



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA

**A INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO**

SOUSA - PB

2003

KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA

**A INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.**

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB

2003



L768i Lira, Kaliane Wilma Cavalcante de.
A incidência da exceção de pré-executividade nos processos de execução. / Kaliane Wilma Cavalcante de Lira. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

37 f.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito processual civil. 2. Exceção de Pré-executividade. 3. Doutrina pátria. 4. Embargos do devedor. 5. Penhora. I. Abrantes, Giorgia Petrucce Lacerda e Silva. II. Título.

CDU: 347.9 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

KALIANE WILMA CAVALCANTE DE LIRA

**A INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Orientador(a): MS. GIORGGIA PETRUCCE L. E. SILVA

Membro:

Membro:

SOUSA-PARAÍBA
Setembro- 2003

RESUMO

O instituto da exceção de pré-executividade foi introduzido na doutrina pátria, em 1966, através do insigne jurista Pontes de Miranda, por solicitação da Companhia siderúrgica Manesmann, quando e, quando esta enfrentava vários processos de execução e pedido de falência, embasado em títulos executivos falsificados. Não há ainda no nosso ordenamento jurídico qualquer previsão legal acerca que legalize a utilização desse instituto, porém, em circunstâncias diversas, tem a doutrina e a jurisprudência reconhecido a sua utilização como meio de defesa do executado, sem a necessidade da garantia do Juízo pela penhora, entendendo-se pela prevalência do interesse público. Renomados autores de estudos sobre o processo civil brasileiro, dentre os quais se destacam Cândido Rangel Dinamarco, J. J. Calmon de Passos, Hugo de Brito Machado, Alberto Camiña Moreira, dentre outros, se destacam no estudo do Tema. É na melhor hipótese a prática de uma injustiça exigir-se do executado a prévia segurança do Juízo, com a penhora de bens como condição do exercício do contraditório e da ampla defesa por meio dos embargos. No processo de Execução há por disposição legal a exigência de pressupostos do título, que devem estar presentes para que possa dar legitimidade processual, trata-se da liquidez, certeza e exigibilidade. Deixar de observar tais características é praticar abuso de direito. Os embargos do devedor, entretanto, continua como principal instrumento de defesa no processo de execução quando o título se revestir de certeza, liquidez e exigibilidade, após seguro o Juízo com a penhora de bens. Ausentes esses requisitos, o devedor tem à sua disposição a exceção de pré-executividade, a ser utilizada dentro da própria execução sem o ônus de ofertar garantia ao juízo.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	05
1. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	08
1.1. O significado da expressão "Exceção de Pré-Executividade"	08
1.2. Conceito	10
1.3. Natureza Jurídica	11
1.4 Cabimento da medida.....	12
1.5 O oferecimento da exceção de pré- executividade e Embargos.....	20
1.5.1 Dos embargos do devedor: aspectos gerais.....	21
1.6 Legitimidade e competência.....	23
1.7 Momento de Argüir.....	24
1.8 Forma	25
1.9 Matérias Argüíveis.....	25
1.10 Prova.....	28
1.11 Custas.....	29
1.12 Honorários Advocatícios	29
1.13 Efeitos.....	31
1.14 Recursos.....	32
CONCLUSÃO.....	33
BIBLIOGRAFIA.....	36

INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos a desenvolver versa acerca da aplicação ou incidência do instituto da exceção de pré-executividade nos processos de execução, que se configura ainda novo para muitos, embora não seja figura jurídica criada recentemente.

Seja como for, o certo é que a polêmica em torno da exceção de pré-executividade permanece atual. Todavia, tal celeuma não tem o condão de impedir a utilização deste instrumento por advogados e, tampouco, o seu acolhimento por juízes e tribunais, em atendimento às reclamações dos operadores do direito.

Destarte, e para melhor compreender este instituto, faz-se necessário situá-lo na condição que lhe é própria, ou seja, de incidente a ser observado no processo executivo, independentemente da ocorrência de penhora de bens do executado.

O processo de execução é basicamente o caminho pelo qual almeja-se reaver um crédito, que tem de ser, *a priori*, líquido, certo e exigível. Nesse processo, não se admite discussão acerca da matéria que deu origem ao título executivo, pois o mesmo já se acha presumidamente constituído com todos os elementos de fato e de direito, o que habilita o credor a expropriar judicialmente bens do devedor, em caso de não depósito imediato, entrega da coisa ou pagamento.

Admitindo a lei a expropriação de bens do inadimplente com base em título legítimo, via de regra resta ao devedor apenas opor embargos à execução e, ainda mais, após seguro o juízo. Quando se fala em segurança do juízo quer dizer que deve haver penhora válida, realizada por oficial de justiça ou por livre nomeação do devedor na execução para entrega de coisa certa ou incerta, tornando-se indisponível certo bem da esfera da livre disposição do devedor.

O problema surge quando o devedor é acionado de forma imprópria, seja porque o título-base da execução apresenta defeitos, ou por faltar algum dos requisitos indispensáveis à sua constituição, entre outros motivos. Aí, a injustiça é clara, atingindo seu auge quando a lei reza que o devedor somente poderá defender-se após seguro o juízo. Ora, esse é um ponto da legislação que necessita ser repensado, já que não está em consonância com outros artigos do mesmo Código de Processo Civil, como por exemplo, com o art. 620, que reza: *“quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”*

Quer meio mais gravoso para o devedor que a expropriação forçada de seus bens? Cremos que não pode o devedor padecer sem seus bens se a ação de execução é falha. Não podemos admitir que o executado somente possa valer-se de defesa nos embargos e após a expropriação dos seus bens, quando a execução padecer de pressupostos processuais, por exemplo. Nesses casos o juiz deve agir *ex officio* e se não o faz, o remédio apropriado é a exceção de pré-executividade. Embargos são sede própria para se discutir matéria de alta indagação. Porém, matéria de ordem pública deve ser reconhecida de ofício pelo juiz assim que receber os autos para o despacho inicial, se não o faz, resta ao executado lembrá-lo disso.

Esse instrumento de defesa dentro do processo de execução surge para mitigar a rigidez da lei processual civil e admitir a defesa do devedor diretamente no processo executivo, evitando a constrição do bem, que é requisito obrigatório para oposição dos embargos do devedor.

No Brasil, a exceção de pré-executividade é uma criação doutrinária e jurisprudencial, pois ainda não foi contemplada pelo Código de Processo Civil. Entretanto, com a chegada da Constituição Federal de 1988 e a aplicação dos

princípios do contraditório e da ampla defesa em todos os processos judiciais e administrativos, a exceção de pré- executividade passou a ter um fundamento legal. Isto porque, o processo de execução é espécie de processo judicial, permitindo-se, assim, a defesa do executado dentro do processo executivo.

Destarte, interesse maior pelo instituto surge devido ao fato de ser um tema um tanto quanto abstrato e carecer de algumas definições, a fim de que possa ser utilizado de forma padronizada e mais amplamente.

Com base nesse norte, passamos a desenvolver nosso trabalho para apresentar a exceção de pré-executividade como instrumento processual colocado à disposição de devedor executado, para exercer o direito do contraditório, sem o comprometimento do seu patrimônio com a segurança do Juízo.

1. Exceção de pré-executividade

1.1 – O que significa “Exceção de Pré-Executividade”?

A exceção, tida como uma forma de defesa indireta, é medida para a qual o réu invoca um direito com o objetivo de resistir à pretensão jurídica do autor, prevista no artigo 297 do Código de Processo Civil e enumerada pelo artigo 304 do mesmo diploma processual.

Da lavra da Professora Ada Pellegrini Grinover, a exceção, em sentido amplo, é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. Por isso, dentro de uma concepção sistemática do processo, o tema da exceção é virtualmente paralelo ao da ação.¹

No nosso Código de Processo Civil a expressão exceção se refere, de forma especial, à defesa às defesas contra o processo ou a suspeição do juiz. Os demais meios impugnativos são apresentados sempre em forma de contestação. Desta forma a lei processual utiliza a expressão exceção para as denominadas defesas indiretas, indicadas no seu artigo 304.

A nomenclatura Pré-Executividade, criada pelo saudoso Pontes de Miranda, inspirado no seu dom de inovar e criar vocábulos jurídicos, significa o momento em que se argüiram vícios pré-processuais, ou seja, antes do devedor ser compelido a vincular seu patrimônio ao credor, sendo mais significativa a criação desse novo instituto ainda na vigência do Código de 1939, que empregava “a expressão exceção não só para os fatos extintivos e impeditivos de natureza substancial, como igualmente em referência a certas defesas indiretas instrumentais (CPC, 1939, arts. 4º. e 182)”.

Existe, entre estudiosos processualistas pátrios, enorme controvérsia com relação ao emprego da expressão Exceção de Pré-Executividade, sobre a qual não se criou ainda uma unidade de pensamento, todavia, afetos à seara acadêmica, já que na prática independe a nomenclatura utilizada, se objeção ou exceção, posto que o efeito perseguido é o mesmo.

Vejamos o que nos dizem alguns respeitáveis estudiosos do tema:

Vicente Greco Filho afirma que: "...a possibilidade de serem alegadas matérias do art. 618 independente de embargos tem sido denominada exceção de pré-executividade"²

Para Araken de Assis, referenciado por Marcos Valls Feu Rosa, "... a forma excepcional de oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais merece rótulo genérico de exceção de pré-executividade, porque fulmina no nascedouro o ato executivo de constrição (depósito ou penhora)."

3

Nelson Nery Junior, citado por Marcos Valls Feu Rosa, discorda:

...considera a expressão imprópria porque no seu entender, exceção traz insita a idéia de disponibilidade do direito, razão porque não oposta a exceção ocorre a preclusão. Para este autor o correto seria denominar esse expediente de objeção de pré-executividade, porque o seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão.⁴

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros 2002, p. 272.

² GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 6. ed. atual e ampl., vol III, São Paulo Ed. Saraiva, p.52

1.2 CONCEITO

Após verificar definições de alguns estudiosos do tema, é mister concluir que não há na doutrina ou na jurisprudência um conceito uniforme firmado sobre o que seja exceção de pré-executividade, porém vários doutrinadores já emitiram seus conceitos, que vêm servindo para aprofundamento da matéria.

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, ressaltando aspectos relativos à denominação, define a exceção de pré-executividade como:

... a arguição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado ou credor, independente de forma, em qualquer tempo e grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o curso do processo até seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa a desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente sustação dos atos de constrição material.⁵

Embora reconhecendo que os mencionados doutrinadores analisaram a questão por um prisma mais amplo, preferimos optar por um conceito mais conciso, até porque é possível entender que a simples alegação de nulidade incidentalmente à execução não autoriza, por si só, a suspensão do processo executivo, pois para esse fim específico, mister seria o reconhecimento expresso da verossimilhança da nulidade pelo Juízo ou a interposição de embargos (CPC, art. 791, I).

Em assim sendo, podemos arriscar também um conceito, na qual consideramos a exceção de pré-executividade como um instrumento de defesa que pode ser utilizado por qualquer dos interessados, para arguir matéria de ordem pública, com o objetivo de trancar o ato processual de constrição judicial no processo de execução.

³ ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de Pré-Executividade. Porto Alegre: Editor. 1996: p.44.

⁴ Idem.

1.3 – NATUREZA JURÍDICA

A exceção ou objeção de pré-executividade, ao nosso ver, pode afetar (afeta) o processo executivo, retardando ou mesmo obstando a satisfação do direito do credor, e aumentando suas angústias, seja por liberar o devedor da constrição de seus bens e endossar a sua pouca vontade de honrar os compromissos, ou seja por proporcionar mais tempo ao mau pagador e alimentar os seus caprichos.

No entender de Pontes de Miranda, a exceção de pré-executividade tinha natureza jurídica de *exceção*. Mas o que se há de ter em mira quanto a esta afirmação é o fato de que, na sistemática do Código de Processo Civil de 1939, eram assim denominadas todas as defesas do réu que não se referissem diretamente ao *meritum causae*.

Hoje, não temos dúvida ao afirmar que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual (de *objeção*), posto que não se trata de um instrumento privativo do autor, do réu ou do terceiro interessado; ao contrário, as *matérias argüíveis através de exceção de pré-executividade* são de ordem pública, ligadas à validade da relação processual e ao direito de ação, devendo, por isso, ser conhecidas *ex officio* pelo juiz.

Assim, concluímos que a exceção de pré-executividade, que em nenhuma hipótese pode ser vislumbrada como sucedâneo de embargos à execução, é meio de defesa posto à disposição do executado para resistir à pretensão executiva viciada, fulminando-a, quando possível, ainda no seu nascedouro.

⁵ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade 2. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1998.

1.4 - CABIMENTO DA MEDIDA

Consoante o artigo 598 do Código de Processo Civil "aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento".

Assim, o Processo de Execução pressupõe estejam presentes as condições da ação, os pressupostos processuais, e que seja fundamentado em título líquido, certo e exigível.

Com efeito, trazemos o ensinamento do processualista Ovídio Batista:

...Insinua-se nas concepções modernas da ação executiva, cada vez com maior intensidade, a consideração de que o respectivo processo, longe de estar privado de cognição, contém elemento às vezes relevante de conhecimento, não apenas tendente a corrigir eventuais imperfeições da relação processual, mas em determinados casos, objetivando até mesmo a totale e definitiva eliminazione del processo esecutivo (Furno, Disegno Sistemático, pág. 16), de modo que a proposição dos embargos do devedor nem sempre será necessária para que o executado impeça o desenvolvimento da demanda executiva, ainda que essa reação oposta pelo executado seja uma autêntica defesa de mérito, como quando ele - no interregno entre citação e a penhora - demonstra cabalmente que o documento exibido pelo credor não é título executivo ou lhe falta, evidentemente legitimidade ad causam (Furno, ob. cit. pág. 63).⁶

Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, têm-se alargado para permitir que o executado, nos autos do processo executivo, suscite determinadas exceções que digam respeito ao *meritum causae*.

A existência de cognição interna à demanda executiva apenas confirma sua jurisdicionalidade, pois não poderá haver jurisdição onde o julgamento seja inexistente. Supor que o resultado da "ação" executiva seja invariavelmente o de sua procedência, com um "desfecho único", significaria render-se à teoria "concreta" da

⁶ BATISTA Ovídio (in Curso de Processo Civil, vol. II, págs. 23/24)

ação, confundindo "ação" processual com ação procedente, que corresponde à ação de direito material (no sentido do texto, sem todavia reconhecer a existência da ação de direito material).

Galeno Lacerda, apoiando-se em Pontes de Miranda, afirma que o executado poderá, antes da penhora, oferecer o que Pontes denomina de "exceções de pré-executividade", o que para este jurista haveria de ser feito nas 24 horas que medeiam entre a citação e a penhora."⁷

Atribui-se a Pontes de Miranda, portanto, a primeira interpretação do cabimento da Exceção de Pré-Executividade, ao emitir parecer na falência da Cia. Siderúrgica Mannesmann.

Galeno de Lacerda, já citado aqui anteriormente, ensina que:

Na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. Se o atual C.P.C. exige, no art. 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória. Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria 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. Se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o conhecimento e decisão dessa matéria, a exigência de prévia segurança de um juízo que não houve.⁸

Araken de Assis leciona que: "Embora não haja previsão legal, e tendo o juiz tolerado, por lapso, a falta de algum dos pressupostos, é possível o devedor

⁷ GALENO LACERDA (Execução Extrajudicial e Segurança do Juízo, *Ajuris*, 23, págs. 7 e segs.),

⁸ GALENO LACERDA: Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo", *AJURIS*, vol. 23, págs. 7/15

requerer o seu exame desobrigado do aforamento de embargos, ou antes mesmo de sofrer penhora."⁹

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior:

A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como ex-offício. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.¹⁰

Também o Cândido Rangel Dinamarco defende o cabimento da Exceção de Pré-Executividade:

A inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não profira, no processo executivo, Verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-lo de irregularidades formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem pública. A recusa a julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia constitucional do contraditório a esse processo. É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juizes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos, muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.¹¹

Vicente Greco Filho dá o magistério de que:

Como os efeitos do art. 618 estão expressamente cominados com nulidades, o juiz pode reconhecê-los de ofício, independentemente de embargos do devedor. A matéria é de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e por qualquer meio. Os embargos são a sede própria para a alegação de nulidades (art. 741), mas as matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.¹²

⁹ ASSIS Araken de. Manual do Processo de Execução, vol. I, pág. 344

¹⁰ JÚNIOR Humberto Teodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 864

¹¹ DINAMARCO Cândido Rangel. Execução Civil, págs. 447/448.

¹² FILHO Vicente Greco Direito Processual Civil Brasileiro, vol. III, pág. 52).

A jurisprudência vem aceitando pacificamente a clássica tese, eis que o espírito de justiça está presente nesta exceção de pré-executividade, senão vejamos:

Superior Tribunal de Justiça

Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao Juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil. PROCESSUAL CIVIL - Agravo de Instrumento - Processo de execução - Embargos do devedor - Nulidade - Vício Fundamental - Arguição nos próprios autos da execução - Cabimento - Artigos 267, § 3º; 586; 618, I, do CPC.

Escrevendo sobre a execução, Cândido Rangel Dinamarco assinalou que embora se houvesse identificado o processo, desde a decisiva contribuição de Oskar von Bülow, em 1868, como uma relação processual, a partir de meados do século passado se descobriu que coexistem no processo o procedimento e a relação processual. Mais recentemente, sobreveio o pensamento de que o processo está integrado por procedimento e contraditório, chegando a afirmar que se encontra excluída "... a pertinência da relação processual em seu conceito".

Dessa forma, acentuou que, ao contrário do que se pensa, existe no bojo mesmo do processo da execução, o contraditório. Não se pode pensar que ele é somente garantido com o exercício da defesa através da oposição de embargos - uma ação autônoma, embora conexa com a execução, que visa a desconstituir o título executivo - e que, infelizmente, muitos teimam em aceitar como a única forma de defesa possível.

A partir dessas observações, se pode concluir que é perfeitamente possível e adequado admitir-se o exercício do direito de defesa na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a

inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda relação processual ou das condições da ação também exigidos na sistemática adotada pelo atual Código de Processo Civil para que exista o próprio direito de acionar a jurisdição.

Entendimento contrário importaria negar-se as garantias constitucionais anteriormente referidas ou defender-se que a execução não se realiza através de um processo, pois este sempre é essencialmente dialético.

Impossível um processo unilateral, agindo somente uma parte, pretendendo obter vantagem em relação ao adversário, sem que esse seja ouvido, ou, pelo menos, sem que se lhe dê oportunidade de manifestar-se.

Ora, essas conclusões, geralmente aceitas por todos, encontram dificuldade de aplicação no processo de execução, onde a forma de defesa, por excelência, se realiza através dos embargos e estes, por sua vez, exigem, como pressuposto processual específico, a garantia do juízo. Esta dificuldade radica exatamente na conciliação entre a garantia ampla de defesa e do contraditório ínsitos.

Modernamente, o processo é concebido como um instrumento ético, acima e além de técnico, que produz conseqüências na vida das pessoas por ele atingidas.

Esta dimensão ética projeta seus efeitos sobre o processo de execução no Código de Processo Civil, exigindo a interpretação conjunta do artigo 586 (existência de título executivo como pressuposto de qualquer execução) e do artigo 618, I (que reputa nula a execução se o título em que se fundou não for líquido, certo e exigível).

Sob tal conjuntura, a sistemática processual que disciplina a execução (sempre fundada em título líquido, certo e exigível), como regra geral, exige a

segurança do juízo como pressuposto para o executado desconstituir o título executivo, total ou parcialmente, mediante o oferecimento dos embargos.

Todavia, pode ocorrer que o título em que se fundou a execução não se encontre revestido de liquidez, certeza e exigibilidade. Nesse caso, o sistema processual reputa nula a execução. E a nulidade da execução, por ausência de título líquido, certo e exigível, pode ser alegada a todo tempo, não exigindo segurança do juízo, nem apresentação de embargos, por se tratar de nulidade absoluta, decretável de ofício pelo juiz (Cf. RT 733/175 e RSTJ 85/256).

É nesta circunstância que surge o instrumento processual denominado exceção de pré-executividade, que tem por finalidade impedir a instauração e o desenvolvimento de execução desprovida de justa causa, por não preencher os requisitos legais e, por isso, mostrar-se juridicamente inviável.

Não seria justo permitir a instauração de um processo de execução manifestamente infundado. Daí a razão de ser da exceção de pré-executividade, pois, não obstante o sistema processual tenha dado amplitude aos embargos, como meio próprio de defesa do executado, não se pode desconsiderar que, em determinadas hipóteses, salta aos olhos a injustiça de obrigar o executado a tornar seguro o juízo antes de discutir seu direito.

Por isso, a nulidade da execução, por causa enumerada no artigo 618 do Código de Processo Civil, pode ser conhecida de ofício pelo juiz. Faculta-se ao executado, por isso mesmo, argüi-la por simples petição, nos autos da própria ação executiva. Decidiu, a propósito, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo a parte argüi-la independentemente de embargos do devedor,

assim como pode e cumpre ao juiz declarar de ofício a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil. Frise-se, porém, que a arguição, pelo executado, fora dos embargos, limita-se aos casos em que a nulidade seja evidente a ponto de dispensar dilação probatória a respeito dos fatos que a sustentam. Fora tais casos, a matéria deve ser proposta em embargos à execução, sob pena de se comprometer o sistema processual, transformando a ação executiva em verdadeira ação de cognição, esta sim, e não aquela, a via apropriada para formulação de juízos a respeito de fatos controvertidos e para produzir provas a respeito deles."¹³

Consiste a exceção de pré-executividade na faculdade atribuída ao devedor de submeter ao conhecimento do juízo, nos próprios autos da execução e independentemente de penhora ou embargos, em qualquer fase do procedimento, determinadas matérias suscetíveis de apreciação de ofício ou relativas à nulidade do título executivo, que desponte evidente e flagrante.¹⁴

Desta forma, cabível a exceção de pré-executividade somente quando atacadas as próprias condições da ação ou revelada de plano a nulidade da execução por ausência de título executivo, matéria apreciável de ofício pelo juiz (Cf. JTARGS 98/286), pois há situações em que a execução tem o poder de arruinar a vida das pessoas, daí porque o interesse de ordem pública em permitir a defesa sem penhora naqueles casos de evidente falta de justa causa para a execução, por manifesto comprometimento do título executivo em que se fundou.¹⁵

A exceção de pré-executividade tem somente o propósito de buscar o trancamento do processo executivo, antes mesmo da concretização da penhora, quando ausentes as condições jurídicas para sua instauração. Portanto, não deve

¹³ TEORI ALBINO ZAVASCKI, Com. ao CPC, V. 8. RT, 2000, p. 418

¹⁴ Revista Síntese De Direito Civil E Processual Civil 2/93, Editora Síntese Ltda., Porto Alegre/RS.

ser acolhida quando integral esclarecimento da matéria alegada depende de verificação probatória, cujo palco próprio é a instrução nos embargos à execução.¹⁶

Todavia, há uma clara tentativa de banalizar a exceção de pré-executividade, o que não deve ser aplaudido e nem sequer admitido, mormente quando por meio de sua utilização pretende o devedor, sem dar bens a penhora, discutir temas que até necessitam de atividade probatória. Assim, é impensável por esta via discutir a falsidade de assinatura, o erro de conta na memória de cálculo, a prescrição do título, que são questões que requerem instrução, incompatível com a forma proposta. A se admitir semelhante prática, estará criando-se, com facilidade, óbice para o regular andamento da execução, acudindo-se medidas protelatórias, até porque, rejeitada a exceção, terá que se admitir a oportunidade para a apresentação dos embargos do devedor.

Diante da alegação da exceção, o juiz deve agir com rigor, tratando-a como medida excepcional, tal como efetivamente o é, e que, como toca com vícios formais, em princípio não pode ser admitida sem maiores cuidados, até porque a extinção dos processos no seu início deve ocorrer somente diante de vícios manifestos.¹⁷

Em conclusão:

A sistemática processual exige a segurança do juízo como pressuposto ao oferecimento dos embargos do devedor. A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a dispensa desse pressuposto apenas em hipóteses excepcionais, limitando a arguição, por meio de petição nos próprios autos da execução, à nulidade do título, por ausência de seus pressupostos formais¹⁸, permitindo a exceção de pré-executividade, nestes exatos limites, sejam inviabilizados a instauração e o desenvolvimento de execução injusta e juridicamente inviável, desprovida de justa causa.

¹⁵ Revista De Estudos Tributários 11/13, Editora Síntese Ltda., Porto Alegre/RS

¹⁶ JTARGS 103/209).

¹⁷ Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil 4/31, Editora Síntese Ltda., Porto Alegre/RS.

¹⁸ STJ, REsp nº 180.734-RN, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, cf. CDROM JURIS SÍNTESE MILLENNIUM 24/ementa 16016119

1.5 – OFERECIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS

A exceção de pré-executividade tem uma admissão muito restrita no processo de execução, haja vista que as matérias suscitadas através do incidente são de ordem pública, também podendo ser suscitadas em sede de embargos, havendo, portanto, duas opções para o devedor arguir a ausência dos requisitos da execução.

O objetivo da exceção de pré-executividade é de viabilizar ao devedor a arguição de vício que torne nula a pretensão executiva, independentemente de constranger seu patrimônio à penhora ou depósito.

Com tal afirmação não se está a defender a utilização da exceção de modo amplo e irrestrito em benefício do devedor, mas a dizer que a exceção de pré-executividade tem legitimidade perante o sistema, que tem material próprio e que, em certos momentos, quando se põe em foco a justiça da execução, a impressão que se tem é que o legislador não conseguiu oferecer ao operador do direito os instrumentos que ele precisa para dominar a gama de problemas que surgem a cada dia.

Ademais, não se pode exigir a segurança prévia do juízo para o reconhecimento do direito de defesa daqueles que, comprovadamente pobres, não podem prestá-la, porque isso implicaria em desatender a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A exceção de pré-executividade visa evitar a penhora dos bens do devedor em função de um vício no procedimento executivo. Mas nada obsta que a exceção seja proposta após os embargos, haja vista seu conteúdo ser matéria de ordem pública, não sujeita a preclusão.

O que não é possível é a arguição da ausência dos requisitos da execução através de duas formas, exceção de pré-executividade e embargos, simultaneamente.

A respeito do assunto, confira-se o que ensina Marcos Valls Feu Rosa, que observa com competência:

...utilizada a exceção de pré-executividade simultaneamente aos embargos, deverá o juiz dar prosseguimento apenas a estes. (...) Somente um instrumento deverá ser aproveitado pelo juiz; e este instrumento são os embargos, que absorvem toda a matéria em discussão, e constitui a via eleita pelo legislador para o exame da mesma. Na hipótese, a exceção de pré-executividade não deverá ser rejeitada pelo simples fato de ter sido oferecida simultaneamente aos embargos, mas, mantida em estado de latência.¹⁹

1.5.1 - Dos embargos do devedor: aspectos gerais

Os embargos do devedor são o meio pelo qual o devedor opõe-se à pretensão do credor no processo de execução, com a natureza jurídica de uma ação incidente que tem por objeto desconstituir o título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência.

Constituem, assim, os embargos do devedor uma ação incidental declaratória e autônoma, cuja finalidade é impedir a produção dos efeitos do título executivo. Exercem os embargos do devedor função análoga à da contestação em processo declaratório.

Os embargos do devedor são propostos contra o autor da ação executiva, tendo legitimidade para propô-lo o devedor principal, o fiador ou quem tenha a responsabilidade de cumprir a obrigação objeto da execução, desde que figure no pólo passivo da ação executiva.

¹⁹ ROSA, Marcos Valls Feu. Ob. Cit, p. 102

Sendo citado mais de um devedor todos terão legitimidade para o exercício dos embargos do devedor e não somente aqueles atingidos pela penhora. Nesse sentido, Nelson Godoy menciona o simpósio de Direito de Curitiba, de 1975, que manteve a decisão de que seguro o juízo por um dos coobrigados, qualquer um deles poderá oferecer os embargos à execução.

No entanto, alguns doutrinadores vêm entendendo que se penhorado o bem de apenas um dos coobrigados, somente a este caberá o direito de propor os embargos, cabendo aos demais atuarem como assistentes.

A competência para julgar os embargos do devedor cabe, em regra, ao juízo competente para julgar o processo de execução, uma vez serem os embargos autuados em apenso aos autos do processo principal. Contudo, se a penhora for efetuada por carta precatória e os embargos do devedor versarem sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens, será competente o juízo deprecado.

O prazo para o devedor propor os embargos é de dez dias a contar do dia em que tiver seguro o juízo pela penhora, uma vez ser esta uma verdadeira condição de procedibilidade para validade e recebimento dos embargos do devedor.

Face ao princípio constitucional do contraditório, dúvidas surgem sobre a validade da mencionada condição, uma vez que o devedor que não tem bens para segurar o juízo, não tem direito em tese de exercer o seu direito de defesa através dos embargos do devedor.

Uma vez tratarem os embargos do devedor de uma ação de natureza incidental, que visa a desconstituir o título executivo, o juiz recebendo-os, os receberá com efeito suspensivo, por força do que dispõe Código de Processo Civil no artigo 739, § 1º. Vale ressaltar que, no direito processual brasileiro, os embargos

do devedor cumprem dupla função, à de opor-se à execução e à penhora, diverso do que ocorre no direito português, uma vez que a oposição ao processo executivo e a oposição à penhora ocorrem em momentos diferentes e são feitas por instrumento próprio.

1.6 – LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA

Estão legitimados para oferecer a exceção de pré-executividade aqueles que figuram no pólo passivo da execução que, nos termos do artigo 568 do Código de Processo Civil são:

Art. 568. São sujeitos passivos na execução:
I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;
II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;
III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
IV - o fiador judicial;
V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

Portanto, além das pessoas elencadas no artigo 568, do Código de Processo Civil, o fiador civil também poderá figurar no pólo passivo da execução e, via de consequência, legitimado a propor a exceção de pré-executividade.

A legitimidade para propor os embargos do devedor é do próprio devedor ou de terceiros com responsabilidade executiva, desde que, atingidos pelos atos da execução, assumam a posição de parte na relação processual, não podendo os embargos do devedor serem propostos por terceiros que não são parte e nem podem pretender.

Com fulcro na regra de legitimidade estabelecida para os embargos do devedor, vem se entendendo que só tem legitimidade para propor a exceção de pré-executividade quem tem legitimidade para propor os embargos do devedor.

Vicente Greco Filho ensina que "a competência do juiz da execução estende-se para o processo e julgamento dos embargos". Assim, de outra forma não poderia ser, é competente para julgar a exceção de pré-executividade o juiz a quem compete julgar a execução.

Quanto à competência, vale ressaltar que, diferentemente dos embargos do devedor, em que o juiz deprecado em alguns casos é quem tem competência, na exceção de pré-executividade a competência será sempre do juiz competente para a execução, uma vez que este instituto não visa a atacar a penhora, mas sim a pretensão executiva, antes de operada a penhora.

1.7 - MOMENTO PARA ARGÜIR

Como as condições da ação e os pressupostos são matérias de ordem pública Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade, anotam que:

A nulidade do processo pode ser reconhecida ex officio, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de arguição da parte, ou do oferecimento de embargos. A regularidade processual, *due process of law*, é uma matéria de ordem pública que não escapa ao crivo do juiz.²⁰

Daí, se infere que, as matérias ventiladas através da exceção de pré-executividade não se subordinam aos efeitos da preclusão, todavia, apesar de alguns defenderem a tese de que podem ser opostas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo que já interpostos embargos, respondendo o autor do incidente pelas custas do retardamento quando não falar na primeira oportunidade que lhe caiba. (artigo 267, § 3º, parte final, do Código de Processo

²⁰ JUNIOR Nelson Nery e ANDRADE Rosa Maria. CPC... 3ª ED. , P. 842

Civil), a jurisprudência vem elegendo via mais conservadora, como forma de se evitar a denominada banalização do instituto jurídico.

1.8 - FORMA

Para suscitar a ausência dos requisitos da execução não existe forma especial, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública, que podem ser revistas a qualquer momento pelo juiz *ex officio* ou a pedido da parte.

Segundo o Desembargador Antonio de Pádua Montenegro a procedibilidade é substancialmente simplificada visto que: "a chamada exceção de pré-executividade nada mais é que a alegação, **em simples petição dirigida ao Juízo competente, de vícios que comprometem a execução e que deveriam ter sido constatados no nascedouro do processo, prescindindo de forma própria, de prazo e da segurança prévia do Juízo com a realização da penhora**".²¹

Uma vez interposta a exceção de pré-executividade, por simples petição, tramitará nos mesmos autos da execução, abrindo-se em seguida vista à parte contrária para que se manifeste sobre o incidente, oportunizando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

1.9 – MATÉRIAS ARGÜÍVEIS

O que vem sendo construído em nível doutrinário é que as matérias a serem invocadas através de exceção de pré-executividade são de ordem pública (pressupostos processuais e condições da ação).

²¹ TJPB – Apelação Cível nº 2002.010.969-0 – Apte: Dirceu Mora Prata – Apdo – Leonardo Augusto Barboas – 1ª Cãm. Cív. – Rel. Des. Antonio de Pádua Lima Montenegro - juég. 09.12.02.

As matérias que exigem uma alegação da parte, em geral envolvendo defesa indireta de mérito, são argüíveis pela exceção de pré-executividade propriamente dita (transação, novação, confusão, prescrição e pagamento)²².

Diante do perfil jurídico da exceção de pré-executividade traçado nos itens anteriores, revelam-se úteis e pertinentes algumas diretrizes para a compreensão de sua abrangência e aplicabilidade, assim sintetizadas:

- admite-se a exceção de pré-executividade para alegação de ausência das condições da ação de execução (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para a causa);

- a matéria a ser objeto de exceção de pré-executividade não se compatibiliza com exame aprofundado ou confrontação de prova, ou seja, a matéria deve ser nitidamente jurídica e demonstrada de plano, por via documental;

- comportam exceção de pré-executividade as seguintes matérias, exemplificativamente: pagamento, prescrição, decadência, transação, não-incidência, isenção e imunidade tributária, nulidades absolutas especificadas no Código Civil e requisitos de validade e eficácia de títulos de crédito;

Desta forma, temos o que pode não pode ser objeto da exceção :

- não se admite a exceção de pré-executividade se a verificação dos requisitos do título executivo depender da análise de premissas de fato, consistente no reexame de provas ou na interpretação de cláusulas contratuais;

- não se admite a exceção de pré-executividade para alegação de excesso de execução (aferição de valor cobrado, de critérios de incidência de juros, multas ou encargos contratuais e evolução de dívidas).

²² OBJEÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DE EXECUTIVIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO - Cláudio Armando Couce de Menezes - Leonardo Dias Borges (Publicada na Síntese Trabalhista nº 115 - JAN/1999, pág. 5)

- Pedido de tutela antecipada (STJ - RESP 457779, Rel. Castro Filho, pub. no DJU 16.6.03):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TUTELA ANTECIPADA. NATUREZA CAUTELAR DA PRETENSÃO. A tutela antecipada não é instituto adequado para obstar o protesto ou a inscrição do nome do devedor junto às entidades de proteção ao crédito, quando tais providências são pleiteadas em exceção de pré-executividade oposta quase um ano após proposta a ação de execução. Recurso especial não conhecido. STJ - **RESP 457.779-AL** – Processo 2001.0095390-2 – Rel. Min. Castro Filho – DJU 16.6.03.

- Discussão acerca de ILEGITIMIDADE PASSIVA de um dos sócios na responsabilidade tributária pela extinção de fato da sociedade, por demandar exame de matéria probatória (STJ – RESP 336468):

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DOS SÓCIOS. NECESSIDADE DE EXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA DA EXCEÇÃO. NECESSIDADE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. A exceção de pré-executividade consiste na defesa do executado, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em situações excepcionais, sem a necessidade de segurança do juízo ou oposição de embargos do devedor. Se a controvérsia acerca da ilegitimidade puder ser resolvida por prova inequívoca, sem necessidade de qualquer dilação, cabível será a exceção de pré-executividade. A questão em torno da ilegitimidade passiva dos sócios, cujos nomes constam na CDA, demanda dilação probatória acerca da responsabilidade decorrente do artigo 135 do Código Tributário Nacional, em razão da presunção de liquidez e certeza da referida certidão (art. 204 do CTN). In casu, é imprescindível a oposição de embargos à execução para a apresentação da defesa, visto que a análise da questão depende de produção de provas. Recurso especial não conhecido STJ – **RESP 336.468-DF** - Processo nº 2001.0094260-4 – 2ª Turma – Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 30.6.03)

- VÍCIOS DE CITAÇÃO no processo Executivo Fiscal por ser tema sujeito a apreciação em sede de Embargos à execução de ampla cognição (STJ - AGRMC nº 6.085, Rel. Luiz Fux, DJU 2.6.03):

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM QUE SE ALEGA A FALTA DE CITAÇÃO NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. 1. É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos. 2. Todavia, a doutrina e a jurisprudência,

diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exequendo. 3. As exceções de pré-executividade podem ser suscitadas nos próprios autos da execução e, por isso, sem necessidade de segurança do juízo. O que impende esclarecer é que não se pode promiscuir a categorização das exceções de pré-executividade, posto que isso reduziria o processo executivo destinado à rápida satisfação do credor num simulacro de execução transmutando-se em tutela cognitiva ordinária.. 4. A nulidade da CDA só pode ser declarada em face da inobservância dos requisitos formais previstos nos incisos do art. 202 do CTN. 5. A suposta falta de citação do executado no processo executivo fiscal é tema sujeito à apreciação em sede de embargos à execução, de ampla cognição. 6. Agravo Regimental desprovido (STJ – AGRMC Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 6.085-RS – Rel. Min. Luiz Fux – Processo nº 2003.0012972-8 - 1ª Turma - DJU 2.6.03)

1.10 - PROVA

A matéria alegável na exceção de pré-executividade, na maioria das vezes, é exclusivamente de direito ou de fácil identificação nos documentos constantes nos autos da execução. Quando assim não ocorrer, perfeitamente admissível é a juntada pelo executado de prova pré-constituída, afirmando seu direito no afã de rechaçar a pretensão executiva viciada.

Dessa forma não se está a admitir a produção de prova no processo de execução, transformando-o num processo de conhecimento. Nos casos em que houver necessidade de prova e esta para ser analisada necessite de instrução, o devedor deverá utilizar-se do instrumento estipulado na lei processual civil, ou seja, os embargos.

A matéria a ser objeto de exceção de pré-executividade não se compatibiliza com exame aprofundado ou confrontação de prova, ou seja, a matéria deve ser nitidamente jurídica e demonstrada de plano, por via documental.²³

²³ EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES - Neyton Fantoni Júnior (Publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 08 - NOV-DEZ/2000, pág. 17)

1.11- CUSTAS

Diferentemente de outros incidentes processuais previstos no Código de Processo Civil, onde o vencido no incidente deve arcar com as despesas de sua realização, ainda que vencedor no mérito da pretensão deduzida (artigo 20, § 1º, do Código de Processo Civil), a arguição da ausência dos requisitos da execução através da exceção de pré-executividade é isenta de qualquer garantia ou despesa processual para sua interposição.

1.12- HONORÁRIOS

Temática de interesse geral é a indagação acerca do encargo da verba advocatícia ao sucumbente na exceção de pré-executividade. Neste particular, distintamente do que ocorre na ação postulada na cognição plena, excepcionadas as hipóteses da jurisdição voluntária e demais causas anêmicas de viés contencioso, onde sempre haverá o ônus da adimplência de honorários advocatícios àquele que não tiver sua pretensão jurídica acolhida pelo Judiciário, nesta modalidade de incidente processual só surgirá a obrigação legal do pagamento de honorários sucumbenciais quando a execução for prematuramente extinta.

Logo, admitindo a hipótese da configuração da sucumbência, ainda que parcial, quando há pluralidade de títulos executivos, averiguando-se a higidez de um e a anomalia do outro, devem os honorários ser fixados por apreciação equitativa nos moldes do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil, a saber:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DOS SÓCIOS. NECESSIDADE DE EXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA DA

EXCEÇÃO. NECESSIDADE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. A exceção de pré-executividade consiste na defesa do executado, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em situações excepcionais, sem a necessidade de segurança do juízo ou oposição de embargos do devedor. Se a controvérsia acerca da ilegitimidade puder ser resolvida por prova inequívoca, sem necessidade de qualquer dilação, cabível será a exceção de pré-executividade. A questão em torno da ilegitimidade passiva dos sócios, cujos nomes constam na CDA, demanda dilação probatória acerca da responsabilidade decorrente do artigo 135 do Código Tributário Nacional, em razão da presunção de liquidez e certeza da referida certidão (art. 204 do CTN). In casu, é imprescindível a oposição de embargos à execução para a apresentação da defesa, visto que a análise da questão depende de produção de provas. Recurso especial não conhecido **STJ – RESP 336.468-DF** - Processo nº 2001.0094260-4 – 2ª Turma – Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 30.6.03)

Por via oblíqua, indemonstrado qualquer óbice ao normal prosseguimento da execução, após o exaurimento da análise instigada pela exceção de pré-executividade inacolhida, não se tem como plausível que se impute o encargo dos honorários advocatícios, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. De acordo com recente julgado desta 5ª Turma (REsp nº 442.156-SP, rel. Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 11/11/2002), **a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a conseqüente extinção da execução.** Ao réves, vencido o excipiente-devedor, prosseguindo a execução (como ocorreu in casu), incabível é a condenação em verba honorária. Recurso provido. (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **RESP 446.062-SP** – 5ª Turma - Processo: 200201496394 – Rel. Min. FÉLIX FISCHER – DJU 10/03/2003, pág. 295)

O entendimento predominante é que como ao juiz é obrigatória a fixação de percentual de honorários, já nos primeiros contatos que tiver com a peça vestibular da execução, constituindo, portanto, a superveniência do incidente da exceção de pré-executividade mais um ato processual vindouro subsequente à já estipulação da mencionada verba em favor do exequente. Destarte, do fracasso do incidente de nada se aproveitará concretamente o autor da execução, visto que repercussão jurídica iria lhe alcançar na hipótese reversa, qual seja, do aniquilamento da lide.

1.13- EFEITOS

O recebimento dos embargos do devedor tem como efeito imediato a suspensão do processo de execução, por força do que dispõe o artigo 791 do Código de Processo Civil.²⁴ Diverso, contudo, ocorre com o recebimento da exceção de pré-executividade, em que o processo executivo não será suspenso.

Apesar de posicionamentos divergentes ao efeito secundário do manuseio desta exceção quanto à paralisação da lide executiva, sob o argumento de que a mesma constitui-se em questão prejudicial²⁵, ante a observância do artigo 265, inciso IV do Código de Processo Civil, a discussão encontra-se superada no direito pretoriano atualmente no sentido do reconhecimento de que a postulação da pré-executividade não obsta o curso normal da execução.

Tal direcionamento é o predominante na doutrina sob a diretriz de que o artigo 265 do Código de Processo Civil trata da questão prejudicial externa, e, a exceção de pré-executividade é ato postulatório²⁶ realizado dentro dos próprios autos do processo executivo, e como demonstra Humberto Theodoro Júnior, se a questão prejudicial é "proposta no bojo dos mesmos autos em que a lide deve ser julgada, estamos diante de uma questão prejudicial interna"²⁷ e não externa.

²⁴ Art. 791. "Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2º).

²⁵ MOREIRA, Alberto Camiña, na obra Defesa sem Embargos do Executado a p. 174, menciona que: ROSA, Marcos Valls Feus, Exceção de Pré-executividade, p. 76, e, SIQUEIRA F.º, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-Executividade, p. 78, admitem o efeito suspensivo.

²⁶ BERMUDEZ, Sérgio. Introdução ao Processo Civil, p. 114 - Sobre os atos postulatorios praticados pelo réu.

1.14 - RECURSOS

Segundo o artigo 162 do Código de Processo Civil, "os atos do juiz constituirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos". Sobre os recursos cabíveis dos atos praticados pelo juiz comenta Humberto Theodoro Júnior: "contra as sentenças cabe apelação, as decisões interlocutórias admitem agravo de instrumento e os despachos são irrecorríveis".²⁸

Desta forma, se o juiz julga procedente a exceção de pré-executividade, extinguindo o processo executivo, o meio de irresignação recursal adequado é a apelação, uma vez estarmos diante de uma sentença. No caso do juiz julgar improcedente a exceção de pré-executividade, estaremos diante de uma decisão interlocutória, cujo recurso cabível é o agravo de instrumento, uma vez que não estará a ação extinta.

A SABER:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NÃO ACOLHIDA - NATUREZA DE INCIDENTE PROCESSUAL - RECURSO CABÍVEL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. - A decisão monocrática que julgou a pretensão deduzida na referida exceção de pré-executividade, em verdade, pôs fim a um incidente processual e não a um processo incidental, isto é, deixou de apreciar a alegação acerca da legitimidade do peticionário de figurar na execução fiscal. Esse pronunciamento judicial desafia o recurso de agravo de instrumento, uma vez que o curso da execução fiscal terá normal prosseguimento. Precedentes deste Sodalício. - Recurso especial conhecido e provido (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 493.818-MG, Processo 200201670949 - 2ª Turma - pub. DJ 26/05/2003, p. 358, Rel. FRANCIULLI NETTO)

²⁷ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. V. I, p. 302. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. V. III, p. 97.

²⁸ THEODORO JR., Humberto. Código de Processo Civil Anotado - Art. 162.

Conclusão

O processo de execução não tem como finalidade precípua a cognição e o contraditório, contudo, não restam dúvidas de suas existências no processo executivo, ainda que não seja de forma integral, até porque, como destaca Carnelutti: "desde luego que una desvinculación total de la ejecución respecto de la cognición es muy rara; o antes o después, la necesidad la cognición se hace sentir".

Em geral, a cognição e o contraditório, no processo executivo, concretizam-se através dos embargos do devedor. Instrumento este colocado à disposição do executado para opor-se à execução e exercer o seu direito de defesa.

Há situações, no entanto, em que a oposição à execução, através dos embargos do devedor, é ineficiente, podendo causar ao executado prejuízos desnecessários e injustos, face à exigência legal de só poderem os embargos ser propostos depois de seguro o juízo.

Sendo a segurança do juízo verdadeiro pressuposto de procedibilidade da ação, indisponibiliza os bens do executado, muitas vezes sem qualquer razão lógica ou jurídica para fazê-lo, como por exemplo, diante de um processo de execução absolutamente nulo por não ser o título executivo exigível, uma vez não ter se verificado a condição ou ocorrido o termo.

Diante de tal situação e pela onerosidade que quase sempre é imposta, sem qualquer coerência, ao executado, os operadores do direito vêm sustentando a possibilidade do executado opor-se à execução através da exceção de pré-executividade, sem que para tanto segure o juízo.

A exceção de pré-executividade, desta forma, cumpre a finalidade de opor-se à execução, evitando que o executado sofra o ônus da penhora e estabelecendo

um maior equilíbrio na relação processual executiva, em virtude da impossibilidade do executado opor-se à ação executiva, através dos embargos do devedor, sem sofrer o ônus da penhora.

Quanto ao cabimento, parece-nos coerente por parte da doutrina e da jurisprudência limitá-lo aos casos de nulidade absoluta, da mesma forma pensamos também ser plausível a limitação dos meios probatórios, só se permitindo as provas documentais que não necessitem de um maior exame por parte do julgador.

Se por um lado concordamos com a doutrina e a jurisprudência quanto à limitação da exceção de pré-executividade aos casos de nulidade absoluta, temos dúvidas quanto à não-aplicação do efeito suspensivo, quando do recebimento deste meio de defesa pelo juiz, visto que, apesar de ser a exceção de pré-executividade questão prejudicial interna, sua principal finalidade é a de se opor à execução, sem que o executado sofra o ônus da penhora.

Desta forma, se os atos executivos não forem suspensos, o executado, ainda que se oponha à execução, via exceção de pré-executividade, poderá ter seus bens posteriormente penhorados, uma vez que haverá a prossecução do feito.

Assim, somos forçados a concluir, *a priori*, que, ainda que a exceção de pré-executividade não suspenda o processo de execução, deve suspender os atos subseqüentes à sua propositura, mais especificamente os atos de expropriação, porquanto seria, no mínimo ilógico, admitir o normal prosseguimento de tais atos processuais quando se discute matéria tão significativa, qual seja, a da imprestabilidade ou nulidade do próprio título executivo, sendo que na hipótese de sua admissibilidade restaria inócuo todo o impulso desenvolvido na lide.

Talvez não fosse necessário a exceção de pré-executividade, se o sistema processual brasileiro permitisse ao executado primeiro o direito à defesa, para só depois onerá-lo com a penhora.

Enfim, enquanto permanecer a atual sistemática, a exceção de pré-executividade continuará a ser útil e necessária, constituindo-se num verdadeiro e eficaz instrumento para o executado opor-se à execução, que, como destaca Carnelutti, é um "instrumento por demais perigoso, principalmente quando visa à expropriação". Assim, a exceção de pré-executividade estabelece um maior equilíbrio na relação processual.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Exceção de pré- executividade: uma denominação infeliz*. Informativo Semanal ADV/COAD, 05/2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzione del Processo Civile Italiano*. 5. ed., 1956. _____, *Derecho y Proceso*. Trad. cast. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1971;

CELSO NETO, João. *Exceção de Pré- Executividade*. Online. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/preexe.html>. Acesso em 10 de dez. de 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 1. ed. São Paulo, 1973;

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 6. ed, vol III. São Paulo: Saraiva, 2002;

KNIJNIK, Danilo. *Exceção de Pré- Executividade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Embargos do Executado*. 2. ed., São Paulo, 1968. _____, *Processo de Execução*. 3. ed., São Paulo, 1968;

MARTINS, Jonair. *Exceção de Pré- Executividade*. Online. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/preexe.html>. Acesso em 15 de dez. de 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais- Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré- Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. Vol.4. parecer nº 95. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1975.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré- Executividade – Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução*. Porto Alegre: Editor, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de Pré-Executividade*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 1998;

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.2. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.