, porque supressoras dessa garantia, são as decisões que acolhem petições sem qualquer fundamentação e simplesmente redirecionam a execução para a pessoa natural do representante da pessoa jurídica. A defesa do co-responsável, por não se conhecer a razão dessa co-responsabilidade, resta seriamente prejudicada.” (Hugo de Brito Machado Segundo, in Problemas de Processo Judicial Tributário, 4º volume, pág. 142/143)

Em relação à execução fiscal de dívidas previdenciárias, a recente alteração da Lei Nº 11.941/2009, publicada em 28.05.2009, revogou expressamente em seu artigo 79, inciso VII⁴⁷, o artigo 13, da Lei 8.620/93, a previsão de responsabilidade solidária dos sócios de empresas e dos titulares da firma individual pelo inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

A nova normatização, apesar de alguns entenderem que não trouxe qualquer novidade ao ordenamento jurídico, merece melhor análise, sobretudo no tocante às situações em que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS inclui, indiscriminadamente, co-devedores na Certidão de Dívida Ativa - CDA, ou seja, os responsabilizam pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica.

Como dito, esse procedimento era adotado consubstanciado no artigo 13, da Lei 8.620/93⁴⁸, ensejando na inclusão de sócios/administradores/responsáveis como responsáveis pelas dívidas previdenciárias contraídas pelas empresas.

A regra do parágrafo único desse mesmo artigo estabelecia presunção relativa de co-responsabilidade dos sócios, ficando ressalvado a eles o direito de ilidir a presunção através de embargos à execução.

⁴⁷ Art. 79. Ficam revogados:

VII – o art. 13 da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993

⁴⁸ Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.

Entretanto, com a revogação desse dispositivo legal, entende-se que passou a ser defeso ao Fisco imputar aos sócios a responsabilidade por dívidas relacionadas às contribuições previdenciárias das empresas.

Assim, sobreviverá no mundo jurídico a possibilidade de responsabilidade pessoal passiva entre empresa e sócio/diretor/administrador somente quando - a luz do artigo 135 do CTN - for demonstrado o excesso de poderes de gestão ou o cometimento de infração a lei, por parte dos responsáveis pela empresa devedora da Previdência Social.

De qualquer forma, mesmo sob a óptica desse artigo, não é possível incluir o sócio e a empresa na mesma CDA, tendo em vista que se trata de responsabilidade pessoal em razão de dolo devendo o Fisco apurar e provar os fatos que o levarão a imputar a cobrança do débito à pessoa física, conforme ressaltado acima.

Nos recentes julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o entendimento adotado é que o Fisco só poderá incluir os co-executados nas Certidões de Dívida Ativa - CDA quando ficar evidente o disposto no artigo 135, do CTN, devendo, para tanto, trazer indícios desse enquadramento.

Essa nova disposição legal e jurisprudencial faz com que a inclusão indiscriminada de pessoas no polo passivo da execução fiscal por parte do Fisco, atitude essa antes amparada pelo julgamento do 'leading case' do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que "*se o executivo é proposto contra a pessoa jurídica e o sócio, cujo nome consta da CDA, não se trata de típico redirecionamento e o ônus da prova compete ao sócio, uma vez que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza*", não mais poderá ser aplicado nos casos em que o Fisco fundamentar a inclusão no artigo 13, da Lei 8.620/93, cabendo a ele imputar/indicar um dos indícios do artigo 135, do CTN, para embasar a inclusão e, assim, inverter o ônus da prova.

É certo que a simples imputação de responsabilidade com base no supramencionado artigo nunca foi totalmente factível, vez que é vedada à lei ordinária tratar de matéria destinada à lei complementar. Tanto assim é que o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo pela sua inconstitucionalidade e, agora, com a expressa revogação, o Fisco não mais poderá nele fundamentar as autuações.

Dessa forma, a partir do novo posicionamento legal e jurisprudencial, ao receber a execução fiscal, o MM juiz deverá verificar em qual dispositivo legal o Fisco se amparou para incluir determinada pessoa no polo passivo do executivo, sendo defeso o embasamento no artigo 13, da Lei 8.620/93 e, no caso do artigo 135, do CTN, deverá trazer de antemão, indícios da fraude "*a lei, estatuto ou contrato social*".

Nota-se que o mencionado artigo, que antes dava subsídios ao Fisco para inclusão sócio/diretor/administrador no polo passivo do executivo fiscal, não mais vigora no ordenamento jurídico brasileiro, podendo o integrante do polo passivo, quando sua inclusão for naquele artigo baseada, se valer do disposto na Lei 11.941/2009, alegação essa absolutamente pertinente por meio do incidente processual da exceção de pré-executividade.

4.2 Penhora Online

Como discorrido, a grande finalidade do instituto da exceção de pré-executividade é evitar a expropriação patrimonial de um suposto e, talvez, remoto devedor.

Como definido por Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹, "*a penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida*".

Nos termos discorridos no presente trabalho, o Código de Processo Civil passou por reformas significativas, eliminando a burocracia na execução, visando atender aos princípios da simplicidade, celeridade e efetividade do procedimento.

Em razão disso, pensamos que é medida de justiça, razoabilidade, efetividade e preocupação com o cumprimento da legislação material, reconhecer a importância das recentes alterações do Código de Processo Civil, rumo ao aperfeiçoamento da execução, visando aniquilar o estigma do processo de execução do ganha mais não leva.

Buscando exatamente essa efetividade processual, o art. 475-J estabelece que "*caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação*".

Dessa forma, ao intimar o executado para pagamento do débito, certos magistrados fundamentam sua decisão em tal artigo, dando ao devedor o prazo de 15 dias para pagamento, sob pena de incidência da multa prevista.

É nesse contexto que introduziremos a questão da penhora online responsável por debates acirrados tanto no meio doutrinário como jurisprudencial, conforme a seguir veremos.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de Processo Civil, volume 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 254

O instituto da penhora *online* surgiu da aplicação do Sistema Bacen Jud, através do qual os magistrados têm acesso, por meio eletrônico, a informações de ativos financeiros do devedor, podendo no mesmo ato bloqueá-los até o valor da execução. Esse sistema tem por objetivo combater a morosidade no processo de execução, ao trazer uma maior efetividade às decisões judiciais, não excluindo as garantias do devido processo legal, como também os demais princípios processuais e constitucionais.

Decorrente dessa inovação processual e avanço tecnológico que, em 08.05.2001, o Banco Central do Brasil firmou convênio de cooperação técnico-institucional com o Superior Tribunal de Justiça e com o Conselho de Justiça Federal, instituindo o Sistema Bacen Jud de penhora *online*.

4.2.1 Noções Introdutórias

Foi buscando efetivar o convênio firmado em 2001, lhe dando maior procedibilidade, além de garantir a observância ao princípio da proporcionalidade, bem como suprir a carência e a insuficiência dos meios executivos que foi criada a Lei 11.232/2005, que alterou a Lei nº 5.869/1973, simplificando o tempo de tramitação das ações na justiça e, sobretudo, as manobras processuais dos devedores que se esquivavam do cumprimento das obrigações.

“É um sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, intermediado pelo Banco Central, que possibilita à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados.

O Bacen Jud 2.0 é um avanço na comunicação entre o Judiciário e as instituições financeiras, conferindo agilidade, economia, segurança e controle no processamento das ordens judiciais.

Agilidade, porque as ordens são transmitidas eletronicamente e têm suas respostas visíveis para o juízo emissor na manhã do segundo dia útil após seu recebimento pelas instituições.

Economia, porque diminui o custo de processamento das ordens e solicitações judiciais tanto no âmbito do Judiciário, quanto no Banco Central e nas

instituições financeiras, e mais a redução do prejuízo das partes com a manutenção por longo tempo dos recursos parados.

Segurança, por dois motivos: usa recursos modernos de segurança e criptografia nas transmissões; e elimina riscos de falhas provenientes do processamento humano, conferindo campos de digitação e reduzindo os níveis de acesso à informação.

Controle, porque permite ao Judiciário o acompanhamento das respostas às ordens e solicitações emitidas⁵⁰.

Além da criação do Bacen Jud, outra solução foi a aplicação de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor devido, caso o devedor não efetue o pagamento da dívida no prazo estabelecida em lei.

MARINONI⁵¹ entende que a penhora online *"é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado - imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro"*.

Ainda, importante ressaltar que essa forma de penhora concede ao credor o direito de penhorar exatamente o valor devido, o que dificilmente ocorre com bens móveis ou imóveis.

É sabido que essa prática também foi possibilitada devida a alteração do inciso I, do artigo 655, do Código de Processo Civil⁵², que passou a prever que a penhora poderá recair sobre o dinheiro, revogando o dispositivo que facultava ao devedor a nomeação de bens a penhora.

⁵⁰ <http://www.bcb.gov.br/?BCJ2FAQ>

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Penhora online. Revista Jurídica 365/45-52. Porto Alegre: Notadez, mas. 20088. Pág. 45

⁵² Art. 655: A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira

E foi o artigo 655-A⁵³ que deu efetividade à penhora *online*, possibilitando, de imediato, a constrição de dinheiro em conta corrente ou conta-investimento.

Assim, o Judiciário - juízes devidamente cadastrados e com senhas individuais -, por meio de trocas de informações com o Bacen, consultam sobre a existência de depósitos bancários em nome dos executados em todas as instituições brasileiras.

Importante frisar que a penhora *online* sempre foi feita por ordem do juiz. A diferença é que, atualmente, há um novo meio de transmissão dessa ordem.

Inicialmente, a penhora de dinheiro era realizada pelos oficiais de justiça, que compareciam às instituições financeiras e, providos de mandado, eram atendidos por gerentes ou advogados internos, que ficavam encarregados de cumprir a ordem judicial.

Ocorre que a morosidade desses procedimento - confecção do mandado, deslocamento de servidores, acessos aos gerentes bancários - fazia com que muitas vezes essa ordem deixasse de ser cumprida.

Por meio da nova sistemática, uma vez enviada a solicitação e localizados ativos do devedor, ocorrerá o bloqueio da quantia devida, ocasião que esse valor ficará indisponível para o devedor, para, posteriormente, se efetivar a penhora *online*, que consiste na satisfação do crédito.

⁵³ Art. 655-A: Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Com efeito, o Banco Central, ao receber a solicitação do magistrado, encaminha a todas as instituições financeiras do Brasil que, por sua vez, pelo sistema de informática, fazem triagem e bloqueiam apenas a importância solicitada nas contas dos titulares.

4.2.2 Discussões

A primeira questão que implica em fortes discussões é quanto à violação dos princípios constitucionais.

A primeira crítica é em relação à competência dos convênios para criar o Bacen Jud. Defendem que não têm competência para legislar sobre processo civil, tendo em vista que tal competência é privativa da União, confrontando com o princípio da legalidade, portanto⁵⁴.

Entendemos que não há que se falar que o convênio realizado com o Banco Centro, criando o Bacen Jud, viola garantias constitucionais, na medida em que já havia a previsão de penhora em dinheiro, restando esse convênio de cooperação técnico-institucional apenas uma 'automação' do cumprimento de uma ordem judicial, procedimento esse regulado por meio da edição da Lei nº 11.382/2006.

Uma segunda crítica é em relação às arguições de inconstitucionalidade fundadas em suposta violação aos princípios do contraditório e ampla defesa e do devido

⁵⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

processo legal, ao argumentar que a penhora *online* não tinha previsão legal, além de dificultar, com sua agilidade, o exercício do direito de defesa do devedor⁵⁵.

Quanto à essa crítica, entende-se que o contraditória está satisfeito, por meio da simples comunicação do devedor da penhora já realizada, dando-lhe oportunidade para se defender através de recursos próprios.

Fala-se ainda em violação à intimidade, na medida em que são expostas as contas e patrimônio do devedor. Entretanto, entende-se que se trata de uma consequência do direito de penhora, corolário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (Marinoni, 2008, p. 49):

"(...) Ora, se o exequente não tivesse direito de saber se o executado possui conta corrente ou aplicação financeira, o executado certamente não teria dever de indicar à penhora dinheiro depositado ou aplicado em instituição financeira. Ou melhor, todos teriam o direito de esconder da Justiça as suas contas correntes e aplicações financeiras!"

Quanto ao princípio da 'menor onerosidade ao devedor', gravado no artigo 620, do CPC⁵⁶, não há que se falar em aplicação absoluta, caso contrário, a satisfação do crédito poderia tornar-se inviável.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se deve levar em conta "*a harmonia entre o objetivo de satisfação do crédito e a forma menos onerosa para o devedor*"⁵⁷.

⁵⁵ CORREIA, André de Luiz. Em defesa da penhora online. RePro 125/92-151. São Paulo. Ed. Rt, jul., 2005, p. 94

⁵⁶ Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor

Uma última questão e talvez a mais digladiada é quanto à necessidade de exaurimento de diligências para busca de outros bens do executado antes de efetivamente autorizar a penhora *online*.

Há estudiosos, como MARINONI, que entende que, desde o princípio, já é possível requerer a penhora online, não sendo necessário o esgotamento das diligências para encontrar outro bem do devedor:

"para a requisição de informações ao Banco Central, o credor não precisa ter esgotado todos os meios possíveis para a localização de bens penhoráveis, visto que cabe ao devedor, além de pagar, indicar o local em que se encontram seus bens (art. 600, IV, do CPC) e indicar o valor em dinheiro que possui depositado em instituição financeira, declinando os seus dados. Atualmente, não adimplida a sentença condenatória, pode o exequente requerer ao juiz, ao mesmo tempo, a requisição de informações ao Banco Central e a intimação do executado para informar a localização e o valor dos seus bens, sob pena de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do débito (art. 601, CPC)".

Para aqueles que defendem essa posição, entendem que o Estado-juiz está tão somente promovendo o disposto no artigo 655, I, do CPC, consistindo essa ato uma apreensão material do dinheiro.

Já Guilherme Goldschmidt entende diversamente. Para ele *"a penhora online é o último procedimento para se cobrar uma dívida. Antes, o devedor é intimado a quitar*

⁵⁷ STJ, AgRg no AgIn 77351/SP, 3ª T., rel. Min Nancy Andriahi, DJ 27.11.2006.

*o débito e tem o prazo legal para fazê-lo, espontaneamente, ou apresentar bens para que seja feita a penhora*⁵⁸.

O Egrégio Superior Tribunal Justiça possui dois entendimentos diversos, segundo a data em que foi requerida a penhora. Se o pedido foi feito antes da entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, a penhora pelo sistema Bacen-Jud é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprovar que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado.

A segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados.

O fundamento é justamente o fato de a Lei nº 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

Louvável o entendimento da Nobre Corte. Entretanto, algumas considerações devem ser feitas.

No tocante à execução fiscal, cumpre esclarecer que, mesmo antes do advento do artigo 655-A do CPC, já se utilizava o instrumento da penhora *online*, na medida que a Lei das Execuções Fiscais previa a possibilidade de penhora sobre dinheiro, conforme artigo 11, inciso I.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, Guilherme. A penhora online no direito processual brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A grande diferença entre a execução fiscal e a execução civil é que nessa basta o pedido do exequente para obter a penhora *online*, enquanto naquela a constrição se dá apenas de forma excepcional⁵⁹.

Ocorre que, na execução civil, o executado não tem mais o direito de indicar livremente bens à penhora. Uma vez citado, compete a ele pagar o débito ou se defender por meio de embargos à execução, sendo ainda facultado ao próprio exequente na sua petição inicial apontar os bens que pretende penhorar⁶⁰.

Já na execução fiscal, o executado tem o prazo de cinco dias para saldar o débito ou indicar bens a penhora. Nota-se, portanto, que, primeiramente, o executado poderá indicar os bens que pretende dar em garantia⁶¹ e, sendo suficientes e de fácil alienação, não há motivos para o juízo autorizar uma penhora *online* eventualmente requerida pelo exequente.

Pode concluir-se que o mecanismo da penhora online tem a intenção de facilitar a satisfação do crédito, utilizando a informatização decorrente dos avanços tecnológicos, para suprir uma deficiência existente nos órgãos públicos, qual seja, dinamismo no cumprimento das ordens judiciais, sobretudo quanto àquelas relacionadas à localização de bens patrimoniais daqueles que buscam se esquivar de suas obrigações, mas ainda respeitando o princípio da proporcionalidade, de forma que a constrição seja a menos gravosa para o devedor.

⁵⁹ RIBEIRO, Diego Diniz. Execução fiscal e penhora 'online': uma análise da LEF do art. 655 do CPC e da jurisprudência do STJ. Revista Dialética de Direito Processual nº 83. Fev/2010. Pag. 16-25

⁶⁰ Art. 652, CPC. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (...)^{2º} O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

⁶¹ Art. 8º, LEF - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

5. JURISPRUDÊNCIAS

Neste tópico cumpre trazer alguns julgados a respeito do assunto tratado no presente trabalho.

5.1 Admissibilidade da Exceção de Pré-executividade

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PÓLO PASSIVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM A EXECUTADA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A doutrina e a jurisprudência consagraram a admissibilidade da oposição de exceção de pré-executividade para discussão de questões de ordem pública, relativas às condições da ação e que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, desde que não demandem dilação probatória. Desta feita, o sócio só deve ser excluído do pólo passivo da execução fiscal em sede de exceção de pré-executividade nos casos em que a sua ilegitimidade seja evidente de imediato, insuscetível de controvérsia.

II - No caso dos autos, em que pese o nome do excipiente constar na Certidão de Dívida Ativa - CDA, há que se considerar que foi incluído indevidamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

III - A Ficha Cadastral da executada fornecida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP não indica que o excipiente foi sócio da empresa executada (Cosadental Comércio e Importação Ltda). Segundo o documento, um dos sócios da executada é a empresa Burn Trading S/A, a qual teve como procurador o excipiente, responsável por responder pelos interesses única e exclusivamente desta (Burn Trading S/A), não havendo nenhum vínculo dele com a empresa executada.

IV - Acrescente-se que a empresa Burn Trading S/A é legalmente instituída (contrato social nos autos), o que significa dizer que pode eventualmente responder pela dívida.

V - Com efeito, a inclusão do nome do excipiente na Certidão de Dívida Ativa - CDA e, por conseguinte, no pólo passivo da execução fiscal movida em face de Cosadental Comércio e Importação Ltda se deu de forma indevida, vez que ele não figurava como sócio da executada, e sim, exercia atribuições de procurador de uma das sócias da devedora, o que não o credencia a responder pessoalmente pelos débitos da executada.

VI - Agravo improvido.

(TRF3 - 2ª Turma. AG - 323177. Processo: 200803000008299 Data da decisão: 15/07/2008)

5.2 Contraditório em Âmbito Administrativo

"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA CDA E DA EXECUÇÃO CORRESPONDENTE. DECADÊNCIA. HONORÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. A intimação da Fazenda Pública, na execução fiscal, deve ser feita pessoalmente ao seu representante. O disposto no art. 25 da Lei 6.830/80 também se aplica às autarquias. Apelação do CRA/BA tempestiva.

2. O lançamento fiscal pressupõe uma atividade plenamente vinculada e deve assegurar, inclusive, a observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos decorrentes do princípio do devido processo legal (due process of law).

(...)

4. Em consequência, não se tendo instaurado regular processo administrativo e sequer notificado previamente o suposto devedor do "lançamento", a fim de assegurar-lhe o direito de produzir sua defesa no âmbito interno do CREA/BA, a CDA e a execução fiscal correspondentes não podem prosperar. É nula a inscrição na dívida ativa feita com fundamento em crédito fiscal irregularmente constituído. Precedentes desta Corte. Cerceamento de defesa configurado.

(...)

7. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta."

(AC 1997.33.00.010080-1/BA; 10/06/2003 DJ p.105 - QUINTA TURMA - Des. Fed. Fagundes de Deus)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A exceção de pré-executividade visa à declaração de nulidade da execução fundada em título executivo carente de liquidez, exigibilidade ou certeza, nos termos do art. 618 do CPC.

2. Alegando a excipiente que foi cerceada na sua defesa durante o procedimento administrativo, cabe ao juiz determinar a intimação da Fazenda Nacional para apresentação do referido procedimento, sob pena de inviabilizar a prestação jurisdicional.

3. Não pode a excipiente provar falta ocorrida durante o procedimento administrativo se este encontra-se em poder da Fazenda Nacional, sob pena de ofensa ao artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

4. Agravo provido para anular a r. decisão impugnada e determinar o prosseguimento da exceção de pré-executividade com a intimação da Fazenda Nacional para apresentar o procedimento administrativo.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento".

(AG 2003.01.00.011277-7/PA - 09/11/2007 DJ p.265 - OITAVA TURMA - Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa)

"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL .AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

I - Verifica-se nos autos que o apelante não recebeu qualquer notificação da decisão final do processo, acatando a defesa ou homologando a existência do crédito fiscal e que não há processo administrativo acostado aos autos.

II - A inscrição regular do crédito tributário em dívida ativa pressupõe a observância das formalidades legais desde o início do procedimento fiscal, do qual deve ser dado ciência ao contribuinte visando propiciar-lhe o amplo exercício do direito à defesa. (grifos nosso)

III - Apelação provida.

A Turma deu provimento à apelação, por unanimidade.

(AC 2005.01.99.042588-7/GO; Apelação Cível - 06/11/2006 DJ p.110 - OITAVA TURMA - Des. Fed. Carlos Fernando Mathias)

5.3 Responsabilidade de Sócios

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 13, DA LEI Nº 8.620/93. INAPLICABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXCLUSÃO DO EXCIPIENTE DO PÓLO PASSIVO DO FEITO. ADMISSÃO DA EMPRESA-SÓCIA APÓS O PERÍODO DE VENCIMENTO DO DÉBITO DA QUAL O CO-EXECUTADO ERA PROCURADOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NÃO DEMONSTRADA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

(...)

7. Não se pode aceitar, indiscriminadamente, quer a inclusão quer a exclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal. Para a exequente requerer a inclusão entendo que deve, ao menos, diligenciar início de prova das situações cogitadas no art. 135, III, do CTN, conjugando-as a outros elementos, como inadimplemento da obrigação tributária, inexistência de bens penhoráveis da executada, ou dissolução irregular da sociedade.

(...)

10. Entretanto, não há como se determinar a reinclusão do Sr.Christophe Yvan François Cadier, no pólo passivo da demanda, tendo em vista que não restou evidenciado, nestes autos de agravo, sua participação como responsável tributário da executada à época dos vencimentos dos débitos exequendos, que, de acordo com a Certidão de Dívida Ativa datam de 22/03/1993 e 20/04/1993.

11. Consoante Ficha Cadastral, a empresa Carlet Business Inc foi admitida como sócia da executada em 13/05/1994, sendo representada naquele ato pelo Sr. Christophe Yvan François Cadier; não consta qualquer menção acerca da administração da mesma a ser exercida pelo procurador.(...)

14. Deve ser mantida a decisão que extinguiu a execução fiscal em relação ao co-executado, bem como a condenação da agravante ao pagamento dos honorários advocatícios, tal como fixado pelo d. magistrado de origem.

15. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3 - 6ª Turma. AG - 318520. Processo: 200703000993911. Data da decisão: 13/03/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIRETOR SUPERINTENDENTE. EXCLUSÃO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE BENS DA EMPRESA EXECUTADA. PRECLUSÃO TEMPORAL.

Possuindo a empresa executada bens suficientes à garantia da dívida, faz-se mister a exclusão de diretor superintendente da relação processual (execução fiscal), porquanto a penhora de seus bens pessoais só é possível se comprovada a inexistência de bens da pessoa jurídica.

Precedentes do STJ e deste Tribunal.

Prejudicado o exame de documentos juntados quando da oposição de recurso de apelação, tendo em vista a ocorrência da preclusão temporal. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO, APELAÇÃO CIVEL – 38000526737, QUARTA TURMA, DJ DATA: 06/06/2002 PAGINA: 163, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ)

5.4 Entendimento quanto ao exaurimento

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECUSA DE NOMEAÇÃO À PENHORA DE PRECATÓRIO-REQUISITÓRIO. POSSIBILIDADE. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS POR MEIO DO SISTEMA BACEN-JUD. APLICAÇÃO CONJUGADA DO ART. 185-A, DO CTN, ART. 11, DA LEI N. 6.830/80, ART. 655 E ART. 655-A, DO CPC. DECISÃO PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.386/2006, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 655 E INSTITUIU O ART. 655-A, AMBOS DO CPC. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAR BENS DO DEVEDOR. ORIENTAÇÃO ADOTADA EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS, NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.090.898/SP, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, adotou entendimento no sentido de que a Fazenda Pública exequente poderá recusar o oferecimento de bens à penhora nos casos legais, tal quais a desobediência da ordem de bens penhoráveis prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/80 e a baixa liquidez dos mesmos. 2. Em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na busca de uma maior eficácia material do provimento jurisdicional, deve-se conjugar o art. 185-A, do CTN, com o art. 11 da Lei n. 6.830/80 e artigos 655 e 655-A, do CPC, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, independentemente do esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis. Em suma, para as decisões proferidas a partir de 20.1.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, posto que compatível com o art. 185-A do CTN. 3. O tema foi submetido a julgamento pelo rito no art. 543-C, do CPC, tanto pela Corte Especial (REsp 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 23.11.2010), quanto pela Primeira Seção desta Corte (REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado no dia 24.11.2010), ocasiões em que restou assentado entendimento no sentido de que a penhora online, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura medida excepcional cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha realizado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. Contudo, após o advento da referida lei, o juiz, ao decidir sobre a

realização da penhora online, não pode mais exigir do credor prova de exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. 4. Compulsando os autos, verifica-se que a decisão que apreciou o bloqueio de ativos financeiros foi lavrada quando já vigorava o art. 655-A, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.382/006. 5. Agravo regimental não provido. (STJ; 2ª Turma. AGA 200901043292. Relator Mauro Campbell Marques. DJ 08/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. OFERECIMENTO DE PRECATÓRIO JUDICIAL. RECUSA FUNDADA NA INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL. LEGITIMIDADE. PENHORA ONLINE. BACEN-JUD. REGIME DA LEI 11.382/2006. CONSTRIÇÃO VIÁVEL, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA.

1. A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a penhora (ou eventual substituição de bens penhorados) deve ser efetuada conforme a ordem legal, prevista no art. 655 do CPC e no art. 11 da Lei 6.830/80. Assim, não obstante o precatório seja um bem penhorável, a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de tal bem, quando fundada na inobservância da ordem legal, sem que isso implique ofensa ao art. 620 do CPC (REsp 1.090.898/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 31.8.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ).

2. A Corte Especial/STJ, ao apreciar o REsp 1.112.943/MA (Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.9.2010), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ, confirmou a orientação no sentido de que, no regime da Lei 11.382/2006, não há mais necessidade do prévio esgotamento das diligências para localização de bens do devedor, para se efetivar a penhora online.

3. Recurso especial provido.

(STJ - 2ª Turma. Ministro Mauro Campbell Marques. RESP 201001693100. DJ 19.11.2010)

5.5 Penhora Online

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. DINHEIRO. PRIMAZIA SOBRE OS DEMAIS BENS. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA BACENJUD. POSSIBILIDADE.

- Agravo interno objetivando a reforma da decisão que deu provimento ao recurso, para que fosse determinada à autoridade supervisora do sistema bancário a localização de depósitos e aplicações em nome do agravado e, sobre estes, efetuasse a penhora.

- O dinheiro, em depósito ou em aplicação em instituição financeira, é o primeiro bem na ordem de penhora, podendo ser constrito sem a necessidade de busca por outros bens constantes do patrimônio do devedor. Determinação contida no inciso I do art. 655 do CPC. - A utilização da penhora online, pelo sistema BACENJUD, vai ao encontro do princípio da razoável duração do processo e da finalidade de emprestar efetividade à execução.

- Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF2 - 7ª Turma Especializada. Desemb. Flávio de Oliveira Lucas. AG 201102010016411. DJ 30/06/2011)

5.6 Outros bens garantidores

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ONLINE VIA BACENJUD. ARTS. 655 E 655-A. OFERTA DE BEM À PENHORA. SÚMULA 417 DO STJ. CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Diante da previsão legal específica quanto à penhora preferencial de ativos financeiros, deve ser admitida a possibilidade de imediata utilização do sistema “Bacen-Jud”, sem que haja necessidade de prévio exaurimento das demais tentativas de localização de bens do executado, eis que inserido no meio jurídico como instrumento de penhora de dinheiro.

2. A empresa executada ofereceu um bem imóvel como garantia. A agravante recusou o bem oferecido à penhora, em razão da violação da ordem estabelecida pelo art. 11, da Lei nº 6.830/1980 c/c art. 655, do Código de Processo Civil - CPC e pela apresentação de certidões de ônus reais.

3. A despeito de o dinheiro ter preferência em relação aos demais bens, não assume caráter absoluto. Neste sentido, súmula 417 do Superior Tribunal de Justiça: “Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”.

4. O bem é imóvel comercial suficiente a garantir a dívida, concedendo a decisão de primeiro grau prazo para juntada da certidão de ônus reais.

5. A decisão atacada não merece reparo, uma vez que a recorrente não trouxe argumento que alterasse a conclusão nela contida. 6. Agravo interno conhecido e não provido.

(TRF2 - 3ª Turma Especializada. AG 200902010077831. Desemb. José Antônio Lisboa Neiva. DJ 07/06/2010).

“AGRAVO DE PETIÇÃO. CADERNETA DE POUPANÇA – IMPENHORABILIDADE RELATIVA - ARTIGO 649, INCISO X, DO CPC - PROTEÇÃO LIMITADA. Prevalece, quanto à questão da penhora, a imposição legal do artigo 649, inciso X, do CPC, que veda a penhora de valor depositado em caderneta de poupança, principalmente quando caudatária de conta salário, até o limite equivalente a 40 salários mínimos, autorizando-se a penhora apenas de valor que exceda esse limite. Recurso a que se dá provimento (TRT/SP – 01360200806502009 – APET –Ac 4ª T 20090468133 – Rel. Des. Wilma Nogueira De Araújo Vaz Da Silva - DOE 19/06/2009)”.

“IMPENHORABILIDADE DOS VALORES DEPOSITADOS EM CADERNETA DE POUPANÇA ATÉ O LIMITE DE 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 649, X, DO CPC. Conta poupança é absolutamente impenhorável até o limite de 40 (quarenta) salário mínimo nos termos do artigo 649, X, do CPC, com a modificação introduzida pela Lei 11.382/2006. (TRT/SP - 02034200701302009 - AP - Ac. 4ªT 20090059241 - Rel. Carlos Roberto Husek - DOE 20/02/2009)”.

CONCLUSÃO

O instituto da exceção de pré-executividade se aprimorou diante de um cenário em que o sistema processual brasileiro se via fragilizado pela execução forçada por parte daqueles que detinham influência e poder social, sobretudo, econômico.

Pontes de Miranda, com seu estrondoso talento, fez com que pensadores do direito revisem seus entendimentos e estudassem esse incidente, lhe atribuindo especial atenção, como uma forma de buscar o avanço processual, almejando economia processual, ou seja, motivação desnecessária do judiciário para apreciação de questões muitas vezes fadadas ao insucesso.

Como discorrido no presente trabalho, a exceção de pré-executividade se consagrou como o meio de defesa processual, em que o executado, dispensado da apresentação de garantia, poderá arguir os motivos pelos quais entende - e comprova - que o título não pode ser contra ele exigido.

Conforme exposto, não há que se falar que a nova redação do artigo 736, do Código de Processo Civil, tirou o brilhantismo da exceção de pré-executividade, uma vez que, a dispensa de garantia também enseja na inexistência de efeito suspensivo.

No tocante à penhora *online*, evidente que se trata de uma ferramenta muito poderoso e, se utilizada de forma correta, de extrema eficácia no combate a evasão do cumprimento de decisões judiciais.

Entretanto, importante ater-se aos princípios constitucionais, de forma que esse procedimento não seja utilizado de forma abusiva

BIBLIOGRAFIA

1. ASSIS, Araken de. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 1. Rio de Janeiro: Forense 1999
2. CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
3. CASTRO, Arthur Anselmo de. A ação executiva singular, comum e especial. 2. Ed. Coimbra Editora, 1973
4. CORREIA, André de Luizi. Em defesa da penhora online. RePro 125/92-151. São Paulo. Ed. Rt, jul., 2005.
5. COSER, José Reinaldo. Da exceção de pré-executividade e dos títulos executivos: doutrina, prática, jurisprudência. Campinas, SP. Servanda Editora, 2002.
6. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. Malheiros Editores. 5ª ed.
7. GOLDSCHMIDT, Guilherme. A penhora online no direito processual brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
8. KÜMPEL, Vitor Frederico. Introdução ao estudo do direito. São Paulo. Método, 2007. .
9. LIEBMAN, Enrico Tullio, Embargos do executado, 2. ed, cit.,
10. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Malheiros. 3 ed. V. 1.

11. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, volume 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
12. MIRANDA, Pontes De, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.
13. NOLASCO, Rita Dias. Exceção de pré-executividade. São Paulo: Método, 2004.
14. OLIVEIRA NETO, Olavo de. A defesa do executado e dos terceiros. Revista dos Tribunais, 2000.
15. PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado – Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, 2002, 8 ed. 2006.
16. PONTES DE MIRANDA, Dez Anos de Pareceres, Parecer n. 95.
17. REIS, José Alberto dos. Processo de execução. 2 ed. V. 1.
18. Revistas dos Tribunais. Ano 99 - Janeiro de 2010 - Vol. 891.
19. RIBEIRO, Diego Diniz. Execução fiscal e penhora 'online': uma análise da LEF do art. 655 do CPC e da jurisprudência do STJ. Revista Dialética de Direito Processual nº 83. Fev/2010.
20. ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de pré-executividade: matéria de ordem pública no processo de execução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
21. SHIMURA, Sérgio e Outros. Processo de Execução. Revista dos Tribunais. 2009

SITES ACESSADOS:

Banco Central do Brasil: www.bcb.gov.br/?BCJ2FAQ