



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

GEÓRGIA GRAZIELA ARAGÃO

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SEUS EFEITOS NO
PROCESSO DE EXECUÇÃO**

**SOUSA - PB
2005**

GEÓRGIA GRAZIELA ARAGÃO

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SEUS EFEITOS NO
PROCESSO DE EXECUÇÃO**

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.

**Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ângela Maria Rocha Gonçalves de
Abrantes.**

**SOUSA - PB
2005**

GEÓRGIA GRAZIELA ARAGÃO

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SEUS EFEITOS NO
PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Banca Examinadora

**Prof. Ms. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.
(Orientadora)**

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

**Sousa-PB
2005**

Dedico este trabalho monográfico ao meu amado Deus que me tem concedido a graça de alcançar objetivos que nem eu mesma poderia imaginar.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus que sempre iluminou os meus caminhos e que nunca me deixou fraquejar diante das inúmeras dificuldades da vida cotidiana;

À minha mãe que sempre me encheu de coragem através de sua força espiritual, a minha saudade a trouxe de volta, pois, vive comigo eternamente;

Aos meus irmãos pela presença diuturna;

À minha querida avó, razão de todas as minhas vitórias;

Ao meu namorado, Paulo Abrantes, companheiro e paciente nos momentos precisos;

À minha orientadora, pelas lições jurídicas e de vida, com quem aprendi a amar o magistério superior;

Enfim, agradecimento especial à minha cunhada Jônica e à minha amiga Da Luz, pessoas especiais que sempre me ajudaram e contribuíram de forma veemente para a realização deste trabalho.

Interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades humanas são ilimitadas, se, ao invés, limitados são os “bens”, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, produto necessário da convivência do homem com outros homens é o “conflito de interesses.

Francesco Carnelutte.

RESUMO

Neste estudo, tratar-se-á de aprofundar o instituto da Exceção de Pré-Executividade, novo para muitos, mas na realidade já utilizado há mais de 50 anos. Assim, objetiva-se melhor compreender o processo de execução que a priori não admite defesa, principalmente em embargos do devedor, o que é um mito no direito processual civil. Antes, porém, e para melhor entendê-lo, far-se-á um breve relato histórico, situando o instituto de modo incidental no processo executivo, independentemente da penhora de bens do executado. Antes do uso da Exceção de Pré-Executividade, consagrado e moldado pela doutrina atual, restava apenas e tão somente o uso dos embargos. Relativamente à defesa do executado (que é uma garantia universal de base a todo tipo de processo) pouco se atentou após a reforma processual ocorrida com o advento da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que mudou substancialmente nosso direito processual. E, ainda, a mini reforma de 1994, que introduziu no sistema processual, por exemplo, o instituto da antecipação da tutela, o qual hoje ganhou, inclusive, a aprovação da jurisprudência. Assim, todo homem que se vê indevidamente demandado tem o direito de livrar-se do processo o mais breve possível. Não se pode admitir que o executado somente possa valer-se de defesa nos embargos e após a constrição dos seus bens, quando a execução perecer por falta de pressupostos do processo, por exemplo. Nesses casos o juiz deve agir ex officio e se não o faz, o remédio apropriado é a execução de pré-executividade. Embargos é sede própria para se discutir matéria de alta indagação; matéria de ordem pública que deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado assim que receber os autos para o despacho inicial; se não o faz, resta ao executado lembrá-lo disso. E o efeito da interposição da Exceção de Pré-executividade é justamente o que busca o executado: a suspensão, ainda que indireta, da execução diante do fundamento da sua defesa. Na pesquisa deste trabalho frisa-se os métodos dialético e o histórico-jurídico, quanto à metodologia, fez-se o uso da pesquisa bibliográfica (doutrina, jurisprudência, artigo da internet, entre outros).

Palavras-chave: Exceção. Pré-executividade. Execução. Defesa. Embargos. Processo. Bens. Constrição. Suspensão.

ABSTRACT

In this study, we will be about deepening the institute of the Exception of Pré-Executividade, new for many, but in fact already used there is more than 50 years. Thus, we objectified better to understand the execution process that a priori doesn't admit defense, mainly in the debtor's seizures, what is a myth in the civil processual right. Before, even so, and for best to understand it, we will make a brief historical report, placing the institute in an incidental way in the executive process, independently of the garnishment of goods of the executed. Before the use of the Exception of Pré-Executividade, consecrated and molded by the current doctrine, it just remained and so only the use of the seizures. Relatively to the defense of the executed (that is an universal warranty of base to whole process type) not very it was attempted after the processual reform happened with the coming of the Law no. 5.869, of January 11, 1973, that changed our processual right substantially. And, still, the mini reforms of 1994, that it introduced in the processual system, for example, the institute of the anticipation of the it tutors. Which today won, besides, the approval of the jurisprudence. Like this, whole man that sees him improperly demanded he/she is entitled the of getting rid of the process the briefest possible. We cannot admit that executed him it can only be been worth of defense in the seizures and after the constriction of its goods, when the execution perishes for lack of presuppositions of the process, for example. In those cases the judge should act former occupation and if he doesn't make it, the appropriate medicine is the pré-executividade execution. Seizures are own thirst to discuss matter of high inquiry; matter of public order that should be recognized as soon as of occupation by the magistrate to receive the solemnities for the initial ruling; if he/she doesn't make it, it remains to the executed to remind it of that. It is the effect of the interference of the Exception of Pré-executividade it is exactly what it looks for it executed: the suspension, although insinuation, of the execution before the foundation of its defense. In the research of this work we stressed the method dialético and the historical-juridical, with relationship to the methodology, he/she made himself the use of the bibliographical research (doctrine, jurisprudence, article of the internet, among other).

Keywords: Exception; Pré-executividade; Execution; Defense; Seizures; Process; Goods; Constriction; Suspension.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	14
1.1 Breve Histórico Sobre o Instituto da Execução.....	14
1.1.1 Direito Romano.....	14
1.1.2 Direito Pátrio.....	16
1.2 Classificação das Ações Quanto ao Provimento Jurisdicional invocado.....	18
1.3 Breves Considerações sobre o Processo de Execução.....	19
CAPÍTULO 2 – DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	26
2.1 Conceito.....	26
2.2 Fundamento.....	26
2.3 Casos Mais Frequentes de Sua Aplicabilidade.....	28
2.4 Origem do Instituto e seu Acolhimento Doutrinário e Jurisprudencial.....	30
2.4.1 Doutrina.....	32
2.4.2 Jurisprudência.....	36
2.5 Suporte Legal à Exceção de Pré-Executividade.....	39
2.6 Nomenclatura do Instrumento de Oposição à Execução: Exceção de Pré-Executividade, Objeção de Pré-Executividade, Objeção de Não Executividade ou Objeção à Executividade?.....	41
2.7 Natureza Jurídica da Exceção de Pré-Executividade.....	43
2.8 Honorários de Advogado e Custas.....	44
CAPÍTULO 3 – DOS EFEITOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	46

3.1 A Impossibilidade de Substituição dos Embargos do Devedor à Execução pela Exceção de Pré-Executividade.	46
3.2 Possibilidades de Suspensão do Processo de Execução.....	48
3.2.1 Suspensão Obrigatória.....	49
3.2.2 Suspensão pela Interposição de Embargos à Execução.....	49
3.2.3 Suspensão pela Interposição da Exceção de Pré-Executividade.....	50
3.2.4 Atos Posteriores.....	53
3.2.5 Do Recurso Cabível.....	54
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O Processo de Execução, é basicamente o caminho pelo qual se almeja apenas e simplesmente reaver-se um crédito, que tem que ser, *a priori*, líquido, certo e exigível (Artigos: 584, 585 e 586 cumulados com o Artigo 618, I, todos do Código do Processo Civil). Nesse Processo, não se admite discussão acerca da matéria que deu origem ao título executivo, pois o mesmo já se acha, presumidamente constituído com todos os elementos fáticos e de direito, o que habilita o credor a expropriar judicialmente bens do devedor, através do Estado, em caso de não depósito imediato, entrega da coisa ou pagamento (artigos 622, 929 e 652, todos do CPC).

Admitindo a lei a expropriação de bens do inadimplente com base em título legítimo, via de regra resta ao faltoso apenas defender-se através de embargos do devedor e, ainda assim, após a segurança do juízo (Artigos 736 e 737). Quando se fala em segurança do Juízo, refere-se ao fato de o Estado, na pessoa do juiz, legalmente tomar a vez do credor. Assim, deve haver penhora válida, realizada por Oficial de Justiça ou por livre nomeação do Devedor na execução por quantia certa, ou depósito da coisa, ou imissão de posse, na execução para entrega de coisa certa ou incerta, o que seguramente vem diminuir, senão tornar-se indisponível certo bem da esfera da livre disposição do devedor, ou candidato a devedor.

Diversos Tribunais brasileiros, (após vários reclamos encetados pelos operadores do Direito como um todo) embasados em boa doutrina nacional e em precedentes históricos mundiais, bem como na jurisprudência internacional, têm admitido que o devedor em casos específicos se defenda da ação executiva por simples petição de exceção de pré-executiva, o que muitos chamam de *pequeno incidente de cognição restrita no processo de execução*.

Interesse maior pelo tema surgiu devido ao fato desta matéria ainda ser nebulosa para diversos operadores do Direito, que sequer já ouviram falar-se de tal possibilidade processual, uma vez que a maioria levantou-se dos bancos universitários com especial observância apenas ao Direito positivado, restringindo-se a entendê-lo. Assim, a pesquisa é importante para a Academia e irá contribuir para maiores discussões no meio acadêmico. Quando da preparação do presente trabalho fez-se uso dos métodos dialético e histórico-jurídico; foram realizadas pesquisas bibliográfica, consulta doutrinária e jurisprudencial, quando então, analisamos as correntes que em muitos casos são divergentes, salientando, no entanto, o posicionamento da doutrina dominante.

No primeiro capítulo, que trata da evolução histórica do direito processual no Brasil, demonstramos (ainda que de forma sintética, mas inteligível) o desenvolvimento do Direito Processual Civil em nosso país, classificando as ações quanto ao provimento jurisdicional invocado, tecendo, *in fine*, breves considerações sobre o processo de execução e, mostrando os dispositivos legais que o norteiam.

No segundo capítulo discorremos sobre o *instrumento* da Exceção de Pré-Executividade, conceituando de forma objetiva, com seu fundamento nuclear, os casos mais freqüentes de sua aplicabilidade, sua gênese e acolhimento doutrinário e jurisprudencial, além de seu suporte legal, sua natureza jurídica e discussão acerca da possibilidade de arbitram-se honorários de advogado e custas judiciais.

No terceiro capítulo analisamos os *efeitos* da interposição da Exceção de Pré-Executividade, discorrendo sobre as correntes doutrinárias, e seus posicionamentos quanto à suspensão do processo de execução. E, ainda, o efeito causado após a interposição da Exceção de Pré-executividade, quando busca o executado a suspensão do procedimento executório, dando-lhe oportunidade de defesa sem que haja a expropriação de seus bens. Para tanto, sua

fundamentação deve estar baseada nos requisitos do instrumento, havendo comprovação de que a execução está eivada de nulidade.

Neste contexto, com a oposição da Exceção de Pré-Executividade, a despeito dos embargos, visa-se à solução do litígio com o mínimo de atividade processual, levando-se em consideração ser uma defesa cujo processamento e julgamento são mais céleres.

Vale salientar que precedentes históricos sobre a temática não faltam. Desde antes da compilação de Justiniano, tem-se notícias da possibilidade de o devedor poder argumentar com o Pretor acerca do crédito almejado pelo credor, independentemente de perda do seu patrimônio. Convém lembrar que o Direito Romano foi conhecido por todos como o gênese de todo o Direito, dada a sua praticidade e beleza.

Este é, pois, o foco do presente trabalho.

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

1.1 Breve Histórico Sobre o Instituto da Execução.

A atividade jurisdicional executória na visão de Chiovenda, (1965, p.36). “ é um conjunto de atividades atribuídas aos órgãos judiciários para realização prática de uma vontade concreta previamente consagrada em um título”. O instituto da execução foi criado como forma de atender a anseios da sociedade no sentido de garantir, ao detentor de um título executivo judicial/extrajudicial, alcançar o que é seu de direito, ou seja, a ter para si o bem jurídico material que a sentença atribui, caso não haja cumprimento voluntário pelo vencido/devedor.

1.1.1 Direito Romano

No direito romano antigo, segundo Greco Filho (2003, p.38), a execução tinha um conteúdo privado, o juiz não pertencia a um organismo público, ou seja, a uma instituição, ele era apenas um jurisconsulto em que as partes submetiam suas questões. A atuação do magistrado era embasada em liberar ou não a obrigação do credor. O vencido ficava à mercê do vencedor, podendo este agir, inclusive fisicamente, sobre a pessoa do devedor, que podia ser reduzido a condição de escravo do credor.

Assim, no direito romanístico, a execução era realizada por meio *manus injectio*, que se traduzia na execução feita na pessoa do devedor, podendo o mesmo ser vendido pelo credor, desde que fosse fora da sua cidade, *trans tiberim*.

Quando surgiu a *actio indicati*, no Direito Clássico Romano, a situação do devedor melhorou, porque as partes deveriam comparecer perante o pretor (caso o devedor não cumprisse

sua obrigação), podendo este até arguir em sua defesa a nulidade da sentença ou opor exceção. A execução forçada só era possível com base em sentença condenatória, que não era a rigor um título executivo, mas tão somente a *oblatio iudicati*, que vinha dar lugar a antiga obrigação, e, desde que depois de decorrido o *tempus iudicti*, considerado o prazo concedido ao devedor para satisfação voluntária da obrigação. Se o devedor fosse novamente vencido, era condenado a pagar o que devia, e se não cumprisse a obrigação da qual fora condenado, o vencedor tinha que propor contra o mesmo a *actio iudicati*, que levava à execução do devedor, caso não pagasse.

Na época pretoriana, a *actio iudicati*, não visava à prática pelo magistrado de medidas executivas, mas a nova condenação, a liberação do desforço físico a ser exercido pelo próprio credor, que adjudicava o devedor para fazê-lo pagar a dívida com o seu próprio trabalho.

Após a queda do Império Romano Ocidental, surgiu um direito chamado de *direito de intermédio* cujos meios de execução eram os mais terríveis, imperavam todos os tipos de coação sobre o devedor: real, moral e psicológica, não havendo distinção entre responsabilidade civil e penal e nem tão pouco entre cognição e execução.

Com o renascimento do direito romano, a execução em comento, ensejou a reabertura de várias discussões sociais, com grandes inconvenientes, fazendo com que os juristas medievais criassem um novo instituto denominado *executio parata*, execução emparelhada, que se realizava por ordem do juiz como complemento da cognição. Tal execução foi a semente para o atual processo de execução.

Com a *executio parata*, reafirmou-se o princípio da necessidade de prévia condenação judicial do devedor, mas aboliu-se a *actio iudicati*, com novo procedimento contraditório, para então autorizar-se à execução forçada, como uma simples atividade complementar do juiz da condenação. Neste contexto, o credor endereçava um requerimento ao juiz e este, sem ouvir a parte contrária, praticava os atos necessários para assegurar a execução da sentença por ele

proferida. Essa execução, tida como simples prosseguimento do ato de prolação da sentença, recebia a denominação de execução por *officium iudicis*.

Depois passou-se a admitir que os negócios particulares, em certas condições, pudessem conduzir diretamente à execução, dispensando-se a sentença condenatória. Eram os chamados *instrumenta guarentigiata on confessionata* (espécies de escritura pública de confissão de dívida), os quais se dizia que tinham eficácia de execução aparelhada. Assim, igual força foi estendida à Letra de Câmbio.

Na execução promovida com base em sentença, as defesas do devedor eram muito reduzidas (nulidade da sentença e pagamento). Na execução fundada em título negocial assegurava-se ao executado a ampla possibilidade de defesa.

1.1.2 Direito Pátrio

Greco Filho (2003, p. 44) leciona que, na colônia e no Império, a legislação vigente no Brasil era a portuguesa, continuando a existir a dicotomia entre a execução de sentença (execução emparelhada) e a ação executiva (títulos negociais).

Até 1850, o sistema processual pátrio era ainda o das Ordenações Filipinas; adveio naquele ano, nosso primeiro diploma processual, o Regulamento nº 737, que deu nova disciplina ao processo comercial, e o estendeu ao processo civil (em 1890). A partir de então constituiu-se o direito processual brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1939, reafirmou a diferença entre execução de sentença e ação executiva. Aquela sempre fundada na sentença condenatória e esta apenas em título executivo extrajudicial. Para o direito brasileiro, nessa época, a execução era fase complementar do processo de conhecimento.

Nos dias atuais, não há mais, quanto à força e efeitos executórios, distinção entre título executivo judicial e extrajudicial. Portanto, nem se conhece mais a ação executiva com procedimento especial.

No moderno sistema, o processo de execução não é destinado ao contraditório e nele não há nem audiência, nem sentença de mérito. Só existirá julgamento quando o executado opuser embargos, o que ocorrerá em autos apartados, sem interferência no processo de execução, salvo a sua suspensão, nos casos do art. 741 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil brasileiro submeteu-se a consideráveis alterações, das quais resultaram, dentre outras, as seguintes inovações, no plano das execuções forçadas: como a do artigo 461 do mesmo diploma legal ao proclamar que é direito do credor o acesso à execução específica, mesmo no caso de obrigações de fazer. Outra alteração de grande importância foi aquela trazida pelos artigos 273 e 461 § 3º que criaram a antecipação de tutela, no processo de conhecimento, para evitar o risco de insucesso da futura execução de sentença.

O Código também ampliou ao máximo o conceito de título executivo extrajudicial, de modo a configurá-lo em qualquer documento particular firmado pelo devedor e duas testemunhas, no qual se tenha assumido obrigação de qualquer natureza, desde que tal título se revista de liquidez, certeza e exigibilidade. Por fim, o artigo 659, § 4º tornou obrigatória à inscrição da penhora no Registro de Imóveis.

No código atual, o processo de execução decorre tanto de título executivo judicial (que é a sentença proferida no processo de conhecimento) como de título executivo extrajudicial (que são aqueles títulos que a lei confere eficácia executória).

1.2. Classificação das Ações Quanto ao Provimento Jurisdicional Invocado

Tendo em vista o tipo de resultado desejado pela parte, é possível classificar os processos em três tipos distintos, conforme disposição expressa do Código de Processo Civil: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

O processo de conhecimento, segundo Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 115):

(...) é aquele em que a parte realiza afirmação de direito, demonstrando sua pretensão de vê-lo reconhecido pelo Poder Judiciário, mediante a formulação de um pedido, cuja solução será ou no sentido positivo ou no sentido negativo, conforme esse pleito da parte seja resolvido por sentença de procedência ou de improcedência.

Diz-se processo de conhecimento porque, nessa modalidade de processo, o juiz realiza ampla cognição, analisando todos os fatos alegados pelas partes, aos quais deverá conhecer e ponderar para formar sua convicção e sobre eles aplicar o direito.

As ações de conhecimento se dividem em declaratórias (limitam-se à declarar a existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade de um documento), condenatórias (nestas o autor pretende além da declaração, uma condenação do réu ao cumprimento de uma obrigação ativa ou omissiva), constitutivas (não contêm condenação, porém, a declaração acompanha a constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica), mandamentais (têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem cujo descumprimento caracteriza desobediência à autoridade estatal, passível de sanções) e executivas lato sensu (nesta há uma autorização para executar a decisão, produzindo a mesma efeitos concretos independentes de processo de execução).

O processo de execução, por sua vez, existe para proporcionar a atuação concreta do provimento de mérito proferido no processo de conhecimento (condenatório) anterior. Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 117):

Essa expressão – atuar concretamente- quer dizer fazer com que aquela decisão judicial, que, por exemplo, condenou o réu ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, realize-se e produza efeitos no mundo dos fatos, de forma que o autor receba aquilo a que tem direito por força da sentença.

Além de servir para os fins acima expostos, o processo de execução também serve para, mediante os mesmos meios executórios, atuar concretamente comandos existentes em documentos firmados entre as partes, aos quais a lei confere a mesma força executiva atribuída à sentença condenatória. São os chamados títulos executivos extrajudiciais (nota promissória, cheque, contratos, etc).

Já o processo cautelar visa a proteger contra o risco de ineficácia o resultado do processo: seja a eficácia futura de provimento jurisdicional que provavelmente será proferido em processo de conhecimento, seja o resultado de processo de execução que já se encontra em curso, ou que brevemente estará tramitando em juízo (processo incidental ou preparatório). Neste sentido, deve, necessariamente, existir o risco de esvaziamento do resultado do processo, em razão do tempo ou de atos do réu tendentes à sua frustração (*periculum in mora*) e sendo razoável a hipótese de que o provimento jurisdicional seja favorável ao autor, porque existe indicação, ainda que mínima, da plausibilidade do direito que se afirma ser titular (*fumus bonis iuris*).

1.3 Breves Considerações Sobre o Processo de Execução.

Como já aludido, e sem tecer maiores comentários acerca dos provimentos jurisdicionais postos à disposição das partes num litígio, restringir-se-á agora a alguns aspectos da execução

forçada, que tanto pode ser embasada em título executivo judicial, que se dá na maioria das vezes após percorrer-se todo um doloroso e cansativo processo de conhecimento, materializado numa sentença (artigo 584, I a IV, do Código de Processo Civil) como em título extrajudicial, originado de ato da vontade das partes, representando uma obrigação, segundo o rol do artigo 585, do Código de Processo Civil, sempre se buscando a priori garantir o juízo com uma penhora ou comum depósito, ambos onerando e indisponibilizando bens do devedor.

O processo de execução se configura por uma série de atos organizados tendentes a realizar, coativamente, a satisfação do credor, em face do devedor inadimplente. A inadimplência do devedor decorre do não cumprimento espontâneo de uma obrigação expressa em título executivo judicial ou extrajudicial.

Frente à inadimplência do devedor, socorre-se o credor da tutela jurisdicional, prestada pelo Estado quando provocado, na figura do juiz e respectivos auxiliares, para o fim de obter o adimplemento da obrigação, não satisfeita espontaneamente.

O adimplemento da obrigação, em sede de execução, será realizado por meio de atos coercitivos, realizados pelo Estado, atribuindo-se um caráter de força à execução, sendo este o processo de execução.

Tais atos independem da vontade do sujeito passivo da relação processual, que pode ver constrangido seu patrimônio para satisfação do crédito. Como disse, a execução forçada é a realização de pretensões de direito material mediante coação do Estado. Escreveu Pontes de Miranda (apud. ASSIS, 2000, p.82) que “ onde o titular do direito poderia, em formas sociais primitivas, declarar, constituir, condenar ou mandar, o Estado hoje declara, constitui, condena ou manda (monopólio estatal da justiça). Esse monopólio estende-se à execução forçada”.

Característica fundamental do processo de execução forçada é que o devedor não é chamado para se defender, havendo contraditório, mas sim para cumprir a obrigação decorrente

do título sobre o qual se funda a execução, o que atribui efeito prático a uma norma válida. O rito da execução é rígido e tende a favorecer o credor, vez que há presunção de legitimidade de seu direito. Tanto é assim que o processo de execução visa a um resultado prático, consubstanciado num título executivo judicial ou extrajudicial que, no caso da certidão de dívida ativa, (a teor do que dispõe o artigo 3º da Lei 6.830/80) goza de liquidez e certeza.

Como bem diz Pontes de Miranda (apud. ASSIS, 2000, p. 82) “ A força executiva retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante”. Tudo isso, é evidente, que se dará quando, citado o executado, e não efetivar o pagamento estampado no título, porque o fazendo a ação executiva deixará de existir (artigo 794, I, do Código de Processo Civil).

Seguindo essa linha de raciocínio, Moreira (2000, p.76) diz que nas execuções forçadas, o Estado executa pelo que devia executar: o ente estatal diz que alguém deve, decisão no plano processual, e entrega, dizendo que entregou pelo executado – o que talvez não coincida com a realidade no plano material, ou porque o réu não devesse, ou porque o objeto da entrega seja diferente ou não exista ou não tivesse sido realmente entregue.

Daí, a necessidade proeminente da existência de um direito materializado num título, revestido de força executiva, diga-se revestido de todas as formalidades legais.

Condição indispensável para a propositura da ação de execução é a existência de título executivo, que pode ser identificado como ato ou fato a que a lei atribui (na maior das vezes até de forma arbitrária) tamanho grau de certeza que permite ao autor desde logo pleitear medidas satisfativas, dispensando – no caso dos títulos executivos extrajudiciais – o processo cognitivo condenatório prévio.

Portanto, se a prestação e respectivo instrumento se subsumem na descrição legal, configurado se acha o título executivo, base das execuções. Sintetizando, seja por imposição

contida na decisão do Estado, materializado numa sentença (título executivo judicial), seja por força da obrigação livremente assumida pelo devedor, (em documento revestido de força executiva) na esfera extrajudicial, a execução é ação destinada a tutelar a pretensão insatisfeita do credor.

Como instrumentos de oposição à ação executiva, vê-se que, tradicionalmente, o devedor só pode valer-se dos meios previstos na lei adjetiva, qual seja, a Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, instituidora da reforma do Código de Processo Civil e isso somente após ofertar ou ter constritados seus bens, em montante suficiente para garantir o juízo da execução, através da penhora ou do depósito, momento em que, estando presente uma das hipóteses de contrariedade previstas nos artigos 741 ou 745, insurge-se contra a expropriatória por meio de embargos do devedor, que pela maioria esmagadora da doutrina, se revestem de natureza de Ação de Conhecimento Incidental.

Outros sustentam sua natureza dúplice, vendo-o como forma de defesa, seara em que absteemo-nos de perquirir, por não ser relevante a este singelo estudo. Só frise-se que os embargos constituem a via legal de que dispõe o executado para entrar na execução, para se opor a esta e para com uma outra ação extinguir, se possível, o processo de execução, ou, pelo menos, desfazer a eficácia do título executório.

Somente para exemplificar, no Código de Processo Civil de 1939, a regra era de que os embargos do executado de efeito suspensivo se processavam nos próprios autos da execução, e somente os demais em autos apartados; enquanto o Código vigente determina que devem ser “autuados” em apenso aos autos do processo principal”, e o faz judiciosamente, uma vez que os embargos constituem ação em que o executado passa a autor e o exequente a réu, como embargado.

É tão verdade essa natureza jurídica de ação autônoma dos embargos, que ela deve preencher as condições da ação, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte (artigo 267, VI do Código de Processo Civil). Ademais, não se pode olvidar os pressupostos processuais da ação, quais sejam, a competência do juízo, a capacidade das partes e a forma adequada do procedimento.

Para que o executado possa opor embargos, inicialmente, deve-se fazer alusão a dois pressupostos específicos da execução, a saber: a) a existência de título executivo, consoante prescreve o artigo 583 e b) o inadimplemento da obrigação inserida no título executivo. No primeiro pressuposto, vislumbra-se a certeza e a liquidez do título. O segundo, a exigibilidade do título, condição que não se pode prescindir para exigir-se a dívida (artigo 580).

Observando o disposto no art. 737, percebe-se que não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo. No caso de execução para entrega de coisa certa, proceder-se-á ao depósito da coisa (inciso II, artigo 737). O Estado-juiz terá assim a garantia de que sendo improcedente os embargos, será possível a satisfação do crédito do exequente. Ressalte-se que se o juiz não exige a segurança do Juízo, é interponível o agravo de instrumento. Nas obrigações de fazer e de não fazer, por seu turno, não há como se exigir a sua garantia. Em caso de execução por quantia certa contra devedor insolvente também não há como se exigir a garantia do juízo, se pudesse, por óbvio, ele não seria insolvente.

Conclui-se, enfim, que a exigência da segurança do juiz dá-se apenas nos casos dos incisos I e II do artigo 737, excluídas, portanto, nas execuções de fazer, de não fazer e contra devedor insolvente. Ademais, não exige a lei que a segurança seja total ou completa. Pode muitas vezes, acontecer que inexistam bens do executado para cobrir todo o valor da dívida exequenda.

Outro requisito nuclear que diz respeito à tempestividade dos embargos. Trata-se de tema essencial, eis que visa a assegurar a igualdade às partes, evitando-se assim a insegurança no

âmbito jurisdicional. Se extemporâneos, o juiz rejeitará liminarmente os embargos... (artigo 739, I). O artigo 738, com a nova redação que lhe deu a Lei 8.953/9, esclarece que “o devedor oferecerá embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados”. Nesse sentido, a contagem do prazo começava a fluir à partir da juntada aos autos da prova de intimação da penhora, em se tratando de execução por quantia certa (inciso I, do art. 738). Quando, todavia, “foi aceita a nomeação de bens à penhora, o prazo correrá da data em que for elaborado o respectivo termo” (artigo 738, II).

Em caso de execução para a entrega de coisa, conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado de imissão de posse, ou de busca e apreensão (artigo 738, III). Por fim, nos casos de execução de fazer e de não fazer, o prazo do decênio inicia-se a partir da juntada aos autos do mandado de citação (artigo 738, IV). Ademais, não se aplica aos embargos o que estabelece os artigos 188 e 241, III, todos do Código de Processo Civil.

Não se pode olvidar que no caso de execução fiscal, consoante preceitua o artigo 16 da lei nº 6.830/80, o prazo é de 30 (trinta) dias.

Quer-se, ainda, perscrutar, mesmo que sem a profundidade necessária, os casos dos incisos insertos no artigo 738. No que pertine à situação contida no inciso I, o termo a quo, em se tratando de diversas penhoras, começa a partir da primeira. No inciso II, a referência ao artigo 622, força-nos à leitura do artigo 621, alterado pela Lei n. 8.953/ 94. Uma leitura rápida do dispositivo legal em tela pode ensejar uma interpretação equivocada: teria o executado o prazo de 10 dias para entregar a coisa e apresentar os embargos? Não, em absoluto. Tem o executado, 10 dias para entregar a coisa e, uma vez entregue, abre-se automaticamente a contagem de mais 10 dias para embargar. Essa a exegese correta.

O inciso III, do artigo 738, é aplicável quando o executado não entrega tampouco deposita a coisa. Basta que ressalte o fato de que o mandado de imissão de busca e apreensão quando a coisa for móvel.

No tocante ao inciso IV, do artigo 738, nada há que se falar em segurança do juízo. Ressalte-se a inaplicabilidade do artigo 221, inciso I, que diz: A citação far-se-á: I – pelo correio. É que o artigo 222, com a redação dada pela Lei nº 8.710/93, em alínea “d” excetua tal citação quando se tratar de processo de execução. Portanto, a citação postal é rigorosamente proibida, devendo ela ser feita por oficial de justiça, ou por edital, cujo prazo varia de 20 a 60 dias (artigo 232, IV).

Como visto, os embargos são adequados, legalmente, a atacar a eficácia do título executivo ou a relação processual representada pelo mesmo.

Porém, haveria outro *iter* a ser trilhado pelo executado, em certas condições, quando presente vício ou irregularidade capaz de desconstituir de plano a obrigação representada no título, ou, ainda, atacar a existência do próprio título executivo.

Trata-se de remédio doutrinário, que vem enraizado em jurisprudência, como se verá fartamente adiante, sob as nomenclaturas de exceção de pré-executividade, objeção de pré-executividade, objeção de não-executividade, ainda, de objeção à executividade. Enfim, incidentes cognizantes, na concepção doutrinária.

CAPÍTULO 2 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

2.1 Conceito

Constitui o instituto da exceção de pré-executividade na possibilidade de apresentação de defesa no processo de execução onde se ataca o direito de ação de execução eivada de nulidade – resistindo-se ao direito nela carregado, sem que tenha havido constrição judicial.

2.2 Fundamento

O fundamento nuclear que ampara o novel instituto, dentre outros, é a nulidade do processo executivo. Isso segundo posicionamento da parte dominante da doutrina, sob a presidência de Moreira (2000, p.81), porque para outros, a exceção de pré-executividade ataca precipuamente o título.

A propósito, configuradas quaisquer das hipóteses previstas no art. 618, combinado com os artigos 586, 652, 736 e 737 da legislação ordinária brasileira que autorizam a via estreita da exceção de pré-executividade, possível é a suscitação de qualquer matéria em oposição à execução interposta, sem que para tanto seja ofertada a necessária ação de embargos do devedor.

Da combinação dos permissivos acima codificados, esboça-se nos Tribunais a possibilidade, em casos específicos, de o executado insurgir-se contra o desfecho inaugural proferido na execução, e até mesmo a posteriori, através de arguição de nulidade da execução, agravo de instrumento, mesmo sem estar seguro o juízo.

Assim, a interposição da chamada “exceção de pré-executividade” dispensa a segurança do juízo, podendo ser dirigida em simples petição, até sem fazer-se qualquer menção a exceção de pré-executividade, e decidida de plano pelo magistrado ao reconhecer nulidade absoluta e insanável no processo de execução, declarando a inexistência da prova pré-constituída do título executivo, que é condição da ação de execução forçada.

Os pressupostos estritamente formais, aparentes no título, podem ser examinados no limiar da ação, sem necessidade de aguardarem a penhora e os embargos do executado.

Na verdade, ocorrendo nulidade do título não sentencial objeto da execução por ausência de liquidez, certeza e exigibilidade, tal fato pode e deve ser argüido tanto pela parte executada como *ex officio* pelo juiz.

Portanto, a exceção de pré-executividade se justifica em hipóteses em que patenteia a ausência de condições da ação, exemplificadamente a possibilidade jurídica afastada por título flagrantemente nulo ou inexistente, bem como se o título (contrato, por exemplo) foi interpretado erroneamente e, ao invés de ingressar-se com ação de execução de obrigação alternativa, ingressa-se com ação de obrigação de dar coisa incerta, institutos assemelhados, hipóteses onde sequer se justificaria a realização da penhora ou busca e apreensão da coisa, que pressupõe a executoriedade do título. Por igual, quando evidenciado a ilegitimidade do exequente, por ser outro que não o titular do crédito executado, impõe-se a procedência da exceção de pré-executividade. Enfim, aplica-se, quando a matéria afetada for de ordem pública, visível de plano e sem maiores indagações.

2.3 Casos Mais Freqüentes de Sua Aplicabilidade

Dentre outros casos, a segurança do juízo não pode ser imposta nos casos em que o título em execução não se reveste das características de título executivo, porque, destarte, a própria execução estaria sendo ajuizada com abuso de direito por parte do credor, utilizando uma via processual que a lei, em tese, não lhe concede.

Uma outra hipótese é aquela em que o executado, pobre, não dispõe de bens para oferecer à penhora, não sendo possível, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, em que se assegura o pleno contraditório, limitá-lo, desta maneira, contra pessoas economicamente carentes.

No caso, poder-se-ia dizer que, em não havendo bens a penhorar, não haverá a execução propriamente dita. Não é bem assim, pois, especificamente a execução ficará suspensa na falta de bens penhoráveis, mas o nome do executado permanecerá nos registros forenses como uma verdadeira mancha a enodoar o crédito, sem que ele apresente a defesa de que, talvez, já tenha pago o título ou de que realmente nada deva.

Ora, sendo o Brasil uma coletividade liberal, conforme se vê do disposto no artigo 5º do Estatuto da Nacionalidade, com 77 incisos (Constituição Federal de 1988), a qual seguramente, oferece o mais amplo elenco de direito e garantias fundamentais, não se justifica tal posição. Assim, a *lex legum* tem traços liberais nítidos apesar das incursões dos Constituintes pela área do socialismo científico.

Ademais, a interpretação literal da lei é a pior forma de interpretação, não podendo ser tolerada em um regime democrático que assegura as mais amplas garantias aos cidadãos. Incabível nos tempos atuais, o ultrapassado *fetichismo legal*. A lei deve ser imposta quando e como o interesse da sociedade exige, e nunca ao arpejo do bem estar geral. Diniz (1996, p. 132),

comentando o artigo 5º da lei de Introdução ao Código Civil, que traça parâmetros gerais a uma exegese concebível, esclarece:

(...) em sua função interpretativa, na busca do sentido da norma, a equidade aparece na aplicação do método histórico-evolutivo, que preconiza a adequação da lei às novas circunstâncias, e do método teleológico, que requer a valoração da lei (...), a fim de que o órgão jurisdicional possa acompanhar as vicissitudes da realidade concreta.

No mesmo passo, pode ser apresentada defesa na própria execução, sem segurança do juízo, no caso de falta de condição da ação, dos pressupostos processuais, título sem assinatura do devedor e protesto adequado, vencimento antecipado da dívida e mesmo a incompetência absoluta.

Da mesma forma não há a exigência de segurança do juízo, na obrigação de fazer, seja de meio ou resultado e não fazer, porque o bem ou a obra depende do comportamento, ou atividade dele, aparecendo imediatamente por consequência do fazer. Só depois de feita é que deve ser entregue. Mas, o de que se cuida, por ocasião da execução, é o fazer e não a coisa.

Além dos exemplos citados, também não ocorre a segurança do juízo, no caso de entrega da coisa ao credor por força de imissão de posse ou busca e apreensão, quando a coisa não tenha sido depositada. Ainda há a possibilidade de embargos sem segurança do juízo, quando se trate de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, visto que os bens públicos são impenhoráveis, não se havendo de prover penhora como pressuposto de admissibilidade dos embargos que a Fazenda haja de opor. Porém, quando se tratar de execução proposta pela Fazenda Pública, também entende-se que seja possível o uso da exceção de pré-executividade pelo executado.

O mesmo ocorre quando houver prova inconcussa de pagamento do valor objeto de execução, sendo o mesmo caso de não ocorrer exigência de constrição de bens do devedor.

A propósito, coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que se tornando tradicionalmente para, atualizando o conteúdo da Lei, buscar no domínio da axiologia o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizados do que seja justo e legal.

Daí porque sendo o Direito, antes de tudo, um imperativo de ordem que se exprime pela integralidade do ordenamento legal existente, gerador de segurança nas relações sócio-jurídicas e determinante em última instância, da própria sobrevivência do Estado, compatível se torna a tese da exceção da pré-executividade do título, com o ordenamento jurídico existente.

2.4 Origem do Instituto e Seu Acolhimento Doutrinário e Jurisprudencial

Modernamente, Moreira (2000, p.258), afirma que “ (...) Pontes de Miranda, o primeiro jurista a traçar os contornos desse pensado novel meio de defesa, em julho de 1966, em parecer solicitado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann”. Essa figurava no pólo passivo de diversas ações executivas, oriundas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, mais pedidos de falências, todos embasados em títulos executivos que continham assinatura falsa de um de seus diretores. Eis um trecho do parecer de Miranda (1975, p. 158):

Quando se pede ao juiz que execute a dívida, tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial. Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado – dentro das 24 horas – argui que o instrumento público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Uma vez que houve alegação que importa oposição de “exceção pré-processual” ou “processual”, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens que de quem não estava exposto à ação executiva (...) pode o executado opor-se, legitimamente, à executória, com exceções de pré-executividade do título, exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva (...) A execução confina com interesses gerais, que exigem do juiz mais preocupar-se com a segurança intrínseca (decidir bem) do que com a segurança extrínseca (ter decidido)

Observa-se que Pontes de Miranda (apud. MOREIRA, 2000, p. 259) já admitia a defesa interna ao processo de execução independentemente de embargos, para quem o juiz teria razão para revogar (o mandado de execução), pode o executado objetar, e essa defesa (não embargos!) lê a decisão declarativa ou constitutiva negativa: ou declarativa da justiça do deferimento (confirmativa!) ou constitutiva negativa (destrutiva do despacho).

Dantas (apud. MOREIRA, 2000, p. 133), dá como raiz histórica da exceção de pré-executividade o Decreto Imperial n. 9.885 de 1888, artigos 10 e 31. O artigo 10 rezava que comparecendo o réu para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salva a hipótese do artigo 31. Esse dispositivo, por seu turno, estatuiu que a execução era considerada extinta necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se para tanto o documento autêntico de haver sido paga a respectiva importância na Repartição fiscal arrecadadora, a certidão da anulação da dívida, passada pela Repartição Fiscal Arrecadadora, na forma do artigo 12, parágrafo único, o requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo o arquivamento do processo, em virtude de ordem transmitida ao Tesouro. O decreto republicano é mais amplo (admite alegação de nulidade e de prescrição, além do pagamento) e também mais técnico, enquanto o artigo 31 do decreto imperial está inserido no capítulo da extinção da execução, que é impróprio. E continua Moreira (2000, p. 23):

Aliás, essa forma de defesa do executado já foi entre nós. Com efeito, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que cuidou da Organização da Justiça Federal, estabelecia, para o processo de execução fiscal, que: ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta. Eis aí a defesa sem embargos, sem garantia do juízo. Ainda o artigo 201 admitia que: A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida.

Quando se admitia que os próprios Estados-Membros instituíssem seus Códigos de Processo Civil, tem-se o Decreto n. 5.225, de 31 de dezembro de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu a exceção de impropriedade 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, sendo este o entendimento de Moreira (2000, p. 211).

O excesso de formalismo como a exigência de penhora, do depósito ou da imissão na posse, mesmo em caso de nulidade do título não sentencial, para apresentação da defesa, ou melhor, para a interposição da ação de embargos do devedor, quando fala mais alto, retarda a prestação jurisdicional. Não há nenhum sentido lógico nisso. O importante mesmo é que o ato alcança a sua finalidade, conforme o princípio da instrumentalidade das formas adotadas pela legislação processual civil brasileira (artigo 154, do Código de Processo Civil).

Outrossim, seguir ao pé da letra fria da lei não leva necessariamente à Justiça que é a finalidade maior; os juízes deveriam sempre ir além dos requisitos da norma, buscando seu julgamento no espírito da lei.

Portanto, se o executado quiser evitar a penhora, com base na ausência e na nulidade de título, poderá ofertar essas alegações independentemente de oposição de embargos, mediante simples defesa na própria execução, ou até mesmo via embargos, em preliminar, sem obrigatoriedade de constrição, pois se trata de matérias de ordem pública, isto é, de uma das condições da ação.

2.4.1 Doutrina

A doutrina ao longo dos anos vem se solidificando, recebendo, inclusive, adesões de grandes nomes que afirmam a possibilidade de apresentação de defesa e embargos do devedor sem constrição judicial.

De fato, é perfeitamente possível e previsível a defesa e arguição de nulidade de execução por vício fundamental nos próprios autos de execução, *ex-vi* dos artigos 267, § 3º; 585, II; 586; 618, I; 267; 586, II do Código de Processo Civil.

Dessa forma, apenas em casos excepcionais e de clara percepção pelo magistrado, caberia a defesa sem a referida garantia, como em casos de evidente nulidade da execução, na falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, defeito extrínseco do título, e mesmo o pagamento do valor objeto de execução demonstrado por prova indubitável, casos em que não haveria ofensa à lei, à aceitação de apresentação da exceção na própria execução, sem estar seguro o juízo.

Sobre a nulidade, leciona Theodoro Jr. (1996, p. 146):

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

Portanto, para dar início ao processo executivo, o juiz deve verificar se há título executivo judicial ou extrajudicial, base de toda execução (Código de Processo Civil, artigo 583), sem o que não poderá ser deferida a petição inicial.

E a essa orientação somam, dentre outros, Mendonça Lima (1979, p. 359), que a propósito adverte:

Os incisos I e II, configuram casos de condições da execução, em paridade com as condições da ação. A infringência de qualquer deles torna o credor parte ilegítima para mover a ação, porque ele não será titular da prestação executiva. Pelo sistema do código, o juiz deverá indeferir o pedido de execução extinguindo o processo sem julgamento do mérito (artigo 267, VI). A execução nula é um mal para o devedor, porque o perturba inutilmente, embora sem vantagem final para o credor, no momento em que a nulidade for declarada. Se viciadamente movida, pode prejudicar o devedor, moral e economicamente, em seus negócios, inclusive sujeitando-se ao ônus de ter de embargar, se o juiz, *ex-officio*, não trancar o processo, indeferindo o pedido.

Como uma luva, aplica-se ao caso, o ensinamento de Theodoro Júnior (1996, p. 144) que afirma que “ (...) propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isso não for feito, o processo estará nulo”.

Em nota a esse dispositivo, Theotônio Negrão (2000, p. 663), apoiado na jurisprudência, acentua que:

A nulidade da execução pode ser alegada a todo tempo, desde que ausentes os requisitos do artigo 586. Sua arguição não requer segurança do juízo, nem exige a apresentação de embargos à execução. Deve ser decretada de ofício.

(STJ-RT 671/187, maioria; STJ-3ª Turma. Resp 124.364-PE, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 5.12.97, deram provimento, v. u., DJU 26.10.98, p. 113; JTA 97/278)

Castro (1983, p. 55) a respeito disso professa que ainda que a inicial da execução seja merecedora de indeferimento, caso tenha sido recebida e dado prosseguimento, poderá o juiz, de ofício, decretar a nulidade posteriormente, pois não há preclusão. A nulidade (artigo 618, I a III) prepondera sobre qualquer instituto jurídico. Assim, segundo seu entendimento, seriam desnecessários os embargos.

Theodoro Júnior (1996, p. 178), faz entender que para ter acesso ao processo de execução, não basta a exibição de um documento que tenha a forma de título executivo (uma escritura pública, por exemplo). É indispensável, ainda, que o referido título revele a existência de um crédito líquido, certo e exigível (artigo 586, CPC). Assim, cabe ao órgão judicial examinar a petição inicial de execução, em atividade de controle análogo à exercida no processo de cognição (conhecimento).

Verificando que ela está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis, determinará que o credor a corrija, no prazo de dez dias, sob pena de ser indeferida (artigo 616, CPC). Também a indeferirá em qualquer das hipóteses do artigo 295, CPC aplicáveis ao processo executivo.

Essa distinção, aliás, transparece nítida na doutrina, entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Como ação que é, a executória há de atender, também, aos requisitos genéricos que condicionam a legitimidade da relação processual e aos específicos que lhe são próprios, entre eles, a liquidez, certeza e exigibilidade do título.

Impõe-se, portanto, distinguir, quando o executado impugnar esses pressupostos e condições, com argumentos fundados e idôneos, deverá o juiz admitir-lhe a defesa porque logicamente anterior à penhora, sem a segurança desta. Caso contrário, cair-se-ia no impasse da denegação de justiça e no possível triunfo do dolo, da fraude e da má-fé, com o juiz a tudo assistindo impotente e inermemente. Ora, o Código de Processo Civil impõe, no artigo 125, III, que previna ou reprima qualquer ato contrário à dignidade da justiça, e, no artigo 129, que obste a fraude, como imperativo elementar da própria autoridade.

Daí porque diversos doutrinadores, dentre os quais destaca-se Assis (2000, p. 197), sob os nomes de oposição pré-processual ou exceção de pré-executividade, sempre sustentaram a possibilidade de o executado defender-se antes da consumação da penhora, limitando o emprego desse mecanismo às hipóteses de constatação, do requisito de executividade do título executivo, como por exemplo, título sem assinatura do devedor, dentre outros casos, todos de ordem pública.

Sem dúvida, tendo em vista que a execução inaugura-se com a agressão ao patrimônio do executado, devem cercar-se de cautelas tanto o exeqüente, ao distribuir a sua inicial, pois poderá responder por perdas e danos, litigância de má-fé, etc., quando o Poder Judiciário, ao admiti-la e ordenar a citação e penhora.

É que a só distribuição de uma execução já emite carga negativa em desfavor do executado, visto que terá o seu nome lançado no rol dos devedores relapsos.

Tratando-se de uma pessoa jurídica, o fato de figurar no pólo passivo de uma execução, tal reflexo poderá ser ainda maior, podendo inviabilizar até mesmo a marcha diária de suas atividades, com prejuízos materiais e psicológicos ou morais de seus diretores.

Portanto, se o suposto credor pode, a seu critério, ajuizar uma execução desfalcada de título líquido e certo, ao suposto devedor deve ser franqueado um instrumento jurídico adequado que impeça, a tempo e a hora, a continuidade dos efeitos daninhos dessa distribuição, inclusive, através da nulificação até mesmo do despacho inicial positivo, sem esquecer que até o procedimento penal pode ser trancado na sua tramitação.

2.4.2 Jurisprudência

Como é de equidade que se apresentando o devedor munido de quitação evidente se lhe abra ensejo de opor-se à execução injusta, sem as vicissitudes da penhora, como há decisões para os casos excepcionais.

Assim, têm decidido os julgadores que:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO INEXIGÍVEL. SEGURANÇA DO JUÍZO. DISPENSA. Em se tratando de título executivo inexigível, no caso, cheques sustados em data anterior à compensação bancária, dispensável a segurança do juízo para oferecimento dos embargos. Apelação conhecida e provida para cassar a sentença e regular processamento dos embargos à unanimidade.

(Apelação Cível APC4343296 DF Órgão Julgador: 2ª Turma Cível Relator: Aparecida Fernandes Publicação no DJU: 18/02/1998)

A arguição de prescrição liberatória insere-se, por igual, no contexto da exceção de pré-executividade, em virtude de relacionar-se à exigibilidade do título exequendo.

No mesmo passo é a manifestação preponderante da jurisprudência, *ex-vi* das seguintes ementas:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO DE EXECUÇÃO – EMBARGOS DO DEVEDOR – NULIDADE – VÍCIO FUNDAMENTAL – ARGÜIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO – CABIMENTO – ARTIGOS 267, § 3º; 585, II; 586; 618, I DO CPC. I- Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como, pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil. II- Recurso conhecido e provido.

(Recurso Especial nº 13. 960 – SP, in R. STJ, Relator Min. Waldemar Zveiter, Brasília, DJ 03/02/1992)

No julgamento do Resp. 3.264-PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que: “ A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame, ex officio pelo juiz” (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, publicada em 18/02/1991).

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM QUE SE ALEGA A FALTA DE CITAÇÃO NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO.

1.É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos.

2.Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vem admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexigibilidade de título ou a liquidez do crédito exequendo.

3.As exceções de pré- executividade podem ser suscitadas nos próprios autos da execução e, por isso, sem necessidade de segurança do juízo.

(Agravamento Regimental no Recurso Especial – AGRESP 533451 / RS – Órgão Julgador – Primeira Turma – Relator Min. Luiz Fux – DJ 01/03/2004)

A acertada decisão proferida ressalta definitivamente a importância de analisar as nulidades do processo de execução que porventura cercam o título executivo.

Ainda, nesse contexto, insere-se o cabimento do instrumento da exceção quando demonstradas as nulidades processuais.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Cabe o oferecimento da exceção quando alegada ausência ou nulidade do título e da execução, sendo as condições da ação matéria apreciável de ofício pelo magistrado. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVOS PROVIDOS.

(Recurso: AGI 196061485-RS – Órgão: Quarta Câmara Cível Relator: Moacir Leopoldo Haeser – Publicação: 16/05/1996).

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.

(Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul Recurso: AGI 197220080 – Órgão: Quinta Câmara Cível – relator: Márcio Borges Fortes – Publicação: 11/12/1997).

Outra referência jurisprudencial acerca dos pressupostos essenciais que devem ser observadas nos títulos de crédito admite-se sem a segurança do juízo:

EXCEÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO – Admissibilidade da arguição em sede de execução, mesmo sem estar seguro o juízo. Viabilidade do conhecimento de ofício das condições da ação de execução. Recurso provido para determinar o conhecimento, pelo juízo singular, da exceção.

(1º TACSP, AI 677985-1/009, Rio Claro – Órgão Julgador: 11ª Câmara, Relator: Ary Bauer – publicação em 18/04/1996).

Portanto, não pode o executado, nos casos acima abordados, dentre outros, ser constrangido pela penhora de seu patrimônio quando inexistente o título executivo a ser exigido, ou mesmo impossibilitado de apresentar defesa na própria execução sem constrição judicial, pois tais proibições afrontam os dispositivos nos incisos XXXV e LV do Estatuto da Nacionalidade em vigor, garante a resposta a toda acusação e a integridade da defesa no processo penal, no processo civil, sendo ele contencioso ou não, e no administrativo.

Ademais, a possibilidade da reparação do dano não inibe nem poderia inibir a iniciativa do devedor de evitar a ocorrência daquele mesmo dano. Não se pode interpretar uma de forma que a solução apontada seja incompatível com o ordenamento jurídico como um todo, sem esquecer que todo processo é para oferecer segurança e estabilidade às partes, não se podendo convalidar uma execução onde estão ausentes os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade, aspectos que devem estar presentes em todo título não sentencial, destinados à proteção jurídica do devedor.

A jurisprudência tem reconhecido a exceção de pré-executividade, admitindo a interposição desta como instrumento de defesa do executado, de forma que as nulidades processuais argüidas possam ser analisadas.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ADMISSIBILIDADE – A lei impõe a garantia da execução tão-somente para oferecimento de embargos. Isso, no entanto, não faz presumir que não se possa admitir outros meio de defesa do executado. Nesse prisma, a exceção de pré-executividade foi concebida pela doutrina para atender situações verdadeiramente excepcionais, destinando-se a impedir que a exigência de prévio garantimento patrimonial da execução possa representar obstáculo intransponível a justa defesa do demandado. Aliás, é tônica do processo moderno a sua instrumentalidade, devendo ser propiciado as partes um processo justo, com menos apego a forma (obviamente que sem prejuízo do devido processo legal).portanto, a decisão que aprecia a alegação de ilegitimidade passiva apresentada sem a garantia da execução não incorre em nulidade. Agravo de petição a que se nega provimento por unanimidade.

(TRT 24ª R. – AP 0570/1999-002-24-00-5 – Relª Juíza Dalma Diamante Gouveia – DOEMS 02/12/2002)

Também infere-se que o despacho inaugural ordinatório de citação numa execução contra devedor solvente pode ser atacado pelo devedor antes e para evitar a penhora, desde que ausentes quaisquer dos requisitos enunciados no artigo 586 do Código de Processo Civil, que são as condições da execução forçada, podendo, inclusive, ensejar pedido de argüição de nulidade, seguido de agravo de instrumento e mandado se segurança, visando a trancar, de pronto, o feito cível.

2.5 Suporte Legal à Exceção de Pré-Executividade

Muitos dos entusiastas da exceção de pré-executividade defendem que não há necessidade de lei que a discipline, pois a sua fundamentação está nos incisos LIV e LV, do Livro 5º, da Constituição federal, ao garantir que “ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, assegurados aos litigantes o contraditório e a ampla defesa”.

Segundo Moreira (2000), não ocorre lacuna na lei quando seja possível dela extrair-se, com o auxílio da hermenêutica, resposta a uma questão jurídica. Cita Engisch (apud. MOREIRA, 2000, p. 258) “(...) a lei fornece uma resposta quando esta dela é retirada por interpretação, mesmo que seja uma interpretação extensiva. Na medida em que a interpretação baste para responder às questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso”. Assim, para esse jurista, na medida em que simples regra de interpretação sistemática, quase de mecânica aplicação, dá ensejo à Exceção de Pré-Executividade, não se pode admitir a existência de lacuna.

É de se recordar, por exemplo, fato indiscutível na doutrina, que os pressupostos processuais e as condições da ação, tanto serão utilizados nas ações de conhecimento com nas de execução.

Há quem, como Szklarowky (2001, p.4) discorde e até lance proposta da inclusão no Instituto no Código de Processo Civil, bem como na Lei de Execuções Fiscais, e o faz da forma seguinte:

Propomos a alteração dos artigos 737 do Código de Processo Civil e 16 da Lei nº 8.630, de 25 de setembro de 1980, como objetivo de sanar este vácuo legal, consagrando a orientação doutrinária e jurisprudencial. Ao Artigo 737, sugerimos o acréscimo de um parágrafo único, permitindo que o devedor, excepcionalmente, possa opor-se à execução, por meio de embargos, antes de seguro o juízo, desde que comprove, por meio de documento hábil, a nulidade do título ou da execução ou o pagamento da dívida, in verbis: Artigo 737 – (...)Parágrafo Único – Excepcionalmente, serão admitidos embargos, independentemente de estar seguro o juízo, se o devedor comprovar, por documento hábil, a nulidade do título ou da execução ou o pagamento da dívida. Art. 16 (...) Parágrafo Único – Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução, salvo se o executado comprovar, por documento hábil, a nulidade do título ou da execução fiscal ou o pagamento da dívida.

Entende-se que não há necessidade de leis que venham a regram a exceção de pré-executividade, devido a sua existência no sistema processual brasileiro, a não ser somente para constar seu nome.

2.6 Nomenclatura do Instrumento de Oposição à Execução: Exceção De Pré-Executividade, Objeção de Pré-Executividade, Objeção de Não Executividade ou Objeção à Executividade?

Para Theodoro Júnior (1996, p. 198), a expressão objeção de pré-executividade é a mais adequada, já que o termo “exceção” sugere que se trate de matéria de defesa e, portanto, não passível de ser conhecida de ofício e sujeita à preclusão.

Tecendo comentários sobre o tema, Moreira (2000, p. 164) questiona severamente a imprecisão terminológica pela qual têm-se enveredado a doutrina e a jurisprudência. Sob sua bem fundamentada ótica, não haveria como falar-se em exceção, porquanto esta tem sido ao longo dos tempos empregada para designar gênero de “defesa”, onde, a rigor, descabe a apreciação *ex officio* pelo magistrado. Já a terminologia pré-executividade, na sua visão, seria igualmente incorreta, posto que o substantivo abstrato “executividade” indica a qualidade do que é executivo. Como essa característica é própria do processo e do título, o prefixo “pré” os atingiria, levando a pensar em processo pré-executivo ou título pré-executivo, em evidente inadequação terminológica. Segundo Borges (1995, p.95):

A objeção de execução (ou à execução?) tem dois momentos básicos: o que preexiste à penhora e o anterior 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 uma objeção executiva.

Pensando assim, a oposição à execução por vício que impossibilitaria sua existência, poderá ser tratada com expressões mais oportunas e técnicas, como: “objeção de não executividade” ou “objeção à executividade”, que parecem melhor exprimir a negativa da

executividade, que deveria ter sido, pode ser-lhe apontada pelo executado, quando tomar conhecimento da execução indevida. Por tal prerrogativa, o suposto devedor pode comprovar a inviabilidade do procedimento executório, diretamente nos autos de execução, sem necessitar para tanto garantir o juízo pela penhora ou depósito nem opor embargos.

É elementar que essa possibilidade cinge-se aos casos em que se faz palpável a ausência dos requisitos do título executivo, em especial por lhe faltar liquidez, certeza ou ser inexigível, ocasião em que o juiz, examinando a prova produzida pelo oponente, pode trancar a execução, por ausência dos pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica, qual seja o próprio título que se desconstituiu.

Borges (1995, p. 95) simplifica ao afirmar que :

Independente do exato nome a ser dado à alegação, tem-se pela pré-executividade a possibilidade de o executado alegar determinadas questões, em execução, sem a prévia garantia do juízo e o ajuizamento dos embargos do devedor.

Observa-se o entendimento de Theodoro Júnior (1998, p. 125) que sendo o título executivo nulo ou manifestamente ilegítima a parte contra quem se intenta a execução fiscal, ou ainda, estando a relação processual contaminada de nulidade plena e ostensiva, cabe o expediente que se vem denominando ‘exceção de pré-executividade’, que nada mais é do que o simples pedido direto de extinção do processo, independentemente dos embargos e da segurança do juízo.

Para Wambier (1998, p. 410), “seria absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é o de evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso”. Entende o ilustre doutrinador que é isso que visa a possibilidade do executado alegue certo tipo de defesa, mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar, necessariamente, a extinção daquilo que nem execução chegou a ser.

Entende-se não se tratar de defesa propriamente dita, mesmo porque o contraditório é sumário na execução e, embora se permita a manifestação do executado em variadas fases do processo, para assegurar o modo que lhe seja menos gravoso, a lei adjetiva não contempla fase apropriada para o exercício defensivo e nem abre a possibilidade de o executado discutir matéria de mérito em seu bojo. É bom dizer que seja simplesmente uma forma incidental de defesa.

Assim, conclui-se que a expressão mais empregada recentemente pela doutrina e pela jurisprudência é “exceção de pré-executividade”, termo que se coaduna com a nomenclatura e pressupostos elencados.

2.7 Natureza Jurídica da Exceção de Pré-Executividade

Não se pode dizer que se trata de resposta do executado, porque a contestação é insita ao processo de conhecimento e cautelar. As espécies de respostas são a contestação, a reconvenção e a exceção, sendo esta a única cabível no processo de execução, mas somente quando disser respeito à competência e à imparcialidade do magistrado.

Inquestionável é que se trata de um meio de defesa, porém, com outros contornos, próprios do instituto. Deve ser afastada a idéia de processo incidental, pois, a esses cabe a interposição dos embargos do devedor.

A falta de resposta ou defesa implica em revelia, necessariamente, o que não vem ao caso.

Embora se detecte que não existe previsão expressa na processualística, tem-se que o sistema processual o aceite, o que leva a crer que o instituto possua natureza incidental defensiva, não processo incidental que são os embargos. Sobre ela o exequente deve sempre ser ouvido. Só inexistirá contraditório em caso de imediato indeferimento da petição inicial da execução, por atitude unilateral do juiz, ou seja, *ex officio*.

Ao relatar a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, João Celso Neto afirma que não resta qualquer dúvida tratar-se de uma **exceção**, no sentido de **defesa** e de **pré-executividade**, no sentido de negar a executividade ao título que se pretende ver cobrado forçadamente.

A palavra exceção se apresenta com vários significados, pois, o próprio Código de Processo Civil revela a existência de exceções processuais ou de rito, também chamadas de exceções dilatórias, a elas se referindo o Diploma de ritos nos artigos 304 e seguintes, e ainda, as chamadas exceções processuais peremptórias, como a coisa julgada, a litispendência e a perempção, cuja arguição é feita nas preliminares de mérito.

2.8 Honorários de Advogado e Custas

Primeiramente é de se considerar que quando se fala em condenação em custas e honorários de advogado, primeiro é de se ter em mente que estes derivarão de uma sentença ou momento da sucumbência.

Se vitoriosa a exceção de pré-executividade, que estará inserida no bojo dos autos, advirá uma sentença julgando extinto o processo de execução, declarando o credor, por exemplo, carecedor de ação, o que implicará na sua condenação em custas e honorários de advogado, assim como acontece como nos embargos do devedor uma vez procedentes, porém esses correm em apenso, como ação autônoma. No caso da execução embargada pela nova sistemática do Código de Processo Civil após a reforma, segundo Armelin (apud MOREIRA, 2000, p. 217) “ não há mais dúvida de que os honorários podem ser impostos no processo de execução e nos embargos, concomitantemente, e isso é mais um freio à tentação de opor embargos protelatórios”. Esse entendimento abrange aqueles que entendem que os embargos constituem uma ação autônoma.

Entretanto, se infundada a exceção de pré-executividade, não é possível a condenação do executado em custas e honorários de advogado, até mesmo porque o processo não se encerra, pelo contrário, uma vez inconsistente o processo expropriatório seguirá seu ciclo normal, com a penhora de bens e a abertura de prazo para embargos.

Moreira (2000, p. 307) comenta que o Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito aos honorários de advogado ao executado que se defendeu, por meio da exceção de pré-executividade, pois o sistema processual civil vigente, em sede de honorários advocatícios, funda-se em critério objetivo, resultante da sucumbência e em extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária. Sendo óbvio, pois, citado o devedor, teve este de contratar advogado para a sua defesa, impondo custos que devem ser ressarcidos integralmente.

CAPÍTULO 3 DOS EFEITOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

3.1. A Impossibilidade de Substituição dos Embargos à Execução pela Exceção de Pré-Executividade

A exceção de pré-executividade não pode ser difundida de forma a ser usada em substituição aos embargos à execução. Seu cabimento é restrito à situações em que, pela própria ausência de título, ou outro pressuposto processual subjetivo ou objetivo, o processo executivo tende à extinção futura.

Existem situações em que a emissão de um título pelo devedor de próprio punho, como do cheque ou nota promissória, ou por instrumento público, que confessa a dívida, consolidam uma certeza inicial de validade da dívida que não pode ser afastada por mera alegação de invalidade em exceção de pré-executividade.

Em ocasiões desse quilate, os embargos à execução são a modalidade necessária para investigação das provas e razões que levam o executado ao inadimplemento da pretensão argüida. Admitir-se discutir o mérito em casos parecidos seria vulnerar os princípios que informam a execução, instaurando um inexistente contraditório em terreno impróprio que é o processo executivo.

Cabe ao magistrado, atento aos preceitos processuais, analisar o caso e somente deferir o pedido da exceção de pré-executividade quando, de plano ou pela prova sucinta produzida pelo demandado, enxergar a inabalável improcedência da execução iniciada. Havendo a mínima dúvida, ou sendo a matéria afeta ao mérito da causa, com possibilidade de manutenção do título executivo ou reconhecimento da relação jurídica que lhe deu origem, deverá, por prudência, reservar a discussão da matéria para os competentes embargos.

Essa performance deve ser tratada como fundamental ao bom desempenho da atividade judicante, pois, a viciação do título executivo, que a rigor goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, tem caráter excepcional.

Assim, Assis (2000, p.133), discorrendo sobre o controle dos pressupostos processuais e da pretensão de executar, assinala que, em geral, sua análise envolve um assunto que o juiz deve examinar de ofício ao lhe ser apresentada a inicial.

Theodoro Júnior (1996, p. 157) é criterioso ao tratar desta particularidade, quando aduz:

(...) tal incidente só pode ser eficazmente promovido quando a causa de nulidade ou de inviabilidade da execução for absoluta e notória, pelos próprios elementos dos autos. Se para alcançá-la for necessário revolver fatos e provas de maior complexidade, somente por via de embargos a defesa será argüível. Não é admissível que, a pretexto da exceção de pré-executividade, pretenda o devedor a instauração de uma dilação probatória contenciosa, sem observar os pressupostos dos embargos à execução.

A jurisprudência, atenta às mostras contumazes de esperteza por parte dos devedores, tem sido coerente nos seus julgados, não admitindo os expedientes tendentes a driblar o roteiro traçado pelo Código para a oposição ao débito constituído no título.

Assim, entende-se que a exceção de pré-executividade não tem o intuito de substituir os embargos do devedor, nem fornecer expediente arriscado que permita frustrar a execução pela não constituição de garantia do juízo, uma vez que não se pode conceber a discussão de matérias de mérito ou que demandem produção de provas em sede de outra ação que não os embargos à execução.

3.2 Possibilidades de Suspensão do Processo de Execução

O processo, seja de conhecimento ou de execução, pode ter obstáculos ao seu curso natural, incidentes à relação processual; fáticos, como a morte das partes, ou advindos de uma

possibilidade legal, como a interposição de embargos pelo executado ou a inexistência de bens suscetíveis de penhora.

Na maioria das vezes, os incidentes suspendem o curso do processo, pois a pretensão especial não pode ser analisada sem que se conheça, antes, qualquer questão que se instale incidentalmente e que possa ser prejudicial.

Pode-se dizer que o processo se suspende quando determinado fato, ou ato, incide de tal maneira, que deve ser resolvido para que o principal volte ao curso normal.

Segundo Dinamarco (1998, p.154), a suspensão é uma circunstância jurídica transitória e temporária, durante a qual o processo detém o seu curso e entra em vida latente, ou seja, fica estagnado. O procedimento deixa de seguir avante e, em princípio, nenhuma ato processual pode ser realizado durante esse período, por isso se diz que é a consequência de certos atos ou fatos, que têm efeito suspensivo e que são indicados pela lei ou emergem do sistema processual.

Os artigos 791 a 793 do Código de Processo Civil dispõem sobre as possibilidades de suspensão da execução, mas o rol proposto não pretende ser taxativo; pois, diversas possibilidades de suspensão da execução, mas o rol proposto não pretende ser taxativo, pois diversas possibilidades surgem de todo o sistema processual.

Primeiramente, é importante ressaltar que não são todas as ações incidentais prejudiciais que podem suspender o processo de execução, pois, como informa o autor Leonardo Greco (1999, p. 89):“(...) não há, no processo de execução, suspensão do processo para aguardar o julgamento de questão prejudicial que seja objeto de outro processo, salvo no caso de embargos do executado e embargos de terceiro, por expressa previsão legal”.

3.2.1 Suspensão Obrigatória

A suspensão da execução será obrigatória quando a própria lei estabelece a possibilidade suspensiva. Os artigos 791 a 793 e os incisos I a III do artigo 265 do Código de Processo Civil, de forma remissiva, estabelecem algumas das hipóteses de suspensão. Porém, não são exaustivas, derivando de tais dispositivos várias outras possibilidades legais.

As principais hipóteses de suspensão obrigatória decorrem dos embargos à execução; a morte ou perda da capacidade processual da parte, do representante ou do seu procurador; as exceções de incompetência, de suspeição ou de impedimento; a inexistência de bens penhoráveis; a força maior; os embargos de terceiro; os óbices legais à exatidão da execução provisória ou a concessão de efeito suspensivo ao recurso depois de instaurada aquela; o incidente de falsidade; a penhora do crédito no rosto dos autos.

Porém, tais possibilidades são exemplificativas, sendo que alguns autores propõem a existência de outros incidentes que podem suspender a execução. Neste aspecto, é possível visualizar que tais incidentes citados têm em comum a prejudicialidade ao processo de execução.

3.2.2 Suspensão Pela Interposição De Embargos À Execução

A legislação vigente assegura que os embargos à execução suspendem obrigatoriamente a execução (Código de Processo Civil, artigos 791, I e 739, § 1º), salvo algumas exceções legais.

A parte incontroversa da dívida e a parte cabível aos devedores que não se beneficiam pela interposição de embargos, continuam a ser executadas, ou seja, só se suspende o que estiver sendo discutido por embargos ou da sentença que os julgar, mesmo que seja interposta apelação.

A suspensão conta-se a partir do momento que surge a possibilidade de embargar, ou seja, a partir do momento que começa a correr o prazo para o oferecimento dos embargos.

3.2.3 Suspensão Pela Interposição Da Exceção De Pré-Executividade

A suspensão do curso da execução não se opera de forma automática, única e tão-somente por força da interposição da *petitio*, fazendo-se a necessária, ainda que em caráter provisório, a manifestação judicial a respeito da verossimilhança da alegação. Não se trata de aguardar determinada fase processual para se discutir a presença dos requisitos da execução, mas sim de verificar-se a presença de possíveis nulidades que a tornariam viciada.

Analisando o conceito de exceção de pré-executividade sob a ótica de Dinamarco (1998, p. 495), tem-se que:

(...) a simples alegação da nulidade incidentalmente à execução não autoriza, por si só, a suspensão do processo executivo, pois, para esse fim específico, mister seria o reconhecimento expresso da verossimilhança da nulidade pelo Juízo ou a interposição de embargos.

Tal raciocínio coaduna-se perfeitamente com a regra imposta ao juiz, de zelar pelo regular andamento do feito, velando pela rápida solução do litígio, pois, do contrário, permitir-se-ia a todo tempo manifestações oportunas e sem fundamento, visando a emperrar a decisão final do processo e, assim, protelar a realização prática da sanção formulada na sentença ou que, por disposição legal, se contém no título executivo extrajudicial, sendo este o entendimento de Celso Netto (2001) que coaduna com a jurisprudência:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO FACE A INTERPOSIÇÃO E RECEBIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MEDIDA NECESSÁRIA, VISANDO EVITAR POSSÍVEL E ILEGAL ATO EXPROPRIATÓRIO AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(AI 23760-5 – TJGO – Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível – Relator: DES. ANTÔNIO NERY DA SILVEIRA – Publicação: 29/11/2001)

Porém, uma vez recebida a exceção de pré-executividade e reconhecida pelo Juízo a provável nulidade, inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder a alegação, outra alternativa não se mostra possível ao magistrado, senão a imediata suspensão do processo executivo, sob pena de não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório.

Frise-se que a execução deverá ser “suspensa” e não “paralisada”, porquanto a primeira palavra é uma parada momentânea do processo, enquanto a segunda, o estancamento definitivo do iter processual.

De qualquer sorte, atendidos os requisitos expostos, a suspensão ocorrerá até a decisão do juiz de primeiro grau.

Analisando-se o reinício do curso da execução opera-se automaticamente, isto é, independentemente da intimação da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, ou se, ao invés, a execução somente poderá retomar seu curso a partir da intimação.

Estando em curso o prazo para embargos, a argüição de nulidade, por suspender o próprio processo de execução, preenchidos os requisitos expostos, também suspenderia o prazo destes. Logo, decidida a argüição, recomeça a correr o prazo para embargos a partir da intimação da decisão. Não fluindo prazo algum, ainda assim, parece necessária a intimação para que possa a execução prosseguir.

Rejeitada que seja a argüição da ausência dos requisitos da execução pelo juiz, retoma o processo seu curso, efetivando-se os atos cabíveis, determinados em sua decisão. Conclui-se, portanto, que o reinício da execução depende sempre de intimação às partes quanto ao teor da decisão que rejeita a exceção de pré-executividade. A argüição extrajudicial da ausência dos

requisitos da execução, entretanto, não a suspende, por haver, nesse caso, um simples alerta ao juiz, sem caráter algum de formalidade que, ao seu alvedrio, poderá ou não reexaminar a questão.

Com o intuito de evitar o conflito processual, o efeito esperado da oposição da exceção de pré-executividade é a suspensão do curso da execução, devendo, portanto, “ ser entendido que a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução”, segundo entendimento de Moreira (2000, p. 174).

Entretanto, esse entendimento não é pacífico, pois, a suspensão também não prevista em lei, poderá congelar os atos processuais e tumultuar a busca da tutela satisfativa desejada.

Assim, Moreira (2000, p.174) conclui que “(...) a suspensão do procedimento não emerge como ato discricionário do juiz.. A exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal”.

Essa corrente doutrinária defende que a suspensão do curso da execução não se opera de forma automática, única e tão-somente por força do instrumento da exceção, fazendo-se necessária, ainda que em caráter provisório, a manifestação judicial a respeito da verossimilhança da alegação. Não se trata de aguardar determinada fase processual para se discutir a presença dos requisitos da execução, mas sim de verificar-se a presença de possíveis nulidades que a tornariam viciada.

Esse também é o entendimento de Greco (1999, p.91):

Na verdade, essa hipótese de suspensão se justifica porque, enquanto não decidida a questão referente à competência ou à imparcialidade do juiz, pressupostos de validade de todos os atos que o juiz praticar, nenhuma outra questão pode ser por ele decidida no processo.

Porém, uma vez recebida a exceção de pré-executividade e reconhecida pelo Juízo a provável nulidade, inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder a alegação, outra

alternativa não se mostra possível ao magistrado, senão a imediata suspensão do processo executivo, sob pena de, não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório.

Aplicando-se, portanto, o entendimento majoritário, com a interposição da exceção de pré-executividade, o processo se suspende a partir do despacho do juiz que recebe a exceção. Trata-se de suspensão imprópria, pois, o procedimento se desvia da questão principal para resolver o incidente.

3.2.4. Atos Posteriores

Estando presentes todos os requisitos de admissibilidade da ação executiva, a arguição de nulidade será rejeitada, dando-se normal seguimento à execução.

Por outro lado, acolhendo o juiz a exceção de pré-executividade, por ausência de tais requisitos, o processo executivo será encerrado mediante sentença terminativa (CPC, artigo 267, VI) e, por via de consequência, os atos de constrição material – penhora ou depósito – perderão sua eficácia, ou seja, os titulares dos bens voltarão a ter sobre eles ampla disponibilidade.

O efeito gerado pela sentença terminativa é o de extinguir o processo, sem julgamento de mérito, razão pela qual não há impedimento para a propositura de nova ação executiva com base no mesmo título, desde que observado o disposto no artigo 268 do Código de Processo Civil.

3.2.5 Do Recurso Cabível

Sendo acolhida a exceção de pré-executividade, proferindo-se sentença terminativa da execução, trata-se da possibilidade de interposição do recurso de apelação, dirigido a superior instância.

Caso contrário, ou seja, rejeitando o juiz a exceção interposta, haverá uma decisão interlocutória, desafiando, portanto, o recurso de agravo de instrumento.

Entretanto, a necessidade de se interpor o referido agravo de instrumento é questionável, tendo em vista que as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, podendo ser rediscutidas a qualquer tempo.

Assim, entende-se que seja plenamente possível a apresentação de simples requerimento ao juiz, por meio do qual se objetive a reconsideração de sua decisão.

A esse propósito, oportunas as palavras de Nery Júnior (1997, p.154) quando afirma:

“(...) No caso de não haver preclusão pelo fato de a matéria objeto da decisão ser de ordem pública ou de direito indisponível, a decisão poderá ser revista pelo mesmo juiz ou tribunal superior, *ex officio* ou a requerimento da parte. Este requerimento poderá ser feito por *petitio simplex* ou por intermédio de recurso de agravo, se apresentado no primeiro grau de jurisdição. A *petitio simplex* poderá receber o nome de pedido de reconsideração. Somente nesta hipótese entendemos aceitável a utilização desse meio não recursal para provocar o reexame da questão já decidida pelo juiz, sem que seja preciso interpor o recurso de agravo.”

Certamente, esse pedido de reconsideração não terá efeito suspensivo, mas autorizará o juiz a aplicar o procedimento da exceção de pré-executividade, suspendendo a execução, se assim entender.

CONCLUSÃO

Com a presente monografia, procurou-se enfatizar a importância do tema *sub examine*. De criação doutrinária, acolhida pela jurisprudência, a Exceção de Pré- Executividade tem suscitado inúmeras interpretações, mas entendeu-se que o instituto encontra-se já entranhado em todo o processo civil , no âmbito do processo de execução, fazendo-se necessário o seu uso para coibir injustiças.

Por óbvio, inferiu-se que a Exceção de Pré-Executividade não deverá ser utilizada como expediente meramente procrastinatório do devedor, motivo pelo qual, se constatada tal intenção pelo magistrado, terá esta de ser severamente reprimida, até mesmo com a retirada da possibilidade de embargar. E, tudo isto, encontra amparo legal, por exemplo, nos artigos 599, II a 601, do Código do Processo Civil.

De acordo com os entusiastas da tese, a Exceção de Pré-Executividade deve ser utilizada com extrema cautela e somente nos casos em que flagrantemente não estejam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Isto por encontrarem-se tais casos no rol das matérias de ordem pública e, obviamente, de conhecimento *ex officio* pelo juiz de direito, cabível a qualquer tempo, ainda que no final do processo; daí a desnecessidade da segurança do juízo e de petição de forma sacramental. Podendo, no entanto, a Exceção de Pré-Executividade vir, até mesmo, em preliminar dos embargos do devedor. Entretanto, o instrumento, se mal utilizado, poderá contaminar o processo executivo, retardando a satisfação do credor e aumentando suas angústias, seja por liberar o devedor da constrição de seus bens e endossar a sua pouca vontade de honrar seus compromissos ou por proporcionar mais tempo ao mal pagador.

O juiz deve rejeitar os casos em que sejam requeridas dilações probatórias, mesmo que tais alegações sejam pertinentes aos pressupostos processuais ou com as condições da ação. Do contrário, corre-se o risco de um exacerbamento do direito de defesa do devedor, em detrimento do direito do credor. Isso acontecendo, só haveria de macular a Justiça, que já tem conceito de lenta e desacreditada.

As recentes decisões judiciais admitem o instituto que ora estudou-se, salientando-se que não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento de tal instrumento para postular a nulidade de execução, sendo independentemente dos embargos do devedor.

Em caso de dúvida do magistrado quanto à procedência da Exceção de Pré-Executividade, deve este rejeitá-lo, determinando o imediato prosseguimento do feito com a conseqüente penhora dos bens do executado.

Em suma, concluiu-se que os efeitos da Exceção de Pré-Executividade são benéficos ao processo e ao direito. Concluiu-se, ainda, que o executado somente pode provocar a cognição potencial do juiz através dos embargos e da exceção de pré-executividade. A cognição e execução podem estar associados num só procedimento, sem prejudicar a autonomia de um ou outro processo, inexistindo tumulto processual, por inadequação. É dispensada qualquer previsão legal para a Exceção de Pré-Executividade, pois o magistrado na execução tem sempre latente a cognição, que será iniciada pela simples vontade do executado.

Nesse contexto, a Exceção de Pré-Executividade é comprometida com a efetividade processual, dada a sua natureza de incidente agilizador do procedimento executivo e é limitada às matérias que o juiz deve conhecer de ofício e que muitas vezes não faz, podendo assim ser alegadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Independente da segurança do juízo ou da propositura de embargos, cabe o incidente de falsidade do título executivo, o que coroa a tese da Exceção de Pré-Executividade.

Sendo o pagamento objeção substancial, deve ser conhecido a qualquer tempo e independente de embargos, até com prova apresentada por terceiro.

É importante mencionar que deve o exequente pagar custas e honorários de advogados se contra ele foi admitida a Exceção de Pré-Executividade. Se não admitida, conseqüentemente, não há que se falar em condenação, posto que o efeito seguirá seu trâmite normal com a penhora de bens.

Sinteticamente, é de se ver que o instituto da Exceção de Pré-Executividade tem firmado sua importância. Tomou forma ao longo dos anos, podendo-se dizer que o seu defensor pioneiro seja o doutrinador sempre lembrado Pontes de Miranda. É impossível analisar o incidente sem buscar os escritos deste jurista.

O instituto da Exceção de Pré-executividade deve ser utilizado de forma responsável e tomado por sereno senso de justiça. É lastimante ver serem protocolados todos os dias nos fóruns, exceções de pré-executividade mal elaboradas, embasados em matérias que não dizem respeito ao espírito do instituto, e os juizes, que na maioria das vezes ainda desconhecem o seu âmago, não punem os malfazejos devedores.

Entretanto, sendo cabível a exceção e presentes os seus requisitos e sendo a exceção recebida e reconhecida pelo Juízo a provável nulidade (inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder a alegação), outra alternativa não se mostra possível ao magistrado, senão a imediata suspensão do processo executivo. Observando-se que se trata de uma suspensão imprópria, pois o procedimento se desvia da questão principal para resolver a incidente, sob pena de não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Carlos Henrique. *Do Protesto*. 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

ABRAÃO, Nelson. *Direito bancário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

BORGES, Marcos Afonso. *Liquidação de sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1998. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Apelação Cível APC4343296 DF* Órgão Julgador: 2ª Turma Cível Relator: Aparecida Fernandes – Publicação no DJU: 18/02/1998.

_____. *Recurso Especial nº 13.960 – SP*, in R. STJ, Relator: Min. Waldemar Zveiter, Brasília, DJ 03/02/1992.

_____. *Agravo Regimental no Recurso Especial – AGRESP 5533451/ RS* - Órgão Julgador: Primeira Turma Relator: Min. Luiz Fux – DJ: 01/03/2004.

_____. *Recurso: AGI 196061485- RS* - Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível Relator: Moacir Leopoldo Haeser – Publicação: 16/05/1996.

_____. *Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul Recurso: AGI 197220080* - Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível Relator: Márcio Borges Fortes – Publicação: 11/12/1997.

_____. *TRT 24ª R. – AP 0570/1999-002-24-00-5* - Relator: Juíza Dalma Diamante Gouveia-DOEMS: 02/12/2002.

_____. *AI 23760-5/180 – TJGO* – Órgão Julgador : 1ª Câmara Cível - Relator: DES Antônio Nery da Silva – Publicação: 29/11/2001.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 1983.

CELSO NETO, João. Exceção de Pré-Executividade. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/preexe.html> >. Acesso em: 31/09/2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Manegale. Anot. Eurico Túlio Libeman. São Paulo: Saraiva, 1965.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/a1exceçãoPE.htm>>. Acesso em: 31/09/2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3.ed. São Paulo: saraiva, 1996.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Nelpa Edições, 1994.

FIDA, Orlando & GUIMARÃES, Carlos A. M. *Teoria e prática do processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Serrano Editora e Distribuidora, 2000.

FRIEDE, Reis. *Principais inovações no direito processual civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Pontes de. *Dez anos de pareceres*, vol. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves editora S.A, 1975.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed., Forense, 1999.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Direito das obrigações aplicado*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 1996.

PARIZZATO, João Roberto. *Da execução e dos embargos*. 4. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

PEREIRA, Tarlei Lemos. *Aspectos da exceção de pré-executividade*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2980>. Acesso em: 02/10/2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RESTIFFE, Paulo Sérgio & RESTIFFE NETO, Paulo. *Lei do Cheque*. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato de crédito bancário*. 5.ed. São Paulo: editora RT, 1999.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *Exceção de pré-executividade em face da LEF*. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/caops/consumidor/doutrina/exec-fiscal-adm-publ.htm>. Acesso em: 02/10/2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, CORREIA DE LIMA, Flávio Renato & TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 1*. 7.ed..rev e atual.. São Paulo: Editora RT, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5.ed. São Paulo: Editora RT, 1998.