

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno

Advogado e Professor de Direito de Família.
Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).
Ex-Juiz Eleitoral do TRE/RS.
Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS).

I. EFETIVIDADE PROCESSUAL

Conta-se como ideal do processo judicial em qualquer foro nacional ou internacional, a rápida prestação da justiça, pois a justiça lenta e, portanto, que tarda, não é real sinônimo de verdadeira justiça, antes, presta um desserviço ao jurisdicionado, que não conta com todo o tempo do mundo para que lhe reconheçam, ou não, o direito decorrente de fato jurídico que há certo tempo transcorreu em sua vida. Por princípio da efetividade, deve ser entendida a consagração do resultado processual, realizado em tempo razoável, e assegurados todos os princípios de defesa inerentes ao direito de quem recorreu ao Judiciário. Delosmar Mendonça Junior atribui à efetividade processual a condição de ferramenta fundamental na realização dos direitos pleiteados.¹

Especialmente na esfera do Direito de Família, mostram-se sobremaneira sensíveis as vindicações judiciais que precisam responder às angústias pessoais, tão abaladas pelo influxo do tempo. Procurando sempre conciliar a rápida prestação jurisdicional com a segurança da mais irrestrita defesa, deve o Direito aperfeiçoar-se na busca do exato ponto de equilíbrio, em que a celeridade processual não prejudique o fundamental direito de poder exaurir os meios de defesa previstos pela lei.

De qualquer forma, a excessiva demora de um processo, assim como as indevidas dilações provocadas pelo uso demasiado de desmesurados atalhos, e de inconsistentes defesas, são mecanismos que acabam conspirando contra a democrática ordem jurídica, comprometendo a paz social, esta, tantas vezes creditada apenas na esperança de uma eficiente tutela jurisdicional.

Em nada contribui, portanto, para a credibilidade e confiança no Direito e na Justiça, um processo moroso, com resultado tardio, vazio de propósitos ou já de todo ineficiente por sua demora.

Processo efetivo é aquele no qual se obtém, em prazo razoável, uma decisão de igual razoabilidade, suficientemente justa e suficientemente eficaz, no plano dos fatos, garantindo a utilidade da sentença que representa, ao final de todo o processo, a pretendida prestação jurisdicional, que deve ser indiferente ao resultado, mas que deve fornecer um rápido e eficiente resultado.

Incontroverso é o empenho do legislador e, na mesma extensão, o esforço do Judiciário em eliminar a inefetividade do processo através do corte de pontos de travamento de notória lentidão do processo, com medidas realmente dirigidas à satisfação da efetividade processual.

¹ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*, p. 70-71.

2. A EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO

A ação de execução tem como escopo proporcionar ao titular da demanda o resultado prático extraído de seu título de crédito judicial, ou extrajudicial, independentemente da vontade concreta do devedor da relação de obrigação. Mas, como adverte Zaiden Geraige Neto,² o processo executivo está muito aquém do seu objetivo, pois encontra-se maculado de vícios que dificultam e até impedem seu verdadeiro desenvolvimento, e estes entraves do processo estimulam a inadimplência e instigam os pensadores jurídicos a buscar outras soluções capazes de conferir a efetividade executiva, vista pelo olhar do credor exequente.

No entanto, Olavo de Oliveira Neto³ alerta que não existirá efetividade processual se a preocupação com a prestação jurisdicional for dirigida apenas para os interesses da parte ativa da demanda, esquecendo que a postulação tem duas vias, e que também o agente passivo do litígio está protegido pelo manto da efetividade, uma vez que a ele deve interessar, em certas condições, a agilidade e a sumarização do rito, especialmente quando a execução viola a olhos vistos os seus direitos, desejando ver aplicada a mais pronta, e menos traumática, prestação jurisdicional. É que os embargos nem sempre podem ser o único, moroso e dispendioso caminho para a defesa do executado, particularmente quando salta aos olhos a injustiça da execução empreendida, não sendo justo permitir a invasão ao patrimônio do devedor para somente depois abrir-se o direito ao contraditório e à defesa do executado.⁴

É preciso também encontrar um rápido acesso à tutela do executado, que à vista de uma ação completamente infundada, sustentada em título nulo e inexigível, possa valer-se dos práticos instrumentos

de resolução processual, para demonstrar, em instântanea cognição, a evidência de seu direito e o flagrante abuso da execução.

3. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Fruto de criação pretoriana e da doutrina, a exceção ou objeção de pré-executividade surgiu como um meio de defesa do devedor no processo de execução, independentemente da oposição de embargos. Para Galeno Lacerda, que priorizou a discussão do tema, seria de uma

“violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa, se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes.”⁵

A exceção de pré-executividade objetiva eliminar a oposição do executado pela penosa via dos embargos do devedor, admitindo a sua defesa nos autos da execução, e sem a necessidade de interposição de embargos. Para um segmento da doutrina, a exceção de pré-executividade só terá trânsito quando ficar evidenciado que a execução se ressentir dos requisitos formais de um título executivo judicial ou extrajudicial, faltando ao título a sua certeza, liquidez e exigibilidade, como expressamente quer o artigo 586 do CPC.

Nenhum título executivo judicial ou extrajudicial pode ser considerado completo e apto ao processo de execução se não contiver representação documental de obrigação líquida, certa e exigível, adiciona Teori Albino Zavascki,⁶ pois só será líquido o crédito que dispensa apurar o seu importe final, ainda que dependente de alguns ajustes de correção

² GERAIGE NETO, Zaiden. *O processo de execução no Brasil e alguns tópicos polêmicos*. In: *Processo de execução*, p. 751.

³ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 103.

⁴ SHIMURA, Sérgio *apud* Araken de Assis. *Título executivo*, citado por SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*, p. 110

⁵ LACERDA, Galeno. *Execução de título extrajudicial e segurança do juízo*, p. 12.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 242.

ou de amortização do seu valor, sendo exigível devido à ausência de qualquer condição suspensiva ou termo outro que não o do seu concreto vencimento, ficando certo quem deve, a quem deve e quanto deve.

Marcos Valls Feu Rosa destaca tais pressupostos de regular desenvolvimento do processo executivo, aduzindo ser preciso para

“dar início à execução, o juiz verificar, antes de mais nada, se há título executivo judicial ou extrajudicial, o que nos termos do art. 583 do Código de Processo Civil, é a base de toda execução. Se há nulidade, vício pré-processual ou processual que torna ineficaz o título apresentado pelo autor, não há por via de consequência título exequível e, nestas condições, deve a inicial ser indeferida.”⁷

Logo, ausentes os requisitos formais da execução, mostra-se patente a ineficácia executiva do título e se afigura claramente dispensável a prévia penhora para garantir o juízo executório, que só agravaria as relações sociais e econômico-financeiras do executado, diante de indevida restrição de seu patrimônio e de seus direitos, com repercussão negativa e totalmente desnecessária em sua esfera econômica, frente à nulidade do título posto em execução.

4. O CONTEÚDO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em um exame mais detalhado, conclui-se que o manejo da exceção de pré-executividade tem atuação

mais elástica e que não se restringe tão-somente aos aspectos de liquidez do título, também merecendo curso quando ficar evidenciada a completa desnecessidade de qualquer dilação probatória. Assim, à vista de qualquer exame dependente de prova processual que não permitisse ao juiz conhecer de imediato a matéria sustentada pelo executado na sua exceção, a demanda seria direcionada para a obrigatória oposição dos embargos do devedor.

A despeito de se ampliar o raio de ação da exceção de pré-executividade, Alberto Camiña Moreira⁸ ressalta ser esta justamente a maior dificuldade do instituto, separar as matérias que podem ser alegadas pelo ingresso de simples petição ensartada no corpo da ação executiva e quais os temas dependem da oposição de embargos.

E, complementando, ele responde que a doutrina tem se inclinado em admitir o processamento da exceção de pré-executividade quando a matéria examinada for de ordem pública e a execução se ressentir dos pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Isto quando houver a alegação de perempção, de litispendência, de coisa julgada, ou quando não concorrer qualquer das condições da ação, como estampado pelo artigo 267, § 3º, do CPC,⁹ tudo podendo ser decidido à vista do título, e até de ofício pelo decisor.¹⁰

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto¹¹ lembram que o art. 618 do CPC¹² também

⁷ ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*, p. 53.

⁸ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado, exceção de pré-executividade*, p. 28.

⁹ Art. 267, § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V, VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Art. 267, IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

¹⁰ Idem.

¹¹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*, p.115.

¹² Art. 618. É nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586); II – se o devedor não for regularmente citado; III – se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.

regulamenta as condições de admissibilidade da execução, permitindo igualmente o julgamento antecipado da execução sem exame do seu mérito.

Desse modo, antes de agredir o patrimônio do executado com a penhora de uma execução carente dos pressupostos regulares de validade e de desenvolvimento da ação, e que poderiam até ser declarados pelo juiz sem provocação da parte, é admissível que a execução seja abortada sem maiores e desnecessários sacrifícios processuais.

Portanto, o processamento da exceção de pré-executividade pressupõe mais de um caminho ao se aceitar matéria ligada à admissibilidade da execução, quando ausentes os pressupostos processuais de regular desenvolvimento do processo em todas aquelas situações em que o juiz puder conhecê-los de ofício, e também quando o título executivo se ressinta da certeza, de liquidez e de exigibilidade, comprometendo a higidez do título executado.

Assim, é indúvidoso que o raio de atuação da exceção de pré-executividade abrange os pressupostos processuais dos arts. 267, § 3º, incisos IV, V e VI, e da nulidade do título executivo, conforme os arts 586 e 618 do CPC, mas sempre que possam ser alegadas por simples petição de objeção à execução, dispensando qualquer ilação probatória, porque, pendente discussão dependente de instrução para convencimento do juiz, reclama a inevitável oposição dos competentes embargos do executado, pois como mostra Cândido Rangel Dinamarco, “tudo que o juiz pode e deve decidir espontaneamente ele pode decidir quando provocado pela parte”.¹³

Igual conclusão pode ser conferida na preciosa lição de Sandro Gilbert Martins, quando afirma importar reconhecer que

“o conteúdo da exceção, seja defesa processual, seja defesa de mérito, possa ser provado de plano pelo executado, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, a não ser a que estiver instruindo o pedido ou puder ser de pronto requisitada pelo juízo da execução.”¹⁴

Convém, para melhor compreensão, transcrever a explanação de Olavo de Oliveira Neto, quando observa existir trânsito processual para a exceção de pré-executividade sempre que for possível ao juiz conhecer, de imediato, a matéria trazida pelo executado, quer referente ao juízo de admissibilidade, quer em respeito ao mérito da execução, levando à precedente extinção do processo, sem nenhuma necessidade de produção de provas, pois os elementos trazidos com solar clareza, dispensam por sua evidência, qualquer prova que propicie o julgamento, e arremata:

“Não há viabilidade, pois, de instrução probatória alargada no âmbito destas defesas. Esta é situação que deve ser relegada à seara dos embargos do devedor, onde poderá o executado valer-se de todos os meios de prova para comprovar suas alegações.”¹⁵

Desse modo, a utilização da objeção de pré-executividade destaca-se em dois tópicos: quando envolver matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, relativa às condições da ação e aos pressupostos processuais da demanda; e quando a matéria de fundo está vinculada ao conteúdo da execução e não do seu juízo de admissibilidade,¹⁶ como, por exemplo, o pagamento do título.

5. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO DA OBJEÇÃO

A exceção de pré-executividade que alguns autores preferem chamar de objeção de pré-executividade

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 716.

¹⁴ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*, p. 89.

¹⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 117.

¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

de pode ser apresentada a qualquer tempo, e sem estar seguro o juízo, pois o seu acolhimento pelos pretórios brasileiros foi para evitar os desnecessários desgastes de uma inútil constrição judicial e a oposição de embargos naquelas situações já antes ventiladas.

Nada impede que a exceção seja ofertada depois de opostos os embargos, mas fica evidente que não poderá reprisar a matéria já desenvolvida nos embargos, ainda que pendente de julgamento.

A exceção não suspende a execução, pois, ausente sua previsão legal, ao mesmo tempo este efeito não lhe é inerente como em regra, é propícia à suspensão da execução a oposição dos embargos, portanto, a constrição de bens do devedor e o trâmite dos demais atos processuais devem ter normal andamento. Mas, a rigor, o incidente existe para conferir praticidade ao feito executivo carente de real exeqüibilidade, buscando diminuir a relação de prejudicialidade se a demanda seguir com o iníquo processamento, por bom senso justifica-se a suspensão da execução com o imediato exame judicial do incidente. Agora, se presente qualquer incerteza acerca do provimento do incidente, realmente não faz sentido suspender a execução para protrair no tempo a sua efetividade com o sobressalto adicional dos inevitáveis embargos, ficando evidenciado o propósito meramente protelatório da objeção. Entretanto, não só em casos excepcionais e de gravidade, sujeitos apenas à absoluta discricionariedade do juiz, mas quando, ao contrário, existir forte probabilidade de acolhimento da exceção, é de bom tom o provimento da suspensão da execução, levando em conta que a alegação objetada detém suficiente consistência e extraordinária verossimilhança para justificar a paralisação do processo executivo até ser decidida a exceção.¹⁷

Uma vez acolhida a exceção com o incidente formulado por simples petição no corpo da ação executiva, e despido dos pressupostos de uma típica petição inicial sujeita ao clamor da inépcia, cabe ao decisor verificar de plano a procedência ou não da

objeção. Acolhendo o incidente, tranca o processamento da execução, e se ao revés rejeita a objeção, determina o normal desenvolvimento da execução.

Merecendo procedência a exceção, é extinta a execução, cometendo ao exeqüente interpor, querendo, recurso de apelação, porque se encerrada a demanda sem julgamento do mérito ou com o seu mérito apreciado naquelas situações de evidente nulidade do título executivo sempre o recurso será o de apelação. Ao contrário, acaso rejeitada a exceção, desta decisão meramente interlocutória cabe o agravo de instrumento como adequada via recursal para buscar modificar o despacho interlocutório.

6. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família movimenta um dos ramos mais sensíveis do Direito Civil, por atuar com sentimentos, com os vínculos de parentesco e com os laços de afeto, multiplicando expectativas quando transpostas para o conflito judicial, sempre no afã de seus protagonistas alcançarem o mais rápido possível, e na sua maior extensão, a derradeira tutela jurisdicional.

A execução de verba alimentar pela expropriação de bens, ou pela constrição pessoal, é prerrogativa processual de largo uso na busca do pronto pagamento da verba alimentar.

O sacrossanto direito alimentar é fundamental para a subsistência do alimentário, sendo direito prioritário, essencialmente ligado à vida, sem qualquer espaço para divagações probatórias. Em outra passagem, disse que desespera ao alimentando deparar com a sua mesa vazia, quando o seu alimento cede lugar à sua descrença nos tradicionais meios executivos, cada vez mais voltados em garantir a ampla e irrestrita defesa do relapso devedor, todos preocupados em preservar a sua sagrada liberdade e inspirados por princípios jurídicos de prevalência

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 717.

do uso do meio executório mais idôneo, e sempre menos gravoso para o réu,¹⁸ como se a fome pudesse esperar.

Assim visto, torna-se tema delicado defender o uso da exceção de pré-executividade na execução de título executivo originário de relação familiar, com maior incidência no campo da execução de alimentos, quer tenha sido adotado o rito da penhora, quer tenha sido eleita a restrição corporal, porquanto o uso desmedido e inconsistente da objeção de pré-executividade servirá apenas como mais um instrumento posto a serviço do renitente devedor.

7. A EXCEÇÃO NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Como ferramenta indispensável para o credor se empreender pelo natural caminho da execução de alimentos, deve-se valer do título judicial formatado pelo acordo de alimentos, de separação ou de divórcio e guarda, com vinculação alimentar, ou do arbitramento litigioso da verba alimentícia, decretada numa destas ações de família, que, como qualquer outra execução, depende de título líquido, certo e exigível, secundado pela inequívoca inadimplência do devedor, viabilizando dessarte a ação executiva.¹⁹

Presentes estes pressupostos, os mais festejados autores ilustram²⁰ a hipótese de aplicação da exceção de pré-executividade em penhora da residência de suposto alimentante, sujeito, portanto, a perder a sua moradia, no entanto, se apresenta evidente a nulidade da execução, porque posterior sentença passada em julgado exonerou o primitivo débito alimentar, alvejado em execução. Qual seria a real

necessidade dos onerosos embargos à vista de uma sentença transitada em julgado, da posterior exoneração dos alimentos, e que estão sendo executados com apoio na primitiva separação judicial, ou em um acordo de alimentos já ultrapassado pela decisão exoneratória? Em verdade, o decantado devedor alimentar estaria sendo processado por título nulo, ineficaz, sem força executiva, porque foi suplantado por outra sentença que extinguiu o primitivo crédito alimentício.

É seguro aduzir que a contrário senso, existindo Recurso Especial ou Extraordinário, ou até uma prosaica Apelação Cível, conferindo efeito meramente devolutivo aos alimentos sentenciados, tal circunstância não servirá como argumento capaz de suspender o processo de execução, sob a alegação de que se trata de uma execução provisória. E assim deve ser visto, porque execução de alimentos, na realidade, nunca é provisória, mas sempre definitiva, como é da essência do irrepetível crédito de natureza alimentar. É como também ilustra Ricardo Hoffmann,²¹ para quem a execução de alimentos na pendência de recurso nada tem de provisória, é, sim, definitiva, bastando cotejar o artigo 520, inciso II, com o artigo 587, segunda parte, ambos do CPC, pois não há repetição de alimentos.

No entanto, não pode ser olvidado o enfoque do enriquecimento injustificado do credor alimentar, próprio daquelas situações de alimentos marcadamente indevidos, pagos como vínculo de obrigação, e não como de dever alimentar, e, por isso mesmo, passíveis de restituição, conforme já defendido em outra articulação doutrinária.²²

Nestas situações próprias de alimentos claramente exoneráveis, porque cedidos por obra de relações

¹⁸ MADALENO, Rolf. O calvário da execução de alimentos, p. 39.

¹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*, p. 122.

²⁰ Idem.

²¹ HOFFMANN, Ricardo. *Execução provisória*, p. 131.

²² Ver a este respeito o artigo intitulado, Alimentos e sua restituição judicial, inserto na obra *Direito de família: aspectos polêmicos*, p. 47 e segs., de Rolf Madaleno; e também o artigo Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios, do mesmo autor.

fáticas a serem inevitavelmente alteradas por demandas judiciais que irão reduzir ou extinguir o vínculo alimentar que ainda sustenta a execução alimentícia em trâmite, mostra-se ponderável considerar que não se tratam de alimentos definitivos e, portanto, provisoriamente exequíveis, ainda que pendente Recurso Especial. E assim deve ser visto, porque este inconsistente direito alimentar daria margem ao enriquecimento ilícito, ao pensionar, por exemplo, a ex-esposa que já vive em nova união, de fato ou de direito, e, ainda assim, demanda por alimentos provenientes da sua primitiva separação judicial, não expondo ao julgador o seu novo relacionamento, mas, antes, valendo-se da circunstância de não ter sido proposta pelo executado a procedente ação de exoneração de alimentos.

Qual a máxima que deveria prevalecer, de serem devidos alimentos até a exoneração final, ou ainda se fará necessário que o executado promova ação cautelar, ou ação ordinária de exoneração, com tutela antecipada, provando e pedindo em preceito liminar a imediata cassação do crédito de alimentos que apenas enriquece indevidamente a sua ex-mulher?

No entanto, todas as prestações alimentícias não atingidas pelo deferimento da posterior tutela antecipada, ou da medida cautelar preparatória da ação ordinária de exoneração de alimentos, seguirão fomentando o provimento da execução, forçando o pagamento e consolidando o indevido enriquecimento? Pagará o executado alimentos para o seu ex-cônjuge já recasado porque não promoveu sua coincidente exoneração, prevalecendo a injustiça de uma ameaça de prisão, ou da penhora por alimentos já extintos, no pleno fático da ex-esposa que recasou?

Poderia ser ponderado que apenas a exoneração de alimentos daria margem à extinção do débito, e, mesmo assim, daquelas prestações por vencerem depois do trânsito em julgado da sentença exoneratória ou da liminar que antecipou o rompimento do primitivo vínculo de obrigação alimentar? Mas, aqueles que responderem afirma-

tivamente a tal indagação, raciocinam com excessivo rigor técnico, na interpretação sistemática de um direito de flagrante injustiça, bem próprio dos tempos em que era sempre presumida a necessidade alimentar da mulher e os casamentos eram vitalícios, não existindo o divórcio, e quando sequer podia ser pensado a respeito da igualdade dos gêneros sexuais.

Para os dias atuais, de célere avanço da ciência e com a nova dinâmica das relações pessoais, em que prevalece o salutar afrouxamento dos costumes sociais, o cidadão almeja um Judiciário rápido, barato, justo e eficiente. Não deve ter outro propósito a adoção pretoriana do rápido expediente processual da exceção de pré-executividade, prescindindo dos embargos do devedor, que sempre dão tráfego mais lento, oneroso e excepcionalmente burocrático ao processo de execução. Por que então, à vista da prova plena e de plano do novo casamento da exequente dos alimentos, não pode o magistrado encerrar a execução alimentar em incidental petição de objeção à execução?

Em tendo os alimentos judicialmente cobrados pela ex-mulher uma clara conotação de ilícita obrigação alimentar, que de igual seria cassada se o executado tivesse ofertado em tempo ação ordinária de exoneração de alimentos, não há real sentido em postergar no tempo uma evidente injustiça e perpetuá-la num tormentoso processo executivo.

Quem, afinal de contas, deve ser punido: o executado, que por um lapso, ou até por desconhecimento anterior, não promoveu a ação exoneratória dos alimentos de sua ex-mulher que recasou, ou ela, que executa pensões vencidas durante o seu novo casamento, acobertada, numa clara mostra de má-fé processual, de ilícito enriquecimento, favorecida apenas pela ausência de precedente direito de exoneração, embolsando, assim, prestações vencidas, enquanto num pólo é ferida no Judiciário a evidente e morosa exoneração alimentar, em contraponto, no outro extremo, desponta a execução pela grave coação pessoal, moldada por ilícitos alimentos? Não seria simplesmente mais justo que

em exceção de pré-executividade o julgador extinguisse a execução alimentar, com a concomitante extinção do crédito alimentar de uma credora que recusou? Será preciso propor primeiro a exoneração e permitir o prosseguimento da execução, com a oposição de embargos do devedor, que ainda seriam improvidas por não ter sido antes atendida a dita adequada via da exoneração, premiando com toda esta lentidão e burocracia processual a ilícita credora alimentar? Não há como olvidar, à luz da nova codificação civil, que entre as suas principais inovações está a expressa proibição do enriquecimento sem causa, incorporado ao atual texto civil como instituto autônomo, enquanto o executado empobrece porque não foi rápido em promover a sua precedente exoneração alimentar? Será punido apenas em nome do formalismo processual, permitindo o indevido êxodo de recursos que já perderam a sua função alimentar. Merece ser destacada passagem doutrinária de Mônica Yoshizato Bierwagen,²³ quando obtempera que com a edição do novo Código Civil brasileiro:

“A boa-fé pode exercer uma função controladora no exercício dos direitos dos contratantes, quando o seu ilimitado e irrestrito exercício possa negligenciar os deveres de lealdade e honestidade.”

E de fato, não há sentido em dar vazão à extensa discussão de uma execução de alimentos vencidos após o recasamento da exequente, provocando longa, interminável e onerosa execução adicionada de embargos do devedor e de correlata ação ordinária de exoneração, quando apenas a apresentação da certidão das novas núpcias seria capaz de terminar com a mera e indevida obrigação alimentar, podendo isto ser dito e provado, de modo singelo, pelo juiz prevento para todas as demandas familistas, conferindo dos mesmos litigantes, pragmática resposta processual através da objeção de pré-executividade.

8. OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E O HABEAS CORPUS NA EXECUÇÃO ALIMENTAR

É regra do artigo 733 do CPC, restringir a defesa do executado por alimentos sob coação pessoal, para comprovar o pagamento ou justificar a sua impossibilidade no prazo de três dias. Toda a extensa gama de articulações, como o desemprego e a doença do executado para justificar a impossibilidade de quitação dos alimentos, importa em passar pela obrigatória instrução processual, ficando à mercê da relevância dos fatos e da sensibilidade do juiz decidir pela acolhida da justificativa ou por afastá-la e decretar a prisão civil do devedor alimentar.

Logo, é de ver que o temário não é próprio para a arguição da exceção de pré-executividade na execução sob coação pessoal, pois, geralmente, importa em prova, e prova sempre remete para o caminho dos embargos do devedor, ou da justificativa do artigo 733 do CPC.

Atentos a tais preceitos, e com primazia doutrinária ao tema enfocado, Fabiana Spengler e Theobaldo Spengler Neto²⁴ amparam, em sua singular doutrina, a arguição da exceção de pré-executividade na execução por coação prisional, mas sempre que for nula a execução, e cuja apreciação poderia ter sido sustentada de ofício pelo juiz. Os festejados autores declinam o exemplo de uma sentença judicial já transitada em julgado e que revisou para a metade do valor a verba alimentar, mas aventam a possibilidade de o credor executar os alimentos com o seu primitivo título, sonogando a decisão revisional. A toda evidência é nulo o título executivo já revogado pela revisão alimentar transitada em julgado, sendo até difícil crer que à vista da simples demonstração por petição de objeção à execução, formatada em qualquer tempo processual, não tratasse o decisor de extinguir de plano a execução, independentemente

²³ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, p.53.

²⁴ *Inovações em direito e processo de família*, p. 135.

da apreciação e da apresentação da justificativa judicial do artigo 733 do CPC.

É certo que o devedor não pagou nem justificou a impossibilidade do pagamento, mas demonstrou com provas claras, imediatas e irrefutáveis que a execução estava escorada em título ostensivamente nulo. Também é certo aduzir que o executado teria a via do *habeas corpus* para interromper o curso da execução lastreada em título nulo, caso não tivesse sido bem sucedido com a exceção de pré-executividade e até se o decisor não lhe desse tratos na regular justificativa judicial.

Contudo, ilustra os fatos recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,²⁵ que concedeu *habeas corpus* por irregularidade processual em execução de alimentos. O juiz singular negou ao executado, por débito alimentar, o devido processo legal, não conhecendo o pedido de nulidade da revelia do executado alegado no corpo da ação de conhecimento, e arbitrou alimentos que depois foram executados sob coação pessoal, ou seja, sob pena de prisão. Todo o processo de conhecimento era nulo, e a execução sob coação pessoal estava sustentada em decisão totalmente ineficaz.

Manifestas ilegalidades processuais autorizam a impetração do *habeas corpus*, e igual motivação autorizam a defesa do executado pela curta via da exceção de pré-executividade, sempre que se apresentar nulo o título ilustrativo da execução alimentar por coação pessoal.

Fabiana e Theobaldo Spengler aduzem que, embora o *habeas corpus* sirva como meio próprio para suspender a execução, ele não se presta para o reconhecimento da nulidade da execução, cujo decreto só poderá ser alcançado pela exceção de pré-executividade, pois a impetração não encerra a execução, embora esvazie a pretensão executiva pela eleição judicialmente frustrada da coação pessoal. Realmente, afigura-se mais sólido e abrangente o uso da objeção de pré-executividade para encerrar, de uma vez por todas, qualquer tentativa de executar alimentos com título judicial inequivocamente nulo.

9. EXECUÇÃO POR ACORDO ALIMENTAR CONDICIONAL

Hipótese adicional de nulidade de execução de alimentos, tanto pela ensaiada via da constrição patrimonial quanto pela eleição do constrangimento pessoal, está relacionada com a pensão alimentícia acordada judicialmente, na modalidade condicional, como, por exemplo, na ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos. Neste caso, convidados os protagonistas da demanda investigatória para prévia audiência de tentativa de conciliação, nada impede que entabulem preliminar acordo judicial, condicionando a pensão já estabelecida em seu valor ao resultado positivo da perícia genética em DNA, para só depois desencadear o dever alimentar condicionado ao resultado pericial afirmativo. Contudo, valendo-se deste acordo, o inves-

²⁵ Acórdão inserto na *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 21, p. 44-54: “*Habeas Corpus*. Prisão Civil. Alimentos. Regularidade Processual. Cognoscibilidade. Garantias Constitucionais do Processo. O *habeas corpus* é um instrumento do processo constitucional que se instrumentaliza, especialmente, através do Código de Processo Penal (arts. 647 e 648), onde encontra respaldo normativo ordinário para sua propositura e tramitação perante os órgãos competentes do Poder Judiciário. Sujeita-se o *writ* às diretrizes de observância obrigatória ao manejo de um *actio*, que aqui se reportam aos pressupostos constitucionais de impetração, quais sejam, a violência ou coação à liberdade de locomoção e a ilegalidade ou abuso de poder. A análise, ainda que de estreita cognoscibilidade, limitada ao exame da legalidade da medida constritiva, à sua fundamentação, bem como à obediência do devido processo legal, conduz ao conhecimento da impetração, eis que tais considerações são posteriores ao juízo de admissibilidade, limitando-se este ao cabimento e adequação do *writ*. Há que ser considerada constrangimento sanável por *habeas corpus*, a decisão que determina ao réu o pagamento de prestações alimentícias, sob pena de prisão, em ação de execução de débito alimentar, no curso da qual lhe foi subtraído o direito ao devido processo legal, em razão de equívoco da secretaria do juízo, o qual não pode ser debitado ao paciente. Ordem de *habeas corpus* que se concede.” *Habeas Corpus* n. 00.303.588-8/00, Relator Des. Tibagy Salles.

tigante promove a execução dos alimentos homologados, que foram condicionados ao exame pericial ainda em andamento, e não se dando conta da irregularidade o juiz ordena a citação do executado para pagar a dívida posta em execução, sob pena de penhora ou de prisão, conforme pedido na nula inicial. Seria extrema demasia requisitar a formatação processual de embargos, ou de mais elaborada justificativa judicial, apenas para demonstrar o óbvio, de que a execução é visivelmente nula, sustentada em acordo alimentar condicionado ao resultado afirmativo do exame de DNA para engatilhar com a prova da paternidade o dever alimentar.

10. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FORMULADOS EM ACORDO EXTRAJUDICIAL

Os alimentos pertencem ao ramo processual dos direitos de origem familiar e indisponíveis, cometendo sua passagem sempre, e em todas as situações, ao inevitável crivo do Judiciário. Significa afirmar ser descabida a formulação de qualquer acordo de alimentos que não passe necessariamente pela homologação judicial. Não está sendo afirmado que toda a ação de alimentos é uma ação de estado, pois esta premissa não é verdadeira, bastando levar em consideração que em muitas demandas sobre fixação ou revisão de alimentos o estado das pessoas envolvidas no litígio não é objeto de controvérsia, como acontece na revisão de alimentos entre ex-cônjuges, propondo aumentar, reduzir ou exonerar os alimentos arbitrados em outro momento processual. Inexiste, neste caso, qualquer controvérsia sobre o estado civil dos litigantes, mas a discussão cinge-se somente acerca do numerário pago, para saber se a obrigação deve ser extinta, majorada ou reduzida. O mesmo pode ser aferido em uma ação de alimentos travada entre ex-conviventes, porque, apesar de ser necessário comprovar a existência da informal união afetiva dos contraditores, é fato incontroverso que o direito brasileiro, e de recente modificação legislativa, não contemplou os casamentos de fato com o estado civil de conviventes, não havendo como afirmar que os alimentos entre conviventes decorrem do seu estado.

Mas uma coisa é certa, e precisa ser levada em absoluta linha de consideração, pois consta dos textos jurídicos, e é exigência indissociável para a viabilidade executiva do crédito alimentar, de que se faz obrigatória a intervenção de um Juiz de Direito tanto nas ações contenciosas como para a homologação de acordos extrajudiciais sobre alimentos, em cujos procedimentos também será obrigatória, e sob igual pena de nulidade, a intervenção do Ministério Público.

O artigo 82, incisos I e II, do CPC e os artigos 9º e 11 da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos) impõem a presença do Ministério Público nas causas em que há interesses de incapazes e naquelas concernentes ao estado da pessoa. Já o artigo 92 do CPC confere competência exclusiva ao Juiz de Direito para processar e julgar as ações concernentes ao estado das pessoas, enquanto o artigo 100, inciso II, atribui ao juízo do domicílio ou da residência do alimentando a competência de foro para as ações em que se pedem alimentos. E por sua vez, execuções de alimentos, para serem manejadas pelos artigos 732 ou 733 do CPC, reclamam a preexistência de sentença ou de decisão judicial, com título executivo emanado da indissociável intervenção do Juiz de Direito, e do Ministério Público, nas demandas litigiosas ou amistosas que trataram de conferir previamente qualquer direito alimentar.

A ação alimentária não precisava ser necessariamente contenciosa, tanto que pode ser convertida em acordo, assim como pode ser apresentada na feição amistosa, em ato de jurisdição voluntária, mas sempre passando pelo crivo da homologação judicial que lhe imprime força executiva.

Considere-se à vista disso, a execução de um mero contrato particular de alimentos, ou de um acordo de alimentos perfectibilizado apenas pela outorga de uma escritura pública firmada entre alimentante e alimentário, sem a intervenção do Ministério Público e sem a correlata homologação judicial. Como aceitar a estabilidade deste acordo extrajudicial que não recebeu a chancela da obrigatória homologação em juízo? Trata-se, indiscutivelmente, de título executivo nulo, carente de comando executivo, exigido pelos artigos 732 e seguintes do CPC e pelo artigo 16 da Lei n. 5.478/68, merecendo plena acolhida da objeção de pré-executividade.

Tome-se, noutro exemplo, um acordo de alimentos homologado pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que são, sim, órgãos da Justiça Ordinária, instituídos e regulados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, nos quais atuam juízes de direito, conciliadores e juízes leigos. Qualquer acordo alimentar homologado com a chancela do juiz togado, e com assento nos Juizados Especiais, ou dos conciliadores e juízes leigos, poderá ser considerado como título executivo judicial, até porque, o § 2º do artigo 3º da Lei n. 9.099/95 exclui expressamente as causas de natureza alimentar da competência dos Juizados Especiais. Deste modo, será nulo o acordo de alimentos homologado pelo Juizado Especial,²⁶ e sem eficácia executória alguma o título porventura apresentado para instruir a executiva alimentar, demanda a ser extinta de plano pela via expedita da exceção de pré-executividade, dispensando longas dissensões doutrinárias em sede de dispendiosos embargos e conformidade aos feitos, a dupla via da efetividade processual.

II. EXECUÇÃO DE SENTENÇA FALSA

A objeção executiva visa a fazer cumprir a lei e impedir o início ou o prosseguimento de uma execução que não atende aos pressupostos exigidos pelo ordenamento jurídico, coibindo, de maneira simples, barata e expedita, porque dispensa prévia

penhora ou depósito de garantia da dívida, que tramitem ações executivas eivadas de nulidade, pois como já disse Luiz Edmundo Appel Bonjunga:

“O Direito não pode conduzir a situações desarrazoadas ou ilógicas, ao contrário, deve pautar-se, por ocorrência, no bom senso e sentimento de justiça”²⁷

Falsa sentença, forjada maliciosa e criminosamente pelo exequente para executar partilha, alimentos e outros efeitos supostamente emanados do título executivo judicial, também deve ser passível de objeção executiva, quando ficar demonstrado por certidão, ou outra irrefutável prova judicial, a falsidade do título de que se serve o exequente para instrumentalizar a sua nula execução, talvez imaginando contar com a involuntária revelia do executado, de quem indicou falso endereço para frustrar a sua citação, ou cujo chamamento processual promoveu para edital, buscando evitar a denúncia da fraude pelo executado, com quem sabe jamais haver travado qualquer demanda que tivesse resultado no título usado como precedente decisão judicial.

Também, nessa hipótese, ficam plenamente dispensados os tradicionais meios de defesa do executado, que dá, em rápida reposição da verdade, vida curta à fraude e verdadeira efetividade processual.

²⁶ “Vedada a jurisdição conciliatória às custas de natureza alimentar (Lei n. 7.244/84, art. 3º, § 1º), o acordo das partes, homologada em sede do Juizado Informal, não tem eficácia para a compulsão executória da prisão civil do devedor, à míngua do devido processo legal (03.06.1992, rel. José Dantas)”. RT 686/187 e na obra de CAHALI. Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 876, nota de rodapé 287.

²⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade, p. 162.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 45.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. IV, 2004.
- GERAIGE NETO, Zaiden. O processo de execução no Brasil e alguns tópicos polêmicos. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, v. 2, 2001.
- HOFFMANN, Ricardo. *Execução provisória*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. *Ajuris* 23.
- MADALENO, Rolf. O calvário da execução de alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Síntese, IBDFAM, v. 1, 1999.
- . Alimentos e sua restituição judicial. In: *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
- . *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado, exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- SHIMURA, Sérgio. *Apud Araken de Assis. Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Exceção de pré-executividade no débito alimentar. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 8, 2000.