



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JOSÉ FERREIRA DA SILVA

INCIDENTE PROCESSUAL DE EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE

SOUSA - PB
2005

JOSÉ FERREIRA DA SILVA

INCIDENTE PROCESSUAL DE EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE

Monografia apresentada a
Coordenação de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

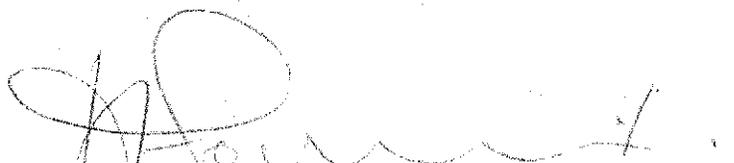
Orientador: Professor Me. José Alves Formiga.

SOUSA - PB
2005

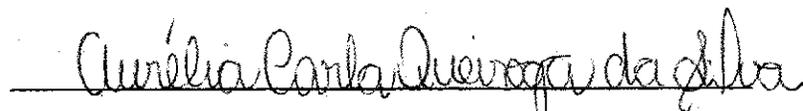
JOSÉ FERREIRA DA SILVA

INCIDENTE PROCESSUAL DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

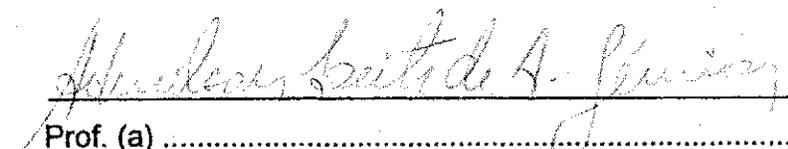
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. José Alves Formiga



Prof. (a)



Prof. (a)

SOUSA-PB
Dezembro/2005.

Dedico

**Aos meus pais Sebastião e Maria, á minha
esposa e aos meus filhos, Thalita, Thales e
Themes.**

Agradecimentos

A Deus, o maior de todos os mestres, fonte de luz e inspiração, sem Ele todo o esforço despendido teria sido inútil, e essa pesquisa não lograria êxito.

Aos meus familiares, pelo apoio de todas as horas.

Aos meus amigos, em especial aos colegas acadêmicos, com quem convivi durante quase cinco anos, e a quem aprendi a admirar, cada um com seu jeito e qualidades especiais. Ficarão em minha memória todos aqueles cordiais momentos compartilhados entre nós, as alegrias, as discussões, as provas, as brincadeiras, enfim, a forte vontade de vencer...

Ao meu orientador, professor José Alves Formiga, pela paciência e seriedade com que me conduziu nesta pesquisa, mostrando que, além de um ser humano encantador, é um competente profissional. A todos os meus eternos agradecimentos.

"De tanto ver triunfa as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto"

(Rui Barbosa).

RESUMO

O objetivo deste trabalho monográfico está em trazer à discussão o que venha ser o Instituto "Incidente Processual de Exceção de Pré-Executividade", o qual se apresenta em razão da possibilidade de defesa em processo de execução no que tange essas matérias de ordem pública, as quais deveriam ter sido apreciadas de ofício pelo Juiz, podendo este instituto ser dirigido em simples petição ao juízo e decidida de plano pelo Magistrado, ao reconhecer a nulidade absoluta e insanável na execução, conforme o estudo metodológico embasado em pesquisa doutrinária, em jurisprudências e bem como em revistas de renome na área do conhecimento jurídico. Com a finalidade de ver corroborada sua pretensão, mister se faz trazer à colação as peculiaridades do processo de execução, com sua evolução histórica, função, princípios gerais, natureza jurídica e requisitos necessários; dos embargos do devedor, sua origem histórica, conceito, natureza jurídica, requisitos de admissibilidade e procedimentos formas e efeitos, aos recursos ao atendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, dos tribunais do país, bem como a sua finalidade, onde objetiva propiciar ao Executado devedor a garantia ao devido processo legal, conforme o princípio do contraditório e da ampla defesa, em razão da privação de seus bens como também de sua liberdade.

Palavras Chaves: Execução. Exceção. Incidente processual de Pré-Executividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPITULO 01 – DA EXECUÇÃO NO PROCESSO CIVIL	10
1.1 Evolução Histórica do Processo de execução	10
1.2 Função do Processo de Execução	12
1.3 Princípios Gerais	13
1.4 Natureza Jurídica	15
1.5 Autonomia do Processo de Execução	16
1.6 O Contraditório no Processo de Execução	18
1.7 Requisitos necessários à Execução	20
CAPITULO 02 – DOS EMBARGOS DO DEVEDOR	24
2.1 Origem Histórica	24
2.2 Conceito e Natureza Jurídica	24
2.3 Requisitos de Admissibilidade	26
2.4 Procedimento	27
CAPITULO 03 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	29
3.1 O Surgimento da Exceção de Pré-Executividade	29
3.2 O Parecer de Pontes de Miranda	30
3.3 Questão Terminológica e Natureza Jurídica	33
3.4 Conceito	35
3.5 Matérias Argüíveis	36
3.6 Oportunidade	38
3.7 Legitimidade	38
3.8 Procedimento e Efeito	40
3.9 Recursos	41
CAPITULO 04 – ADIMISSILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 43	
4.1 Posições doutrinarias	43
4.2 Doutrinadores Favoráveis à Exceção de Pré-Executividade	43
4.3 Doutrinadores Contrário à Exceção de Pré-Executividade	48
4.4 Entendimento Jurisprudencial	50
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O cerne deste trabalho esta em trazer à colação a possibilidade, que pode valer-se o executado, em demonstrar existência dos requisitos ensejados do processo de execução por meio de um Instituto Jurídico Doutrinário não estribado em lei. Sendo assim, o executado poderá opor-se ao processo executório não só por meio dos embargos à execução, bem como poderá valer-se do instituto de pré-executividade.

Malgrado este instituto processual não esteja disciplinado em lei, apresenta-se como uma criação doutrinaria com respaldo jurisprudencial, o qual vem sendo utilizado na pratica, desempenhando uma importante função no processo executivo.

Como meio de defesa no processo de execução, a exceção de pré-executividade permite a manifestação sem a previa garantia do juízo.

Sendo a exceção de pré-executividade tratada pela primeira vez no ano de 1966, em parecer do grande jurista Pontes Miranda, o qual foi elaborado tendo em vista os problemas que enfrentava a Companhia Siderúrgica Mannesmann relativos aos pedidos de falência, cujos pedidos encontravam-se estribados em títulos falsos. Interpondo os supostos credores ações executivas, proporcionaram á executada, Companhia Siderúrgica Mannesmann, uma situação de difícil solução, pois para a interposição dos embargos à execução, onde se questionaria a exigibilidade de tais títulos, necessária seria a garantia do juízo, o que traria injustificável prejuízo para a executada. Em seu parecer, trouxe à baila considerações que servem como base ao acolhimento do instituto da exceção de pré-executividade, proporcionando o seu uso entre os operadores do direito.

Pretende-se, por meio deste trabalho, com o fito de melhor depreender este instituto enfocar, em seu capítulo I, os aspectos gerais da execução, sua evolução histórica, sua função, sua autonomia, seus princípios, bem como o conceito e seus requisitos de admissibilidade dos embargos à execução, os quais serão abordados no capítulo II.

Ademais, embora o instituto da exceção de pré-executividade apresente-se um tanto quanto polemico, conterà este trabalho considerações conclusivas acerca do tema, sendo destacadas características acerca do desenvolvimento do trabalho para melhor situar a exceção de pré-executividade, destacando as posições doutrinárias, favoráveis e contrárias, bem como jurisprudências sobre o tema.

A metodologia utilizada neste trabalho monográfico estribou-se fundamentalmente em pesquisa doutrinária e em artigos de revista, bem como em jurisprudências, sendo estes métodos de pesquisa realizados sob a forma de investigação dos posicionamentos doutrinários dos mais renomados autores sobre o assunto em questão, sendo, também, realizada uma ampla pesquisa de jurisprudências, entre estas incluem-se alguns recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 1 – DA EXECUÇÃO

Em épocas remotas, a execução, procedimento jurídico que se utiliza o credor quando o devedor não cumpre espontaneamente sua obrigação, se perfazia na própria pessoa do devedor, podendo o credor conduzi-lo ao magistrado, o qual autorizava lança-lhe a mão e encarcera-lo. Visando obter o pagamento à condenação, ao credor cabia mandar apregoar o devedor em três feiras, de nove em nove dias, isso quando não era esartejado.

1.1 Evolução Histórica do Processo de Execução

Tendo em vista a Lei Poetelia, na época clássica, quando o devedor não era resgatado nas feiras, ele era adjudicado ao credor para paga-lhe com o produto do seu trabalho. Nesse mesmo período, a prisão do devedor foi substituída pela *pignoris capio*, em que todos os bens do devedor eram vendidos em praça e o preço obtido era entregue ao credor. Urge salientar, ainda, que nesta época a sentença condenatória precedia a execução.

Na época do Império, apenas eram penhorados os bens suficientes à satisfação da condenação, sendo necessário o processo de conhecimento anterior a sentença condenatória.

Diferentemente do sistema romano, em que o devedor só poderia ser executado quando certamente convencido de sua obrigação e estribada em sentença condenatória; no sistema germânico o inadimplemento era visto como ofensa à pessoa do credor, cabendo a este penhora, mesmo usando de suas próprias forças, os bens do devedor, não sendo necessária a anuência da autoridade.

Posteriormente, passou-se a depender de autorização da autoridade para que se procedesse a penhora.

Na Idade Média deu-se lugar a um terceiro procedimento, *executio per officium iudicis*, em que "não obstante mantivesse a *actio iudicati*, do direito Justiniano, destinada a casos excepcionais, como quando a sentença condenatória por ilícita, dependesse de liquidação, ou se pedissem juros sucessivos à sentença, criou mais dois procedimentos executivos: a execução *per officium iudicis* e *ação executiva*, e todos eles penetram no ordenamento jurídico dos povos europeus.

Nas Ordenações, do velho direito português, eram disciplinados três procedimentos, a *actio iudicati*, quando uma coisa é pedida sem que haja condenação; *execução de sentença*, a qual era o procedimento normal de execução; *ação executiva*, a qual estribava-se em créditos do físico, foros enfiteúticos e alguns créditos privilegiados.

O Regulamento 737, o nosso primeiro diploma processual, trazia a *ação executiva* de certos títulos decorrentes de atos de comércio, além do privilégio da "assinação de dez dias", que levava a uma cognição sumária que vigorou também no Brasil e que é para a doutrina tratada como uma forma de execução.

O Código de Processo Civil de 1939 previa a *ação executória de sentença*, bem como a *ação executiva fundada em títulos executivos extrajudiciais*. A *ação executiva* iniciava-se com o procedimento da citação, em que o devedor era citado para pagar em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de penhora, desenvolvendo-se depois como processo de conhecimento, prolatando-se sentença o título extrajudicial.

Hodiernamente, no atual Código de Processo Civil houve uma alteração profunda, no que tange à execução, do sistema tradicional, atendendo às doutrinas

De mais a mais, inferi-se que no processo de execução o que se pretende fazer é atuar a norma concreta por meio de atos materiais. Não se almeja, no processo de execução, a elaboração de comando que regulará os casos submetidos à apreciação judicial, mas que este comando atue.

Assim sendo, aduz-se acerca da extraordinária importância do processo execução, sem o qual o titular de um direito estaria privado da possibilidade de satisfazer-se sem a colaboração do devedor.

Mister se faz inserir neste contexto, que há situações em que se prescinde de prévio processo de conhecimento, tendo em vista que a lei outorga eficácia executiva a certos títulos, atribuindo-lhes a certeza necessária à propositura do processo de execução.

Pelo exposto, depreende-se que a função do processo de execução é a realização, independente ou mesmo contra a vontade do devedor, de prestação constante em título executivo judicial ou extrajudicial.

1.3. Princípios Gerais

Aponta a doutrina, na execução forçada, os seguintes princípios informativos:

1.3.1 *Toda Execução é Real.* A atividade jurisdicional executiva incide sobre o patrimônio, e não na pessoa do devedor/executado. É o que se entende do disposto no artigo 591, do Código de Processo Civil, ao determinar que todos os bens do devedor, presente e futuros, respondem por suas obrigações, salvo as restrições previstas em lei, em que se admite a prisão civil por dívidas, caso do

devedor de alimentos e do depositário infiel, conforme o disposto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal.

1.3.2 A Execução tende Apenas à Satisfação do Direito do Credor. A atividade jurisdicional executiva limita-se a incidir apenas sobre a porção indispensável para a realização do direito do credor. Conforme o disposto no artigo 659, do Código de Processo Civil, serão penhorados tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. E, quando a penhora atingir vários bens, a arrematação será suspensa, logo que o produto da alienação for suficiente para o pagamento do credor, conforme o disposto no artigo 692, do Código de Processo Civil.

Desta forma, a execução atingirá o patrimônio do executado, senão naquilo que for necessário para a satisfação do credor.

1.3.3 Da Utilidade. A execução deverá trazer benefícios ao credor, não admitindo-a apenas para trazer prejuízo ao devedor. Por isso, "não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens penhorados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução", segundo o disposto no § 2º, do artigo 659, do Código de Processo Civil.

1.3.4 Toda Execução deve ser econômica. Evita-se, com isso, que ao devedor sejam impostos gravames desnecessários à satisfação do credor, que tem outros meios para tornar realizados os seus direitos. Toda execução deve ser econômica, isto é, deve realizar-se de forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor.

1.3.5 Especificidade da Execução. A execução deverá ser específica. Toda execução deverá propiciar ao credor precisamente aquilo que obteria, caso a obrigação fosse cumprida espontaneamente pelo devedor.

Casos há em que se admite a substituição da prestação pelo equivalente em dinheiro, quando se torna impossível a obtenção da coisa certa devida ou quando há recusa da prestação de fato.

1.3.6 Ônus da Execução. São requisitos do processo de execução a existência de título executivo líquido, certo e exigível, bem como o inadimplemento da obrigação. Neste diapasão, a execução é interposta sempre contra o devedor em mora, devendo este suportar todas as conseqüências do retardamento, restando, além da dívida principal, ressarcir todos os prejuízos que a mora acarretou ao credor.

1.3.7 Respeito à Dignidade Humana do Devedor. A execução não poderá levar o devedor/executado a uma situação incompatível com a dignidade humana. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

1.3.8 Disponibilidade da Execução. O credor não se encontra obrigado a executar seu título, bem como não se encontra compelido em prosseguir na execução forçada a que deu início. Desistindo o credor/exeqüente da execução, existindo embargos à execução que versarem apenas sobre questões processuais, estes serão extintos, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios. Caso os embargos à execução versarem quanto ao mérito da causa, estes poderão prosseguir mesmo havendo a desistência da execução, pois os referidos embargos são uma ação de conhecimento em que o autor é o executado, cabendo ao devedor prosseguir ou não no feito.

1.4. Natureza Jurídica.

No que tange à natureza jurídica do processo de execução, há pouco tempo, entendimentos dissidentes existiam, alguns entendiam que o mesmo não se apresentava como atividade jurisdicional, mas como atividade meramente administrativa, conexas à atividade jurisdicional de conhecimento.

Hodiernamente, encontra-se afastada, segundo a totalidade dos doutrinadores, a idéia de que a atividade executiva não é jurisdicional.

Enquanto o mérito, no processo de conhecimento, confunde-se com o próprio pedido que delimita a relação jurídica de direito material controvertida, no processo de execução o mérito apresenta-se como o conjunto de atos executivos, tendo como finalidade a realização do direito do exeqüente.

Tendo em vista a substitutividade, esta encontra-se presente no processo de conhecimento, especialmente nas relações atinentes ao mérito. Quanto ao processo de execução, a substitutividade apresenta-se na própria realização dos atos processuais, tendo em vista que o magistrado perfaz a própria vontade da lei, em detrimento da vontade das partes.

Assim sendo, inferi-se que a substitutividade encontra-se presente no processo de execução, depreendendo-se destarte, ser o mesmo dotado de natureza jurídica de atividade jurisdicional.

1.5. Autonomia do Processo de Execução

Carnelutti; Francesco ((1956, p.36) ao comentar sobre o conceito da execução processual, nos mostra que, "até bem pouco tempo, o direito não conhecia a separação efetiva e a autonomia do processo de execução. O processo era um todo único; a execução, apenas uma fase desse procedimento".

Malgrado o processo de cognição e o processo de execução apresentem-se como formas da jurisdição contenciosa, ambos não se confundem numa unidade, tendo em vista que se diversificam os seus campos de atuação. Enquanto no processo de conhecimento se almeja uma solução para o litígio, na execução busca-se à realização da pretensão.

É sabido que o processo de execução pode estribar-se em um título judicial, ou seja, em uma sentença condenatória e, neste caso, é que a temática sobre a autonomia apresenta-se ventilável.

Para Santos; Moacyr Amaral (2000, p. 214):

Mesmo nesse caso, o processo de execução tem existência autônoma. Nasce com a ação de execução desenvolve-se visando atingir a finalidade desta. Assim, à ação condenatória corresponde uma relação processual, o processo de conhecimento em que se proferiu a sentença condenatória; à ação executória, destinada assegurar a eficácia prática dessa sentença, corresponde uma relação processual, o processo de execução, autônomo e distinto daquele.

Daí afirmar-se que a execução forçada não pode ser tratada como parte integrante do processo em sentido estrito, nem sequer como uma consequência necessária dele.

Esposa Guerra: Marcelo Lima que (1995, p.22):

A função peculiar da sentença condenatória é a de preparar o processo de execução, no sentido de permitir ao autor, que obteve a condenação do réu, aquilo que, segundo a sentença condenatória, o mesmo réu deveria cumprir.

De mais a mais, a autonomia do processo de execução pode encontrar-se estribada na razão de que nem todo processo de conhecimento tem como

consequência uma execução forçada; nem todo processo de execução encontra-se embasado em uma sentença condenatória, quando baseados em títulos extrajudiciais; bem como nos casos em que o processo de conhecimento e o processo de execução podem correr ao mesmo tempo, caso em que ocorre com a execução provisória.

Urge salientar, que a força executiva do título não exime o credor, ao interpor o processo de execução, de obedecer aos pressupostos processuais, bem como às condições da ação executiva.

Pelo exposto, resta notório e evidentemente demonstrado que a execução apresenta-se como um processo autônomo, possuindo elementos próprios e pressupõe condições igualmente próprias, que a distinguem da ação de conhecimento que porventura lhe tenha antecedido.

1.6 O Contraditório no Processo de Execução

O Jurista Pontes de Miranda, em seus comentários da Constituição Federal de 1969, afirma que o princípio do contraditório, insculpido no artigo 153, §16, apresenta-se como a garantia e a segurança à igualdade das partes, protegendo-as de práticas que ameaçavam avassalar o Direito Processual Brasileiro.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, inovou com grande alcance e profundidade acerca do princípio do contraditório, fazendo com que o mesmo atingisse tanto os processos de natureza civil quanto os administrativos, tendo em vista que na Constituição revogada o contraditório alcançava apenas o processo penal.

O princípio do contraditório (ou bilateralidade das audiências) é um dos mais importantes no processo, segundo o mesmo se dá ciência às partes da existência da ação, bem como de todos os atos praticados no curso do processo. Encontra respaldo na Carta Magna do país, que assegura a ampla defesa dentro do processo, artigo 5º, LV. É certamente o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de jurisdição, pois indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça.

Do disposto constitucional, aduz-se que o princípio do contraditório envolve todo o processo civil, seja no que tange ao processo de conhecimento, cautelar ou de execução. Quanto a este último, divergência há sobre a existência ou não do contraditório.

Por sua vez, há de se perquirir sobre a incidência ou não do princípio elencado no artigo 5º, LV, da Carta Magna, no processo de execução.

Segundo Santos; Moacyr Amaral (1998, p.399/340):

No processo executivo não há contraditório, no sentido de alegações das partes e respectivas defesas, do credor e do devedor, porque não visa a uma sentença, mas tão somente à realização de atos executivos, que efetivem a sanção formulada ou contida no título em que se baseia.

Ainda há posicionamentos doutrinários que esposam ser o contraditório, atinente à execução apresentável de forma limitada, restrita, conforme leciona Nunes; Elpídio Donizetti (1998, p.447):

Em face de já pressupor direito certo, líquido e exigível, o processo de execução não comporta sentença; não comporta, via de consequência, defesa nem produção de provas. O contraditório existente na execução é limitado, restringe-se a aspectos da própria execução, como por exemplo, o valor dos bens penhorados, jamais ao direito consubstanciado no título. Nessa modalidade de processo,

a parte exercita o direito subjetivo à ação, não com vistas a obter a norma reguladora do caso concreto, como no processo de conhecimento, mas sim para obter a satisfação do direito já definido.

Constantemente vem se atribuindo ao processo de execução a presunção de certeza do direito do credor, oficializada pelo juiz na sentença, ou pelas próprias partes, conforme título extrajudicial, de forma que a atividade judicial apresente-se exclusivamente satisfativa.

Segundo a corrente doutrinária dominante, a qual encontra embasamento no disposto do artigo 5º, LV, da Carta Magna, pode-se considerar superada a questão da incidência do contraditório no processo de execução, o qual inclui-se na categoria do processo judicial que o texto constitucional enuncia sem qualquer ressalva ou restrição.

Ademais, mister se faz trazer à colação que, no curso da execução, o juiz emite uma série de juízos de valor, seja acerca dos pressupostos processuais, das condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar efeito. Sendo assim, no processo de execução são proferidas decisões, devendo-se assegurar às partes a possibilidade de manifestação.

Por todo o exposto, conclui-se que o contraditório se verifica em todo o processo civil, logo, por uma questão de silogismo primário, também sobre o processo de execução. Resta notório, ainda, que o contraditório se apresenta de forma menos incisiva na execução, não alcançando, destarte, a mesma abrangência do processo de conhecimento.

1.7 Requisitos Necessários à Execução

Sendo a execução uma forma de ação, necessário se faz que a mesma sofra subordinação quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Para Theodoro Júnior, Humberto (2000, p.27):

A relação processual há de ser validamente estabelecida e conduzida até o provimento executivo final, para a qual se reclamam a capacidade das partes, a regular representação nos autos por advogado, a competência do órgão judicial e o procedimento legal compatível com o tipo de pretensão deduzida em juízo, além dos outros requisitos dessa natureza.

Quanto às condições da ação, as quais apresentam-se sob a forma de legitimidade de parte, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, sem as mesmas não será possível a obtenção de sentença de mérito ou o de provimento executivo, malgrado tenha o processo sido realizado por meio de uma relação jurídica válida.

O processo executório subordina-se, assim, aos mesmos pressupostos processuais e às condições de ação do processo de conhecimento, bem como, ainda às condições ou pressupostos específicos da execução forçada, os quais estão fixados no Livro II, Capítulo III, Seções I e II, do Código de Processo Civil.

Neste diapasão, apresentam-se como requisitos específicos do processo de execução: a) o formal, que é a existência do título executivo, donde se extrai o atestado de certeza e liquidez da dívida; b) o prático, que consiste no inadimplemento da obrigação.

Desta forma, apresentam-se como requisitos necessários para se realizar qualquer execução a existência do título executivo e o inadimplemento, conforme se aduz do disposto nos artigos 580 a 590, do Código de Processo Civil.

Divergência doutrinária há acerca do conceito e da natureza jurídica do título executivo. Segundo Liebman, o título executivo apresenta-se como um elemento constitutivo da ação de execução forçada; segundo Zanzuchi, o título apresenta-se como uma condição do exercício da mesma ação: para Carnelutti, o título executivo é a prova legal do crédito.

Discrepância quanto ao conceito e a natureza do título executivo à parte, está unanimemente expressa a regra fundamental da *mulla executio sine titulo*, ou seja, toda execução deverá estar fundamentada na existência de um título executivo.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, assume o título executivo tríplice função: a) a de autorizar a execução; b) a de definir o fim da execução; c) a de fixar os limites da execução.

Neste sentido, manifesta-se Santos; Moacyr Amaral dos (2000, p. 217):

O título executivo consiste no documento que ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este.

De mais a mais, urge salientar que ausente o título, falta ao credor interesse de agir para ajuizar a demanda executiva. A falta do título torna inadequada a via executiva, podendo o credor utilizar-se do processo de conhecimento, o qual dará ao seu crédito a necessária certeza para a prática de atos executivos.

Em seu aspecto formal, os títulos executivos podem ser classificados da forma a seguir; a) o original de sentença, contido nos autos da ação de conhecimento, em que se processará a execução; b) a certidão de sentença, caso

em que a execução provisória é processada em autos suplementares ou sob a forma de carta de sentença; c) os documentos extrajudiciais, públicos ou particulares, reconhecidos em lei.

CAPÍTULO 2 – DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Apresenta-se, no direito processual, o termo 'embargos' de forma equívoca, sendo utilizado, no direito português, para designar institutos com as mais diversas finalidades. No direito vigente, o termo embargos vem sendo utilizado tanto para designar recursos (embargos de declaração), como para designar ações (embargos de terceiro), bem como para designar a via processual posta à disposição do executado para se opor a execução forçada (embargos do devedor).

2.1 Origem Histórica

É ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico, nem nos ordenamentos jurídicos dos diversos povos de civilização ocidental que se formaram em decorrência da interpretação daqueles três grandes sistemas, de que no fundo todos são tributários.

Foi na Idade Média, com a criação do título executivo, fruto do sistema romano com o germânico, que insurgiu a necessidade de uma defesa eficaz face às execuções não fundadas, surgindo, destarte, os embargos no direito português.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica.

Os embargos do devedor apresentam-se sob a forma de ação de conhecimento autônoma, de caráter incidental no processo de execução, com a qual devedor/executado apresenta, em juízo, as defesas que possuir, trazendo à baila as provas necessárias, sendo esta a única via processual de defesa do executado estribado em lei.

Não são os embargos meros incidentes do processo executório, com o qual o devedor/executado se utiliza para resistir à execução, buscando, assim, a obtenção de um provimento jurisdicional de mérito.

Neste sentido, deduz-se que os embargos do devedor apresentam-se como uma modalidade de provocação da jurisdição cognitiva que, malgrado seja uma ação, possui a essência de uma contestação.

Ademais, urge salientar que os embargos do devedor não são uma mera resistência do devedor/executado, como acontece na contestação, no processo de cognição, apresentando-se sob a forma de ação de conhecimento incidental, de natureza constitutiva, segundo doutrina dominante.

Embora parte da doutrina atribua os embargos o caráter de defesa comum e normal, com a mesma natureza da contestação no processo de cognição, não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento, possuindo o embargante uma posição ativa frente ao exequente, em razão de se buscar, por meio dos embargos, uma sentença de mérito que venha extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo.

Sua natureza jurídica é a de uma ação de cognição incidental de caráter constitutivo, conexas à execução por estabelecer, segundo Chiovenda, uma "relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução".

2.3 Requisitos de Admissibilidade

Como toda e qualquer ação, os embargos do devedor devem submissão às condições da ação e aos pressupostos processuais, devendo, também, obedecer aos requisitos específicos de admissibilidade, como é o caso da tempestividade e da segurança do juízo.

No que tange ao prazo para interposição dos embargos, estes deverão ser oferecidos no prazo de dez dias, contados: a) da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; b) do termo de depósito da coisa; c) da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para entrega da coisa, se o devedor não faz o depósito voluntariamente; d) da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer.

Caso exista mais de um devedor a ser intimado da penhora, e eles possuam diferentes procuradores, será contado em dobro o prazo para o oferecimento dos embargos. Ademais, urge elucidar que embora haja mais de um devedor, mas apenas um deles tiver bens penhorados, será de dez dias o prazo para o oferecimento dos embargos, contados da intimação da penhora a este último, ainda que o outro devedor possua procurador diferente.

Tendo em vista a segurança do juízo, apresenta-se esta como um requisito indispensável à propositura dos embargos, a qual perfaz-se ora pela penhora nas execuções por quantia certa, ora pelo depósito nas execuções para entrega de coisa ou pela imissão na posse ou busca e apreensão concretizada.

Para Theodoro Júnior, Humberto (1984, p.354) segurar é:

Garantir a execução, mediante depósito à ordem judicial de um bem apto a dar-lhe cumprimento, caso a defesa pelo devedor venha a ser

repelida. Sem a penhora ou o depósito não poderá se 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".

Aduz-se, assim, para que sejam oferecidos os embargos mister se faz a necessária garantia do juízo, o que, em certos casos, poderia ferir o princípio constitucional do contraditório, cerceando, destarte, no exercício do direito de ação do devedor.

Mesmo sendo os embargos do devedor a única via processual presente na legislação de forma expressa, quando se tratar de questões de ordem pública, as quais dever ser decretadas *ex officio* pelo juiz, das questões como a falta de citação, nulidades do título executivo, satisfação da obrigação por parte do executado, entre outras, tem-se admitido, independente do oferecimento dos embargos e da garantia do juízo, a utilização da exceção de pré-executividade.

2.4 Procedimento

Os embargos do devedor, como toda e qualquer ação, devem ser oferecidos sob a forma de petição, respeitando os requisitos do artigo 282, do Código de Processo Civil, sendo ajuizados onde ocorrer o processo de execução, onde serão autuados em apenso.

Oferecidos os embargos, receberão o despacho liminar de recebimento ou rejeição. Caso os embargos sejam rejeitados liminarmente, a execução seguirá o seu procedimento normal, mesmo que haja a interposição do recurso de apelação, pois, neste caso, a apelação não possui efeito suspensivo, conforme se aduz do disposto no artigo 520, inciso V, do Código de Processo Civil.

Caso os embargos sejam recebidos, será suspensa a execução, sendo o credor intimado para impugná-los no prazo de dez dias, podendo o embargado apresentar, nesta impugnação, questões preliminares de mérito. Por demais, traz-se à colocação que não ocorrerá os efeitos da revelia se o credor deixar de impugnar os embargos, tendo em vista que a lei não prevê uma citação tal qual ocorre no processo de cognição, em que lhe é feito o chamamento para se defender, sob pena de serem tidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, e o embargado, credor da obrigação, possui em seu favor a presunção de certeza que emana do título executivo.

Apresentada a impugnação dos embargos, o juiz designará audiência de instrução, caso haja a necessidade de prova oral ou pericial, como ocorre no processo de conhecimento.

Se os embargos do devedor forem parciais, será suspensa apenas a parte da execução atingida pelos embargos, prosseguindo a execução quanto à parte não embargada. E, caso apenas um devedor ofereça os embargos, a execução prosseguirá contra os demais devedores, quando o fundamento dos embargos for atinente apenas ao embargante.

CAPÍTULO 3 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A *priori*, urge trazer à colação que o Decreto nº 848, de 11 de novembro de 1980, o qual dispunha sobre a organização da Justiça Federal, admitia, na seara da execução fiscal, a possibilidade atribuída ao réu de defender-se sem a necessidade de garantir o juízo, em razão do mesmo exibir documento autêntico de pagamento da dívida ou anulação desta. Ainda o artigo 201, que admitia que: “A matéria de defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá *na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida*”.

3.1 O Surgimento da Exceção de Pré-Executividade

Por sua vez, tem-se o Decreto nº 5.255, de 31 de dezembro de 1932, do Estão do Rio Grande do Sul, o qual instituiu a exceção de improbidade do meio executivo, pela qual “a parte citada para a execução de título executivo poderá, antes de qualquer procedimento, opor as exceções de suspeição e incompetência do Juízo ou de impropriedade do meio executivo...”.

Malgrado a existência destes referidos decretos, atribui-se ao parecer do Jurista Pontes de Miranda o marco inicial deste instrumento processual, que, em julho de 1966, elaborou um parecer tendo em vista os problemas que enfrentava a Companhia Siderúrgica Mannesmann relativos aos pedidos de falência, cujos pedidos encontravam-se estribados em título falsos. Tendo os falaciosos credores interpostos ações executivas em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann, as quais proporcionaram à executada um verdadeiro óbice jurídico, tendo em vista que para a interposição dos embargos à execução, onde seria questionada a

exigibilidade de tais títulos, necessária seria a garantia do juízo, o que ensejaria em um injustificável prejuízo para a executada. Neste diapasão, em seu parecer, trouxe à baila considerações que servem como base ao acolhimento do instituto da exceção de pré-executividade, propiciando o seu uso entre os operadores do direito.

Assim sendo, embora seja atribuído a Pontes de Miranda o apanágio de pai da exceção de pré-executividade, sendo o seu parecer considerado o marco inicial deste instrumento processual, não é este instituto uma inovação dos anos 60, sendo, destarte, emanado do Decreto nº 848, de 11 de novembro de 1980, bem como do Decreto nº 5.255, de 31 de dezembro de 1932.

3.2 O Parecer de Pontes de Miranda

No ano de 1966, por duas vezes, foi requerida a falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann, sofrendo esta com os vários processos de execução, em São Paulo, Belo Horizonte e Rio de Janeiro, sendo estas execuções baseadas em títulos falsos, os quais continham a assinatura de um dos diretores desta Companhia.

Em razão da existência desses falaciosos títulos, os quais foram utilizados em muitas execuções, dar-se-á para inferir o grande empecilho jurídico que a Companhia Siderúrgica Mannesmann estava exposta, tendo, pois, que penhorar os seus bens, caso almejasse embargar as referidas execuções.

Diante de tal situação, por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann, o eminente jurista, em seu parecer, prolatou a seguinte frase;

"A execução confina com os interesses gerais, que exigem do juiz mais se preocupar com a segurança intrínseca 'decidir bem' do que com a segurança

extrínseca (ter decidido) (MIRANDA, 1975, p. 134)". Desta maneira, depreende-se ser o mencionado trecho dotado de uma forte advertência, tendo em vista o perigo da atividade executiva.

No que tange ao parecer, mister se faz inserir que o mesmo divide-se em três partes, referindo-se a primeira parte aos fatos, onde se apresentou a situação em que se encontrava a executada em razão dos respectivos processos de execução; sendo a segunda parte cingida aos princípios, aos quais serviram de base para as ilações deste jurista; sendo a terceira parte formada por consultas e por respostas.

Tomando por base a segunda do parecer, Pontes de Miranda refere-se ao título executivo como requisito essencial para todo e qualquer processo de execução, tratando, por conseguinte, dos possíveis efeitos emanados da não exequoriedade do título ensejador da execução forçada, passando, então, a discussão do procedimento do contraditório no processo de execução, para finalmente, trazer à balia a atinente existência da execução no referido processo.

A *priori*, o mencionada jurista (op. Cit. P. 126) advertiu sobre o fato de inexistir execução sem o competente título judicial, dizendo: "Para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo o instrumento da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade".

Referiu-se, ainda, ao exercício da pretensão processual a existência do título, sendo mister que seja apreciado no momento do despacho citatório, tendo, assim, o juiz que examinar se o título é executivo, judicial ou extrajudicial.

Esposa Pontes de Miranda que ocorrendo no processo a negação da executividade do título, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas – tempo necessário para que o mandado adquira eficácia alternativa, paga ou nomear bens à

penhora – o juiz deverá obrigatoriamente decidir a questão. Seguindo este entendimento, sustentou o respeitado jurista (Op. Cit. P. 128) o seguinte:

As letras de câmbio, as notas promissórias, os cheques e outros títulos cambiariformes são líquidos; porém, a certeza há de resultar do que está escrito, de veracidade das assinaturas e da observância das exigências legais. Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio, dentro de vinte e quatro horas, diz que sua assinatura é falsa, ou que o nome é igual, ou parecido, porém não ele quem se vinculou ao título cambiário ou cambiariforme, o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa.

Desta forma, urge salientar que a preocupação primeira de um juiz deverá referir-se à constituição da relação processual, sua viabilidade, sendo no momento do despacho inicial que o juiz desenvolve a atividade de conhecimento relativa às condições da ação e ao pressuposto processuais.

Por sua vez, com relação ao princípio do contraditório no processo de execução, seria estapafúrdio, por exemplo, que os juizes incompetentes, ou suspeitos, ou por despachos estribados em títulos falsos, ou sem eficácia contra o demandado, pudessem determinar a penhora sem ensejo para a alegação, referindo-se o contraditório à o contraditório à pretensão processual, incidindo no íterim do controle de admissibilidade da execução, momento de verdadeira atividade de cognição.

De tal forma, indagou Pontes de Miranda, com o intuito de resolver a questão, se há no direito brasileiro processo de oposição de exceções fora (antes) dos embargos do executado, ou tem de ser oposta como matéria de embargos?

Esposou o jurista pela possibilidade de se opor exceções antes dos embargos do executado, nos casos em que as referidas exceções visassem sobre nulidades do título executivo, abrangendo, assim, as nulidade intrínsecas, como é o

executividade, pois, tecnicamente, a palavra exceção traduz aquelas defesas que só podem ser apreciadas pelo juiz se alegadas oportunamente.

Neste sentido, sustenta Nery Júnior, Nelson (199, p. 129) que:

A expressão é imprópria porque "exceção" traz insita a idéia de disponibilidade do direito, razão porque, não oposta a exceção, ocorre a preclusão. O correto seria denominar esse expediente de objeção de pré-executividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável *ex-officio* pelo juiz e por isso mesmo, insuscetível de preclusão.

Ademais, urge salientar que as críticas terminológicas não se cingem apenas à dicotomia 'exceção-objeção', incidindo, também, quanto a expressão 'pré-executividade'. É que a palavra 'pré-executividade' enseja na possibilidade de existência de um processo 'pré-executivo', o que representaria uma atividade extrajudicial.

Então, aduz-se que a denominação mais condigna com este instituto seria 'objeção à executividade' ou 'objeção de não executividade', em razão deste instituto jurídico ser utilizado para a arguição atinente à ausência dos requisitos da exceção, ou seja, o processo de execução já existe e é contra ele que o devedor se insurge, bem como não apresenta como instrumento de defesa do devedor, pois, como o seu oferecimento não há defesa, e sim um pedido para que o juiz cumpra o seu ofício.

Quanto à natureza jurídica, esta se apresenta controvertida, existindo uma corrente que esposa a natureza de exceção, no qual faz parte Galeno Lacerda, enquanto a outra esposa que a sua natureza seria de objeção, a qual se filia Cândido Dinamarco, no entanto, segue o entendimento de Araken de Assis, onde defendo que somente o executado tem legitimidade para opor exceção de pré-executividade.

Segundo dinamardo; Candido Ragel (1988, p.450):

A inecia da petiao inicial da execuao ou a presena de qualquer obice normal ao exerccio da jurisdiao *in executivis* sao materias a serem apreciadas de ofcio pelo juiz do processo executivo ou atravs de simples objeao do executado, a qualquer tempo ou fase do procedimento.

Desta feita,  a exceao de pr-executividade um "instrumento" de aprovaao do rgao jurisdiccional, para que o mesmo se manifeste a respeito dos requisitos da execuao. Este instrumento, por tratar de questes de ordem pblica, onde deve o juiz se manifestar de ofcio, uma vez que examina questes ligadas  validade processual, tem, entao natureza jurdica de objeao, devendo, como j dito anteriormente, ser chamado de objeao de pr-executividade.

3.4 Conceito

Sendo a denominaao exceao de pr-executividade tecnicamente indevida, na prtica, ela vem ganhando corpo e forma, sendo comumente utilizada, corroborando, destarte, para a sua difusao no mundo forense.

Para Oliveira Neto (2000):

A exceao de pr-executividade apresenta-se segundo a forma de incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuoes ilegais ou infundadas, mediante cogniao exauriente da materia nela veiculada a ser de plano realizada pelo juiz.

Segundo Assis; Araken de (2000, os. 346/347), com muita propriedade:

A forma excepcional de oposição do devedor ao processo de execução, fundada nos pressupostos processuais, merece o rótulo genérico da 'exceção de pré-executividade, porque fulmina no nascedouro o praeceptum e o ato executivo de constrição. O vício é decretável de ofício ou a requerimento da parte.

Alega Siqueira Filho; Luiz Peixoto de (2000 p.58) ser a exceção de pré-executividade:

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

3.5 Matérias Argúveis

Emanado de entendimento doutrinário e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade não está subordinada a uma forma certa, bem como figura de juízo, visando propiciar ao devedor a garantia ao devido processo legal, conforme o princípio do contraditório e o da ampla defesa, mormente a privação de sua liberdade ou dos seus bens.

Como em todo e qualquer tipo de processo, a sua validade está condicionada a determinados requisitos que devem ser verificados de ofício pelo juiz, sem os quais dificultarão o bom andamento do processo, não se podendo, assim, iniciar ou prosseguir com o processo de execução.

Neste sentido, em despacho inicial, o juiz só prosseguirá com a citação do devedor caso estejam presentes todos os pressupostos processuais e as condições

da ação, bem como os requisitos inerentes ao processo de execução, caso contraditório, deverá indeferir de plano a pretensão deduzida em juízo.

Caso escape do exame inicial a ausência de algum dos requisitos específicos à execução, por meio da exceção de pré-executividade será possível suprir as falhas atinentes ao controle de admissibilidade do processo executivo, vislumbrando-se a possibilidade de, por meio de simples petição, afastar a constrição dos bens do devedor em face de não estarem presentes todos os pressupostos processuais e as condições da ação, além dos requisitos inerentes ao processo executivo.

Neste sentido, aduz Siqueira Filho; Luiz Peixoto de (2000, p. 70):

A construção doutrinária do que se convencionou chamar exceção de pré-executividade veio a dar resposta à situação do impasse criada por falhas no controle da admissibilidade do processo executivo, o que antes só se poderia fazer em sede de embargos, após ser realizada a penhora.

Com o fito de ver corroborada sua pretensão, traz-se à colação o entendimento do STJ, o qual refere-se ao cabimento do instituto da exceção de pré-executividade quando a ação executiva não se reveste dos pressupostos formais elencados na lei adjetiva civil, *in verbis* :

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. NULIDADE. VÍCIO FUNDAMENTAL. ARGUIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO. CABIMENTO. ARTIGOS 267 § 3º; 585,II; 618, I DO CPC.

I – Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo a parte argui-la, independente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil.

II - Recurso conhecido e provido.

3.6 Oportunidade

Segundo o parecer de Pontes de Miranda, o prazo para a interposição da exceção de pré-executividade seria o mesmo para as exceções em geral, que na época era de três dias, conforme a égide do Código de 1939, sendo, hodiernamente, o prazo de quinze dias, conforme o disposto no artigo 305, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, entendem alguns doutrinadores que o prazo para a interposição deste instituto é o de vinte e quatro horas, prazo existente entre a citação e a penhora, almejando, destarte, atacar diretamente o ato de penhora.

Acertadamente, grande parte dos doutrinadores esposam de maneira diferente, haja vista que o cerne do instituto da exceção de pré-executividade é atacar o processo de execução, uma vez que permite a desconstituição da relação jurídica processual e a sustação de todos os ato materiais dela decorrentes, quando se tratar da ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação, matérias de ordem pública, que dizem respeito à existência e ao desenvolvimento do processo, não estando, portanto, sujeito ao efeito da preclusão, motivo pelo qual não é possível determinar o momento exato para a sua apresentação.

À guisa de esclarecimento, traz-se o entendimento de Santos; Moacyr Amaral (2000, p.196) segundo o qual:

Podem-se suscitar as exceções em qualquer grau de jurisdição, pois, de fato, a arguição da ausência dos requisitos da execução pode ser feita em qualquer momento e grau de jurisdição, de acordo com os parâmetros traçados pelo § 3º, do artigo 267 do Código de Processo Civil."

3.7 Legitimidade e Forma

Divergência doutrinária há acerca da legitimidade para a interposição da exceção de pré-executividade. Parte dos doutrinadores, por entender que este instituto processual possua natureza jurídica de defesa do executado, espousa ser apenas o devedor quem possui legitimidade para propô-la, sendo este o entendimento majoritário.

Por outro lado, doutrinadores entendem que legitimados são todos aqueles que possam oferecer embargos, ou seja, o próprio devedor, terceiros interessados, os quais possuam bens ameaçados pelo processo de execução, bem como o próprio autor da execução, tendo em vista que um processo de execução nulo não lhe trará vantagem alguma, não possuindo, portanto, interesse em prosseguir até o final do processo, o qual não obedece aos preceitos legais.

Demais a mais, em razão da ausência dos requisitos da execução poder ser decretada de ofício pelo juiz, devido à natureza de ordem pública das matérias levantadas pelo instituto em questão, qualquer pessoa poderá dar conhecimento ao juiz no que tange a ausência de tais requisitos, mesmo que não possua legitimidade, ou seja, que não tenha interesse, direto ou indireto, relativo ao processo de execução.

Embora já tenha o Superior Tribunal de Justiça se manifestado quanto à forma que se deva proceder à arguição das nulidades no processo de execução, a qual será através de petição simples, nos próprios autos, independentemente de forma e procedimento, no entanto, poderá a arguição tomar, até, mesmo, feição oral, no ensejo da audiência, bem como ser extrajudicial sob forma verbal, sendo mister que se cumpra com o seu objetivo de chamar a atenção do juiz para a ausência dos requisitos da execução.

Por sua vez, deduz-se que a exceção de pré-executividade poderá ser proposta através de simples petição, uma vez que a nulidade do título será suscetível de exame *ex officio* pelo juiz, podendo, ainda, ser argüida oralmente, caso haja audiência no processo de execução, sendo imprescindível que se consigne em ata.

Curialmente, a argüição de ausência dos requisitos da execução deverá ser proposta nos próprios autos, haja vista que a forma extrajudicial não é dotada de eficácia processual, não se podendo exigir do juiz uma manifestação.

3.8 Procedimento e Efeito

No que tange ao procedimento a ser adotado pelo juiz, atinente à questão suscitada pelo instituto da exceção de pré-executividade, os doutrinadores esposam duas possibilidades, ou o juiz decide de plano a matéria levantada como oferecimento da exceção, ou, antes que se decida a alegação, será dada oportunidade ao autor para apresentar considerações e esclarecimentos, rebatendo as alegações do executado.

Oliveira Neto (2000, p.120) afirma que “o juiz não pode decidir a exceção sem observar o princípio do contraditório, ou seja, decidir sem permitir que o exeqüente se manifeste sobre o conteúdo do pedido formulado pelo executado”.

Neste sentido, esclarece Assis (2000, p.5060) que: “mediante tais providências, o juiz homenageia e cumpre o princípio do contraditório, em oportunidade tão importante que poderá ensejar a extinção do processo”.

Ademais, mesmo devidamente fundamentadas as argüições levantadas pela exceção de pré-executividade, estando, por exemplo, a petição inicial

incompleta, não deverá o juiz extinguir o processo de execução sem conceder oportunidade de corrigir, por parte do autor, a inicial, no prazo de dez dias, conforme o disposto no artigo 616, do Código de Processo Civil.

Destarte, “tanto o autor quanto o exeqüente podem corrigir, mesmo após a citação equívocos ou erros, bem como esclarecer dúvidas da inicial; o que não podem é alterar o pedido ou a causa de pedir”. Negrão; Theotônio (1999, p.311).

Divergência doutrinária há quanto aos efeitos emanados da propositura da exceção de pré-executividade, se esta suspenderá ou não o curso da execução.

Defende Siqueira Filho (2000, p.75) que: “parece mais acertado admitir-se a suspensão do processo, senão restaria evidente a possibilidade de ocorrência de privação dos bens sem observância do devido processo legal.

Em sentido diverso esposa Assis; Araken de (2000, p.505) que:

O oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso porque os casos de suspensão do processo encontram-se legalmente previstos, não se confundindo como simples paralisação de fato, gerada pela sobrecarga ou pelo mau funcionamento da burocracia judiciária, e requerimento das partes.

Malgrado seja uma questão muito discutida, entendo que a exceção de pré-executividade não suspende o processo executivo, pois, o devedor nos embargos conta com essa vantagem, salvo nas hipóteses em que a exceção for proposta antes da penhora, pois seria um desperdício de atividade jurisdicional permitir o andamento da execução, já que a matéria a ser apreciada pelo juiz será, ao menos em parte, idêntica à suscitada mediante embargos, bem como ensejaria na possibilidade de ter seus bens privados indevidamente pela penhora.

3.9 Recursos

No que tange à apreciação do instituto da exceção de pré-executividade, sendo este acolhido, será por meio de uma sentença, sendo cabível, contra esta decisão, o recurso de apelação; por outro lado, caso não seja acolhida a arguição de nulidade, esta será intermédio de decisão interlocutória, sendo, desta forma, cabível o recurso de agravo.

Neste sentido, diz Siqueira Filho; Luiz Peixoto (2001, p.82) que:

Acolhida a exceção de pré-executividade, estar-se-á diante de uma sentença; portanto, o recurso cabível será o de apelação. Ao invés, se não for acolhida a arguição de nulidade no processo, haverá, neste caso, uma decisão interlocutória, assim, o recurso cabível será o de agravo. Devolvida a questão ao conhecimento do Tribunal, ou se provê o recurso, dando-se por encerrado a execução, ou se julga este improcedente e se retoma o curso normal do processo.

CAPÍTULO 4 – ADMISSIBILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

4.1 Posições doutrinárias

Por ser a 'exceção de pré-executividade' ou 'objeção de pré-executividade' um instituto emanado da doutrina, não estando devidamente estribado em lei, o mesmo vem sofrendo com os mais dissonantes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os quais refletem acerca da possibilidade existencial ou não da exceção de pré-executividade, estando, assim, à espera de um dispositivo legal para a sua consagração, em definitivo, frente ao mundo do direito.

4.2 Doutrinadores Favoráveis à Exceção de Pré-Executividade

Hodiernamente, o posicionamento doutrinário vem se sedimentando acerca da possibilidade de apresentação da defesa, no processo de execução, sem a necessária constrição judicial, ou seja, sem precisar garantir o juízo.

Assim, Lacerda; Galeno afirma (V. 23, ps.7/15):

Na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a exequibilidade do título. Se o título não exequível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo há de se dizer, com mais razão, se o título for falso. Seria iniquidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora... Se o atual CPC exige, no artigo 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe normal com obediência aos pressupostos da ação executória... Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir eles bens penhoráveis, suficientes...

injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir eles bens penhoráveis, suficientes... Se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o conhecimento e decisão dessa matéria, a exigência de prévia segurança de um juízo que não houve.

Sustenta Nery Júnior, Nelson (1992, os. 129/130) que:

Mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros institutos destinados à impugnação do processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada exceção de pré-executividade (...) A possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à penhora, ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução.

Alega Moreira; Alberto Caminã (2000, p.6) que:

O incidente da exceção de pré-executividade tenha o efetivo condão de agilizar a resolução de várias questões envolvendo o processo de execução, asseverando ainda que a cada dia o presente instituto vai ganhando adeptos, vai conquistando os repertórios da jurisprudência e, sem dúvida alguma, o seu manejo vem se constituindo em arma eficaz para o executado.

Ademais, aduz Dinamarco; Cândido Rangel (1993, ps. 447/448) que:

A inépcia da a petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício, ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não prefira, no processo executivo, verdadeiros julgamento, necessários a escoima-lo de irregularidades

formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem pública. A recusa a julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia constitucional do contraditório a esse processo. É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude desesperada, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos, muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.

Por sua vez Beltrame; José Alonso (1983, os. 145/146) que:

Embora as nulidades possam ser vistas nos embargos, nada obsta que sejam objeto de exame nos próprios autos da execução, desde que não envolvam aspectos de alta indagação. Se ao juiz é possível a apreciação, de ofício, das nulidades e ao credor é dado apontá-las, é de se delegar ao devedor, também, a faculdade de provocar o exame delas no bojo da execução, embora disponha dos embargos. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir em simples petição, nos próprios autos da execução.

Neste sentido, urge salientar o posicionamento de Silva; Ovídio Batista da (1990, ps. 23/24) a seguir:

Insinua-se nas concepções modernas a ação executiva, cada vez com maior intensidade, a consideração de que o respectivo processo, longe de estar privado de cognição, contém elementos às vezes relevante de conhecimento, não apenas tendente a corrigir eventuais imperfeições da relação processual, mas em determinados casos, objetivando até mesmo a total e definitiva eliminação Del processo executivo, de modo que a proposição dos embargos do devedor nem sempre será necessária para que o executado impeça o desenvolvimento da demanda executiva, ainda que essa reação oposta pelo executado seja uma autentica defesa de mérito, como quando ele – no interregno entre a citação e a penhora – demonstra cabalmente que o documento exigido pelo credor não é título executivo ou lhe falta, evidentemente, legitimamente ad causam. Do mesmo modo, tratando-se de relação jurídica bilateral, em que o contratante não poderá exigir do outro o cumprimento da obrigação sem antes haver cumprido o que lhe compete, a prova de que o não cumprimento da prestação deve-se a essa circunstancia, não exige que o devedor-executado ofereça bens a penhora – ou sofra qualquer outra espécie de constrição

executiva – e promova a ação dos embargos do devedor. Poderá ele, perfeitamente paralisar a execução demonstrando ausência do requisito do inadimplemento, neste caso, nos autos do próprio processo executivo. Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, tem-se alargado para permitir que o executado, nos autos do processo executivo, suscite determinadas exceções que digam respeito ao *meritum cause*. O próprio Liebman, ao mostrar que o órgão executivo realiza em certa medida algum julgamento, afirma que lhe cabe determinar a existência do título executivo, para impedir o prosseguimento da execução se constatar que o título executivo inexistente. A existência da cognição interna à demanda executiva apenas confirma sua jurisprudencialidade, pois não poderá haver jurisdição onde o julgamento seja inexistente.

Para Luiz Edmundo Bojunga; Luiz Edmundo Appel (nº. 55 / os. 69/70)

Aquele que não pretender ou não precisar utilizar os embargos do devedor, evidentemente, não necessitará garantir o juízo. Assim, a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo, judicial ou extrajudicial, deve ser suscitada através da execução de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado. A penhora e o depósito já são medidas executivas e não podem ser efetivadas quando não existir ou não for eficaz o título que embasa o processo executório.

Defende Pacheco; José da Silva (1959, ps. 224/226):

A defesa do executado não se esgota nos embargos. Pode revestir-se dos seguintes aspectos (...) a) *omissis*; b) defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes de sua caracterização. Assim, antes do cumprimento do mandato executivo (...), pode o executado opor a defesa, apreciável. De plano sem ser através dos embargos. Por conseguinte, sem a exigência de segurança do juízo ou garantia da execução.

Segundo Assis; Araken de (1987, p. 344):

Embora não haja previsão legal, e tendo o juiz tolerado, por lapso, a falta de algum dos empregados, é possível o devedor requerer o seu exame desobrigado do aforamento de embargos, ou antes mesmo de sofrer penhora.

Entende Theodoro Júnior; Humberto (1995, p. 864) que:

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

Manifesta-se Ferreira; Carlos Renato de Azevedo (R.T, nº. 657 p. 243)

que:

O despacho inaugural ordinário de citação numa execução contra o devedor solvente pode ser atacado pelo devedor antes e para evitar a penhora, desde que ausentes quaisquer dos requisitos enunciados no art. 586 do CPC, que são as condições da execução forçada.

Sobre o assunto, leciona Moura; Mário Aguiar (1985, ps. 68/71):

A execução, sendo de natureza jurisdicional, como ação que é, subordina-se à verificação da regularidade da relação jurídica processual e às condições da ação (art. 267, IV e VI, do CPC). O Juiz, ao despachar a petição inicial, há de verificar essas questões processuais, exercitando o juízo de admissibilidade da execução (...) é razoável exigir-se que o juiz, ao apresentar-se a despachar a peça inaugural, tenha a preocupação de verificar a regularidade formal do petitório, legada aos pressupostos processuais, bem como, ainda que perfunctoriamente, a ocorrência das condições da ação (...) Entretanto, não raras vezes, forma-se o processo eivado dessa irregularidade ou nulidades. Citado o devedor, completa-se a angularidade da relação jurídica processual defeituosa. Importa examinar se, deparando o executado com essas disfunções processuais, só poderá fazer suas impugnações através dos embargos, mediante a segurança do juízo, ou se é lícito que as

arguições se levantem nos próprios autos da execução, sem segurança do juízo. Há boas razões para que se dispensem os embargos, onerosos e com o sacrifício talvez inútil da constrição de bens, abrindo-se ao executado ensejo de petição simples nos autos do processo executivo. Muitos tratadistas isso mesmo defendem. Comungamos com essa orientação. As matérias de natureza processual, na menção exemplificativa que acima fizemos, que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz, embora caibam nos embargos de rito, podem ser argüidas em petição simples nos próprios autos da execução. Trata-se de questões de ordem pública, porque integrantes da disciplina e economia interna do processo. Não vemos porque se deva sacrificar uma solução expedita e econômica – argüição nos autos sem prévia segurança do juízo – por mero apego ao formalismo. Em casos tais, sempre é possível invocar a instrumentalidade do processo, em face da obtenção dos fins. Ora, assim como é dado ao juiz indeferir a petição que visa a instaurar a execução, por decisão nos autos, quando depare, v.g., a ilegitimidade *ad causam*, nada impede que, se não o fizer, venha o executado a apontar a ausência da condição.

Embora haja dissonância doutrinária entre os doutrinadores acima elencados no que tange ao objetivo, à oportunidade, à natureza jurídica e à matéria tratada pelo instituto da exceção de pré-executividade, todos são unânimes no que verse sobre a sua admissibilidade. Dentre os doutrinadores acima citados, reconhecem, também, o instituto da exceção de pré-executividade Luiz Peixoto de Siqueira Filho, Marcos Valls Feu Rosa, Vicente Grego Filho, entre outros renomados.

4.3 Doutrinadores Contrários à Exceção de Pré-Executividade

É o parecer de Aldices Mendonça Lima considerado o principal posicionamento doutrinário que contende contra a plausibilidade do instituto da exceção de pré-executividade, o qual foi solicitado pela Empresa Copersucar, em face da Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda, acerca da exigibilidade dos títulos executivos.

Para ele, com base na tradição jurídica, apresenta-se o exeqüente como detentor de privilégio em face do executado, cabendo a este, caso queira se opor à execução, apresentar a ação de embargos à execução, garantindo, por conseguinte o juízo.

Ademais, aduz Alcides Mendonça Filho sobre a inexistência do contraditório na execução, haja vista que o título executivo é, em si, a própria discussão de mérito, a qual foi apreciada em via ordinária. Esposa, ainda, caso admita-se o contraditório, este só ocorreria em seu sentido lato, ou seja, no conjunto formado pelo processo de execução e pelos embargos.

Esposa, também, o parecerista sobre o fato de inexistir previsão legal para o instituto da exceção de pré-executividade, bem, como qualquer impugnação do título executivo que não seja pela via da ação dos embargos.

Neste sentido aduz Lima; Alcides de Mendonça (1992, p.286) que:

No sistema brasileiro, tradicionalmente, o devedor (antes denominado de executado) somente pode pretender ilidir a ação executiva, opondo-se ao título, por via apenas de embargos, que exigem penhora, quer por nomeação de bens pelo próprio devedor, quer por escolha dos oficiais de justiça. A tese de que as questões ou exceções de pré-executiva dispensam a penhora como antecedente necessário aos embargos do devedor, tratando-se de ação executiva fundada em título executivo extrajudicial, é meramente acadêmica, podendo servir, por sua relevância, como valiosos subsídios, contudo, para a reforma Do CPC, configurando-se de modo preciso e exato, os dispositivos respectivos.

Tem-se também o entendimento de Liebman; Enrico Túlio (1968, p. 208) a seguir:

Permitir ao órgão executivo tomar em consideração as razões do devedor significaria aquiescer com irremediável indulgência às suas manobras dilatórias. Quais os argumentos, na aparência

justíssimos, de que não sabe socorrer-se o devedor quando não quer pagar?

4.4 Entendimento Jurisprudencial

Em razão dos mais diversos fundamentos doutrinários, tem-se emanado dos nossos Tribunais abalizados entendimentos jurisprudenciais atinentes à plausibilidade da exceção de pré-executividade, revelando-se, assim, na aceitação de que o devedor/executado, mesmo sem segurar o juízo, possa provocar o exame do juiz quando as questões de ordem pública (condição da ação, pressupostos processuais etc.) e outras relativas ao pressupostos específicos do processo de execução, puderem ser identificadas de plano.

Neste sentido, urge trazer à colação alguns entendimentos jurisprudenciais favoráveis à exceção de pré-executividade, a seguir:

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul RECURSO: AGI NÚMERO: 1971126 DATA 30/10/1997 ÓRGÃO: Segunda Câmara Cível RELATO: Marco Aurélio dos Santos Caminha ORIGEM: Gravataí NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE. Títulos que não apresentam certeza e liquidez a primeira vista não ensejam processo de execução e sua arguição pode ser feita via exceção de pré-executividade. Nota de Crédito Comercial, desacompanhada de histórico claro da dívida desde seu nascedouro não enseja processo de execução. Exceção de pré-executividade acolhida. Execução extinta. Agravo provido.

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul RECURSO: AGI NÚMERO: 1972200. DATA: 11/12/1997 ÓRGÃO: Quinta Câmara Cível RELATOR: Marco Borges Fort ORIGEM: Porto Alegre AGRAVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Admite-se que o executado venha a juízo por meio da denominada exceção de pré-executividade quando quiser discutir a qualidade do documento em que se funda a execução como título executivo extrajudicial. AGRAVO PROVIDO.

RECURSO: AGI NÚMERO: 196035695 DATA: 16/05/1996 ÓRGÃO: Quarta Câmara Cível RELATOR: Moacir Leopoldo Haeser ORIGEM: Porto Alegre EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Cabe o

oferecimento da exceção quando alegada ausência nulidade do título e da execução, sendo as condições da ação matéria apreciável ofício pelo magistrado. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVOS PROVIDOS. DECISÃO. Dado provimento. Unânime.

RECURSO: AGI NÚMERO: 196061485 data: 16/05/1996 ÓRGÃO: Quarta Câmara Cível RELATO: Moacir Leopoldo Heaser ORIGEM: Porto Alegre EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Cabe o oferecimento da exceção quando alegada ausência nulidade do título e da execução, sendo as condições da ação matéria apreciável ofício pelo magistrado. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVOS PROVIDOS.

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SEM A NECESSÁRIA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. POSSIBILIDADE.

1. A exceção de pré-executividade tem sido admitida, excepcionalmente, pela jurisprudência nas hipóteses de vícios formais do título executivo, prescrição, decadência e pagamento, sem o necessário oferecimento dos embargos.

2. Agravo provido em parte."

"PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO.

1. A exceção de pré-executividade, como meio excepcional e atípico que é, não pode ser generalizadamente admitida como substituta aos embargos à execução. Sua hipótese de cabimento limita-se àquelas situações apreciáveis ex officio pelo magistrado processante, independente de qualquer consideração ou análise mais aprofundada.

2. Agravo de instrumento improvido.

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO ALEGAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA. POSSIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO.

1. A Exceção de pré-executividade objetiva a apresentação de defesa nos próprios autos da execução, sem garantia do juízo, sendo admitida, de modo geral, quando as questões de ordem pública (condições da ação, pressupostos processuais, etc) e outras relativas a pressupostos específicos da execução, puderem ser identificadas de plano.

2. A alegação do executado de que o crédito tributário é objeto de compensação, por força de sentença transitada em julgado, conduz ao sobrestamento da execução, com vistas a oportunizar a manifestação do exequente sobre a alegação de pagamento e documento que lhe servem de suporte, independentemente de garantia do juízo, de modo a evitar eventuais e desnecessários prejuízos ao devedor.

3. Agravo parcialmente provido".³

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO DE EXECUÇÃO – VÍCIO FUNDAMENTAL – ARTIGOS 267, § 3º, 586 E 618, I, DO CPC.

- Processo de execução eivado de vício fundamental. O título executivo não se reveste de liquidez e certeza. Nulidade.

- A parte pode arguir o vício por meio de **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**, independentemente de embargos à execução. O magistrado pode declará-lo de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

- Incidência dos artigos 267, §3º, 586 e 618, I do CPC.

- Suspensão da execução da possibilidade de resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. Artigos 558, do CPC e 39, § 1º, V, do Regimento Interno do TRF/2ª Região.

- Agravo regimental improvido. Decisão confirmada."

"AÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE.

III. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE É ADMISSÍVEL INCIDENTALMENTE NO BOJO DA PRÓPRIA EXECUÇÃO, PORÉM, NÃO SUBSTITUI NEM SE IDENTIFICA COM AÇÃO ANULATÓRIA OBJETIVANDO A DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO.

II. CONQUANTO NÃO PREVISTA EM LEI, A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE TEM SIDO ACEITA PELA DOUTRINA. O DIREITO QUE FUNDAMENTA A EXCEÇÃO DEVE SER AFERÍVEL DE PLANO, POSSIBILITANDO AO JUÍZO VERIFICAR, LIMINARMENTE A PRÉ-EXISTÊNCIA DE DIREITO INCONTROVERSO DO EXECUTADO OU DO VÍCIO QUE INQUINA DE NULIDADE O TÍTULO EXECUTIVO, E POR CONSEQUÊNCIA OBSTAR A EXECUÇÃO.

IV. APELAÇÃO IMPROVIDA.

"PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NÃO CABIMENTO.

I – O executado deve alegar, no prazo do embargos, toda a matéria útil à sua defesa.

II – A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE somente tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência quando flagrante a nulidade do título ou da execução.

III – Agravo de instrumento improvido.

"EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. CABIMENTO.

1. O âmbito da exceção de pré-executividade comporta as situações de notória falta de certeza, liquidez ou exigibilidade do título, matéria que, nessas circunstâncias, poderia ter sido apreciada até de ofício.

2. Entre as hipóteses em que se admite a EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE está aquela em que se alega não estar a execução fundada em título executivo, já que o contrato que

a embasa não contém as características próprias do artigo 585, II, do CPC.

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA QUE DEVE SER EXAMINADA EM SE DE EMBARGOS.
- A VIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE É CABÍVEL PARA ARGUIÇÃO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. DEVIDAMENTE INSTRUÍDA COM A PROVA DA ALEGAÇÃO.
- HIPÓTESES EM QUE COMPORTEM DILAÇÃO PROBATÓRIA DEVEM SER ADUZIDAS EM SEDE EMBARGOS À EXECUÇÃO.
- AGRAVO PROVIDO.

Com o fito de ver corroborada sua pretensão, traz-se à baila algumas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PENHORA. Os embargos do devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada à questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; nesse rol não inclui a alegação de que a dívida foi paga. Recursos especial conhecido e provido.

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES. HIGIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. MATÉRIAS APRECIÁVEIS DE OFÍCIO. VERIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. REEXAME DE PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – A sistemática processual que rege a execução por quantia certa, exige, via de regra, a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento de embargos do devedor.

II – A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo de que se verifica a propósito da higidez executivo.

III – Se a verificação dos requisitos formais do título executivo depende da análise de premissas de fato, como o reexame de provas e instância especial, atrita com a competência constitucionalmente reservada ao Superior Tribunal de Justiça (enunciados nº 5 e 7 da súmula /STJ).

IV – Não se vislumbra a apontada negativa de prestação jurisdicional, quando o órgão julgado não deixa de examinar qualquer ponto suscitado pela parte interessada.

V – A configuração do dissídio pretoriano, a ensejar o recurso especial, depende da semelhança entre as situações fáticas e da demonstração da divergência, na conformidade do artigo 541, parágrafo único, do Código Processo Civil.

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PRECEDENTES. DOUTRINA. REQUISITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO. AGRAVO DESPROVIDO.

I – A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juiz, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.

II – Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade.

Assim sendo, resta notório e evidentemente demonstrado a grande aceitação da exceção de pré-executividade pelos Tribunais Pátrios., entendimento este majoritário admitido, destarte, em nosso direito por construção doutrinário/jurisprudencial.

CONCLUSÃO

Não obstante a existência do Decreto nº 848, de 11 de novembro de 1980, e do Decreto nº 5.225, de 31 de dezembro de 1932, os quais possibilitavam ao réu defender-se sem a necessária garantia do juízo, em razão da exibição de provas atinentes ao pagamento da dívida ou anulação desta, bem como apresentarem exceções de suspeição e incompetência do juízo ou de improbidade do meio executivo, respectivamente, atribui-se a Pontes de Miranda o apanágio de pai da exceção de pré-executividade, sendo o seu parecer considerado o marco inicial deste instrumento processual.

Em virtude de a Companhia Siderúrgica Mannesmann sofrer com os vários processos de execução, sendo estes estribados em título falsos, tendo, assim, a referida Companhia que penhorar os seus bens, caso almejasse embargar as referidas execuções. Diante de tal situação defendeu o jurista pela possibilidade de se apresentar exceções antes dos embargos do devedor, abordando discussões atinentes à apreciação da inexistência dos requisitos necessários ao desenvolvimento regular do processo, de conteúdo probatório, almejando, neste caso, esquivar-se da necessidade de garantia do juízo.

Várias críticas quanto a sua denominação vem sofrendo o instituto da exceção de pré-executividade, principalmente as pertinentes à dicotomia 'exceção-objeção', apresentando-se a expressão 'objeção de pré-executividade' com mais clareza do que a expressão 'exceção de pré-executividade, haja vista que a palavra exceção traduz aquelas defesas que só podem ser apreciadas pelo juiz se alegadas oportunamente. As críticas terminológicas incidem, também, quanto a expressão 'pré-executividade', em razão de a mesma ensejar na possibilidade de existência de

um processo pré-executivo, representando, destarte, em uma atividade extrajudicial. Malgrado haja discrepância quanto a sua denominação, aduz-se ser a mais condigna a expressão 'objeção à executividade', em razão do processo de execução já existir e da não existência da defesa, e sim a arguição atinente à ausência dos requisitos da execução, sendo esta um pedido para que o juiz cumpra o seu ofício.

Embora haja dissonância quanto a sua natureza, aduz-se ter a exceção de pré-executividade natureza de objeção, em virtude tratar-se de questões de ordem pública, onde deverá o juiz manifestar-se de ofício.

Emanado de entendimento doutrinário-jurisprudencial, a exceção de pré-executividade, não estando subordinada a uma forma certa, veio suprir as falhas pertinentes ao controle de admissibilidade da execução, o qual só poderia ser feito por meio dos embargos, após a garantia do juízo.

Quanto a oportunidade para a interposição deste instituto, a maioria dos doutrinadores esposam não ser possível determinar o momento exato para a sua apresentação, haja vista que o cerne deste instituto jurídico é atacar o processo de execução, uma vez que permite a desconstituição da relação jurídica processual e a sustação de todos os atos materiais dela decorrentes, quando se tratar da ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação, matérias estas de ordem pública, que dizem respeito à existência e ao desenvolvimento regular do processo, não estando, desta forma, sujeito ao efeito da preclusão.

Tendo em vista a legitimidade para a apresentação da exceção de pré-executividade, qualquer pessoa poderá dar conhecimento ao juiz atinente à ausência dos requisitos da execução, mesmo que não possua interesse, direto ou indireto, relativo ao processo executivo, embora haja entendimento doutrinário em

contrário, o qual defende ter legitimidade para propô-la apenas o devedor/executado.

No que tange a forma, a exceção de pré-executividade poderá ser proposta por intermédio de simples petição, bem como poderá ser argüida oralmente, caso haja audiência no processo de execução, sendo necessário que se consigne em ata, embotada já tenha o STJ se manifestado que a exceção de pré-executividade deverá ser proposta através de petição simples.

Em virtude do procedimento a ser adotado atinente à questão suscitada pela exceção de pré-executividade, não deverá o juiz decidir a exceção sem antes permitir que o exeqüente se manifeste sobre o conteúdo da mesma, observando, destarte, o princípio do contraditório, embora haja entendimento em sentido contrário, segundo o qual o juiz poderá decidir de plano o conteúdo atinente à exceção.

Em relação aos efeitos emanados deste instituto jurídico, embora seja uma questão muito discutida, a exceção de pré-executividade não suspende o processo executivo, pois ao devedor nos embargos pertine essa vantagem, salvo nas hipóteses em que a exceção for proposta antes da penhora, haja vista que seria um desperdício da atividade jurisdicional permitir o seguimento da execução.

Neste diapasão, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, em razão da evolução dos princípios que englobam o processo de execução, a exceção de pré-executividade pretende proteger o patrimônio do devedor em face dos eventuais excessos e atos de ilegalidades da execução propiciando, assim um devido processo legal, com respeito as questões de ordem pública.

Assim sendo, conclui-se que não poderá o executado sofrer com a penhora de seu patrimônio, nos casos acima citados, quando inexistir título executivo a ser exigido, bem como encontrar impossibilitado de defender-se na própria execução ou mesmo embargos de devedor, também sem constrição judicial, em face de tais inibições afrontarem o disposto no artigo 5º, XXXV e LV da Carta Política em vigor. Considerando que todo processo deverá oferecer segurança e estabilidade às partes, não se permitindo a convalidação de uma execução onde não estão presentes os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Pois sem título executivo líquido, certo e exigível não há possibilidade de execução válida. Trata-se de condição da própria execução o que deve ser verificado de ofício quando do recebimento da petição inicial, indefirindo-a. Se for aceita uma execução nula, sem os requisitos legais, cabível a interposição da exceção de pré-executividade, independente de penhora e embargos para fulminar essa indevida execução.

Não obstante, a possibilidade de reparação do dano não inibe, nem poderia inibir a iniciativa do executado devedor de evitar a ocorrência do referido dano.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. Porto alegre: Letras Jurídicas, vol. I, 1987.

_____. *Manual de processo de execução*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo. Artigo publicado na revista de processo – REPRO, nº 55

CARNELUTTI, Francesco. *Instituizione del processo civil italiano*. 5. ed., Roma, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, vol. I, 1956.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 1973.

_____. *Execução civil*. 3. ed., Rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1993

_____. *Execução civil*. 4. ed.. São Paulo; Malheiros, 1994.

_____. *Execução civil*. São Paulo; Malheiros, 1998.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo. Artigo publicado na Revista dos tribunais – RT Nº 657.

GRINOVER, Ada Pelegrine e outros. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LACERDA, Marcelo Lima. *Execução de Título extrajudicial e segurança do juízo*. Publicado na Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – Ajuris, vol. 23.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Embargos do executado*. 2. ed. Trad. I, Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Ação executiva – necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos. Processo de conhecimento e processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MIRANDA, Pontes de. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol. IV, 1975.

MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargos do executado – exceção de pré-executividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOURA, Mário Aguiar. *Embargos do devedor – teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípio constitucionais do processo civil na constituição federal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Elpídio Donizete. *Curso didático de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA NETTO, Olavo de A. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo; Revista dos Tribunais: 2000.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. III, 1959.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, vol. III, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, vol. II, 1990.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. *Exceção de pré-executividade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1995.

_____. *Curso de direito processual civil*. 29 ed., Rio de Janeiro: Forense, vol II, 2000.

_____. *Processo de execução*. 17. ed., São Paulo: LEUD, 1984.