



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

ANDERSON FONTES CAMPOS

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS DO DEVEDOR
À LUZ DA LEI Nº 11.382/06**

**SOUSA - PB
2007**

ANDERSON FONTES CAMPOS

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS DO DEVEDOR
À LUZ DA LEI Nº 11.382/06**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

**SOUSA - PB
2007**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

C198e Campos, Anderson Fontes.
Exceção de pré-executividade e embargos do devedor à luz da lei nº 11.382/06. / Anderson Fontes Campos. - Sousa: [s.n], 2007.

59 fl.

Monografia (Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2007.

Orientadora: Prof.^a Me. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

1. Embargos do devedor. 2. Lei nº 11382/06. 3. Pre-executividade. 4. Mudança na sistemática dos embargos. 5. Embargos parciais ou subjetivamente restritos I. Título.

Anderson Fontes Campos

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS DO DEVEDOR À LUZ DA
LEI Nº 11.382/06**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Aprovado em 14 de dezembro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA:

**GIORGIA PETRUCCE
Professora Mestre e Orientadora**

**JACIARA FARIAS
Professora**

**ERIVALDO MOREIRA
Professor Doutor**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

TJPB – Tribunal de Justiça da Paraíba

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.....	08
1.1 Breve histórico e sistematização anterior à lei nº 11.382/06.....	08
1.1.1 Requisitos legais para interposição dos embargos.....	11
1.1.2 A garantia do Juízo.....	12
1.1.3 Do prazo para interposição dos embargos.....	14
1.1.4 A problemática dos títulos judiciais.....	15
1.1.5 Sobre os títulos extrajudiciais.....	18
1.2 A reforma no processo de execução e os embargos do devedor.....	19
1.2.1 A segurança do juízo.....	20
1.2.2 O prazo para embargar.....	21
1.2.3 A suspensividade <i>open judicis</i>	23
1.2.4 Os embargos parciais e dos subjetivamente restritos.....	25
1.2.5 O contraditório nos embargos.....	26
1.2.6 A temática ventilada através de embargos.....	28
2 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	30
2.1 Esboço histórico do instituto.....	30
2.2 A conceituação imposta.....	32
2.3 Das hipóteses de cabimento e aceitação deste ícone processual.....	34
2.4 A posição dos tribunais acerca do tema.....	38
3 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA REFORMA DO PROCESSO EXECUTIVO.....	42
3.1 A lei nº 11.382/06 e a sobrevivência da exceção de pré-executividade.....	42
3.2 A utilidade do instituto.....	46
3.3 Fundamentos para a manutenção da exceção de pré-executividade.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMO

Os embargos do devedor sofreram uma mudança com a nova Lei nº 11.382/06, o que refletiu no âmbito do instituto doutrinário chamado de exceção de pré-executividade. Essa mudança acarreta uma problemática com fundamentos importantes que devem ser discutidos, tendo em vista que os embargos podem ser opostos independentemente de prévia penhora. Nessa seara, será que a exceção de pré-executividade tende a desaparecer ou permanecerá no ordenamento jurídico? A exceção de pré-executividade se constitui num dos temas da mais alta relevância jurídica, visto que esse instituto, criado pela doutrina e amplamente aceito pela jurisprudência dos tribunais pátrios, vinha sendo utilizado com freqüência dentro do processo de execução, sendo que a instauração de um contraditório regular nesta espécie não era admitida até há algum tempo atrás, pois, para que a discussão e prova da inviabilidade jurídica daquela execução compelia o devedor a assegurar, previamente, o juízo da execução, ofertando bens à penhora para só depois exercer sua defesa através da ação de embargos. Assim, levantou-se a hipótese da manutenção da exceção mesmo nos casos em que o devedor perdesse o prazo para embargar e houvesse questões de ordem pública a serem questionadas, já que não preclusivas, bem como o pagamento, a compensação, a prescrição e a decadência, os quais levam à extinção da obrigação *in executivis*, e também, no que se refere à transição da lei que suscitou bastante dificuldade àqueles que estavam investidos no direito subjetivo processual de pagar ou nomear bens à penhora, ato complexo pendente ainda de realização ou consumação. Objetiva-se, desta forma, questionar a importância da exceção de pré-executividade diante da mudança ocorrida na sistemática dos embargos, deduzindo-se acerca de sua eficácia e necessidade. Esse estudo foi organizado de molde a reconhecer os embargos do devedor em seus pontos principais, surgimento, requisitos legais de processamento e o que nele mudou pelo advento da Lei nº 11.382/06. Analisou-se, deveras, a exceção de pré-executividade, seus fundamentos e hipóteses de cabimento, outrora e nos dias de hoje. Desta forma, através de pesquisa bibliográfica e manejando os métodos exegético-jurídico e histórico-evolutivo, viu-se que o instituto doutrinário se mantém firme, mesmo após a lei reformadora, e nesse clima de transição, podendo o devedor usá-lo para salvaguardar seus direitos, ainda nos casos não previstos para serem alegados mediante embargos, ou quando o prazo para seu oferecimento tenha transcorrido. Conclui-se, pois, que é possível alegar as matérias de ordem pública, ligadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, já que não preclusivas, quando não se faz necessária a dilação probatória alusiva à pretensão suscitada, o que reforça o argumento da manutenção da exceção de pré-executividade.

Palavras-chave: embargos; pré-executividade; reforma na execução.

ABSTRACT

The embargoes of the debtor had suffered to a change with the new Law number 11,382/06, what it reflected in the scope of the doctrinal institute called pre-executivity exception. This change causes a problematic one with important beddings that they must be argued, in view of that the embargoes can independently be opposing of previous distraintment. It will be that the pre-executivity exception tends to disappear or will remain in the legal system? The pre-executivity exception if constitutes in one of the subjects of the highest legal relevance, since this institute, created by the doctrine and widely accepted for the jurisprudence of the native courts, came frequently being used inside of the execution proceeding, being that the instauration of a regular contradictory in this species was not admitted until has some time behind, therefore, so that the quarrel and proves of the legal unfeasibility of that execution compelled the debtor to assure, previously, the judgment of the execution, offering good the distraintment for only later exerting its defense through the action of embargoes. Thus, it was arisen hypothesis of the maintenance of the same exception in the cases where the debtor lost the stated period to embargo and had questions of public order to be questioned, since not vulnerables, as well as the payment, the compensation, the lapsing and the decay, which takes to the extinguishing *in executivis* obligation in, and also, as for the transistion of the law that sufficiently excited difficulty to that they were invested in the procedural subjective right of paying or nominating good the distraintment, act complex accomplishment pendant still or consumption. Objective, in such a way, to question the importance of the pre-executivity exception ahead of the ocured change in the systematics of the embargoes, deducing itself concerning its effectiveness and necessity. This study it was organized of mold to recognize the embargoes of the debtor in its main points, sprouting, legal requirements of processing and what in it changed for the advent of the Law number 11.382/06. It was analyzed, indeed, the pre-executivity exception, its beddings and fit hypotheses, long ago and nowadays. In such a way, through a severe bibliographical research and managing the methods exegetic-legal and description-evolution, the law was seen that the doctrinal institute if keeps firm, after remodel law, and in this climate of transistion, being able the debtor to use it to safeguard its rights, still in the foreseen cases not to be alleged by means of embargoes, or when the stated period for offer has transcorrered. One concludes, therefore, that it is possible to allege the substances of public order, on to the conditions of the action and the right of action ones, since not vulnerables, when the allusive probatory delay to the excited pretension does not become necessary, what it strengthens the argument of the maintenance of the pre-executivity exception.

Word-key: embargoes; pre-executivity; reform in the execution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objeto de estudo a nova sistemática dos embargos do devedor em contrapartida à manutenção ou extinção da exceção de pré-executividade.

O seu objetivo geral é demonstrar as mudanças que a Lei nº 11.382/06 trouxe aos embargos do devedor, mostrando como era procedido antes e como fica agora e, abordando, principalmente, os reflexos sofridos pela exceção de pré-executividade.

Para tanto, principia-se, no capítulo primeiro, tratando dos embargos do devedor e sua evolução histórica, suas características gerais e funções exercidas no processo executivo antes e depois da reforma em estudo.

No capítulo segundo, investiga-se a exceção de pré-executividade enquanto meio de defesa, utilização, outrora, no processo de execução, pelo que faz-se uma abordagem geral daquele instituto, sua evolução histórica e conceito trazido pela doutrina. Aborda-se, também, as matérias passíveis de alegação pelo uso desse remédio processual utilizado nas ações executivas.

O trabalho revela-se pelo uso dos métodos bibliográfico, exegético jurídico e histórico-evolutivo, mediante os quais se espera alcançar os objetivos propostos e confirmar a hipótese de que a exceção de pré-executividade permanecerá latente e plenamente viável no ordenamento pátrio, porque não esgotadas ou desaparecidas as hipóteses de cabimento que a fundamentam.

CAPÍTULO 1: DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Os embargos do devedor são um instituto jurídico consistente na defesa do executado que tinha seu patrimônio violado pela execução que viera a sofrer em relação a um título executivo, seja judicial ou extrajudicial.

Este instituto trata-se de uma verdadeira ação, tendo em vista seu caráter cognitivo, sendo que, antes da entrada em vigor da lei por ocasião estudada neste trabalho, era condicionada à segurança do juízo e a prazos que foram reformulados, como se abordará posteriormente.

1.1 Breve histórico¹ e sistematização anterior à Lei nº 11.382/06

A notícia mais remota que se tem dos Embargos do Devedor, como verdadeira ação, nasceu no direito francês, isto porque a execução não era realizada pelo juiz, mas sim pelo *sergens du roi*, os quais tinham função independente e procediam a execução sem qualquer ordem ou vontade dos juizes, bastava que o credor requeresse e apresentasse o título. Se o devedor pretendesse se defender tinha que opor sua exceção ao juiz e não aos *sergens du roi*. Assim, o devedor manifestava seu inconformismo com a execução ajuizando uma ação, embargos do devedor.

A iniciativa de opor embargos do devedor, pois, surgiu em face da auto-suficiência do título executivo, que dispensa a prévia ou nova cognição, desenvolvendo a necessidade de se apresentar defesa articulada.

Destarte, visando a satisfação do direito consubstanciado num

¹ Palestra proferida na Universidade Católica de Petrópolis, Rio de Janeiro, em 20/11/1993, ministrada por Fátima Nancy Andrichi, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, retirada do site <http://bdjur.stj.gov.br>.

título executivo, através do processo de execução, citava-se o devedor para que cumprisse a sua obrigação ou garantisse a dívida através da penhora ou do depósito do bem.

Isso significa que o intuito do processo de execução era o de que o executado fosse citado não para se defender, mas, para confirmar sua inadimplência, tendo como finalidade a satisfação da sanção imposta no título. Como descreve Santos (1984, p. 398): "Ação de execução, aliás, nada mais é do que a destinada à realização da sanção, formulada na sentença ou contida, por força de lei, no título executivo extrajudicial".

Entretanto, a certeza relativa quanto à existência do crédito outorgado pelo título não torna inútil a defesa, até mesmo porque o contraditório e a ampla defesa são princípios elencados na Carta Magna (dispostos no artigo 5º, LV da CF/88).

Com base nisto o legislador trazia no Código de Processo Civil Brasileiro, em seu livro II, título III, os embargos do devedor, para que o executado discutisse excessos e irregularidades trazidas pela execução. Como afirma Arakem de Assis (2002, p. 1.182): "trata-se de remédio processual específico à execução, consoante reza o art. 736 [...]".

Através dos embargos do devedor, portanto, é que o executado se opõe à execução. Esta ação é da espécie cognitiva, e resulta num processo incidental e autônomo, isto é, não podia ser impetrada senão quando já em curso um processo de execução e a ele vinculando-se, porém em autos apensos e apartados. Sobre a temática afirma Santos (1984, p. 401):

Assim, os embargos, como ação, dão lugar a uma nova relação processual, a um novo processo, em que o embargante, o devedor funciona como autor, e o embargado, o credor, funciona como réu. O

processo dos embargos, entretanto, se conexas intimamente com o de execução, porquanto do seu resultado dependem o prosseguimento e o êxito da execução. Por isso mesmo, os embargos, de ordinário, são suspensivos da execução e sempre se instauram como processo incidente do processo desta.

Por ser ação de conhecimento e não de execução, os embargos admitem todos os princípios, peculiaridades e características relativas àquele processo, sendo admitidas todas as provas arrecadadas de maneira lícita para formular a defesa. Sobre a temática leciona Wambier (2004, p. 329):

Os embargos têm a função de preservar o direito de defesa. Mas, em virtude da estrutura pela qual optou o legislador, instrumentalizam-se mediante ação própria, geradora de um processo de conhecimento que, embora incidental ao de execução, lhe é autônomo. O executado defende-se propondo nova demanda em face do credor.

Os embargos do devedor não tinham (e continuam não tendo) natureza contestatória, portanto, sua natureza jurídica é de ação de cognição incidental com caráter constitutivo, pois que estabelece uma relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução.

É natural, ainda, que os dois processos (o de cognição e o de execução) sejam ordenados em procedimentos diferentes, fundados em princípios e normas distintas, pois suas finalidades são totalmente diversas.

A execução, como já visto anteriormente, busca a satisfação do crédito, sustentada por um título executivo. Entretanto, nos embargos cabe ao executado a iniciativa de pedir a desconstituição ou declaração negativa de existência do título, dependendo da matéria alegada. Sua natureza é de ação constitutiva negativa porque desfaz o título, ou declaratória negativa, declarando a inexistência da relação jurídica que aparenta documentar.

Wambier novamente se posiciona a respeito (2004, p. 329):

Embargos incidentais são aqueles que se processam no âmbito do processo de execução, mas que têm natureza de conhecimento. São incidentais porque dependem do processo de execução para serem conhecidos e julgados, e de conhecimento porque buscam a declaração de inexistência do título executivo ou a desconstituição do mesmo.

Servem os embargos não só à discussão do crédito pretendido e à desconstituição do título executivo como também para corrigir defeitos do processo de execução, impedindo, em todos esses casos, a atuação executiva indevida.

Segundo o artigo 736 do Código de Processo Civil Brasileiro, tanto antes como depois da reforma tem-se que a única maneira legal do executado apresentar defesa é a oposição dos embargos. Sua terminologia no referido diploma legal descreve embargos do devedor (pressupondo uma relação de débito entre credor e devedor) o que talvez seja um equívoco, já que podendo defender-se processualmente, ainda não se pode considerá-lo realmente um devedor.

Considerando que o processo de execução está inserido num sistema legal baseado nos princípios do direito, não seria possível limitar aos embargos a única forma de defesa do processo executivo, lembrando a carga lesiva dos efeitos de uma penhora sobre o patrimônio do executado. É irrefutável a previsão de outra forma que possibilite ao executado impugnar o processo executivo sem ter os bens penhorados; daí surgiu a exceção de pré-executividade e, agora, os novos embargos, que serão alvo de estudo relatado mais adiante.

1.1.1 Requisitos legais para interposição dos embargos

Os embargos do devedor são um dos meios de que dispõe o executado para se defender no processo de execução, como visto anteriormente. Estes interesses estão resguardados no Código de Processo Civil pátrio.

Porém, para que os embargos fossem recebidos pelo juiz, havia duas condições indispensáveis: o executado teria de garantir o juízo e a partir deste momento, obedecer ao prazo estabelecido pelo diploma processual civil, sob

pena dos embargos serem rejeitados liminarmente ou considerados intempestivos, como verificar-se-á a seguir.

1.1.2 A garantia do juízo

Sabe-se que, no âmbito do processo de execução, não é possível emitir julgamento capaz de desconstituir um título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência sem que haja um processo de conhecimento, ou seja, os embargos do devedor.

Mas, para que estes fossem aceitos, o executado, uma vez citado, deveria garantir o juízo através da penhora, no caso da execução por quantia certa, ou através do depósito da coisa sobre a qual trata a execução, fundada na entrega de coisas. Tal condição de admissibilidade dos embargos tinha seu assento legal no artigo 737 do Código de Processo Civil brasileiro (atualmente revogado pela Lei nº 11.382/06): “Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I – pela penhora, na execução por quantia certa; II – pelo depósito, na execução para entrega de coisa.”

Enquanto não se concretizava a penhora ou o depósito não se permitia ao executado a apresentação de embargos, sob pena dos mesmos serem rejeitados pelo juiz, como afirma Theodoro Júnior (2002, p. 371):

Segurar o juízo é garantir a execução, mediante depósito à ordem judicial de um bem apto a dar-lhe cumprimento, caso a defesa do devedor venha a ser repelida. Sem a penhora ou depósito não se pode defender o devedor, e sem a existência de bens penhoráveis, impossível se torna o próprio desenvolvimento do processo executivo, que deverá ser suspenso *sine die*.

O legislador processual foi rígido, não facultando qualquer

margem de discricionariedade ao juiz quando estabeleceria a imposição, de forma invariável, da salvaguarda do juízo através da penhora ou do depósito. Todavia, o executado não estava impedido, mesmo não garantindo o juízo de, peticionar a respeito de incidentes anteriores, tais como no oferecimento de bens ou impugnação à escolha da coisa pelo exequente, podendo, entretanto, atacar o crédito somente por meio de embargos e mediante a devida garantia acima mencionada.

Lucon (1996, p. 236), em sua obra, leciona:

Antes disso, nada impede que o executado se manifeste no processo de execução a respeito de incidentes que antecedem a penhora ou o depósito, tais como o oferecimento de bens e a impugnação à escolha de determinado bem pelo credor.

Quando havia mais de um devedor, bastava que um deles assegurasse o juízo (pela penhora ou pelo depósito) para que os demais pudessem impetrar os embargos, como afirma Greco Filho (2000, p. 108): "entende-se, aqui, que a dívida é única e a penhora garante toda execução. Havendo uma segunda penhora é admissível a apresentação de novos embargos, mas somente ventilando matéria referente a ela".

É de se questionar, ademais, até que ponto a segurança do juízo era condizente com o ordenamento jurídico brasileiro, e se, de algum modo, não prejudicava o executado, uma vez que lhe gerava um ônus demasiadamente grande haja vista que o seu patrimônio vinculava-se à possibilidade de apreciação de sua defesa pelo Poder Judiciário.

Outrossim, existiam situações em que a jurisprudência havia aceitado a dispensa da segurança do juízo para a oposição dos embargos, como no caso do executado que não dispunha de bens para garantir a execução, que ficava suspensa permanecendo o nome do executado nos registros forenses sem que

pudesse apresentar defesa arguindo a quitação do título ou ausência de débito, o que significa uma afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório já que, sendo insolvente, o executado não podia formular pretensão diante do Poder Judiciário.

Apesar das inúmeras críticas, entretanto, a garantia do juízo continuava inserida no diploma processual civil, como sendo uma medida legal capaz de garantir a satisfação pelo credor da execução, e essa situação modificou-se com a reforma.

1.1.3 Do prazo para interposição dos embargos

Além da garantia do juízo, outro requisito indispensável a que o devedor pudesse ingressar com os embargos e vê-los aceitos era justamente a propositura da ação no prazo estabelecido pelo Código de Processo Civil em seu artigo 738 (alterado pela Lei nº 11.382/06) e incisos (revogados pela mesma lei).

O prazo para oferecimento dos embargos é próprio. Com a alteração dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, o executado podia oferecer embargos, sob pena de preclusão temporal, no prazo de dez dias, contados: I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; II – do termo do depósito ou da coisa; III – da juntada aos autos do mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa, se o devedor não fez voluntariamente o depósito; IV – da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer. *(Revogados. Lei nº 11.382, de 6-12-2006.)*

A prova da intimação da penhora, como cita Lucon, se fazia

(1996, p. 222):

- a) com a certidão de afixação e publicação do edital;
- b) com a juntada do mandado de intimação aos autos do processo de execução ou aos autos da carta precatória dele desentranhada; ou
- c) com a juntada no processo de execução do aviso de recebimento trazido pelo correio.

A contagem do prazo estabelecido no inciso I do artigo 738 do CPC começava a fluir a partir da primeira penhora, não importando, para fins de embargos, as modificações, substituições ou complementações e, ainda, a eventual multiplicidade da penhora, pois o prazo era único.

Outrossim, a penhora era considerada nula ou inválida, reabria-se novo prazo para o oferecimento dos embargos a partir da nova penhora, pois só assim estaria seguro o juízo.

1.1.4 A problemática dos títulos judiciais

Os embargos do devedor constituem uma relação jurídica processual distinta da relação formada no processo de execução.

São nos embargos que o devedor busca, no processo de execução, sua defesa e uma providência jurisdicional de mérito. O procedimento dos embargos é de conhecimento, porém a espécie de cognição que se realiza irá depender da natureza do título executivo que a aparelha.

Entretanto, a própria lei processual, visando impedir a rediscussão de fatos já decididos, impôs limites à matéria a ser objeto de cognição dos embargos, conforme se trate de título executivo judicial ou extrajudicial.

O artigo 475-L do CPC, inserido no capítulo que trata do conhecimento dos embargos, estabelece que, no caso de títulos judiciais, a cognição dos embargos será de conhecimento de mérito, enquanto que, no caso de títulos extrajudiciais, a cognição será de conhecimento de fato.

cumprimento da sentença e no bojo do procedimento ordinário, fez questão de abandonar a nomenclatura embargos à execução, para chamar a defesa do devedor, doravante, apenas de impugnação. Todavia, a mudança não é apenas terminológica.

Da análise sistemática desse novo instrumento de defesa do devedor, manejado na fase de execução para cumprimento da sentença, nota-se a clara intenção do legislador de afastar-lhe a natureza de ação, rotineiramente atribuída aos embargos do devedor. Nesse diapasão, apenas para exemplificar, vê-se que a nova impugnação não tem como regra efeito suspensivo, o qual poderá ser-lhe atribuído ou não pelo juiz quando relevantes os fundamentos e houver risco de grave dano de difícil ou incerta reparação para o executado, afastando, assim, a prévia segurança do juízo (artigo 475-M do CPC). Além disso, será a impugnação resolvida por decisão interlocutória, desafiada por agravo de instrumento (salvo quando acolhida pelo juiz, hipótese em que se der ensejo à extinção da execução, onde na o recurso cabível será o de apelação segundo o artigo 475-M, §3º, do CPC).

Convém observar, ainda, que o prazo para o manejo dessa impugnação fora lançado no parágrafo 1º do artigo 475-J e será de quinze dias a contar da intimação do executado acerca do auto de penhora e de avaliação. Contudo, não houve a expressa fixação de um prazo para que o credor se manifeste acerca da resistência do devedor.

A referida impugnação terá atuação em apartado, quando não lhe for atribuído efeito suspensivo. Caso contrário será processada nos próprios autos em que já tramita o cumprimento de sentença (artigo 475-M, § 2º, do CPC). Note-se que em ambos os casos a impugnação mantém sua natureza de incidente

diante de um processo já em curso.

Nesse particular, o rompimento estrutural do *novel* instituto com os embargos à execução, consoante exposto acima, faz que a ele não se aplicasse, subsidiariamente, o prazo de dez dias estipulado no antigo artigo 740 do CPC, o qual também estipula o prazo de 15 dias, atualmente. O que não se admite, ponha-se em relevo, é a simples supressão dessas garantias processuais em favor da celeridade, notadamente nos casos em que a impugnação trouxer à baila novos elementos de fato, dos quais são exemplos as alegações de causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, supervenientes à sentença (artigo 475-L, inciso VI do CPC).

Também ao juiz não se fixou um prazo para resolver a impugnação, perdendo o legislador uma excelente oportunidade de implementar a recente garantia da duração razoável dos processos inserida no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Ademais, nota-se que sequer o procedimento mínimo a ser observado por essa impugnação restou alinhavado pela reforma. Daí as indagações: como se dará, então, a instrução referida no parágrafo 2º do artigo 475-L? Será ela realizada a critério de cada juiz? Melhor, também aqui, e para não se deparar, na prática, com verdadeiros absurdos, que se aplique, e agora sim, subsidiariamente, no que couber, o procedimento previsto no mencionado artigo 740 e parágrafo único do Código de Processo Civil.

No centro dessas discussões – não bastassem as referidas no tópico anterior – aparece o parágrafo 1º do artigo 475-L dispondo que, para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo

Tribunal Federal ou na aplicação/interpretação da lei ou ato normativo tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal.

Não se tem dúvida de que a impugnação do parágrafo 1º do art. 475-L atraiu todas as discussões envolvendo a coisa julgada constitucional e sua oposição por meio dos embargos do devedor. E mais, o que se tem é a certeza de que essa doutrina já não responde, posto que voltada para realidade diversa, a todos os questionamentos e perplexidades vindouros.

Uma observação se impõe. Se o legislador pretendeu afastar da execução para o cumprimento da sentença a nomenclatura e, principalmente, a natureza jurídica reconhecida aos embargos de devedor, deixando, inclusive, de prever-lhe procedimento específico, parece óbvio que a impugnação fundada em lei ou ato normativo inconstitucional, trazida pela reforma, não poderá ser reconhecida e tratada como verdadeiros embargos à execução com eficácia rescisória. E os desdobramentos dessa constatação são múltiplos.

1.1.5 Sobre os títulos extrajudiciais

O Código de Processo Civil não distinguia as execuções fundadas em títulos executivos judiciais daquelas fundadas nos extrajudiciais. Constatando-se, entretanto que, o direito do credor, no caso das execuções fundadas em títulos extrajudiciais, não fora discutido perante o órgão judiciário, admite-se que nos embargos o devedor se defenda de maneira mais ampla.

Destarte, o próprio Código de Processo Civil autorizava a ampla defesa, como se previa em seu antigo artigo 745: "quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das

matérias previstas no art. 741, qualquer outra que seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento". A respeito, se manifesta Beltrame (1983, p. 228):

Os embargos do devedor são processo de conhecimento, mas de ordinário, com campo de ação restrito. Em caso de execução de título extrajudicial este campo se dilarga. A razão reside no fato de o título judicial ser resultado de apreciação pelo Judiciário, o que não ocorre com o título extrajudicial.

Em contrapartida, quando se tratar de título executivo extrajudicial de natureza cambial, essa norma de ampla defesa deve ser vista com reserva, havendo limites em relação à matéria argüida em sede de embargos. Estes títulos cambiais estão elencados no artigo 585, I, do CPC e em legislação especial. Rosalina Pereira (2001, p. 149) justifica:

Com efeito, a matéria a ser argüida nos embargos do devedor, em sendo o título executivo extrajudicial de natureza cambiária, é limitada em face do art. 17 da Lei Uniforme de Genebra, que visando proteger os endossatários e avalistas, ou melhor, proteger a boa-fé desses devedores reconhecidos nos título, impede que seja discutido o negócio jurídico subjacente à sua criação ou à transmissão da cártula.

1.3 A reforma no processo de execução e os embargos do devedor

Com o advento da Lei nº 11382/06, os embargos do devedor sofreram uma significativa mudança na sua sistemática, como o momento e o prazo de sua interposição, a desnecessidade de segurança do juízo, bem como a matérias mais abrangentes e o fim do efeito suspensivo que prejudicava o andamento do processo, o que deve ser estudado com atenção, tendo em vista ser de tamanha importância o instituto por ser o meio de defesa previsto legalmente nas execuções.

1.3.1 A segurança do juízo

Como se vê, a Lei nº 11.382/2006, tentando propiciar ao executado uma ampla defesa na execução por via do aforamento da ação de embargos, modificou a redação do artigo 736 do Código de Processo Civil ao prever que "o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos".

A segurança do juízo, pelo que deflui do referido dispositivo, deixou de ser condição de procedibilidade dos embargos, podendo o executado, no prazo legal, ajuizar ação de embargos visando a desconstituição do título ou apenas perseguindo a extinção do processo de execução, independentemente da perfectibilização da penhora nos autos da execução ou da prestação de outra garantia. Contudo, impende salientar que a aludida mudança não terá o condão de afastar a possibilidade da existência de execuções frustradas por ausência de bens do executado, uma vez que, como sabido, a responsabilidade do devedor será, na execução por quantia certa, sempre patrimonial.

Doravante, como ressumbra do parágrafo único do artigo 736 do CPC, os embargos serão autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais que o embargante entenda sejam relevantes. Vê-se que o legislador colocou fim à autuação em apenso haja vista os embargos não mais possuírem efeito suspensivo automático, pelo que os embargos continuarão sendo distribuídos por dependência ao juízo da execução, diante da conexão por prejudicialidade, devendo o juiz ao receber os embargos determinar, por razões de cautela e inobstante a ausência de previsão legal, seja certificado nos autos da

execução a sua existência, ainda que, via de regra, os embargos não mais sejam dotados de efeito suspensivo *open legis*.

1.2.2 O prazo para embargar

O prazo para embargar passou de 10 (dez) para 15 (quinze) dias, como preconiza o artigo 738 do estatuto processual civil, a saber: "os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação".

Na realidade, o legislador unificou os prazos, uma vez que para a apresentação da impugnação na fase de cumprimento de sentença o prazo também é de 15 (quinze) dias. Assim, o prazo para a articulação dos embargos começará a fluir a partir da data da juntada aos autos do mandado de citação, diante da irrelevância da existência de penhora para que ocorra o seu processamento. Foi adotada, assim, regra preconizada pelo inciso II do artigo 241 do Código de Processo Civil.

Como já vinham entendendo de forma pacífica a jurisprudência e a doutrina, o novo parágrafo 3º deixou claro não se aplicar aos embargos o disposto no artigo 191 do CPC. Assim, não há que se falar em prazo em dobro para embargar, ainda que os executados/litisconsortes tenham procuradores diversos ou diferentes. O prazo, na hipótese, será sempre simples.

Contudo, o prazo para embargar continua sendo autônomo ou individual, mesmo diante da existência de vários executados (litisconsórcio/relação processual juris-satisfativa plúrima), como se observa da redação do parágrafo 1º do artigo 738 do CPC. Portanto, o prazo para a oferta dos embargos, para cada um dos

executados, terá início a partir da juntada aos autos do mandado de citação de cada um deles, não sendo aplicada a regra de que o prazo terá curso a partir da juntada aos autos do último mandado de citação devidamente cumprido.

À medida que os mandados de citações forem sendo juntados ao bojo dos autos, começará a ter curso em relação ao executado (processualmente convocado a integrar o processo) o prazo quinzenal para embargar, independentemente da consumação da citação dos demais litisconsortes. O referido parágrafo trouxe uma ressalva, deixando claro que se os litisconsortes forem casados (foi utilizada a expressão cônjuges) o prazo terá como termo *a quo* a data da juntada aos autos do último mandado de citação, transformando-se em comum, nesta situação, o prazo para embargar.

De outra banda, o parágrafo 2º do artigo 738 do CPC colocou fim ao antigo debate posto em torno do momento inicial de fluência do prazo para embargar quando a execução estiver sendo processada por carta. É que nas execuções por carta o juízo deprecante deverá ser imediatamente comunicado pelo juízo deprecado a respeito da conclusão do ato citatório, e o prazo para o oferecimento dos embargos passa a ser contado a partir da juntada aos autos da aludida comunicação. Ao que se vê, o prazo para embargar na execução por carta precatória começará a ser contado a partir da juntada ao álbum processual executório da comunicação da citação do executado, colocando fim à polêmica até então existente a respeito do termo inicial de contagem do prazo.

1.2.3 A suspensividade *open judicis*

Extrai-se da dicção do artigo 739-A do CPC que os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

No sistema anterior à Lei nº 11.382/2006, os embargos possuíam efeito suspensivo automático, por força de previsão legal. Assim, a regra geral era de que, uma vez opostos os embargos, o processo de execução restaria suspenso, pelo que se tornava a ação de embargos expediente processual meramente protelatório, servindo de empecilho ao desenvolvimento do processo de execução. Agora, os embargos não mais terão efeito suspensivo *open legis*, tornando-se regra a não suspensão do processo de execução. A intenção do legislador foi de otimizar a relação processual executória e ensejar, sem maiores delongas, a realização dos atos voltados à efetiva e célere satisfação do direito material.

Releva assinalar que a impugnação apresentada na fase de execução forçada incidental (cumprimento de sentença) também não possui efeito suspensivo, como se infere do que preceitua o artigo 475-A do código de processo civil.

Porém, ainda existe a possibilidade de ser atribuído ou concedido efeito suspensivo aos embargos, com a paralisação temporária do processo de execução, tal como emerge da redação do parágrafo 1º do artigo 739-A do CPC.

Destarte, o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos apresentados quando forem relevantes os seus fundamentos, tudo somado à

possibilidade de o prosseguimento do processo de execução vir a causar grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado.

Além dos requisitos supra, o legislador elencou a segurança do juízo como condição essencial para que o juiz possa atribuir aos embargos a aptidão de suspender o feito executório. Assim, pode ser afirmado que o juiz deverá dar efeito suspensivo aos embargos quando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. O juiz não pode, então, atribuir efeito suspensivo aos embargos de ofício, porquanto o dispositivo ora analisado exige, de forma peremptória, requerimento do embargante. Para a suspensão do processo de execução, em decorrência do aforamento dos embargos, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* deverão ser observados sob o prisma do executado. Neste sentido, tem razão Glauco Ramos (2006, p. 251), quando pontifica que:

do juízo o juiz pode

[...] o efeito suspensivo, no caso, é uma projeção do poder geral de cautela que o sistema confere ao juiz, e que não mais é, pelas técnicas de concessão das tutelas de urgência prevista no CPC, uma medida típica do processo cautelar, sendo verdadeira categoria metacautelar.

Interessante é que os embargos com efeito suspensivo não serão obstáculo à efetivação da penhora e avaliação dos bens. Isto significa que durante o curso dos embargos (recebidos com efeito suspensivo) poderá a execução tramitar no sentido da realização da penhora e avaliação dos bens constrictos. Trata-se de atos processuais que poderão ser praticados durante o período de suspensão do processo de execução, no curso do processamento dos embargos, mesmo porque a ultimação de tais atos não terá a mínima possibilidade de gerar ou provocar, na prática, qualquer dano ao executado-embargante.

... a suspensão do processo de execução, no curso do processamento dos embargos, mesmo porque a ultimação de tais atos não terá a mínima possibilidade de gerar ou provocar, na prática, qualquer dano ao executado-embargante.

1.2.4 Os embargos parciais e dos subjetivamente restritos

No parágrafo 3º do artigo 739-A do Código de Processo Civil encontra-se o regramento dado aos denominados embargos parciais. Os embargos do executado serão considerados parciais quando relacionados com apenas parcela do objeto da execução e dizendo respeito, desta forma, à parte incontroversa do direito. Ribas Malachini (2004, p. 528), com acerto, aduz que:

Os embargos parciais seriam aqueles em que o embargante não impugna toda a pretensão do exequente embargado. Um exemplo que acode imediatamente é o de alegação de ter havido pagamento parcial da dívida, ou de impugnação apenas dos juros, reconhecendo-se o débito quanto ao principal.

Quando os embargos forem objetivamente parciais o juiz, dada a possibilidade de suspender a execução, deverá precisar qual a extensão da suspensão por ele conferida aos embargos, de modo a autorizar que a execução tenha curso regular no que tange à parte restante ou considerada incontroversa, sobre a qual não ocorra qualquer questionamento em sede dos embargos.

Os embargos subjetivamente restritos encontram-se disciplinados pelo parágrafo 4º do artigo 739-A do código de processo civil. Assim, quando existir litisconsórcio passivo na execução e apenas um dos executados (ou alguns deles) ajuizar ação incidental de embargos o juiz, ao conferir efeito suspensivo aos mesmos (se for o caso), deverá observar se a suspensão da execução será total ou parcial, dependendo das matérias que tiverem sido alegadas em teto dos embargos articulados. Nesta hipótese, o juiz não deverá suspender o processo de execução (no que diz respeito a todos os executados) quando o(s)

fundamento(s) dos embargos disser respeito ou for capaz de atingir, para beneficiar, apenas e de forma exclusiva o embargante.

1.2.5 O contraditório nos embargos

Preceitua o artigo 740 do estatuto processual civil que "recebidos os embargos, será o exeqüente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (artigo 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias".

O prazo para responder aos embargos era de 10 (dez) e passou para 15 (quinze) dias, fazendo o dispositivo menção à oitiva do embargado. Resta claro que o embargado deverá ser intimado, como sempre ocorreu, na pessoa de seu advogado e que esta intimação será equivalente à verdadeira citação, ato de convocação processual através do qual é oportunizado ao embargado integrar o processo de conhecimento gerado pela oposição dos embargos. O procedimento dos embargos, pelo que se verifica, não passou por grandes transformações, ficando evidente, como não poderia deixar de ser, a possibilidade de ocorrer o julgamento imediato do mérito, quando a causa estiver suficientemente madura, com a dispensa de dilação probatória.

Tema assaz controvertido diz respeito à ocorrência de revelia por ausência de resposta ou impugnação do embargado na ação de embargos do executado. Com efeito, parte significativa da doutrina jurídica vem pugnando pela inoccorrência da revelia nos embargos por falta de resposta do embargado, haja vista que a execução ampara-se em título executivo que consubstanciaria o direito afirmado pelo exeqüente e, segundo essa corrente doutrinária, o exeqüente nada

tem a provar, recaindo todo o ônus probatório sobre o embargante que mesmo se o embargado responder aos embargos, deverá produzir provas de suas alegações. Nesse diapasão, encontra-se o magistério de Fidélis dos Santos (2006, p. 56), o qual assevera que:

Optou a lei pela expressão impugnação e não contestação, exatamente para afastar qualquer efeito da revelia (arts. 319 e 322), já que, mesmo sem defesa apresentada, a posição do exequente revela intenção de não terem por verdadeiros fatos alegados pelo devedor embargante. Não há efeitos de revelia nos embargos do devedor.

Araken de Assis (2002, p.1274), por sua vez, pugna pela incidência dos efeitos (processuais e materiais) da revelia em sítio de ação de embargos, ao obtemperar que:

Seja como for, os embargos suscitam o problema da existência de revelia e dos seus efeitos. Natural se afigura que, inexistindo impugnação aos embargos, o embargado seja considerado revel. E isso, porque a revelia se caracteriza pelo estado objetivo da falta de resposta. A terminologia empregada pelo art. 740, caput, em nada interfere com o fato de o embargado permanecer inerte perante a demanda. A ênfase da controvérsia recai, ao revés, nos efeitos que derivam desse.

Inobstante valiosas opiniões no sentido de ocorrer a revelia, com todas as suas conseqüências, nos embargos do executado, comunga-se de entendimento diverso. É que, como sabido, a execução encontra-se alicerçada em título do qual emana uma presunção a respeito da existência do direito afirmado pelo exequente (presunção recaindo sobre o referido direito - *juris tantum*).

É bom recordar que a presunção também pode incidir sobre direitos e não apenas sobre questões de fato. Ora, a presunção a que se alude faz com que ocorra a inversão do ônus probatório, na hipótese de ajuizamento dos embargos, não tendo o exequente-embargado ônus de provar a existência de seu

direito. Ao revés, o ônus da prova recai todo sobre o embargante-executado. Não pode ser desconhecida a relação de prejudicialidade dos embargos com o processo de execução.

Uma vez reconhecido o efeito primário da revelia (artigo 319 do CPC) nos embargos, o direito alegado pelo exeqüente seria infirmado, como conseqüência de mera regra processual de ficção. Aliás, ao propor a ação de execução o exeqüente já demonstrou, de modo insofismável, interesse em receber o seu crédito, sobre o qual paira, insista-se uma presunção relativa de existência ou ao menos uma certeza relativa.

Por tais argumentos, inadmite-se a possibilidade de ocorrer no âmbito dos embargos o principal efeito da revelia (que se denomina primário) previsto no *caput* do artigo 319 do CPC. Contudo, não se afigura nenhum óbice de que nos embargos, por força da ausência da impugnação ou resposta, tenha incidência a norma insculpida no artigo 322 do Código de Processo Civil, circunstância que não afasta a presunção de existência do direito, fundada no título que dá suporte à pretensão executória deduzida.

1.2.6 A temática ventilada através de embargos

No artigo 745 e respectivos incisos do Código de Processo Civil, o legislador enumerou algumas das matérias que podem ser objeto de alegação nos embargos. Trata-se de dispositivo *numerus apertus*, posto que nos embargos (exceto nos embargos na execução contra a fazenda pública fundada em sentença, *ex vi* do artigo 741 do CPC) o executado poderá aduzir qualquer matéria que poderia articular como defesa em processo de conhecimento.

A cognição nos embargos do executado é, desta forma, ilimitada ou plena no plano horizontal, facultado ao embargante suscitar qualquer matéria, uma vez que o título executivo extrajudicial não possui a segurança ou certeza projetada por um título executivo judicial. Não é por outra razão que na impugnação, na fase de cumprimento de sentença, só poderão ser alegadas as matérias relacionadas no artigo 475-L do CPC.

CAPÍTULO 2: EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E PROCESSO DE EXECUÇÃO

Instituto doutrinário e amplamente aceito pela jurisprudência dos pretórios brasileiros, a exceção de pré-executividade demonstra ter sido uma alternativa contundente para se evitar execuções desvairadas fundadas em títulos viciados ou até em relação a questões ligadas ao próprio desenvolvimento regular do processo.

2.1 Esboço histórico do instituto

O tema exceção de pré-executividade foi abordado pela primeira vez no país por Pontes de Miranda, em 30 de julho de 1966, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939. O jurista foi instado a formular um parecer sobre a possibilidade de utilização de defesa no processo de execução sem a necessidade de garantir o juízo e deixou claro que a execução tem requisitos próprios que podem e devem ser examinados antes da agressão ao patrimônio do devedor, de ofício ou por provocação da parte, cuja defesa não está exaurida no conceito de embargos do executado, tal como relata Gilberto Bruschi (2002, p. 07):

O festejado mestre fundamentou seu parecer, na inadmissibilidade de ser requerida a ação executiva, baseada em título falso e foi o primeiro jurista a introduzir a exceção de pré - executividade como forma do executado defender-se, sem que tivesse quaisquer bens de seu patrimônio penhorados.

De acordo com o que consta no próprio parecer, dois pedidos de falência haviam sido requeridos contra a Companhia Siderúrgica Manesmann, calcados em títulos executivos falsos, pois uma das assinaturas constantes no título

não era verdadeira. Em razão deste fato, sustentou Pontes de Miranda que o título era inexigível, tornando-se impossível a instauração do processo executivo, e esse argumento dá azo à introdução no ordenamento jurídico pátrio da exceção de pré-executividade.

Em contraposição à viabilidade da pré-executividade idealizada por Pontes de Miranda, posteriormente defendeu em seu parecer Alcides de Mendonça e Lima que, no direito brasileiro, não existe previsão legal para a exceção de pré-executividade ou para qualquer forma de impugnação do título executivo, independentemente do depósito ou penhora.

Entretanto, e apesar de não estar integrada nos diplomas processuais pátrios, a exceção de pré-executividade vem se firmando nos tribunais brasileiros. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e quanto à aplicação do contraditório em todos os processos judiciais e administrativos, a exceção de pré-executividade passou a ser vista com base neste princípio, desde que respeitada a natureza jurídica da ação, ou seja, do processo executivo, como descreve Feu Rosa (1996, p. 12): "É exceção de pré-executividade, portanto, um instrumento fundamental para o processo de execução, sem o qual teríamos execuções tramitando em afronta ao princípio do devido processo legal, constitucionalmente assegurado."

Por tais motivos, a doutrina e a jurisprudência majoritária idealizaram um conjunto de regras e atos que devam necessariamente ser aplicados, evitando que este remédio processual desnature o processo de execução, cuja finalidade é realizar o direito do credor instituído no título executivo, sem que os embargos tenham sua função defensiva esvaziada.

Desde 1966 até os dias de hoje pouco se escreveu sobre a

exceção de pré-executividade, sendo ainda um tema controvertido. No entanto, este fato não tem diminuída a sua utilização pelos advogados e muito menos a aceitação pelos juízes e tribunais.

2.2 A conceituação imposta

De acordo com o Código de Processo Civil, os embargos se constituem num meio cabível para que o executado se defenda no processo executivo. Entretanto, os embargos do devedor somente podiam ser opostos depois de seguro o juízo através da penhora ou do depósito da coisa e, hodiernamente, não funciona mais assim.

Embora não haja qualquer previsão legal, a doutrina e a jurisprudência vinham admitindo um outro remédio processual nas ações executivas, sem a necessidade da constrição judicial, mediante simples petição nos autos da própria execução, denominado exceção de pré-executividade, como afirma Bruschi (2002, p. 19):

Apesar de ser originária da doutrina, a exceção de pré-executividade é aceita amplamente pela jurisprudência como incidente defensivo no processo executivo, não tendo, portanto, amparo legal. tal fato não é prejudicial, posto que é visível e latente sua utilização no sistema processual nacional.

A exceção de pré-executividade é formulada numa simples petição pela qual se leva ao conhecimento do juiz matérias que demonstrem vício do título ou extinção da obrigação, as quais poderiam ser conhecidas de ofício pelo próprio juiz, e por um lapso, não o foram.

É importante ressaltar que a exceção de pré-executividade só

era aceita caso não houvesse a necessidade de dilação probatória (bastando, por exemplo, uma leitura mais atenta do título) ou mediante provas unicamente documentais.

Neste sentido, comenta Soares (2001, p. 28):

Caso haja necessidade de se utilizar fatos e provas de maior complexidade para alcançar a exceção de pré-executividade, este caminho se torna inviável, cabendo à defesa somente a utilização dos embargos à execução, eliminado-se a possibilidade de que o devedor instaure uma dilação probatória contenciosa pela não observação de seus pressupostos.

A exceção de pré-executividade, além de tornar o processo executivo mais célere, pode constituir-se, por exemplo, numa prova literal de que o título extrajudicial já foi honrado antes do ajuizamento da execução, não necessitando que o devedor ingresse com os embargos porque já garantido o juízo, como afirmam, respectivamente, os doutrinadores Theodoro Júnior (1990, p. 429) e Greco Filho (2000, p. 108), a seguir, *ipsis literis*:

Seria então, um contra-senso exigir que o devedor, para arguir e demonstrar a inexistência do título executivo tivesse que primeiro sofrer a execução, por meio de penhora ou apreensão de bens, para só depois se liberar da ilegal e abusiva ação executiva, aforada ao arripio de exigências cogentes de lei de ordem pública.

Admite-se, também, independentemente de embargos e do asseguramento do juízo, a alegação de inexistência do título. Se é nula a execução sem título, não se poderia impor ao devedor o ônus de assegurar o juízo para poder denunciar que o credor é carecedor da execução, aliás, que pode ser reconhecido de ofício. Essa possibilidade é denominada exceção de pré-executividade.

Além de tornar o processo de execução mais rápido, inobstante a ausência nos diplomas processuais, a doutrina e a jurisprudência têm acolhido a exceção de pré-executividade como um novo momento no processo de execução que objetiva, principalmente, evitar a injusta e abusiva constrição do bem

do devedor, tornando o processo mais justo.

2.3 Das hipóteses de cabimento e aceitação deste ícone processual

Para que o processo ganhe validade no mundo jurídico, há que subordinar-se a determinados requisitos legais, a fim de que a jurisdição esteja garantida, diante da prolatação de decisões como também para a constrição patrimonial.

Diante disso, o magistrado impulsionará o processo executivo e, conseqüentemente, determinará a agressão ao patrimônio do executado se estiverem presentes os pressupostos processuais de existência e validade bem como as condições da ação, razão pela qual o juiz, verificando a falta de alguns desses requisitos, deverá extinguir o processo sem apreciar o mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição e assim não o fazendo, pode a parte suscitar-lo através de exceção de pré-executividade.

Nesse diapasão, leciona Rodrigues Pereira (2001, p. 416):

Admite-se a exceção de pré-executividade toda vez que, por seu intermédio, seja demonstrada a falta de pressupostos processuais e condições da ação, pois, como matérias de ordem pública que são, podem ser conhecidas a qualquer tempo pelo juiz mediante simples petição, sem forma ou figura de juízo.

Para melhor entendimento e compreensão do tema cumpre explicar, brevemente, sobre as matérias de ordem pública, ou seja, os pressupostos processuais e as condições da ação que, como visto anteriormente, caso não verificadas de ofício pelo juiz, poderão ser discutidas em exceção de pré-executividade.

De acordo com Guimarães (2000, p. 449), pressupostos processuais são:

Todos os requisitos indispensáveis para que se constitua e desenvolva regularmente o processo, como a capacidade civil das partes, a representação por advogado, a petição inicial corretamente formulada, a existência de citação, a competência do juiz e o procedimento adequado.

O juiz, antes de decidir sobre o mérito da pretensão, verifica a coexistência de tais pressupostos processuais, ou seja, da validade ou não do processo e, se não os identificar em seu bojo, põe termo ao processo, com base no artigo 267, IV e § 3º do Código de Processo Civil.

Destarte, decidindo por válido ou regular o processo, o julgador passa a apreciar as condições da ação, para opinar quanto à existência ou inexistência dos requisitos legitimadores de seu exercício ou, como conceitua Soares (2001, p. 18): "Também as condições da ação são requisitos, ditos especiais, relacionados com a viabilidade da ação, como pelo menos a aparência de que o autor da demanda obterá êxito."

São três as condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Em suma, a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à pretensão do autor, e esta pretensão, em tese, deve estar prevista ou não obstaculizada pelo ordenamento jurídico material.

Nas palavras de Santos (1984, p. 172): "há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor."

A legitimidade das partes, resumidamente, verifica que o autor

é o titular do interesse contido na pretensão com relação ao réu. Assim, diante à legitimação para agir em relação ao réu, deverá corresponder à legitimidade para contradizer, do réu em relação àquele.

Da mesma forma Soares (2001, p. 24) conceitua:

Legitimidade para a causa ou *legitimatío ad causam*, leva-se em conta se o autor tem legitimidade para a causa, considerando se ele tem direito de pedir o que pede, pela natureza da questão, pelo menos a primeira vista, pois o réu será parte legítima para sofrer a ação se tiver que prestar ou fazer o que lhe é pedido.

O interesse processual nada mais é do que o interesse em obter uma providência jurisdicional, ou seja, de provocar a atividade jurisdicional do Estado para que este tutele o direito.

Em outras palavras, Dinamarco afirma que (1999, p. 257):

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, embora tendo o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e adequada.

A falta de condição da ação gera carência da ação, podendo ser conhecida de ofício pelo juiz ou alegada pelo executado mediante a exceção de pré-executividade, assim como a falta de pressupostos processuais.

A doutrina admitia também, além das matérias de ordem pública, outras passíveis de serem alegadas mediante exceção de pré-executividade, incluindo todas as hipóteses em que houver vício no título quando possíveis de se observar sem a necessidade de dilação probatória, como explica Rosalina Pereira (2001, p. 417):

O interesse de agir é representado pelos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade inerentes ao título. A falta de um desses requisitos gera vício no título executivo, devendo ser extinta a execução por falta de condição da ação, falta de interesse de agir.

Outra matéria que pode ser argüida pela exceção de pré-executividade é a prescrição. Apesar da divergência doutrinária, a maioria se impõe no sentido de que a mesma retira a exigibilidade do direito material e, por via de consequência, impede que seja exercitada a ação, ou seja, o interesse que não mais existe não pode ser tutelado, e conseqüentemente, após a prescrição já não há nenhuma obrigação jurídica de pagar, inexistindo o direito jurídico de receber. Rosalina Pereira (2001, p. 426), neste sentido, esclarece que:

Em suma, a exceção de pré-executividade é admissível toda vez que se mostra injurídica a constrição do patrimônio do devedor. A alegação de prescrição, por si só, atinge a própria executoriedade do título, seja porque não pode ser objeto de execução, seja porque não há mais o direito jurídico de pagar. Desse modo, embora o juiz não possa conhecer de ofício a prescrição, a sua simples alegação já é suficiente para inibir a ação executiva.

O pagamento da obrigação também podia ser argüido mediante exceção de pré-executividade, quando puder ser apresentado de forma clara e concisa, sem a necessidade de dilação probatória, comportando apenas a prova documental.

Destarte, injustificável a constrição do patrimônio se o devedor apresentasse aos autos o recibo comprovando o pagamento da dívida e, em virtude disto, extingue-se a obrigação, como descreve Bruschi (2002, p. 91): "Podem ser objeto de exceção de pré-executividade as provas literais de pagamento do título, ou seja, quando o título exequendo já foi honrado, sendo indevida sua execução."

Estas hipóteses de cabimento da exceção pré-executividade, são as mais utilizadas e discutidas tanto na doutrina como na jurisprudência.

2.4 A posição dos tribunais acerca do tema.

Corroborando com o exposto, tem-se o entendimento firmado pela jurisprudência em relação ao instituto da exceção de pré-executividade, ainda que não inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira jurisprudência colacionada (agravo de instrumento nº 2003.028261-0, de Chapecó. Relator Des. Alcides Aguiar) foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e diz respeito à prescrição do título executivo, onde o tribunal acatou a exceção de pré-executividade alegando que este instituto doutrinário é aceito e usado em outras decisões e pode ser utilizado mesmo antes de seguro o juízo, desde que a matéria levantada se relacione a questões de ordem pública que, inclusive, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz ou relativas a fato que nulifique a execução sem necessidade de dilação probatória.

O julgador desse agravo de instrumento fundamentou sua decisão da seguinte maneira:

Dado que a exceção de pré-executividade não está contemplada legislativamente, não existe prazo para a sua prática. Prazo, aqui, entendido como espaço de tempo destinado ao cumprimento dos atos do processo. Ainda que prazo houvesse sido marcado pela lei, não seria preclusivo, pois a natureza das matérias possíveis de serem alegadas não se subordina a peremptoriedade inerente à preclusão. Questões processuais, de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer tempo: da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação.

Como instrumento de plenitude de defesa, na exceção de pré-executividade pode-se argüir tanto matérias de ordem pública, quanto nulidades relativas a exceções substanciais que dependem de argüição da parte, como a prescrição. A exceção pode ser oferecida ante dos embargos ou depois destes e, assim, o seu campo de atuação tende a cada vez mais alargar-se, preenchendo

todos os vazios defensivos abertos pela disciplina insatisfatória dos embargos.

Complemente-se anexando outras jurisprudências neste mesmo sentido:

Prescrição não é objeção e, em princípio, não poderia ser argüida, senão via embargos, tolerando-se a via escolhida, exceção, em nome do princípio da economia processual. (STJ – Resp. 437183/DF, rela. Mina. Eliana Calmon)

Na exceção de pré-executividade só podem ser suscitadas matérias que deveriam ter sido conhecidas pelo juiz de ofício e outras que não dependem de dilação probatória. (TJSC – ACV nº 99.013977-8, de São José, rel. Des. Nilton Trisotto)

37

Outra jurisprudência (gravo de instrumento n. 2004.0018-6, de Joinville. Relator Des. Nelson Schaefer Martins), também sobre a exceção de pré-executividade, é referente à nulidade do título executivo, cuja prova, necessita de perícia, ou seja, dilação probatória e, por isso, houve a recusa na apreciação voltada cheque pendente de nulidade do mesmo por fraude no preenchimento da data de emissão.

Depreende-se do alegado, que a exceção de pré-executividade destina-se a verificar apenas questões relacionadas à higidez do título, aos pressupostos processuais e às condições da ação. Portanto, a matéria abordada deve ser examinada em embargos do devedor, pois que depende da realização de prova pericial na forma disciplinada pelos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil, com atenção às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Colacionou, portanto, no referido julgado a posição de Araken de Assis (2002, p. 1456):

Em matéria de exceção de pré-executividade, a matéria deve ser apreciada em embargos do devedor, pois que depende da realização de prova pericial na forma disciplinada pelos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil, com atenção às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Esta modalidade excepcional de oposição do executado - "somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vêm se debruçando", assentou a 4ª Turma do STJ, admite-se oposição sem garantia do juízo, controvertendo pressupostos do processo e da pretensão a executar, se designa de exceção, ou objeção, de pré-executividade ou de executividade. [...] a execução é adequada para pôr em causa a certeza, a liquidez e a exigibilidade do título, que é nulidade cominada (art. 618, I), conforme decidiu a 3ª Turma do STJ, e a própria exequibilidade do título apresentado...

O Tribunal de Justiça da Paraíba também possui jurisprudência concernente à exceção de pré-executividade. Dentre todos os acórdãos pertinentes ao assunto, encontram-se julgados que acatam e que rejeitam a exceção, porém, nenhum deles lhe nega existência.

Pode-se colacionar como exemplo a jurisprudência (TJPB, apelação cível e recurso adesivo, nº do Processo: 200.1999.000526-2/001, Relator: des. Antonio de Pádua Lima Montenegro, Ano: 2006) onde julgou-se um contrato de abertura de crédito, sendo aplicada a súmula 233 do STJ: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo".

Naquele julgado foi acatada a exceção de pré-executividade e relatado que ela pode ser oferecida, independentemente da oposição de embargos do devedor, quando discutir matéria atinente à condição da ação e a pressupostos processuais da execução.

Num outro julgado (TJPB, agravo de instrumento, nº do Processo: 200.2002.001729-5/001, Relator: Antonio de Pádua Lima Montenegro, Ano: 2006) não foi acatada a exceção de pré-executividade porque seria eficazmente promovida apenas quando a causa de nulidade absoluta ou de inviabilidade notória fosse perceptível diante dos elementos já constantes dos autos. Se para alcançá-la for necessário revolver fatos e provas de maior complexidade,

relatório de julgamento do agravo de instrumento nº 200.2002.001729-5/001, Relator: Antonio de Pádua Lima Montenegro, Ano: 2006.

somente por via dos embargos a defesa será argüível, ou seja, o caso desse julgado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba necessitou de dilação probatória, dita impossível em sede de exceção de pré-executividade.

Como se observa, a exceção de pré-executividade tem grande aceitação pela jurisprudência, fazendo parte, assim como os embargos, dos mecanismos de defesa aceitos no processo de execução. Tal instituto norteia-se por uma justiça mais célere, possibilitando ao suposto devedor se eximir da obrigação sem que haja constrição de seus bens.

Todavia, espécie pode ter sofrido um abalo na sua existência tendo em vista a nova sistemática dos embargos do devedor anteriormente visto, ou seja, com a reforma do CPC os embargos podem ser oferecidos independentemente de penhora, pelo que analisar-se-á, no próximo capítulo, os argumentos postos sobre a manutenção ou não da exceção de pré-executividade.

CAPÍTULO 3: A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA REFORMA DO PROCESSO EXECUTIVO

A exceção de pré-executividade foi significativamente abalada tendo em vista que a reforma do processo de execução frustrou seu manejo quando o legislador desconsiderou a segurança do juízo como condição de procedibilidade para interposição dos embargos.

Com isso, levantou-se a possibilidade de inocuidade de manejo do aludido instituto doutrinário, todavia, não é unânime esse pensamento, o que traz base para o estudo desse novo momento da exceção de pré-executividade.

3.1 A lei nº 11.382/06 e a sobrevivência da exceção de pré-executividade

A dúvida quanto ao desaparecimento ou não da exceção de pré-executividade resulta da circunstância de que, segundo as novas disposições, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial a oposição dos embargos do devedor não tem mais como condição a prévia garantia do juízo.

Nos termos do artigo 738 do CPC, o referido certame deve ser apresentado no prazo de quinze dias, a contar da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. Por outras palavras, a defesa de que dispunha o devedor pode, agora, ser deduzida antes que se consuma a agressão patrimonial e, naturalmente, se manejada de forma ágil poderá, em tese, impedir que aquela se consuma.

Assim, a justificativa lógica que antes vigorava para a dedução de uma defesa no próprio processo executivo, aparentemente, não mais vingaria: se é dado ao devedor deduzir sua impugnação (em sentido *lato*) por meio de embargos

não mais condicionados à prévia invasão patrimonial (que justamente a exceção buscava evitar), então não haveria mais razão para aduzir fora dos embargos o que neles poderia estar contido.

Nessa linha de raciocínio, essa via alternativa criada pela doutrina e pela jurisprudência restaria sepultada, inclusive ao argumento da falta de interesse processual, pois seria inútil deduzi-la, quer porque desnecessária, quer porque inadequada.

Contudo, há relevantes argumentos em contrário e que, mesmo numa primeira reflexão, parecem indicar a sobrevivência daquela modalidade de manifestação a cargo do executado, mesmo no contexto das execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

Com efeito, para supor que a exceção tenha sido banida do sistema, será preciso aceitar que os embargos do devedor sejam interpostos antes de consumada a constrição, e somente assim os embargos restariam aptos a cumprir a finalidade exercida por aquela primeira. E se isso é correto, então a imposição do ônus de alegação ao executado soa excessivamente onerosa e desproporcional. É que, partindo-se da premissa de que o sistema está calcado em preclusões, não parece possível que o executado deduza diferentes embargos do devedor. Assim, não podendo o executado embargar mais de uma vez, seu ônus de alegação deve abranger todas as matérias aptas a barrar uma execução que se afirma, por alguma razão, injusta.

Vale dizer que nos embargos do devedor, a serem manejados com grande presteza para impedir a iminente constrição, teria o executado que deduzir não apenas as matérias que normalmente deduziria na tal exceção, mas todas as demais alegações defensivas, sob pena de preclusão consumativa. E,

considerando que a lei dá três dias de prazo para pagamento (artigo 652, *caput*, CPC) e que, a partir daí, a consumação da invasão patrimonial terá lugar de imediato (artigo 652, § 1º do CPC), é fácil imaginar que o executado promova embargos – alegando tudo quanto puder – em apenas três dias, o que não parece factível nem razoável.

A rigor, nem mesmo a interposição e o recebimento dos embargos do devedor, por si só, são capazes de garantir que a constrição não se consume. É que, nos termos expressos do artigo 739-A do CPC, o citado remédio não goza mais do efeito suspensivo *open legis*, sequer a concessão de efeito suspensivo é apta, em tese e a teor do parágrafo 6º desse mesmo artigo, a impedir a efetivação do ato de penhora.

Dir-se-ia então que, hoje, se os próprios embargos do devedor já não podem impedir a penhora, então não haveria mais como obter esse resultado através de um outro remédio sem nome nem figura de juízo, como é a tal exceção. Contudo, mesmo antes os embargos já não eram aptos a impedir a constrição – justamente porque essa era a condição de seu recebimento – e nem por isso se descartava o cabimento da exceção; pelo contrário. Hoje, de forma análoga ao que era, a circunstância de os embargos também não impedirem, em tese, a consumação da penhora (ou de outra forma de invasão patrimonial), não parece ser argumento suficiente para excluir a defesa do executado na própria execução.

Segundo elementos a serem examinados em cada caso concreto, a relevância dos fundamentos deduzidos pelo executado – via exceção ou mesmo embargos – é que poderá impedir a constrição, provocando a que a invasão patrimonial seja suspensa. O óbice contido no referido parágrafo 6º do artigo 739-A do CPC não pode ser entendido de forma absoluta ou isolada.

Não interessa ao Estado consumir atos de invasão da esfera patrimonial quando haja relevantes argumentos indicativos de que essa prática é injusta e ilegal. Portanto, a depender dos elementos que sejam trazidos ao magistrado, assim como de ofício poderia ter barrado a execução, poderá obstá-la, ainda que provisoriamente, se vislumbrar que ela não se afigura cabível.

Por outro lado, nem mesmo parece possível que, interposta a exceção pelo executado, seja a mesma recebida como embargos, em uma espécie – seguramente não escrita – de fungibilidade. Fazê-lo seria indiretamente reconhecer que o executado teria incidido em preclusão consumativa e que, mais tarde, não poderia deduzir novas alegações defensivas porque, como visto, não lhe é dado embargar mais de uma vez (embora se possa ressaltar a propositura de ação autônoma, desde que não havendo identidade de demandas).

Certo, finalmente, que interposta a exceção, que não tem o condão de suspender o prazo para os embargos, logo em seguida terão que forçosamente vir os embargos do devedor porque, como visto, o prazo não mais se conta a partir da intimação da penhora, mas da juntada aos autos do mandado de citação.

Isso, contudo, não afasta o que acima ficou sugerido, na medida em que nada obsta que o executado tente impedir ou limitar a execução via exceção de pré-executividade e que, depois, apresente regulares embargos do devedor. Pelo contrário, a interposição dos embargos só terá o condão de reforçar a posição do executado e, portanto, tenderá a prestigiar a defesa antes deduzida. Mas, se tais embargos não forem recebidos com efeito suspensivo, isso indicará claramente que a constrição está liberada e que o executado não terá logrado êxito na tentativa de impedi-la.

3.2 A utilidade do instituto

É cediço que duas situações poderão ocorrer no processo, que justificando a pertinência do tema ora ventilado e conduzindo a uma conclusão positiva sobre a sua utilidade.

A primeira e mais imediata diz respeito aos processos de execução de título extrajudicial ajuizados antes da vigência da Lei nº 11.382/06, nos quais o devedor foi citado mas a penhora não foi realizada.

Como se sabe, as alterações na lei processual encontram o processo na fase em que ele se encontrar, produzindo efeitos imediatos daí para o futuro (CPC, artigo 1211).

Desta forma, com a vigência da Lei 11.382/06 a partir de 20/01/2007 (*vacatio legis*), todos os processos de execução em trâmite onde já houvesse sido efetivada a citação do executado têm por iniciado, naquela data, o prazo de 15 dias para o oferecimento dos embargos à execução. Vale dizer, em tais processos o prazo para oferecimento de embargos iniciou-se em 20 de janeiro de 2007 e findou-se em 05 de fevereiro de 2007. Imagina-se, então, quantos executados perderam o prazo para embargar.

A segunda situação – projetando para o futuro - é aquela em que o executado recebe a citação e somente se lembra de procurar o advogado quando já escoado o prazo para o oferecimento dos embargos.

Em ambas as situações acima mencionadas, a consequência será a de que o executado não mais poderá embargar a execução, ficando praticamente sem defesa. Como resolver esse problema?

É certo que a Lei nº 11.382/06 prevê, mesmo sem o

oferecimento dos embargos à execução, a possibilidade de opor embargos à adjudicação, à alienação ou à arrematação fundado em nulidade da execução ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora (introduzido pelo novo artigo 746 do CPC). Mas isso não é suficiente, pois como a própria lei cuida de especificar, os fatos a serem alegados em tais embargos deverão ter ocorrido após a penhora. Esses embargos não se prestam a discutir fatos ocorridos antes da penhora, de forma que não serão sucedâneos dos embargos à execução não procedidos no tempo certo.

Agora, procura-se encontrar a solução na exceção de pré-executividade que, revigorada, adquire um novo e importante *status* na ordem processual civil.

A perda do prazo para o oferecimento dos embargos à execução não será o fim para o executado, que poderá se valer da exceção de pré-executividade para ventilar matérias ligadas ao cumprimento da obrigação ou à ausência dos pressupostos processuais ou condições da ação.

Haveria, assim, possibilidade do oferecimento da exceção, antes da oferta dos embargos à execução, para alegar pagamento (ou qualquer outra forma de extinção da obrigação) ou matérias de ordem pública (especialmente as condições da ação e os pressupostos processuais). Nada obsta que se passe a utilizá-la nos casos em que o prazo para oferecimento dos embargos já tenha escoado, pois o objetivo prático é o mesmo, independentemente do momento processual em que a exceção é produzida.

Para Dinamarco (2004, p. 717) "se os embargos houverem sido extintos sem julgamento de mérito (do seu mérito), ainda será possível suscitar a mesma matéria mediante uma objeção de pré-executividade [...]".

Outrossim, Nelson Nery Junior (2006, p. 908) destaca que:

[...] mesmo já tendo sido opostos os embargos do devedor, as matérias de ordem pública podem ser alegadas a qualquer momento e em qualquer grau ordinário de jurisdição. Portanto, nada obstante tenha havido sentença nos embargos, o devedor pode opor objeção de executividade alegando nelas as matérias de ordem pública.

Afinal de contas, as matérias enfrentadas na exceção – de caráter sempre restrito, é bom lembrar – podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do artigo 267, § 3º, do CPC e não se submetem ao fenômeno da preclusão.

A aceitação da exceção de pré-executividade com tal desiderato, longe de constituir um tumulto processual, dará legitimidade ao procedimento, pois que não deixará por conta de um descuido do devedor o caminho aberto para execuções infundadas ou desprovidas dos requisitos necessários.

Os autores supracitados entendem, desta forma, que mesmo o prazo para oferecimento dos embargos à execução transcorrendo *in albis*, as matérias de ordem pública, ligadas às condições da ação e aos pressupostos processuais podem – e devem – ser alegadas através de exceção de pré-executividade.

3.3 Fundamentos para a manutenção da exceção de pré-executividade

É cediço que a exceção de pré-executividade é construção doutrinária, agasalhada larga e amplamente pelos pretórios brasileiros, porque fulcrada, notadamente, em matéria de ordem pública (disciplinado pelo artigo 267, § 3º, do CPC). A exceção de pré-executividade é uma exceção de ordem pública, que pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição e em qualquer tempo, desde que não haja sentença transitada em julgado.

3º do Código de Processo Civil) que o Poder Judiciário há de conhecer de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição porque imune à preclusão, mesmo após a rejeição de embargos, se, nesta última hipótese, a ação de execução ainda estiver em curso.

Mas as matérias abarcadas não se limitam às de ordem pública. O campo do seu conhecimento tem sido ampliado para admitir exceções substanciais, como o pagamento, a compensação, a prescrição, a decadência, os quais levam à extinção da obrigação *in executivis*, desde que não haja necessidade de dilação probatória.

Nada mais justo ante os princípios da justiça (disposto no preâmbulo e artigo 3º, inciso I da CF/88), da celeridade processual (elencado no artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88), da economia, da efetividade, da instrumentalidade e do *favor debitoris* (previsto no artigo 620 do CPC).

Incompreensível que se eliminem os instrumentos de defesa na execução, inclusive por simples petição, ou que se restrinja o seu alcance se o objeto precípua da função jurisdicional é distribuir a justiça de forma célere, menos gravosa e dentro do devido processo legal, ainda mais se a ação de execução se encontra viciada ou nula sem condição de curso válido.

Não vingam o fato de que os embargos podem ser opostos independentemente de penhora. Como sustentado acima, a execução se viciada ou nula só molestará e entravará a prestação jurisdicional, abarrotando desnecessariamente o Poder Judiciário e ferindo o princípio da utilidade.

Ademais, registre-se a inocuidade dos embargos, notadamente pela prejudicialidade das matérias invocadas, que exigem a imediata denúncia do devedor, mais forte nos artigos 22, 267, § 3º, segunda parte, 301 e 329,

combinados com o artigo 598 do Código de Processo Civil, e a presteza no apreciar e no julgar, cujo desiderato possa ser a extinção da execução.

Outrossim, diante da famigerada prejudicialidade, qual seria a justa razão de obrigar o jurisdicionado aos embargos onerando com o prévio recolhimento das custas caracterizadas na ação incidental de conhecimento? Seria o mesmo que atribuir aos juízes o poder incontrolável de executar ou, expressado de outra forma, executar por executar.

Defende-se, nesta seara, que presente a matéria prejudicial, possa conferir-se efeito suspensivo à execução, inclusive no prazo dos embargos que, agora, independem de penhora, para que não preclua o direito do devedor a tanto e se possa ali deduzir as matérias que, efetivamente, o compõem, especificamente aquelas que demandem dilação probatória e excluídas do universo da exceção de pré-executividade.

A penhora como se vê, é ato constrictivo e atinge a esfera jurídica do devedor (o seu patrimônio), impondo conseqüências e efeitos drásticos. Injustificável e injusto se há matérias de ordem pública e de alta relevância que podem abortar a ação de execução, "suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação" (previsto no artigo 475-M do Código de Processo Civil).

Tratando-se de execução de título extrajudicial em que o devedor é citado para pagar em três dias (elencado no artigo 652 do Código de Processo Civil) poderá deduzir exceção de pré-executividade independentemente de penhora, embora inexista prazo específico. Há de agradar-lhe, porque pertinente, obstar a penhora, alicerçado nas matérias prejudiciais que gerem o efeito extintivo processual sem resolução do mérito, ou a obrigação exequenda com resolução do

mérito.

Já a impugnação (previstas nos artigos 475-J, § 1º e 475-L, do CPC) depende de o juízo estar seguro pela constrição judicial (penhora) podendo o devedor, assim, fazer uso da exceção no prazo de 15 dias que lhe é dado para pagar, evitando a constrição dos bens pela penhora, uma vez que os embargos só podem ser oferecidos depois de seguro o juízo.

No que concerne à aplicação da lei no tempo, ou direito intertemporal, e atentos ao disposto no artigo 1211 do Código de Processo Civil que trata das normas processuais, vê-se que aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, donde alguns comentários se afiguram pertinentes.

Casuisticamente, se o devedor tivesse sido citado antes da vigência da Lei nº 11.382/06 para pagar ou nomear bens à penhora, de conformidade com a redação anterior do artigo 652 do Código de Processo Civil, e o seu prazo adentrasse na vigência das modificações, estas não o alcançariam, investido que estaria no direito subjetivo processual "de pagar ou nomear bens à penhora", que é ato complexo, pendente ainda de realização ou consumação. Não foi o devedor citado para pagar dentro de três dias, mas "para pagar ou nomear bens à penhora". Citado nessa conformidade, lhe nasce o direito de pagar ou nomear bens à penhora e, conseqüentemente, de apresentar embargos após essa penhora, por se tratar de ato complexo e ainda não exaurido, iniciado sob a vigência de lei pretérita, retratando o direito líquido, certo e adquirido ao "devido processo legal", que se perfaz no tempo até se consumir o ato complexo.

Não fora isso, impor-se-á a retroatividade da lei, condenada pela Lei de Introdução ao Código Civil, para alcançar atos iniciados, complexos e ainda não exauridos, realizados ou consumados sob a vigência da lei do tempo.

Seria, a se pensar de outra forma, a frustração de direitos já incorporados à esfera jurídica do devedor.

Não se está a falar pura e simplesmente de formas processuais, mas do exercício de direitos (pagar ou nomear bens à penhora) decorrentes de citação efetivada e já, portanto, adquiridos, já que eliminar, com eficácia retroativa a possibilidade do exercício do direito é o mesmo que eliminar o próprio direito de modo absolutamente inconstitucional.

Parece que Santos (2006, p. 04) tem o mesmo sentir ao doutrinar que:

Nos termos do art. 1211 do Código de Processo Civil, as normas em vigor se aplicam, desde logo, aos processos pendentes. No entanto, os atos já praticados são perfeitos e acabados e os atos futuros, que necessariamente deles decorram, também têm aplicação, apesar da lei nova.

Assim, não se vislumbra outro caminho senão concordar e defender que a exceção de pré-executividade perdeu um pouco de sua essência, tendo em vista que o seu fundamento desaparece quando a lei modifica a interposição dos embargos.

Do exposto, conclui-se que a exceção de pré-executividade não deve desaparecer por completo, dada a sua importância nos casos de transição da lei reformadora, podendo o devedor manejar tal instituto doutrinário para salvaguardar seus direitos, ainda, nos casos em que não couber embargos ou quando o prazo para seu oferecimento tenha transcorrido, sendo possível alegar matérias de ordem pública, quando desnecessária a dilação probatória alusiva à pretensão suscitada.

Impende tratar, por final, já que se tem que o instituto em pauta não virá a desaparecer, concerne a sua terminologia. Já que este instituto será manejado antes da penhora (tendo em vista a possibilidade de se usar os embargos) nada impede, como já foi dito, o uso da exceção de pré-executividade em outro momento, v.g. após o término do prazo para embargar.

Expostos tais argumentos, já que a exceção seria mais comumente usada depois do prazo para embargar, mais adequado é o uso da expressão objeção de não-executividade, pois o termo pré-executividade pressupõe algo anterior à execução, algo incomum diante da nova lei. Porém, no que se refere à execução de título judicial (fase do cumprimento de sentença), deve-se manter a denominação exceção de pré-executividade como antes, já que a impugnação prevista nesta fase só pode ser manejada no prazo de 15 dias a partir da intimação da penhora.

Para Menezes e Borges (1999, p. 05):

A objeção de execução (ou a execução?) tem dois momentos básicos: o que preexiste à penhora e o posterior a esta. Em regra, as alegações são trazidas ao Juiz assim que inicia a execução até que expire o prazo para pagar ou garantir a execução. Todavia, nada impede trazer a parte suas questões após decorrido o prazo de aforamento dos embargos, em hipótese de pressupostos processuais e condições da ação, pois tais matérias não são preclusíveis (art. 267, § 3º, do CPC). Estas são as que podemos dar alcunha de objeções executivas em oposição às primeiras, objeções de pré-executividade. Há quem, entretanto, prefira distinguir pelo fato gerador da objeção. Se este for anterior à execução ou concomitante com o ajuizamento da ação de execução, tem-se a objeção de pré-executividade. Após este marco, configura-se já uma objeção executiva.

No mais, como já consolidada nos pretórios brasileiros, a denominada exceção de pré-executividade deve permanecer com esta terminologia, na forma de simples petição, para que o processo de execução não seja utilizado de

uma forma leviana vindo a prejudicar o suposto devedor pelo simples fato de não ter alegado em tempo hábil questões prejudiciais à ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça deve mostrar-se cada vez mais amplo no Estado de Direito vivenciado, e seu conceito atual não mais se limita à postulação em juízo de uma pretensão insatisfeita, mas deve estender-se à efetividade da justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Destarte, a garantia do tão almejado acesso à justiça no processo de execução, deve facultar ao executado a chance de participar efetivamente do processo, trazendo alegações capazes de fulminar de plano a execução, antes que tenha seus bens atingidos pela penhora.

É cediço que durante muito tempo os embargos representaram a única forma de oposição a uma execução, condicionados à garantia do juízo. Mas, a doutrina e a jurisprudência já admitiam a figura da exceção de pré-executividade, pela qual se faz possível a alegação de matérias que fulminem a execução antes da garantia do juízo, garantido o acesso à justiça, na medida em que a defesa é um direito subjetivo dirigido contra o Estado, tão importante quanto o direito de ação.

Outrossim, a reformulação do CPC renova a possibilidade de manejo dos embargos do devedor independentemente de penhora, gerando indagações acerca da inocuidade da exceção de pré-executividade.

Procedida a investigação, e tendo em vista a grande utilidade da espécie em questão, bem como a celeuma criada em torno das possibilidades de sua manutenção, conclui-se que não há necessidade de a exceção de pré-executividade se tornar um instituto obsoleto, especialmente diante dos casos de transição da lei reformadora, podendo o devedor usar deste instituto doutrinário para

salvaguardar seus direitos, ainda quando não há previsão e alegação mediante embargos ou quando o prazo para seu oferecimento tenha transcorrido; sendo possível ainda, opor matérias de ordem pública, ligadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, já que não preclusivas.

E no que tange ao cumprimento de sentença, essa hipótese reforça a necessidade de permanência do instituto em tela, pelo simples fato que a impugnação prevista nesta fase só pode ser manejada no prazo de 15 dias a partir da intimação da penhora, ou seja, depois da constrição operada junto aos bens do devedor.

Portanto, não se vê argumentos para se cair em inocuidade a exceção de pré-executividade posto que qualquer meio de fazer justiça e evitar execuções infundadas são bem aceitas, principalmente um instituto já consolidado em toda jurisprudência pátria.

Assim, diante de todos os argumentos trazidos à baila vê-se que sempre há brechas para se garantir o direito do suposto devedor que pode trazer alegações mesmo depois de esgotado o prazo para os embargos, desde que ausente dilação probatória, alertando o juiz de questões passadas despercebidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMANI, Eduardo e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

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

BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Incedente defensivo no processo de execução : Uma visão sobre exceção de pré-executividade*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Processo de execução e cautelar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUIMARÃES, Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. São Paulo: Rideel, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de e BORGES, Leonardo Dias. *Objecção de exceção de pré-executividade e de executividade no processo do trabalho*. Síntese Trabalhista n.º 115 – jan/1999.

NUNES, Elpidio Donizette. *Curso avançado de processo civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual do direito processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SOARES, Zenóbia. *Exceção de pré-executividade/doutrina e jurisprudência*. São Paulo: CL - Edijur, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.